



— Universidad —
Inca Garcilaso de la Vega
Nuevos Tiempos. Nuevas Ideas

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

TRABAJO SUFICIENCIA PROFESIONAL

**TÍTULO:
LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DE
DOMINIO EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO**

PRESENTADO POR EL BACHILLER:
Jamill Carlos Huamani Eulogio

PARA OPTAR EL TÍTULO DE ABOGADO

**CÓDIGO:
100135368**

Fecha publicación: 20 de noviembre del 2017

**LIMA – PERÚ
2017**

DEDICATORIA

Dedico este trabajo primeramente a Dios, que fue el que me permitió culminar con éxito esta hermosa etapa de mi vida, etapa en la cual pude entender y valorar cada una de las bendiciones con las cuales él me rodea.

Gracias a Dios por mis hijos, esos hijos que más que el motor de mi vida fueron parte muy importante de lo que hoy puedo hacer, gracias a ellos por cada palabra de apoyo, gracias por cada momento en familia sacrificado para ser invertido en el desarrollo de esta, gracias por entender que el éxito demanda algunos sacrificios y que el compartir tiempo con ellos, hacia parte de estos sacrificios.

A mis hijos y a mi esposa, dedico todas las bendiciones que de parte de Dios vendrán a nuestras vidas como recompensa de tanta dedicación, tanto esfuerzo y fe en la causa misma.

AGRADECIMIENTO

Al finalizar un trabajo tan arduo y lleno de dificultades como el desarrollo es inevitable que te asalte un muy humano egocentrismo que te lleva a concentrar la mayor parte del mérito en el aporte que has hecho. Sin embargo, el análisis objetivo te muestra inmediatamente que la magnitud de ese aporte hubiese sido imposible sin la participación de personas e instituciones que han facilitado las cosas para que este trabajo llegue a un feliz término.

Por ello, es para mí un verdadero placer utilizar este espacio para ser justo y consecuente con ellas, expresándoles mis agradecimientos. Debo agradecer de manera especial y sincera a mis profesores por aceptarme, bajo su dirección. Su apoyo y confianza en mi trabajo y su capacidad para guiar mis ideas ha sido un aporte invaluable, no solamente en el desarrollo de este trabajo, sino también en mi formación como investigador. Las ideas propias, siempre enmarcadas en su orientación y rigurosidad, han sido la clave del buen trabajo que hemos realizado juntos, el cual no se puede concebir sin su siempre oportuna participación. Le agradezco también el haberme facilitado siempre los medios suficientes para llevar a cabo todas las actividades propuestas durante mi desarrollo.

Muchas a mis profesores su importante aporte y participación activa en el desarrollo. Debo destacar, por encima de todo, su disponibilidad y paciencia que hizo que nuestras siempre acaloradas discusiones redundaran benéficamente tanto a nivel científico como personal. No cabe duda que su participación ha enriquecido el trabajo realizado y, además, ha significado el surgimiento de una sólida amistad.

INDICE

Nº de Pág.

CAPÍTULO I PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1	Descripción de la realidad problemática	11
1.2	Formulación de problema	13
1.2.1	Pregunta general	14
1.2.2	Preguntas específicas	14
1.3.	Objetivos de la investigación	15
1.3.1	Objetivo general	15
1.3.2	Objetivos específicos	15
1.4	Hipótesis	16
1.4.1	Hipótesis General	16
1.4.2	Hipótesis Específicas	17
1.5	Delimitaciones en la investigación	25
1.5.1	Delimitación espacial	25
1.5.2	Delimitación temporal	26
1.5.3	Delimitación social	26
1.5.4	Delimitación conceptual	26
1.6	Justificación e importancia de la investigación	27
1.6.1	Justificación	27
1.6.2	Importancia	27
1.7	Limitaciones del estudio	28
1.8	Viabilidad del estudio	28

CAPÍTULO II MARCO TEÓRICO

2.1	Marco histórico	30
2.1.1	Época Pre-Inca	30
2.1.2	Época Incaica	31
2.1.3	Conquista y coloniaje	31
2.1.4	República	32
2.2	Bases teóricas	33
2.2.1	Teoría de la propiedad	33
2.2.1.1	Concepto	33
2.2.1.2	Caracteres.	34
2.2.1.2.1	Clásicos. Generalidades	34
2.2.1.3	Modernos generalidades	36
2.2.1.4	La función social del derecho de propiedad en la postmodernidad.	38
2.2.1.5	Teorías legitimistas de la propiedad.	38
2.2.2	Teoría de la posesión	51
2.2.2.1	Supuestos de las relaciones posesorias	58
2.2.2.2	La posesión en el código civil	61
2.2.2.3	Autonomía, fundamento y naturaleza de la posesión	65
2.2.2.4	Adquisición, prueba y pérdida de la posesión	67
2.2.2.4.1	El poder de hecho	67
2.2.2.4.2	Conservación de la posesión	74
2.2.2.4.3	Pérdida de la posesión	75
2.2.3	Prescripción adquisitiva de dominio	77

2.2.3.2	Finalidad de la usucapión	86
2.2.3.3	Naturaleza jurídica	89
2.2.3.4	Fundamento de la usucapión	91
2.2.3.5	Efectos de la usucapión	98
2.2.3.6	Clasificación de la prescripción adquisitiva	101
2.2.3.7	Renuncia a la prescripción	112
2.3	Marco legal	113
2.3.1	Marco legal nacional	113
2.3.2	Marco legal comparado	115
2.4	Metodología	139

CAPÍTULO III CASO PRÁCTICO

3.1	Planteamiento del caso	140
3.2	Análisis del caso	141
3.3	Síntesis del caso	143
3.4	Discusión del caso	149

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES DEL CASO

Conclusiones	153
Recomendaciones	155
REFERENCIAS	156

Resumen:

En nuestro ordenamiento jurídico que es el que determina los requisitos y los pasos para poder adquirir un bien de manera originaria, en la cual mediante la prescripción adquisitiva de dominio o usucapión, que tratando de desarrollarlo podemos sostener que se tiene que cumplir ciertos requisitos establecidos, en primer lugar decimos se debe tener un comportamiento de propietario, ósea que equivale a decir, manifestar que no hay nadie por encima tuyo está en posesión del bien, además como la ley lo señala con claridad en:

- Posesión continúa.
- Posesión pública.
- Posesión pacífica.
- Posesión en concepto de dueño.

Asimismo, se manifiesta un modo derivado de adquirir el bien, es decir, mediante transferencia del titular originario, este punto lo consideramos en un aspecto específico, cuando existe un tercero y que lo sea de buena fe, que se ampare en el principio de la fe pública registral, es evidente que también tiene que cumplir ciertos requisitos, como:

- Buena fe:
- Adquisición del derecho a título oneroso:
- Inscripción del derecho:
- Que se adquiriera un derecho de quien figura en el Registro con facultades para otorgarlo y no se desprendan de las mismas causas que anulen, rescindan o resuelvan el título del transferente.

Desarrollamos un análisis para que el conflicto existente, cuando estos supuestos se confrontan, no requiera la vulneración del derecho de ninguna de las partes. También tenemos en cuenta como punto central determinar si la sentencia emitida

por el juez en proceso de prescripción adquisitiva de dominio es de carácter declarativo o constitutivo, considerando la postura que creemos que genere mayor seguridad jurídica. De igual manera el que menor perjudique o no perjudique en nada a las otras partes que posteriormente se envolverán en el conflicto.

Desarrollaremos más adelante con mayor profundidad y precisión, ahora mencionaremos la postura que genera mayor seguridad jurídica para los intervinientes.

Este supuesto es el caso de que la sentencia sea de carácter constitutivo

-Si el poseedor usucapiente, tras luego de cumplir con los requisitos establecidos por ley, si quiere conservar el bien inmueble y mantenerse como propietario, solo tendrá que continuar comportándose como propietario y demandar la prescripción adquisitiva de dominio, para tener una sentencia que acredite su posesión, posteriormente inscribirlo en los registros públicos.

-Otro supuesto es que el poseedor usucapiente deje de comportarse como propietario y no mueva el órgano jurisdiccional para obtener el carácter de propietario que este registrado.

-De la misma manera que el propietario titular del bien, cuando deja de comportarse como propietario que es, pierde dicho derecho por la prescripción adquisitiva de dominio por parte de poseedor usucapiente; de igual modo este sujeto tiene la posibilidad de perder por no comportarse como propietario.

-Es en este supuesto que se ve la posibilidad de que surja un tercero de buena fe basándose en el principio de la fe pública registral, y fijándose en el titular inscrito de dicho bien inmueble, decida adquirirlo, e inscribirlo a su nombre como nuevo propietario.

-Posteriormente en poseedor usucapiente, pierde la posibilidad de adquirir el bien mediante prescripción adquisitiva de dominio.

-Se limita la libertad del poseedor usucapiente a comportarse como propietario si quiere conservar el bien inmueble. De otro modo este sujeto tendría la posibilidad de no demandar, no inscribir, después de muchos años, pero en el registro es otro que aparece como titular, atañendo a los posibles acreedores que tendrían la posibilidad de rematar el bien para satisfacer su deuda. Ya que habría una incongruencia e incompatibilidad, porque en el registro aparece el deudor, pero el poseedor usucapiente es otro.

-De esta manera e igual forma también se mantiene actualizado el registro público, y se evita fraudes en la protección del derecho de propiedad.

Palabras Claves:

- 1.-La prescripción adquisitiva de dominio o usucapión.
- 2.- Posesión en concepto de dueño.
- 3.- Inscripción del derecho.
- 4.- Prescripción adquisitiva de dominio de carácter declarativo o constitutivo.
- 5.- Principio de la fe pública registral.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación surge debido a los constantes conflictos que se encuentran enmarcados en nuestros órganos jurisdiccionales, pues además de no culminar los procesos o las demandas, no se genera una solución definitiva; al no determinar de manera concluyente si la sentencia emitida por el juez en procesos de prescripción adquisitiva de dominio tiene carácter declarativo o constitutivo.

Deviniendo del tema presentado, otros asuntos que requieren de la intervención de los legisladores y operadores del derecho, puesto que se ve involucrado el sistema registral y el tercero de buena fe que es defendido por nuestro ordenamiento jurídico.

Es en esta medida que tomamos posición y verificamos lo supuestos en donde se genera menor afectación a las partes y por tanto a sus derecho. Nos vemos inmersos en el supuesto de que la sentencia sea declarativa, sin embargo se nos presenta unos problemas, se genera inseguridad jurídica, porque mientras el sujeto poseedor no inicie un proceso de prescripción y se inscriba como titular, es otro que esa en los registro públicos como propietario.

Es decir le dan toda la facultad al poseedor usucapiente de demandar o no la prescripción (esto después de que cumpla con los requisitos de la ley), deteniendo la actualización de los registros. De esta manera no es viable el principio de fe pública registral, perjudicando al tercero de buena fe que se basa en esto para adquirir el bien inmueble.

Entonces tomamos posición por la otra forma, que se da cuando la sentencia tiene carácter constitutivo, donde si el poseedor usucapiente deja de comportarse como propietario, es decir, no mueve el aparato judicial para ser denominado propietario por sentencia y registro, existe la posibilidad de que un tercero de buen de que se basa en el principio de la fe pública registral, adquiera el bien inmueble por parte de quien aparezca inscrito. Impidiendo a ser arrebatado de su propiedad.

Por tal motivo desarrollaremos los puntos mencionados e involucrados en la situación problemática. La prescripción adquisitiva de dominio, el principio de fe pública registral, y el tercero de buena fe

Ciertamente es un tanto fácil coincidir de primera mano que la propiedad no solo es el derecho real por excelencia, sino que además es un derecho económico de vital importancia, tal vez el más importante en consideración a que sin nada propio es difícil – por no decir imposible- el desarrollo individual y con ello, necesariamente, el desarrollo colectivo en general.

Pero el mayor grado de importancia económica que la propiedad ostenta no necesariamente se correlaciona con el horizonte de desempeño y poder que sobre ella se ejerce, y ello porque la propiedad, si bien condiciona en parte el nivel de desarrollo individual y con repercusiones en la misma esfera, es más que todo un derecho con incidencias sociales. Este carácter social que reviste rompe con las características que poseía tradicionalmente como son el ser un derecho absoluto en su ejercicio y exclusivo en su dominio. Pues si bien el

derecho de disfrutar, usar y abusar que sobre ella se ejecuta responde a un interés individual, es fácil advertir que esta motivación individual no está exenta de incidir no necesariamente de manera positiva en los derechos de propiedad ajenos.

Por ello surge en un primer momento las limitaciones civiles a la propiedad y posteriormente las administrativas, que muestran un carácter mucho más elaborado y complejo que la primera. Coincidiendo ambas en la protección al bien ajeno, la seguridad social, el orden social y sobre todo el bienestar colectivo. En relación a lo dicho y con las esperanzas puestas en el Perú creemos que no solo en momentos de escasez de recursos y de capital, el Estado debe facilitar y brindar las garantías jurídicas y económicas, en efectos que los peruanos protejan su derecho de propiedad; sino que debe adelantarse a los hechos y desde ya perfeccionar los mecanismos de protección y garantía en el sistema de adquisición y transferencia de propiedad en vista que, indudablemente, el derecho a la propiedad es un derecho fundamental de toda persona, y como tal, pilar básico del desarrollo de cualquier nación.

Sin ánimo de hacer más extensa esta humilde introducción no podemos terminar sin dejar una premisa a base de lo ya expuesto: *que por más riquezas o bellos paisajes naturales que tenga un país, este no alcanzará el desarrollo si primero no reforma su sistema judicial apuntando a los ideales del progreso y la justicia, pues está claro que a un país no lo hace su naturaleza ni su gente, sino sus leyes.*

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1 Descripción de la realidad problemática

En el marco de nuestro ordenamiento jurídico, la prescripción adquisitiva de dominio es uno de los modos originarios de adquirir la propiedad, entendiéndose que la propiedad se adquiere en base a una relación directa del sujeto que adquiere con la cosa adquirida, sin que medie relación personal alguna con el anterior propietario o cualquier otro sujeto; por tanto parece que su tratativa no requiere ninguna observación, sin embargo, nuestra realidad no es tan simple y por ello es necesario incidir en este punto.

Las complicaciones que suelen presentarse con bastante frecuencia se basan específicamente en identificar si la prescripción adquisitiva de dominio es declarativa o es constitutiva, en la medida de identificar al titular de la propiedad cuando existe dos sujetos en conflicto, un sujeto que posee el bien inmueble y cumple con los requisitos para poder invocar la prescripción adquisitiva de dominio y no lo ha hecho, y otro sujeto que no poseyendo el bien, aparece como titular en los registros públicos. El problema radica específicamente en este último sujeto, cuando nos encontramos que el titular del bien inmueble en cuestión, es un tercero que lo adquirió de buena fe.

Sin embargo, podemos alegar que la propiedad la debe conservar el adquirente por usucapión, en la medida de que los bienes no deben estancarse, puesto que no permite el desenvolvimiento económico natural y porque la posesión hace al propietario; No obstante, tras comportarse como propietario durante diez años o

más, tendría que invocar la prescripción adquisitiva de dominio, esperar la sentencia del juez y seguidamente inscribirlo en los registros públicos. En este caso no encontraríamos ningún problema; el problema surge cuando este mismo sujeto no continúa comportándose como propietario, al no invocar la usucapión y no registrar su bien, y aparece un tercero buena fe que valiéndose de los registros, compra el bien al titular que aparece en ella y luego lo inscribe a su nombre.

En doctrina se ha establecido que basta el transcurso del tiempo y los presupuestos contenidos en la norma para que automáticamente el poseedor con fines de prescripción sea considerado propietario, sin ser necesario acudir a un proceso judicial para ser declarado como tal, teniendo incluso efectos retroactivos.

En jurisprudencia se señala que la principal finalidad de la inscripción es amparar a los terceros que contraen de buena fe, a título oneroso y sobre la base de lo que aparezca en el registro, de tal manera que una vez inscrito su derecho, mantiene su adquisición aunque después se anule el derecho del otorgante en virtud de causas que no consten en los registros públicos.

Ello lo establece nuestro código civil, primero en su artículo 950° señala que *“La propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años. (...)”*.y segundo en su artículo 2014° señala que *“El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después*

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

La buena fe del tercero se presume mientras no se prueba que conocía la inexactitud del registro”

Ante esta contradicción, es necesario establecer un modo de solucionar de dicho conflicto, por eso nos vemos en la necesidad de esclarecer si la prescripción adquisitiva de dominio es declarativa o constitutiva, puesto esta discusión es la raíz del asunto.

Es necesario esclarecer el asunto, no solo para tener una clara idea de ambos puntos en controversia, sino sobre todo proteger la situación de los sujetos afectados y contrarrestar la inseguridad jurídica que esto acarrea, también porque el derecho tiene con fin llegar a la justicia social y esta se logra tomando medidas para resolver conflictos.

Consecuentemente, ante la cuestión de establecer sí la prescripción adquisitiva de dominio es declarativa o constitutiva, es que nos basaremos para determinar si el bien inmueble pertenece al poseedor que habita el predio continuamente por más de diez años, de manera pública y pacífica o al tercero de buena fe que adquiere el inmueble apoyándose en el registro y lo inscribe a su nombre.

1.2 Formulación de problema

El problema que señalamos acarrea otras que impiden llegar a la seguridad jurídica que debe de brindar nuestra legislación nacional.

1.2.1 Pregunta general

- ¿La sentencia en materia de prescripción adquisitiva de dominio tiene carácter declarativo o constitutivo?

1.2.2 Preguntas específicas

- -¿Que es la usucapión?
- -¿quién tiene derecho a la usucapión?
- -¿Que implicancias acarrearía considerar a la usucapión, declarativa o constitutiva?
- -¿Que es la fe registral o principio de fe pública registral?
- -¿hasta cuándo se es un tercero amparado en la fe registral?
- -¿hasta cuándo se puede considerar que somos un tercero adquirente de buena fe?
- -¿Quién conserva la propiedad del bien, el usucapiente o el tercero adquirente de buena fe?
- -¿El registro sólo tiene relevancia la seguridad jurídica?

1.3. Objetivos de la investigación

1.3.1 Objetivo general

Determinar los fundamentos jurídicos que justifica la sentencia en materia de la prescripción adquisitiva de dominio frente el surgimiento de un nuevo titular amparado en la fe registral, y determinar el dominio del bien inmueble.

1.3.2 Objetivos específicos

Determinar si la sentencia emitida por el juez en materia de prescripción adquisitiva de dominio tiene carácter declarativa o de constitutiva de derecho. Y si es necesario que el poseedor usucapiente inicie un proceso para posteriormente ser considerado propietario.

Determinar si la prescripción adquisitiva de dominio es suficiente para conferir la propiedad al usucapiente por el simple hecho de haber poseído un bien inmueble durante el tiempo establecido por ley y los requisitos que esta señala.

Determinar si es suficiente la inscripción en los registros públicos para asegurar la propiedad de un bien inmueble, y si el tercero de buena fe, que se basa en el registro para adquirir el bien, está sujeto a oposición.

Determinar en manos de quien queda el dominio del predio, del poseedor usucapiente o del tercero registral de buena fe.

1.4 Hipótesis

1.4.1 Hipótesis General

La sentencia de la prescripción adquisitiva de dominio tiene que necesariamente ser de carácter constitutiva, en la medida de que el juez verifique todas las pruebas emitidas por el poseedor usucapiones y determine que cumple con los requisitos establecidos por ley.

También porque el poseedor usucapiente tiene que continuar comportándose como propietario, tras cumplir con los requisitos establecidos en la ley civil, y demandar prescripción adquisitiva de dominio y posteriormente inscribirlo en registros públicos; para que de esta manera no resulte afectado ante el surgimiento de un tercero de buena fe que inscribe el bien inmueble.

En contraposición, si el poseedor usucapiente deja de comportarse como propietario, tras cumplir con los requisitos establecidos en la ley civil, y no inicia un proceso de prescripción adquisitiva de dominio, está expuesto a que surja un tercero que valiéndose de la fe pública registral, lo adquiere el inmueble, perdiendo el poseedor usucapiente la posibilidad de tener la propiedad del bien.

Es por ella que para mantener la seguridad jurídica y preservar la justicia es que se debe de considerar constitutiva la sentencia judicial en proceso de prescripción adquisitiva de dominio. De esta manera no se afecta al poseedor usucapiente con *animus domini* y que se comporta como propietario, tampoco se afecta al tercero de buena fe que confía en la fe pública registral.

1.4.2 Hipótesis Específicas

Se muestran dos situaciones que desarrollaremos más adelante:

Primer caso donde no hay conflicto: A es propietario inscrito, y antes o posteriormente a su inscripción B empieza a poseer. No hay tercero porque es el mismo A quien permite o tolera la posesión ajena.

Segundo caso donde se muestra conflicto: A es propietario inscrito, y luego de ello B comienza a poseer hasta llegado un punto en que deviene adquirente por usucapión o está a punto de lograrlo, pero de eso no consta manifestación alguna en el Registro. En este momento A vende a C quien inscribe. Aquí queda planteado el problema de este acápite: por un lado tenemos al usucapiente (o casi tal) B, y por el otro lado está el tercero C que adquiere confiado en el registro.

“Es modo de adquirir el dominio de las cosas comerciales ajenas por haberlas poseído durante un corto tiempo, debido a que solo se exige tres años para los bienes muebles y cinco años para los inmuebles. Es necesario reconocer que este tipo de prescripción la obtienen quienes entendieron adquirir la propiedad, mas no la adquirieron; por no ser el tradente es decir el verdadero dueño.”¹

“la usucapión es un modo originario de adquirir el derecho usucapido, en cuanto que la adquisición no se basa en derecho anterior alguno, es decir, el usucapiente no le hace suyo porque el que lo tenía se lo transfiera (relación causal), sino que se convierte en titular del mismo – con independencia de que antes lo fuese otra persona- porque ha venido

¹ GARCIA José, Manual de Practica Civil Procesal, 1998, pág. 76.

comportándose como tal.

Y es como consecuencia de que un nuevo derecho, incompatible con el anterior, e establece sobre la cosa, por lo que pierde el suyo quien antes lo tuviera sobre la misma”²

Otro concepto de la usucapión, es vista como un modo de adquirir la propiedad de las cosas por el transcurso del tiempo y en cumplimiento de los requisitos señalados por ley. Se puede decir que tiene las características de una expropiación cuando el propietario no ejerce su derecho sobre su propiedad o si este no hace valer su acción a la reivindicación de la cosa.

Los sujetos que tiene derecho a la usucapión o prescripción adquisitiva de dominio son las personas naturales que cumplen con ciertos requisitos determinados por la legislación nacional, entre ellos tenemos:

-Posesión continua: quiere decir que la posesión debe ser constante, es decir, sin interrupciones. Sin embargo, se siempre que tras ser desposeído, vuelva a tener la posesión, pero sin dejar un plazo extendido entre el despojo y el retorno.

-Posesión publica: quiere decir que la posesión debe de ejercerse e vista de los demás y no de manera clandestina. La cual es determinante al momento de presentar las pruebas de la posesión ante el juez

-Posesión pacífica: quiere decir que la posesión se ejerza sin que medien hechos de violencia.

-Posesión en concepto de dueño: quiere decir que el poseedor que pretende que se le declare como propietario por usucapión, debe actuar como

² ALBALADEJO, Manuel. *La usucapión*. Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid 2004, p. 16.

si fuera propietario del bien; esto quiere decir que no debe reconocer potestad mayor que la suya en relación al inmueble.

Primer punto: considerarle declarativa a la sentencia de una demanda de usucapión, implicaría dejar sin protección al tercero que de buena fe y basándose en la fe registral, adquieren el bien inmueble y lo inscriben, y por consiguiente se desplomaría todo tráfico y fundamento jurídico de la seguridad que manifiesta los registros públicos.

No obstante ello, se deja a libre disposición del poseedor usucapiente de demandar o no la prescripción, dejando paralizado y desfasado el registro, porque mientras este no demanda y se inscribe en el registro, será otro que aparezca como titular, afectando también a los acreedores de este.

Por tanto si consideramos que la sentencia es declarativa, nos vemos inmersos en un sinnúmero de casos donde se ve perjudicado no solo un tercero que confía en el registro público, sino también a los acreedores del que aparece como titular del bien inmueble, y por si fuera poco también se ve perjudicado el sistema registral por no poder actualizarse hasta que decida demandar el poseedor usucapiente.

Segundo punto: considerarle constitutiva a la sentencia de una demanda de usucapión, implicaría no solo que el poseedor usucapiente se comporte como propietario hasta que aparezca como titular del inmueble, sino también que la fe registral o el registro se respete y se actualice, beneficiándose tanto el tercero

que de buena fe adquiere el bien, como también los acreedores del titular registral.

Siendo de este modo, el poseedor usucapiente tendría que cumplir los requisitos de la ley, sino también que continuar comportándose como propietario (demandar prescripción adquisitiva de dominio y posteriormente inscribirse en registros públicos) para ser considerado propietario. Esto no implicaría obligar al poseedor usucapiente a actuar de una manera contraria a sus convicciones, sino más bien implicaría manifestar sus *animus domini*, y de este modo su derecho sería inoponible.

También implicaría no contravenir el código civil, en la medida de que se respeta la fe pública registra, garantizado la adquisición que realiza un tercero de buena fe, el cual según nuestra legislación si adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos.

Por tanto también se protege a los acreedores que basándose en el registro prestan dinero al titular que aparece inscrito, para que no haya confusiones al momento de embargar si se da el caso.

Con referencia a la fe pública registral, puede ser conceptualizada como aquel que propende a la protección de los terceros de buena fe que adquirieron un derecho sobre la base de la información proporcionada por el Registro y lo han inscrito, aunque el transferente no tenía dicho título o éste sea anulado, rescindido o resuelto en mérito de causas que no constan en el Registro.

García García señala, refiriéndose a este principio, que es “... *aquel principio hipotecario en virtud del cual el tercero que adquiere en base a la legitimación dispositiva de un titular registral es mantenido en la adquisición ‘a don dominio’ que realiza, una vez que ha inscrito su derecho, con los demás requisitos exigidos por la ley*”³

La plena confianza en los registros es una de las medidas más favorables para el tráfico comercial, y que le brinda mayor seguridad jurídica a las partes. Es de tal importancia que ante la no existencia de la fe pública registral, la falta de confianza en la información contenida en el Registro, situación que elevaría los costos de transacción, debido a que los terceros tendrían que averiguar en forma previa si los datos suministrados por el Registro corresponden a la realidad extra registral.

Con respecto al tercero registral de buena fe, Roca Sastre⁴ señala que “es el tercer adquirente por negocio jurídico del dominio de inmuebles o derechos reales limitados sobre los mismos, que en función del registro inexacto es mantenido en su adquisición por la fe pública registral, siempre que concurren los demás requisitos exigidos por la ley para tal protección”.

El principio de fe pública registral, teóricamente enunciado en relación a la seguridad jurídica en el proceso adquisitivo de inmuebles, significa que el contenido del Registro es exacto, aunque ocasionalmente no lo sea; el efecto

³ GARCÍA GARCÍA, José Manuel. *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*. Tomo II. Editorial Civitas S.A: Madrid, 1993. p. 227

⁴ ROCA SASTRE, Ramón M. y Roca-Sastre Muncunill, Luis. *Derecho Hipotecario*. Tomo II. Editora Civitas S.A. Madrid, 1993. p. 288

apuntado nos demuestra la necesidad de no estudiarlo aisladamente, sin referencia alguna, sino en función de la estructura general.

La adquisición debe encontrarse integrada por una serie de elementos, todos indispensables, a saber: existencia de un tercero; efectuada por quien figura legitimado en el Registro para transferir; por medio de un negocio jurídico válido; de buena fe y por título oneroso e inscripción del título correspondiente.

-La condición de "tercero" es necesaria y primordial, pues de ahí en más, deben cumplirse las restantes condiciones exigidas

-La adquisición del tercero debe haberse efectuado por medio de un acto válido.

-El tercero adquirente debe, necesaria e ineludiblemente, ser de buena fe, o sea creer, sin duda alguna, ser el señor de la cosa, o en otros términos, estar persuadido de la legitimidad del título, por ignorancia o error de hecho

Los requisitos están inmersos en el artículo 2014° del código civil:

El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda, cancele o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los asientos registrales y los títulos archivados que lo sustentan.

La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro”

Entonces encontramos:

-buena fe:

Según García y García⁵, *“...hay que centrar el concepto de buena fe en el problema del “desconocimiento” y no en el de la “creencia”. Todo ello sin perjuicio de que normalmente el “desconocimiento” lleva consigo de modo correlativo un estado de “creencia”. Pero esto será una consecuencia y no el concepto definitorio. Este lo constituye únicamente el “desconocimiento”*

Por tanto consideramos que la buena fe se cumple ante el desconocimiento de la posesión de otro sujeto distinto del que aparece como titular el en registro.

- Adquisición del derecho a título oneroso:

El legislador ha optado por sólo proteger al que adquiere a título oneroso un derecho de quien en el Registro figura como titular del mismo. Por motivos que solo en estos determinados caso es que el adquirente sufre de disminución de su patrimonio, caso contrario que ocurre cuando se trata de título gratuito.

-Que se adquiriera un derecho de quien figura en el Registro con facultades para otorgarlo y no se desprendan de las mismas causas que anulen, rescindan o resuelvan el título del transferente.

El legislador se basa tanto al tercero que de buena fe a confiado en la información del registro público, y adquiere la propiedad de quien aparece con facultades para enajenarlo. Como también en el principio de publicidad, que nos indica que se presume, sin admitirse prueba en contrario que toda persona tiene conocimiento de las inscripciones.

⁵ GARCÍA GARCÍA, José Manuel. *Op. Cit*, p. 307

- Inscripción del derecho:

Para que el tercero sea protegido por la ley y sea admitido como titular del bien, este tiene que inscribirlo en los registros públicos, de esta manera no cabría oposición en su contra.

El registro no solo sirve como garante de que el tráfico jurídico se está desarrollando de manera correcta, sin perjuicio de los intervinientes, se trata más de seguridad jurídica, esa como parte de la justicia.

Existen dos supuestos que se dan en la realidad continuamente

Cuando el poseedor usucapiente, continúa comportándose como propietario, tras haber ya cumplido los requisitos de la ley, y demanda la prescripción adquisitiva de dominio, y posteriormente lo inscribe a su nombre en los registros públicos, es en esta situación que nadie puede oponerse a su derecho

Otro supuesto es cuando el poseedor, tras cumplir con los requisitos de la ley, no continúa comportándose como propietario y no demanda la prescripción. Es en esta situación que puede surgir un tercero de buena fe que se ampara en el registro e identifica al titular del predio, el cual es diferente del poseedor, y adquiere el bien e inmediatamente se registra como nuevo titular.

De este modo para que ninguna de lo sujeto se vean afectados:

-en un primer punto, el poseedor usucapiente, no deje de comportarse como propietario hasta que no quede duda de su titularidad, mediante sentencia

y registro; de este modo cualquier tercero que se fije en el registro identificara al poseedor usucapiente como propietario.

-en otro punto, el tercero registral de buena fe se be amparado por el principio de fe pública registra, por tanto no puede ser despojado de su bien inmueble.

Y este supuesto se cumple solo cuando el poseedor deja de comportarse como propietario.

.

Como menciona Ángel Yagüez:

“En general, estos conflictos se resuelven teniendo en cuenta la confianza en el contenido del Registro, reputándola como verdad presunta, de tal suerte que nadie podrá ser privado del derecho adquirido aunque luego se compruebe que el título del transmitente adolecía de algún vicio invalidante, o aunque dicho título, válido en un principio, quede más tarde sin valor.”⁶

1.5 Delimitaciones en la investigación

1.5.1 Delimitación espacial

Se desarrolla para la realidad peruana, en todo su aspecto jurídico, sin involucrarnos en algún ordenamiento distinto, que podría alterar las concepciones de los términos de ocurrencia de los hechos. Tomando así desde una perspectiva abstracta, todo en cuanto recae el ordenamiento jurídico peruano.

⁶ ANGEL YAGÜEZ, Ricardo de. Apariencia jurídica, posesión y publicidad inmobiliaria registral, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao 1982, pág. 119-120.

Siendo de posible aplicación en las distintas áreas geográficas de nuestro país, en donde se involucre la prescripción adquisitiva de dominio o usucapión, también en los casos en que esta se encuentre en conflicto con los registros públicos

1.5.2 Delimitación temporal

Esta investigación se circunscribe dentro de la ordenación nacional, por tanto se enmarcará en todos los casos que se presenten en la actualidad y futuras, y servirá como modelo de solución y de seguridad jurídica.

El periodo se ve determinado por los hechos donde se nos muestra la adquisición y la posible adquisición de dominio mediante la prescripción o usucapión, y tiene vigencia el principio de fe pública registral

1.5.3 Delimitación social

Nos centramos en todos los casos en donde se podría dar la adquisición por medio de la prescripción y también donde se ve involucrado la fe registral, presentándose dichas situaciones en la realidad cotidiana.

Nos centramos también en los casos de tráfico comercial de los bienes inmuebles donde se basan en la fe pública registral para su desenvolvimiento natural.

1.5.4 Delimitación conceptual

Nos basamos específicamente en el conflicto que se genera al no tener en claro si es declarativa o constitutiva la sentencia emitida por el juez al resolver una demanda por prescripción adquisitiva de dominio, entre el

poseedor usucapiente y el tercero de buena fe que adquiere el bien inmueble amparándose en el registro

De esta manera tocamos los puntos acerca de la prescripción adquisitiva de dominio, el principio de fe pública registral, el tercero de buena

1.6 Justificación e importancia de la investigación

1.6.1 Justificación

Ante los seguidos conflictos en que nos vemos involucrados, por ser parte de esta realidad, está por demás decir que es necesario un cambio, para no continuar con la inseguridad jurídica que existe, donde prácticamente cada día se celebra compra y venta de bienes inmuebles, donde las partes solo toman como medio de garantía de seguridad jurídica, los registros públicos; y sin embargo también vemos que mediante usucapión cualquier sujeto puede adquirir un inmueble, claro que cumpliendo los requisitos que la ley señala.

Y la medida que se propone se ve claramente justificada cuando estos dos supuestos entran en juego conjuntamente, y la jurisprudencia no sabe a cuál de las partes tiene que proteger, en la medida de tratar de no perjudicar a la otra.

1.6.2 Importancia

Por el simple hecho de que el derecho es creado para regular las relaciones entre los sujetos y con mayor razón si estos entran en conflicto, es que es necesario tomar asunto y tratar de aminorar los problemas, primero mostrando una nueva propuesta y luego tratando de aplicarla a la realidad.

La importancia está en que es viable en la medida que los jueces y legisladores lo tomen en cuenta, por el otro supuesto ya existe, y es que si se presenta en nuestro día a día.

De esta manera disminuir los conflictos y aumentar la seguridad jurídica, sin perjudicar a las partes en manera desproporcional.

1.7 Limitaciones del estudio

Como todo trabajo, siempre hay limitaciones, en este caso se dieron limitación de tiempo, en la medida de que como es un tema amplísimo, todo el tiempo que uno tome para esta investigación, siempre es insuficiente. Sin embargo no es la única limitación que se presenta, también de información, puesto no todos estos temas son tratados o traducido al idioma español, sino en otras lenguas, por tanto uno se limita los que encuentra en nuestro medio.

Falta de apoyo para poder hacer búsquedas más profundas en los juzgados donde descansan los expedientes de prescripción adquisitiva de dominio. Estas limitaciones han sido superados en el proceso de la investigación jurídico social.

1.8 Viabilidad del estudio

El presente estudio es viable desde distintos puntos de vista, primero porque es una realidad, es decir, el conflicto entre estas partes y la insuficiencia de fundamentos con respecto a los temas de usucapión y el tercero registral de buena fe se mantiene vigente.

Todo estudio es viable, en la medida que sirva para solucionar un determinado asunto conflictivo. También porque aminora los gastos del registro, porque los mantiene actualizados, menos procesos, de esta manera se benefician la

sociedad y el sistema judicial. Y sobre todo se ven beneficiados las partes que realizan transferencias de inmuebles como actividad económica y también los acreedores de estos.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1 Marco histórico

2.1.1 Época pre-inca

A pesar de la poca información que aun disponemos sobre estas fechas, es un hecho que la propiedad, como en otras partes, fue colectiva en su origen. En el caso peruano la célula social primitiva es la comunidad agraria o ayllu. En consecuencia, como asevera CASTRO POZO, la raíz original de ayllu prehistórico fue, pues, el clan o los grupos hórdicos constituidos y organizados por vínculos de consanguinidad, en una sola unidad económica, al principio solo de calidad consumitiva y defensiva, y con posterioridad esencialmente productora⁷.

La plena existencia de la propiedad privada coincide con el despotismo organizado y la creación de funcionarios oficiales, es decir del Estado. Este proceso, como indica BASADRE, no se completa en el Perú inca, pero sí llega a esbozarse o iniciarse ello se comprueba con la condición del curaca y su importancia local o regional⁸.

⁷CASTRO POZO, Hildebrando. Del Ayllu al Cooperativismo Socialista, Ediciones Peisa, Lima, 1973, p. 61.

⁸BASADRE, Jorge. Historia del Derecho Peruano. Editorial Antena, Lima, 1937, p. 133.

2.1.2 Época incaica

En la época incaica la propiedad mantuvo su carácter colectivo por lo que la cooperación era común al momento de trabajar la tierra⁹. La tendencia generalizada se orienta a considerar al incario como un sistema colectivista socialista, donde se llega a advertir determinadas huellas de propiedad individual. El sistema de propiedad incaico estuvo caracterizado por la coexistencia de los tres tipos de propiedad: colectiva (pastos, bosques), familiar (tierras de cultivo) e individual (bienes muebles), pero con predominancia del primero.

2.1.3 Conquista y coloniaje

En cuanto al trabajo sobre la propiedad el colectivismo es sustituido por individualismo. Y el ayllu o propiedad colectiva, reemplazado por la propiedad privada de corte feudal. Fue el papado el encargado de formalizar la dominación española, vía la institución de las bulas. En efecto, esta se amparó en la corona para otorgar las tierras a diversas personas en calidad de recompensa por los servicios prestados en el descubrimiento y la conquista. Y, por oposición, todo lo que no era entregado o concedido por la corona, evidentemente le pertenecía¹⁰. No obstante este derecho no era a perpetuidad del propietario sino que estaba condicionado a la obligación de poblar y cultivar las tierras cedidas, pues su incumplimiento incluso podía originar, eventualmente, la pérdida del derecho.

⁹CASTRO POZO, Hildebrando. *Ibídem*.

¹⁰RAMIREZ CRUZ, Eugenio. *Derechos Reales y propiedad*. Rodhas, Lima, 2007, p. 44.

2.1.4 República

La nueva política de la República abolió formalmente las mitas y encomiendas, no obstante, en la práctica, mantuvo intactos los grandes latifundios¹¹. Las primeras disposiciones normativas que se adoptan en este período están orientadas a sestar los golpes más rudos al sistema comunitario indígena, es decir tendían a establecer el individualismo.

No obstante ni los gobiernos caudillistas militares ni los endebles y transitorios períodos demo-liberales, pudieron esbozar una política liberal sobre la propiedad agraria sino hasta 1969 con la Reforma Agraria. A pesar del aparente interés tal reforma resultó en un fracaso en vista del poco interés que mostró el gobierno más allá de la ley¹².

Es así que durante el transcurso del siglo XX las sociedades han sufrido un incontrolable fenómeno de urbanización, esto es, la población ha pasado a ocupar preponderantemente las urbes, abandonando progresivamente el campo. Esta realidad social tiene un carácter prácticamente universal y también se ha presentado dramáticamente en nuestro país¹³.

¹¹MARIÁTEGUI, José Carlos. Siete Ensayos de interpretación de la Realidad Peruana, Amauta, 1978, p. 66-69.

¹²RAMIREZ CRUZ, op. Cit., p. 49.

¹³ VIDAL RAMOS, Roger. El sistema de transferencia de la propiedad inmueble en el derecho civil peruano, p. 36. Recuperado de [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/4F8957B52C7F4583052579B50075B041/\\$FILE/SISTEMA_TRANSFERENCEIA_PROPIEDAD_DERECHO_CIVIL_PERUANO.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/4F8957B52C7F4583052579B50075B041/$FILE/SISTEMA_TRANSFERENCEIA_PROPIEDAD_DERECHO_CIVIL_PERUANO.pdf).

Por lo anteriormente expuesto y fundamentalmente por la migración del campo a la ciudad de las personas ya mencionada, nuestra sociedad dejó de depender de una economía rural y agraria, los peruanos que residían en zonas rurales decidieron emigrar a las importantes y extensas ciudades del país, encontramos un estado y realidad social diferente en el momento que se promulgó el código civil de 1984.

Compartimos lo expuesto por HERNANDO DE SOTO “que la representación tangible de un activo (título de propiedad) constituye un valor excedente a sus cualidades físicas y que de esta forma se genera el capital en países desarrollados (En occidente, por ejemplo, los inmuebles formales en su mayoría son fáciles de usar como garantía para un préstamo; para obtener una inversión bajo la figura de intercambio de activos por inversión; de esta manera generando una economía, de un capital pasivo a un capital activo que dinamiza las diferentes transacciones.

2.2 Bases teóricas

2.2.1 Teoría de la propiedad

2.2.1.1 Concepto.

La propiedad moderna se define en forma subjetiva e individualista. Es subjetiva por cuanto la propiedad se considera un derecho, a diferencia de lo ocurrido en el derecho romano, cuyo concepto de propiedad se confundía con el objeto mismo: la propiedad era la cosa. Por otro lado, la definición es individualista porque el derecho de propiedad se identifica con un individuo como sujeto titular, a diferencia de lo acontecido en otras épocas históricas.

En el nuevo orden jurídico, la propiedad protege la posición individual del titular, pero en la misma medida, también protege otros bienes colectivos de rango constitucional que se agrupan bajo el omnicompreensivo término de la función social.

Sin embargo, la definición legal de la propiedad está siempre influida por el ambiente histórico en que se formula (...). Por eso se ha definido la propiedad doctrinariamente como el señorío más pleno que se puede tener sobre una cosa. Pero ese discurso no es lo más importante, sino lo que más interesa es lo que el propietario puede hacer o no hacer, en otras palabras la cuestión de las limitaciones establecidas por la ley¹⁴.

2.2.1.2 Caracteres.

2.2.1.2.1 Clásicos. Generalidades.

Según PLANIOL y RIPERT la propiedad individual justifica ampliamente su existencia por los servicios que ella ofrece a la humanidad como estímulo a la producción en todas sus formas y en consecuencia al desarrollo y progreso de los medios de hacer la vida más cómoda.

I. REAL

En contraposición con los derechos personales, al propiedad es el derecho real por excelencia, es el poder de la persona sobre las cosas, el dominio sobre el bien¹⁵.

¹⁴ DIEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN, (2012). sistemas del derecho civil, editorial TECNOS, Madrid. P. 139-104.

¹⁵ MAISCH VON HUMBOLT, Lucrecia. Óp. cit, p. 44.

Por su parte GUILLERMO BORDA nos indica que el derecho real es un poder o facultad que se tiene directamente sobre una cosa; el típico es la propiedad, que importa un poder de señorío, de goce y de disposición de la cosa; los restantes derechos reales no son, en el fondo, sino desmembramientos de ella¹⁶.

II. PERPETUA

Los derechos reales, en oposición a los personales que son eminentemente transitorios, son permanentes; el derecho real por excelencia, la propiedad no tiene limitación temporal, pues continúa a través de la vida del titular y aún después de su muerte, en sus sucesores. El dominio del derecho no requiere que se le ejercite para conservarlo, es decir, que no se extingue por el no uso, a diferencia de otros derechos reales, cuyo no ejercicio acarea su pérdida¹⁷.

III. ABSOLUTA

Es absoluta por cuanto es una facultad que se puede oponer erga omnes, ya que todos los demás están obligados a respetar el dominio del propietario sobre el bien poseído, y la ley le brinda las acciones, tanto las posesorias como las reivindicatorias, para que éste pueda hacer valer su derecho¹⁸.

El dominio es el derecho real que otorga a su titular la mayor cantidad de facultades posibles sobre una cosa, lo cual no impide la existencia de restricciones que, configurando el estatuto normal del dominio, no alcanza a borrar este carácter.

¹⁶ BORDA A. Guillermo. "Manual de Derecho Civil-Parte General", Ed. AbeledoPerrot, Bs. Aires, 1996. pp. 359-363.

¹⁷ MAISCH VON HUMBOLT, Lucrecia. Óp. Cit, p. 45.

¹⁸ Ibídem, p. 45.

IV. EXCLUSIVA

Tiene además carácter exclusivo porque solo el domine, esto es el señor, puede disponer del bien, y es excluyente en el sentido de que nadie más que él puede usar de todos los atributos de la propiedad y servirse de las acciones que la ley le franquea¹⁹. Aún en el pensamiento moderno este carácter subsiste aunque de forma más general pues incluye no solo al domine sino a todo aquel que produzca sobre la propiedad, tenemos así en palabras de STUART MILL, la institución de la propiedad, limitada a sus elementos indispensables, consiste en el reconocimiento del derecho que tiene cada persona a disponer, exclusivamente de todo lo que pueda haber producido por su esfuerzo personal, o recibido de los productores por título de dádiva o leal consentimiento. Es decir, que dos a más personas no pueden tener en el todo el dominio de una cosa.

V. INVIOLABLE

Estaba relacionado al carácter “sagrado” del derecho de propiedad, a pesar de que las modernas doctrinas no aceptan tal característica, hasta el siglo pasado muchas constituciones lo consagraban, entre ellas la constitución peruana de 1979²⁰, que en su artículo 29 establecía: “la propiedad es inviolable, sea material, intelectual, literaria o artística”.

2.2.1.3 Modernos generalidades

TORRES LOPEZ señala que, todo sistema de derechos de propiedad debe cumplir tres características para desarrollar la función a la que ha sido llamado:

¹⁹ Ibídem, p. 45

²⁰ Ibídem, p. 46

Universalidad: todos los recursos deben ser poseídos por alguien, salvo que sean tan abundantes que puedan ser consumidos por cualquiera sin necesidad de excluir a los demás (como sería, por ejemplo el caso del aire). En otras palabras, todos los recursos con consumo real deben quedar bajo un derecho de propiedad. Exclusividad: se debe garantizar jurídicamente la posibilidad de excluir a los demás del consumo y uso del bien en cuestión. Así, los derechos de propiedad solo aparecen cuando los costos de lograr su uso exclusivo resultan compensados por los beneficios que el propio uso exclusivo genera. Transferibilidad: se requiere que por medio de intercambios voluntarios los recursos pasen de sus usos menos valiosos a los más valiosos²¹.

I. GENERALIDAD

Frente al carácter de absoluto por el cual el propietario podía hacer cuanto le plazca con sus bienes, aparece en los modernos el carácter de generalidad, en el cual el ejercicio de este derecho debe llevarse a cabo teniendo presente la existencia de otros derechos de propiedad por lo que un mal uso del suyo podría traer consecuencias perjudiciales a los derechos de los demás.

II. INDEPENDENCIA

Con la revolución francesa la propiedad pasó del dominio eminente al dominio útil. Mejor dicho a partir de esa fecha solo existe un dominio sobre la propiedad: el dominio directo o útil. Como resultado de esto la propiedad aparece, por así

²¹ TORRES LOPEZ, Juan. Análisis Económico del Derecho, Ed. Tecnos S.A., Madrid, 1987, p. 49.

decirlo, libre de ataduras y cargas, una propiedad desvinculada, independiente, totalmente diferente de la feudal.

III. ABSTRACCIÓN

En relación a que antiguamente el derecho de propiedad se ejercía únicamente sobre cosas, en consecuencia objetos tangibles, con el desarrollo del industrialismo, las finanzas y otros factores económico-sociales, se da lugar a nuevas formas de propiedad, que ahora abarcaran bienes calificados estos como tangibles (corpóreos) o intangibles (incorpóreos), tales como el derecho sobre un crédito, fundamentado en el hecho que el crédito se materializa en el título donde consta. Otros ejemplos a destacar son respecto a la propiedad de las personas jurídicas el derecho a propiedad intelectual e industrial, los cuales utilizan como criterio para calificar una interés digno de protección el criterio económico, pues tanto el talento, como el trabajo o la organización empresarial pueden medirse en dinero y por lo tanto no se puede discutir el reconocimiento y la validez de su protección.

IV. ELASTICIDAD

Hace referencia a que el propietario de una pieza de tierra puede reducir este derecho a la mínima expresión, por ejemplo, puede gravarla con usufructo, con servidumbre y con hipotecas, a aparte de los gravámenes que resultan del derecho público.

2.2.1.4 La función social del derecho de propiedad en la postmodernidad.

2.2.1.5 Teorías legitimistas de la propiedad.

I. TEORÍAS QUE FUNDAMENTAN EL DERECHO DE PROPIEDAD EN UN HECHO INDIVIDUAL

A) TEORÍA DE LA OCUPACIÓN

La más antigua de todas, aparece con el renacimiento del Derecho romano. Sostiene que hubo un momento o estado social (de aislamiento), en que los bienes eran comunes y que, por lo tanto, cada hombre podía ocupar lo referido para satisfacer sus necesidades básicas (solo necesitan extender la mano para apropiarse de los bienes que necesitan y que tan abundantemente se le ofrecían).

Esta ocupación lo convertía en propietario. Tal ocupación, al advenir el estado social que sustituye al estado de naturaleza "sirvió de título justificado del derecho". Sus defensores más caracterizados con GROCIO y PUFENDORFF, de la Escuela del Derecho Natural. En efecto PUFENDORF²² afirma que no ha precepto alguno de derecho natural que precepto su reparto general de todos los bienes para signar como cosa propia a cada uno su parte. Lo que hace ley natural es aconsejar el establecimiento de la propiedad, cuando lo requiera la conveniencia de la sociedad humana; dejando a la prudencia todas las cosas o solamente algunas, y si las deben poseer separadamente o pro indiviso,

²² En el año de 1672 apareció el *De iure naturae et gentium* (libri octo). Esta obra tomó en gran medida las teorías de Grocio y muchas ideas de la doctrina de Hobbes, sumando a ellas, sus propias ideas para elaborar su esquema sobre el derecho de gentes (o de las naciones). El primer punto importante a reconocer en su obra, es que Pufendorf explica que la ley natural no se extiende más allá de los límites de esta vida y que solamente se limita a regular los actos externos. Cuestionó la tesis hobbesiana, y a diferencia del filósofo inglés, Pufendorf sostiene que el estado de naturaleza, no es un estado de guerra o conflicto, sino de paz. Pero esta paz es débil e insegura, y si no hay algún factor o elemento que venga en su ayuda, se puede hacer muy poco para la preservación de la humanidad.

abandonando las otras al primer ocupante, de filósofo. Una vez sentado el permiso divino, el hombre estuvo desde entonces en el derecho de hacerse dueño de los bienes de la tierra; pero para conseguir que fuera tenido como excluido el derecho común de los demás sobre la cosa que quedaban en posesión de uno falta alguna convención, y la institución de esta propiedad, para ser de conformidad con las máximas de la recta razón, no deja de estar originalmente fundada en las convenciones humanas.

También entre los partidarios de esta corriente encontramos a BURLAMAQUI, para quien lo que ha producido la propiedad es la toma de posesión de lo que no tiene dueño, y que para comprenderlo hay que considerar que el trabajo aumenta el valor, siendo justo que el suelo sea de quien ha añadido dicho valor.

Se considera que esta tesis es insuficiente – aun inadmisibles porque si bien explica el origen histórico de la propiedad, no sirve para otorgarle un fundamento racional. La simple ocupación no justifica que los demás tengan que respetar el derecho del primer ocupante. Se dice que la propiedad no puede consistir en un hecho arbitrario cuya estabilidad solo dependerá de la fuerza.

B) TEORÍA DEL TRABAJO

Afirma que el trabajo es la esencia de la propiedad; ergo esta deriva del trabajo, como recompensa de este. El hombre transforma la naturaleza aumentando su utilidad. Por ello, el producto de ese trabajo debe ser para quien lo ha realizado.

En cierta medida, podemos decir que esta teoría es complemento de la anterior, pues para ella la ocupación no basta para explicar la propiedad aquella solo confiere posesión que se transforme en propiedad mediante el trabajo.

Esta teoría nace con los economistas del siglo XVIII, en su obra Investigación de la Naturaleza y causas de la riqueza de las naciones, Adán SMITH dice que: El producto del trabajo es la recompensa natural o el mismo. En aquel primer estado de las cosas que suponemos haber precedido a la propiedad de las tierras y a la acumulación de los fondos, todos el producto del trabajo pertenecería al trabajo: en el había propietario ni otra persona con quien partirlo por derecho de señorío o dominio.

La institución de la propiedad, limitado a sus elementos indispensables, consiste en el reconocimiento del derecho que tiene cada persona a disponer, exclusivamente, de todo lo que pueda haber producido por su esfuerzo personal, o recibido de los productores por título de dación o de leal consentimiento, sin emplear ni la fuerza ni el fraude. La base de todo es el derecho de los productos sobre lo producido por ellos mismos.

El filósofo inglés John LOCKE²³ consideraba que el producto de nuestro es nuestro y en consecuencia se produce la propiedad que también es nuestra.

²³ Locke postula que los hombres viven en el estado de naturaleza en una situación de paz y sometidos a leyes naturales que surgen de la razón (el derecho a ejercer justicia por mano propia y la limitación de la propiedad privada por medio de elementos en su mayoría perecederos). Los hombres salen de él tras haberse generado una situación de injusticia, tanto en el castigo como en el resarcimiento por el crimen cometido, que desemboca en un ciclo infinito de injusticias posteriores. Y que este proceso de creación de la sociedad civil y/o política se da por medio de un contrato social destinado a proteger la propiedad privada y la vida de los individuos. Este contrato se da con dos finalidades: Contrato de unión: Unidad de las partes para conformar una

CRITICA: Se argumenta, en su contra, que el trabajo no produce sino solo transforma. El trabajo por sí solo, no puede otorgar la propiedad.

En realidad, se esgrimen además muchas otras razones negativas, Se dice que el trabajador supone ya el derecho de propiedad en las materias primas, herramientas, tierras, etc.; Si el trabajador fuera el único fundamento del derecho de propiedad, no podría darse esta en los niños ni en las personas incapacitadas (ancianos, dementes) los cuales carecerían de la posibilidad de ser propietarios aun en bienes de consumo, lo que equivale a negarles el derecho de subsistir. Asimismo, agregan sus criterios, no podrían ser objetos de propiedad privada aquellos bienes que son utilísimos en la forma en que los ofrece la naturaleza. En esta línea de pensamiento. H. George afirma que el suelo no podría ser objeto de propiedad privada pues no procede del trabajo humano, es anterior a el y produce frutos sin su concurso. Marcel PLANIOL objetando esta teoría, ha llegado al extremo de decir que originaría un inextricable amontonamiento de propietarios. De igual forma las teorías del contrato social y de la ley han observado esta tesis, afirmando que el trabajo es un hecho, y un hecho no basta para legitimar un derecho. Los derechos no fundamentan los derechos, estos deben tener su razón de ser en un ordenamiento jurídico determinado, sea este positivo o natural.

sociedad → Creación de la sociedad Civil y Contrato de sujeción: Ligamento de los hombres a determinada construcción política → Creación de la sociedad política.
Esta sociedad política tiene como deber garantizar la justicia imparcial para no volver de nuevo a una situación de conflicto. Si no garantiza ni la propiedad privada, ni la vida, el contrato de sujeción se rompe y se forma otra organización política.

II. TEORÍAS QUE FUNDAMENTAN EL DERECHO DE PROPIEDAD EN UN HECHO COLECTIVO

A) TEORÍA DEL CONTRATO SOCIAL

También llamada teoría de la conversación social, parte del supuesto que el contrato social, a la vez que crea la sociedad, instituye o garantiza la propiedad privada.

Afirma que ni la ocupación ni el trabajo sirven de fundamento al derecho de propiedad, porque no obliga a los demás a respetar dicho derecho. Esta obligación solo se genera de un consentimiento mutuo o convención.

Otros sostienen esta tesis con la variante de que, mientras que unos creen que el pacto puso término a la comunidad de bienes por los inconvenientes de este sustituyéndola con la propiedad privada, Rousseau supone que este es anterior al pacto, derivándose del trabajo unido a la ocupación y que el convenio solo tuvo por objeto garantizarla.

En efecto, ROUSSEAU, al explicar el paso del estado de naturaleza al estado social sintetiza su posición diciendo: Reduciendo nuestro planteamiento a términos fáciles de comparar: el hombre pierde su libertad natural y el derecho ilimitado a todo cuando desee y pueda alcanzar ganando en cambio, la libertad civil y la propiedad de lo que posee. Y agrega, lo hay de más extraño en esta alienación es que, lejos de despojar la comunidad a los particulares de sus bienes, al aceptarlos, no hace ella otra cosa que asegurar su legítima posesión, cambiando la usurpación en absoluto derecho y el goce en propiedad.

De igual forma, si puede ser jurídicamente posible haber alguna cosa como suya, debe también ser permitido a toda la persona el constreñir a todos aquellos con los que puede experimentar dificultades hacer de lo mío y lo tuyo en la relación a un objeto cualquiera, a que se sitúen con ella en el estado de sociedad (principios metafísicos de Derecho. Añade luego, Pero el título racional de adquirir no puede encontrarse más que en la idea de la voluntad universal conjuntamente o unánime; idea que esta supuesta tácitamente como condición indispensable: pues una voluntad universal, realmente armónica, o conjuntamente en sus elementos a los efectos de legislador, es el estadio social; es decir considerando ese estado y su función, pero antes de su realización (porque de otra manera la adquisición sería derivada) como alguna cosa pueda ser adquirida primitivamente, y en consecuencia de una manera provisional. La adquisición perentoria no tiene lugar más que en estado social.

Se considera que KANT sistematizó esta teoría distinguiendo tres periodos:

Periodo de Preparación.- Durante el cual el hombre ocupa las cosas

Periodo de la Propiedad Provisional.- Durante el cual el hombre transformo las cosas con su trabajo, creando sobre ellas una suerte de propiedad provisional, pero que no era verdadera propiedad, por no crear en los demás la obligación de respetarla.

Periodo del pacto social.- En el cual los hombres convinieron tácitamente en respetarse sus derechos sobre las cosas, apareciendo así la propiedad definitiva y completa.

Se dice también que esta teoría presenta un doble aspecto:

Uno individual: ocupación y trabajo continuo de la tierra.

Otro social: La ley que garantiza el dominio pero no le da nacimiento.

Lo primero que se aduce en su contra, es que la convención, en el supuesto de existir, sería un fundamento demasiado débil para un derecho tan trascendente como el de propiedad. Sería mudable y aleatorio, pudiendo deshacerse hoy lo hecho ayer, con lo que la propiedad carecería de estabilidad. Otra razón que se aduce, es que dicho pacto sólo obligaría a los que lo convinieron, pero no a los que no intervinieron en él, por lo que habría que probarlo a cada paso, siendo siempre dudoso a quiénes obligaba y a quienes no.

Finalmente, afirmaba ARNÉS, el derecho en general es independiente de la voluntad, estando por encima del arbitrio de las personas, aunque esa voluntad esté consignada en un contrato; de la misma manera el derecho de propiedad no puede depender de las convenciones, sino que es indispensable que la convención esté de acuerdo con el derecho, no pudiendo ser el contrato general más que la garantía social de los derechos de todos.

B) TEORÍA DE LA LEY

De acuerdo con esta teoría, la propiedad es creación de la ley. Sólo ella puede constituirla o fundamentarla, disponiendo la renuncia de todos y otorgando un título de goce a uno sólo

Afirma que una vez constituida la sociedad y el poder civil, éste decretó, en interés de todos, la capacidad de cada uno para lograr la posesión exclusiva de los bienes y fijó las condiciones de esta apropiación, comenzando a existir desde entonces el derecho de propiedad privada.

Esta tesis tiene mucha semejanza con la anterior contractualista, pues la ley es más que la expresión del consentimiento común de los asociados.

Destacan entre sus defensores MONTESQUIEU J.BENTHAM, BOSSUET; revolucionarios de la talla de MIRABEAU, ROBESPIERRE y otros.

Montesquieu, sustentándola, dice: Así como los hombres han renunciado a su independencia natural para vivir bajo las leyes políticas, han renunciado también a la comunidad natural para vivir sujetos a las leyes civiles. Las primeras de estas leyes les otorgaron la libertad; las segundas la propiedad. Es decir que el hombre prescinde de su inicial libertad para someterse a las leyes políticas, asegurándose con ellas su libertad y su propiedad.

Venta, por su parte, expresa. La ley no dice al hombre "Trabaja y yo te recompensaré", sino que le dice, trabaja y los frutos de tu trabajo, esta recompensa natural y suficiente, que sin mí tú no podrías conservar, yo te aseguraré el goce de ellas, conteniendo la mano que quisiera quitártelos, Si la industria crea, la ley es la que conserva. Si en el primer momento se debe, todos los otros momentos todos se debe a la ley. Agrega que para conocer mejor el beneficio de la ley, procuraremos formarnos idea clara de la propiedad natural, y

que ella es únicamente obra de la ley. Pero su pensamiento lo resume en esta frase célebre. La propiedad y la ley han nacido juntas y morirán juntas. Antes de las leyes no hubo propiedad; suprimida las leyes y toda propiedad desaparece.

Se arguye que la ley servirá para reconocer la propiedad, resultado imponente para crearla; no explica cuál es el derecho de propiedad, ni cómo nació. El derecho de propiedad, como todo derecho fundamental sería anterior y superior a ley humana positiva. En apoyo de esta crítica se citan las palabras de León XIII, no es la ley humano positivo sino la naturaleza la que ha dado a los particulares el derecho de propiedad, y por lo tanto no puede la autoridad pública abolirlo sino solamente moderar su ejercicio y combinarlo con el bien común.

También se afirma que esta teoría en vez de fundamentar el derecho de propiedad, lo destruye, pues de un lado, no vendrían jurídicamente obligados a respetarlo las personas que no estuviesen sometidos a la misma ley humana la que hubiese creado ese derecho la misma ley es decir los poderes públicos podrían suprimirlos.

III. TEORÍA DE LA FUNCIÓN SOCIAL.

La función social de la propiedad es un concepto jurídico que limita el carácter absoluto y exclusivo del derecho de propiedad -de inspiración liberal e individualista- y lo sujeta al bien común. El concepto integra un grupo conceptual mayor señalado por la idea de "lo social" y guiado por el objetivo de la justicia social. Su surgimiento data de comienzos del siglo XX, ligado a la problemática de la "cuestión social" y su emergente el Derecho obrero, también conocido

como Derecho social. Fue desarrollado inicialmente por el pensador francés LEÓN DUGUIT en 1911. La socialdemocracia, el peronismo y la doctrina social de la Iglesia han incorporado la noción a sus concepciones.

Con algunos antecedentes imprecisos, fue LÉON DUGUIT quien llevó a primer plano y difundió ampliamente la noción de "función social de la propiedad".³ Su origen está fechado en 1911, a partir de una serie de conferencias que DUGUIT dio en agosto y septiembre de ese año, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires -una de las cuales se tituló "La propiedad función social"- que luego dieron lugar al libro *Las transformaciones generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón* (1912).

DUGUIT explicó en la mencionada conferencia que el Derecho francés originado por la Revolución francesa tuvo una "obsesión anti-feudalista" que lo llevó a eliminar todo componente familiar en la organización de la institución de la propiedad, tornándolo individual, con el fin de suprimir la nobleza y los feudos europeos. "De esta manera, se hizo del propietario una especie de soberano y la propiedad fue considerada un derecho sagrado e inviolable".³ Así lo define la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano francesa (1789):
Artículo 17: La propiedad es un derecho inviolable y sagrado...

El individualismo napoleónico se apoyaba a su vez en la idea de autonomía absoluta de la voluntad y la afirmación de un yo absoluto que MAX STIRNER dio forma en el libro *El único y su propiedad*. Además de absoluto, el derecho de propiedad fue exclusivo, en el sentido que habilitaba la exclusión de cualquier

persona que el propietario no autorizara. Por esta razón el Código Civil de Napoleón fue llamado "el Código del propietario".

La formulación individualista francesa pasó en el siglo XIX, del Código de Napoleón a prácticamente todos los códigos civiles del mundo, con pocas variaciones. El Código Civil argentino (1871), por ejemplo, incluía textualmente los derechos del propietario a "desnaturalizar, degradar o destruir" la cosa (art. 2513).

DUGUIT²⁴ fue el primero en señalar con claridad que el poseedor de una cosa cuyo derecho sobre ella está protegido por la sociedad en que vive, tiene la obligación de emplear esa propiedad en beneficio de la sociedad que lo protege²⁵. La crítica de Duguit al concepto napoleónico de la propiedad, comienza por negar que la misma sea un derecho subjetivo de un individuo, para sostener que la propiedad es una función social. Ya en 1911 DUGUIT sostenía que concebir a la propiedad como un derecho subjetivo llevaba a la "propiedad-especulación", que debía ser superada por la "propiedad-función".

DUGUIT analiza las consecuencias económicas de entender la propiedad como un derecho y pone el ejemplo del propietario de tierras que no las trabaja, o el propietario de una casa que no la alquila o que deja que su propiedad se vuelva improductiva. DUGUIT sostiene que en una sociedad todas las personas tienen

²⁴ León Duguit, *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón*, Segunda edición corregida y aumentada, Madrid, España, Francisco Beltrán, Librería española y extranjera, 1920, pp. 18.

²⁵ Manuel Adroque, *El derecho de propiedad en la actualidad. Introducción a sus nuevas expresiones*. Buenos Aires, Argentina, Abeledo-Perrot, 1991, pp. 29.

la obligación de contribuir y desempeñar una función. La propiedad, dice es precisamente la función social del poseedor de riquezas: "El propietario está, pues, obligado socialmente a realizar esta tarea, y no será protegido socialmente más que si la cumple y en la medida que la cumpla".

En un plano teórico quien introdujo el concepto de función social de la propiedad en Argentina fue León Duguit. Levaggi²⁶ menciona que la noción de función social de la propiedad se incorpora al lenguaje jurídico argentino en 1911, a partir de una visita del autor francés León Duguit a este país. Las conferencias en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires sobre las transformaciones modernas del derecho privado repercutieron ampliamente en la juventud civilista de la época. La sexta conferencia se tituló "La propiedad función social". Como resultado de dichas conferencias se editó el libro "Las transformaciones generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón".

En su concepción de la propiedad como función social, DUGUIT recurre al concepto de "solidaridad social" de Emile DURKHEIM, -denominándola "interdependencia social"- que este último ubica como fundamento del Derecho. Complementariamente DUGUIT rechaza la noción clásica de Estado como "imperio" y "dominio", para concebirlo como "servicio público", noción equivalente a "función social".

²⁶ Abelardo Levaggi, "Ideas acerca del derecho de propiedad en la Argentina entre 1870 y 1920", Revista electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio Gioja", Año I, Numero I, Invierno 2007. (Fecha de consulta: 3 de enero de 2012). Disponible en: http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R0001A001_0006_investigacion.pdf

2.2.2 Teoría de la posesión

I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

A) LA POSESIÓN EN SUS INICIOS

En el mundo primitivo la posesión está constituida por las labores de apropiación (caza, pesca y recolección de frutos), y de ocupación de tierras. Siendo un poder de hecho, la posesión antecedió a la propiedad²⁷.

La ocupación y apropiación de bienes se mantuvo por la fuerza física. No existió la propiedad privada en la sociedad primitiva²⁸.

Hubo de transcurrir mucho tiempo para que se afirmaran las primeras manifestaciones de la propiedad²⁹.

B) LA POSESIÓN EN EL DERECHO ROMANO

En la Roma antigua, la relación (corporal y espiritual) del hombre con los bienes era posesoria. Se exteriorizaba como un señorío de hecho. Tal vínculo se manifestaba en el *ager publicus*, que eran las tierras conquistadas al enemigo, que constituyó el patrimonio de las grandes familias³⁰.

²⁷ Ramírez Cruz, Eugenio. Tratado de Derechos Reales. Tomo I. Editorial Rodhas. Lima, 2007. Pág. 322.

²⁸ Ramírez Cruz, Eugenio. Óp. Cit. Pág. 322.

²⁹ Ibidem p. 323.

³⁰ Ibidem p. 323.

Durante la dominación etrusca no desaparece el señorío bajo el cual se exteriorizaba la posesión, pero sólo se manifestaba en la faz económica³¹.

Durante las épocas clásica y republicana, fue la posesión la base de la economía agraria. Las tierras del *ager publicus* fueron retenidas por la nobleza durante siglos y las transmitieron a través de la herencia. El *ager publicus* desapareció bajo el imperio Domiciano.³²

A la *Lex Thoria* el romanista Emilio Albertario le atribuye la consecuencia de haber influido en la transformación de la posesión en dominio³³.

C) LA POSESIÓN EN EL DERECHO GERMANO

En la época antigua, el derecho privado alemán no reconocía al individuo la propiedad privada, especialmente la del suelo y la tierra. El dominio privado era posible sólo sobre los muebles, al paso que los inmuebles estaban sometidos a la propiedad común asociacional.³⁴

No se dio una diferenciación entre posesión y propiedad. El poseedor de un bien era considerado propietario del mismo, y la institución representativa de la posesión fue la *gewere*. Tiene *gewere* el que goza del señorío del bien; es el que tiene el aprovechamiento y hace uso de su derecho de manera notoria. No todo

³¹ Ibidem. P. 323.

³² Ibidem . p. 323.

³³ Ibidem p, 324.

³⁴ Ibidem p. 324

señorío sobre el bien constituye *gewere*, sino aquel que aparenta ser la cristalización de un derecho real.

Por eso el usurpador no tiene *gewere*. Siendo la *gewere* un derecho, es transmisible por acto *inter vivos* y a través de la herencia (*mortis causa*), pues al fallecer el causante, el poseedor se convertía en continuador de la posesión de aquel.³⁵

El derecho germánico no distingue entre posesión jurídica y detentación: tiene también *gewere* el que carece de *animus dominantis*.³⁶

El poseedor estaba protegido por algunas acciones defensivas por acción propia. Se sancionaba al infractor de la posesión; el despojado mantenía una *gewere* ideal (aquí se trasluce su condición de derecho), pero igualmente, existía la *gewere* corporal, que no era la simple detentación, sino que tenía la apariencia jurídica del ejercicio de un derecho sobre el bien.³⁷

El periodo de recepción del derecho romano en Alemania va a producir un cambio notable. La recepción trae la noción de posesión. Esta se diferencia de la germánica en la más acusada acentuación del señorío de hecho (*corpus*), con la repulsa de la *gewere* múltiple y de la *gewere* ideal. La doctrina romana, desde Savigny, exige que para que haya posesión, además del *corpus* o señorío, se

³⁵ Ibidem p. 325.

³⁶ Ibidem p. 325

³⁷ Ibidem, p. 326.

necesitaba el *animus domini* (elemento subjetivo); de tal modo que el no propietario sólo tiene detentación.³⁸

En el moderno derecho alemán, ha resucitado la idea germánica de posesión. Todo señorío de hecho representa posesión de hecho. La posesión es transmisible *inter vivos* y *mortis causa*. El BGB estatuye que la posesión es el señorío de hecho de una persona sobre una cosa. En cuanto a los grados de posesión, esta puede ser posesión en concepto de dueño y posesión en concepto distinto al de dueño. La *gewere* múltiple reaparece en las formas de posesión mediata e inmediata, y la *gewere* ideal en la posesión del heredero.³⁹

D) LA POSESIÓN COMO PODER DE HECHO

II. CONCEPTO DE POSESIÓN.

Savigny concluyó que la posesión se compone de dos elementos: el *corpus* y el *animus*. El *corpus* es la posibilidad física de actuar sobre la cosa, de disponer de ella y de defenderla de cualquier acción extraña; este *corpus* requiere una voluntad de tener y mantener el contacto físico. En caso de faltar la voluntariedad habrá una simple yuxtaposición local, un contacto físico involuntario. Pero además del *corpus* voluntario, se requiere la existencia del *animus domini*, es decir, de la intención de poseer como propietario. Según este jurista, sólo eran poseedores el dueño, el que actúa como si fuese dueño, el usurpador y el ladrón. En el derecho romano, se reconocían también como poseedores al enfiteuta, al superficiario, al acreedor prendario y al precarista, ninguno de los cuales tenía

³⁸ Ibidem, p. 326.

³⁹ Ibidem, p. 327.

animus domini. El citado autor denominó a estos supuestos como poseedores derivados, por cuanto el titular originario enajenaba la posesión para determinados efectos prácticos. Las otras categorías de sujetos que tuviesen contacto con el bien (por ejemplo, arrendatarios, usufructuarios, depositarios), eran tenedores, y no gozaban de la protección posesoria. La cuestión definitoria entre la posesión y la tenencia es la presencia del *animus domini*, salvo los casos de los poseedores derivados.⁴⁰

Para Savigny toda posesión se basa en la convicción de un poder ilimitado de disponer físicamente de la cosa. Para que esta convicción se produzca, es necesaria la voluntad de tener la cosa como propia: *animus*, al mismo tiempo, son necesarios los elementos materiales constitutivos de ese poder de disponer del que el poseedor debe tener convicción: *corpus*. La continuación de la posesión resulta de las mismas condiciones que dieron lugar a su adquisición: *corpore et animo*; pero para esta continuación no es preciso siempre ese poder físico inmediato que es necesario para la adquisición de la primera; es suficiente que se pueda reproducir a voluntad. Es por eso que la posesión una vez adquirida no se pierde por el solo alejamiento, y la relación física no es suficiente para hacer adquirir la posesión.⁴¹

Para Savigny, el contacto físico no es necesario para adquirir la posesión, pues la simple presencia es bastante también (no es necesario tomar la posesión

⁴⁰ Gonzáles Barrón, Gunther. Tratado de Derechos Reales. Tomo I. Tercera Edición, Jurista Editores, Lima, 2013. Pág. 400-401.

⁴¹ Ramírez Cruz, Eugenio. Op. Cit. Pág. 361.

corporalmente y con la mano, sino que también se toma con la vista y con la intención). El *corpus* no es el poder sobre la cosa, sino el que ésta se halla colocada bajo la potestad, o mejor dicho, bajo la guarda directa del poseedor.⁴²

Ihering no recusa la voluntariedad en la posesión, sino la existencia de una especial intención de comportarse como propietario materializada en el *animus domini*. No basta el contacto físico entre el sujeto y el bien, sino es necesario además el ánimo de poseer. En caso de ausencia de este elemento subjetivo, nos encontramos en presencia de una relación de lugar, análoga a la yuxtaposición local de la teoría de Savigny, y la que no tiene significado jurídico alguno. Si la persona manifiesta su voluntad dirigida hacia el bien, este toma la forma de relación fáctica exclusiva y exteriormente reconocible. La relación posesoria se caracteriza por la posibilidad de obrar por sí mismo (aspecto positivo) y por la exclusión de todos los demás para obrar respecto al mismo bien (aspecto negativo). El *corpus* y el *animus* están fundidos indisolublemente, uno no existe sin el otro; la posesión es la voluntad materializada en la relación fáctica.²³

Para Ihering, la distinción entre la posesión y la tenencia no puede estar en el *animus domini*, que para él no existe; la frontera entre ambas figuras se delimita por obra del ordenamiento jurídico, que en base a consideraciones prácticas o utilitarias establece si una dominación fáctica debe ser considerada como tenencia o posesión.⁴³

⁴² *ibidem*, p. 362.

⁴³ Gonzáles Barrón, Gunther. Tratado de Derechos Reales. Pág. 401-402.

La doctrina de Savigny, se halla construida de abajo hacia arriba. En la parte inferior de la escala se encuentra la tenencia, y de ésta se pasa a la escala superior constituida por la posesión, siempre que se tenga el *animus domini*. La posesión implica la tenencia, en cambio la tenencia no necesariamente constituye relación posesoria. La doctrina de Ihering está elaborada de arriba hacia abajo. Lo normal es la posesión, y solo de forma excepcional hay tenencia cuando el ordenamiento jurídico decide, por cuestiones de política legislativa, degradar una relación posesoria y convertirla en tenencia.⁴⁴

La tesis de Savigny vincula la propiedad con la posesión por el *animus domini*, lo cual se manifiesta en el concepto de la posesión (ejercicio de hecho respecto al contenido de un derecho) y en los fundamentos de la tutela posesoria. En cambio, para la tesis de Ihering la posesión puede considerarse en alguna medida autónoma de la propiedad.⁴⁵

La tesis de Savigny captó mejor la esencia de la posesión romana; en cambio Ihering, utilizó las fuentes romanas para consagrar una teoría germánica de la posesión, inspirada en la *Gewere*. La ventaja de Ihering, se encuentra en haber captado a la posesión desde el punto de vista de su materialidad, y difuminado las diferencias entre ésta y la tenencia, con lo cual el ordenamiento jurídico tutela un hecho material, socialmente público, y que merece ser protegido por sí mismo.⁴⁶

⁴⁴ *Ibidem*, p. 403.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 403.

⁴⁶ *Ibidem*, pp. 405-406.

2.2.2.1 Supuestos de las relaciones posesorias

I. TODA RELACIÓN POSESORIA ES VOLUNTARIA

En nuestra opinión, la naturaleza jurídica de la posesión tiene un doble carácter. Por un lado, su nacimiento o adquisición se produce a partir de una relación de hecho o fáctica con el bien, en virtud de la cual el ordenamiento le asigna consecuencias jurídicas, lo que permite la formación de un hecho social relevante para el Derecho o también llamado «hecho jurídico». Así, la adquisición de la posesión se halla al nivel de supuesto de hecho de la norma, y su naturaleza jurídica es la de un acto jurídico en sentido estricto, en cuanto constituye un acto humano voluntario que se exterioriza a través de un comportamiento. Entre las consecuencias jurídicas que genera se desprende, en primer lugar, que el poseedor tiene derecho a conservar la posesión, a continuar en ella, a transmitirla, a defenderla y recuperarla, etcétera, todo esto al margen de si cuenta o no con un título jurídico que habilite su posesión.

Por otro lado, es innegable que, una vez manifiesto ese poder de hecho como condición permanente, opera como un derecho subjetivo de naturaleza real, en la medida que tiene por contenido un conjunto de facultades de obrar (reflejo de los atributos del dominio) y mecanismos de protección autónomos al del derecho de propiedad u otros derechos patrimoniales de naturaleza real que recaigan sobre bienes. En este sentido, si vamos a la esencia propia de todo derecho subjetivo, la posesión representa un interés jurídicamente protegido desde un punto de vista funcional, que incluye en su contenido el despliegue de facultades de obrar que van más allá de los atributos de la propiedad y que se encaminan a la utilización económica del bien. Asimismo, conlleva el surgimiento de un

deber jurídico general frente a la colectividad, pues por su condición de derecho real se opone a todos, los cuales se ven obligados a respetar el statu quo posesorio como garantía para la realización del interés descrito. Finalmente, como rasgo externo característico al derecho subjetivo, goza de mecanismos de tutela propios, que protegen el llamado ius possessionis o derecho de posesión en sí mismo, tal como en el caso de los interdictos o acciones posesorias y la autotutela posesoria.

Cabe mencionar que la posesión, como hecho jurídico y también como derecho, cuenta con relevancia jurídica propia e independiente del derecho de propiedad o de cualquier otro derecho real, léase usufructo, servidumbre, etcétera. Por lo tanto su protección jurídica es independiente también de la existencia del derecho que inspira la posesión; es decir, se desvincula de la titularidad del derecho del que emanaría legalmente la relación posesoria. En consecuencia, no hay entre la posesión y la existencia del derecho ninguna concordancia necesaria, pues la posesión opera únicamente como el ejercicio de un derecho real distinto, cuando el derecho existe. En estos casos la posesión queda absorbida como el contenido propio del derecho real del que se trate; si este no es el caso, lo único con lo que contará el poseedor es con un derecho de posesión, nacido del propio poder de hecho que ejerce sobre el bien.

II. DEL SUJETO DE LA RELACIÓN POSESORIA

Según el autor la persona natural y jurídica pueden ser poseedores, esta posición tiene respaldo en una interpretación extensiva del artículo 3 del C.C. por la cual si toda persona puede ser titular de derechos, con mayor razón puede ser

protagonista de hechos jurídicos voluntarios. Ahora, ha señalado el autor, el problema está en el ámbito de la capacidad de ejercicio que requiere el poseedor, y agrega que siendo la posesión un hecho jurídico voluntario no requerirá para su adquisición o goce la capacidad plena de ejercicio requerida para celebrar un negocio jurídico, sino tan solo de una capacidad natural que permita ostentar el poder de hecho. Luego, el autor a partir del análisis de las normas contenidas en los artículos 1358 C.C. y 1975 C.C. construye la doctrina de la capacidad natural para adquirir y gozar de la posesión en nombre propio.

III. OBJETO DE LAS RELACIONES POSESORIAS

El autor aclara que la posesión no es un derecho real, sino una típica relación de hecho que vincula al hombre con los bienes, en tal sentido, el objeto sobre el que recae el señorío fáctico del poseedor son los bienes. Siendo que esta puede recaer sobre bienes corporales e incorporales, partes o porciones de bienes, bienes del estado. Luego, el autor refiere que además de la posesión mediata e inmediata, existen otras clasificaciones como son la posesión legítima e ilegítima, la posesión de buena fe y mala fe, y la denominada posesión precaria.

Al respecto, la posesión será ilegítima cuando se ejerza con título inválido o sin título alguno. Esta será de buena fe cuando el poseedor, por cualquier causa, cree en la legitimidad de su título. Será de mala fe cuando conozca de la ilegitimidad de su título, carezca de título o éste sea manifiestamente ilegítimo.⁴⁷

⁴⁷ Título Posesorio en el Derecho Civil Peruano. Hector Enrique Lama More. Revista Oficial del Poder Judicial
2/1 2008. Publicación en internet:

La posesión precaria está legislada en el artículo 911º de nuestro Código Civil; el cual prescribe que: "La posesión precaria es la se ejerce sin título alguno o el que se tenía a fenecido".⁴⁸

La posesión precaria es la que se ejerce con título manifiestamente ilegítimo o inválido, o sin título alguno, sea porque nunca lo tuvo o porque el que tenía feneció.⁴⁹

2.2.2.2 La posesión en el código civil

I. POSESIÓN DE PROPIETARIO Y MERA TENENCIA

El código peruano se adhiere a la tesis objetiva de Ihering. Ya lo hacía el derogado código en su numeral 824. Decir que el derecho patrio se adhiere a Ihering no es negar el *animus*, que el jurista alemán nunca planteó. Es afirmar que toda relación fáctica es posesión, a menos que el legislador disponga lo contrario. Siempre existirá *animus*; sin éste la posesión no existe, lo que sucede es que se encuentra incorporado en el *corpus*.

<http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/fb777b0043eb7ba1a80beb4684c6236a/8.+Doctrina+Nacional++Magistrados++H%C3%A9ctor+Lama+More.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=fb777b0043eb7ba1a80beb4684c6236a>

⁴⁸ Las Clases de Posesión en el Perú. <http://www.articuloz.com/leyes-articulos/las-clases-de-posesion-en-elcodigo-civil-peruano-1054756.html>

⁴⁹ Título Posesorio en el Derecho Civil Peruano. Héctor Enrique Lama More. Revista Oficial del Poder Judicial 2/1 2008.

Publicación en internet:

<http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/fb777b0043eb7ba1a80beb4684c6236a/8.+Doctrina+Nacional++Magistrados++H%C3%A9ctor+Lama+More.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=fb777b0043eb7ba1a80beb4684c6236a>

El *animus* no depende de la voluntad del hombre, no está en su cabeza; previamente la ley lo ha determinado. No es cierto, como sostienen los legisladores nacionales, que se descarta todo elemento intencional.

El código peruano dispone cuándo hay posesión (artículo 896 del Código Civil), de lo contrario habrá mera tenencia; un caso lo constituye el servidor de la posesión, que es mero tenedor (artículo 897).

Pero hay algunas excepciones. En la usucapión, se exige que la posesión sea a título de dueño. Aquí se puede decir que hay un rezago de Savigny. Cuando se dice que el poseedor es reputado propietario, mientras no se pruebe lo contrario, se afirma que todo poseedor se conduce con *animus domini*; lo cual es falso; el poseedor (usuario, usufructuario, etc.) no tiene intención de ser dueño, sólo tiene voluntad del derecho de que es titular. Se hace necesario construir una teoría que la desligue por completo de la propiedad: el *animus* posesorio no es necesariamente el *animus* de propiedad.

No está explicitada la teoría objetiva. Es necesario fundar la posesión en una voluntad independiente de la propiedad, pero sin caer en el *animus possidendi*, que es una regresión al subjetivismo savigniano. Lo que sucede es que todo el sistema jurídico ha sido edificado en base a la propiedad.

II. EL SISTEMA POSESORIO

En un principio probablemente, "propiedad" y "posesión" eran consideradas como una misma cosa: el hecho, la apariencia del derecho, debió ser el derecho mismo. Con el tiempo apareció la distinción; pero, a pesar de la intensa investigación realizada, todavía no sabemos con seguridad ni como se llevó a cabo en Roma la diferenciación neta entre las nociones de posesión y propiedad, "el hecho y el derecho"; ni cual fue el origen de los interdictos posesorios, la forma más típica de proteger la posesión.

En cambio, en las etapas plenamente conocidas del Derecho Romano, cuando surge la propiedad quiritaria y cuando, frente a ella, se comenzó a tutelar la posesión en forma autónoma, o sea, independientemente de que el poseedor fuera propietario o no, lo cierto es que ambas instituciones aparecen perfectamente separadas y así mismo basadas en principios totalmente diferentes hasta el punto de que Ulpiano pudo decir que "Nada en común tiene la propiedad con la posesión" ("Nihil commune habet proprietatis cum possessione"). Sin embargo, como veremos, el concepto romano de posesión siempre adoleció de falta de claridad y de unidad sistemática.

A) EL SISTEMA POSESORIO SEGÚN SAVIGNY

Defensor de la teoría subjetiva. Para esta teoría la posesión tiene dos elementos: Corpus y el Animus dominis.

Lo sustancial de esta teoría es el animus dominis, es decir, la intención de tener la cosa como suya. Para la teoría subjetiva, el que carece del elemento

intelectual solo es un mero tenedor, y por tanto desprovisto de la protección de las acciones posesorias.

En esta teoría la posesión es un hecho con consecuencias jurídicas (la posibilidad de la prescripción y las acciones posesorias)

Animus subjetivo de Savigny: Para este autor el animus significa el intención de comportarse como lo haría el propietario pero sin embargo hay algunas figuras en que se reconocen la posesión sin tener la intención de tener la cosa para sí como el caso del acreedor pignoraticio. Savigny para salvar estos obstáculos, recurre la idea de posesión derivada; la posesión transmitida por el titular originario.

B) EL SISTEMA POSESORIO SEGÚN IHERING

Partiendo de sus análisis del Derecho romano, desarrollará la teoría objetiva de la posesión, opuesta a la teoría subjetiva elaborada principalmente por su colega Savigny. De esta manera, niega que la posesión requiera un animus domini, como pensaba Savigny. Pese a ello, Ihering admite incluir dentro de la posesión el requisito de intencionalidad, pero equipara tal elemento al ánimo que el sujeto tiene en la mera detentación.

Continuando con el razonamiento, llegará a la conclusión de que esa parte intencional, o animus posesorio, se identifica con el corpus, siendo éste último la exteriorización del propósito posesorio. Finalmente, el animus vendría a

concretarse en la intención del sujeto de utilizar la cosa para satisfacer sus necesidades e intereses.

Ihering, por todo ello, afirmará que los únicos requisitos de la posesión serán la relación material y el deseo de continuar con aquella relación. De esta manera, a priori, equipara la mera tenencia con la posesión. No obstante, establece que la protección interdictal no es aplicable para la mera tenencia, con lo que sigue existiendo el requisito de causa possessionis que ambos supuestos cumplen, pero se afirma que hay que prestar atención a los detalles de tal requisito. De esta manera, cuando la causa possessionis tiene unos determinados rasgos, como pudiera ser la posesión en interés ajeno, corrompe la figura de la posesión, y la reduce a una mera detentación para la que no cabe protección interdictal.

2.2.2.3 Autonomía, fundamento y naturaleza de la posesión

La posesión, como exclusivo poder de hecho que tiene el sujeto sobre el bien, no requiere contar con algún derecho que lo sustente, pero ello no impide que produzca consecuencias jurídicas.⁵⁰

Savigny consideró que la posesión es un hecho, por cuanto se basa en circunstancias materiales, aunque el producir consecuencias jurídicas le hace ser un hecho jurídico, el cual se protege sin consideración a que exista un derecho subjetivo. En cambio, Ihering, sostuvo que la posesión es un derecho, partiendo de que es un interés jurídicamente protegido; sería un derecho porque reúne las características de éste (señorío de la voluntad reconocido por la ley o

⁵⁰ Gonzáles Barrón, Gunther. Op. Cit. Pág.266-267.

como un interés protegido por ella), constituyendo una relación tutelada por el ordenamiento jurídico, incluso en contra del propietario del bien.⁵¹ Gonzáles Barrón, considera que es erróneo tipificar la posesión como un derecho, por las siguientes razones:

Si la posesión es un derecho subjetivo, ello quiere decir que un poseedor legítimo tiene dos derechos: el primero, producto de su título posesorio, como es el caso del derecho del arrendatario, del usufructuario o del comodatario. El segundo derecho sería producto del solo hecho de poseer.

Si la posesión es un derecho, resulta absurdo que los ordenamientos hablen de la posesión ilegítima. Para dicha tesis, el ladrón o el usurpador serían poseedores legítimos, por cuanto la posesión es por sí misma un derecho.

La sola posesión sería un curioso derecho subjetivo que sólo se mantendría cuando el titular se encontrase en contacto con el bien; en caso contrario, se extinguiría el derecho y se perdería la facticidad. Pero la posesión es un hecho que nace y se extingue como tal; pero no le impide ser un hecho jurídico que produzca consecuencias jurídicas.

La protección posesoria se otorga a favor de la persona que se halla en relación fáctica con el bien, sin importar la titularidad jurídica. Es un hecho cuyo acceso al registro inmobiliario se encuentra negado, ya que en el registro ingresan los derechos amparados en un título. La posesión sólo aparece en el Registro como una consecuencia del título de dominio o del

⁵¹ *Ibíd.* Pág. 267.

derecho real que se inscribe, pero nunca se inscribirá una posesión en el vacío, es decir, sin título, meramente fáctica y provisional.⁵²

En el caso del Código Civil, la posesión está dentro de la sección denominada Derechos Reales Principales, lo que permitiría llegar a la conclusión apresurada de que, la posesión es un derecho real. Pero se debe tener en cuenta que el artículo 896 del Código Civil habla de la posesión como un ejercicio de hecho, sin considerarlo como un derecho.⁵³

Esta cuestión no es meramente teórica, pues ha habido casos en los que se ha interpuesto una acción de amparo en favor del derecho de posesión; pero se ha dicho que la posesión no se ha consignado como un derecho protegido en la Constitución, aun cuando se haya opinado que forma parte del contenido del derecho de propiedad. Pero si se estima que la posesión es un hecho, la acción de amparo es inviable para tutelar un *factum*.⁵⁴

2.2.2.4 Adquisición, prueba y pérdida de la posesión

2.2.2.4.1 El poder de hecho

Nuestra Legislación civil en forma expresa no instituye cómo se puede adquirir la posesión; sin embargo, establece cómo se puede adquirir el Derecho de propiedad, situación que nos hace determinar que esas son también las formas de adquirir la posesión conforme a la naturaleza jurídica de cada una de ellas.

⁵² *Ibidem* pp. 268-269.

⁵³ *Ibidem* .p. 271.

⁵⁴ Sacco, Rodolfo y Caterina, Rafaele. *Il Posseso*, Pág. 174-176

En resumen podemos señalar que la posesión puede adquirirse por ocupación, por usurpación y finalmente, por tradición o transmisión de los derechos, ya sea por efectos de los contratos entre vivos o por causa de muerte.⁵⁵

La posesión es considerada como un “hecho jurídico voluntario”, que no requiere la capacidad plena de ejercicio para los actos de adquisición o goce de la posesión, como si se requiere cuando se trata de un derecho transmisible en virtud del negocio jurídico; por tanto, para ser poseedor se requiere la “capacidad natural” que permita ostentar el poder de hecho, esto es, lo que en doctrina se llama la “capacidad para entender y querer” los propios actos⁵⁶. Tratándose la posesión de un “hecho”, basta que el sujeto cuente con capacidad natural para adquirir o conservar la posesión, pues no se está disponiendo ni transmitiendo derechos.

Ahora bien, no cualquier contacto físico sobre el bien puede considerarse “poder de hecho” o “ejercicio de hecho”, como lo llama el artículo 896 del Código Civil; pues, los comportamientos pasajeros, privados de funcionalidad o de cualquier tipicidad social, no podrán pasar el examen de la relación posesoria⁴⁸.

Modos de adquisición de la posesión

Debe advertirse que para algunos autores no puede hablarse estrictamente de *adquisición* de la posesión sino de *iniciación* de la misma por considerar que la

⁵⁵ Díez Picaso, Luis. Op.Cit., pág. 603

⁵⁶ Gazzoni, Francesco. Manuale di diritto privato, pág. 212.

posesión es un hecho durable y no un derecho. En concordancia con esta posición dichos autores suelen negar la exactitud de la sistemática común que distingue entre modos originarios y derivativos de adquirir la posesión. En efecto, arguyen que la adquisición de la posesión entendida como iniciación de una situación de hecho es siempre originaria en el sentido de que se produce siempre por la actuación de la persona que se coloca frente a una cosa en actitud de propietario o de titular de otro derecho real sin que ese supuesto pueda ser transmitido.

Sin embargo, es innegable que si a veces la posesión se inicia por la sola actuación del poseedor (por ejemplo: cuando alguien se apodera de una cosa abandonada), en otras oportunidades interviene también, concurriendo con su voluntad, un poseedor precedente (por ejemplo: cuando el vendedor hace entrega al comprador de la cosa que hasta entonces poseía). En este sentido se justifica distinguir entre adquisición originaria y adquisición derivativa de la posesión.

Como se ha mencionado, la adquisición de la posesión requiere un acto de injerencia del sujeto sobre el bien, ante lo cual se excluye el objeto del ámbito de poder de los demás.

Este acto de injerencia puede ser de carácter “originario” o “derivativo”. La adquisición originaria se funda en el solo acto de la voluntad unilateral del adquirente. En cambio, la adquisición será derivativa cuando se produzca una doble actuación: la del precedente poseedor, quien voluntariamente cede el poder de hecho al nuevo poseedor, y la del nuevo poseedor, quien recibe el

poder fáctico sobre el bien⁵⁷. El Código Civil reconoce ambos modos de adquisición de la posesión en el artículo 900, denominando a la adquisición derivativa como "tradición", de acuerdo a la secular tradición romanista.

i) Adquisición Originaria.- que normalmente se realiza mediante un acto de aprehensión unilateral; si el bien no es poseído por nadie entonces estamos ante una ocupación; en cambio, si la aprehensión se manifiesta en contra de la voluntad del precedente poseedor, estamos ante un despojo⁵⁸. En cualquiera de los casos se trata de una conducta de injerencia sobre la cosa o un comportamiento comisivo, pero nunca puede reducirse a una cuestión meramente psicológica. El Código Civil regula esta adquisición en su artículo 900 y, que da entender que la adquisición originaria de la posesión se produce en los casos establecidos por la ley.

Asimismo, esta adquisición se produce también por un acto unilateral del adquirente, sin que concurra con su voluntad un poseedor precedente. Supone, desde luego, una conducta que constituya respecto de la cosa el supuesto de hecho posesorio, o sea, la conjunción del "corpus" o del "animus". Respecto del "corpus": debe destacarse que tanto menos efectivo debe ser el ejercicio del poder sobre la cosa cuanto menor sea la posibilidad de que otra persona concurra al ejercicio de este poder. Correlativamente, cuando la probabilidad de la concurrencia ajena sea mayor, tanto más debe aproximarse la relación objetiva del adquirente al contacto corporal con la cosa. Por ejemplo, si se tratara

⁵⁷ Díez Picaso, Luis. Op.Cit., pág. 603

⁵⁸ Gazzoni, Francesco. Manuale di diritto privato, pág. 212.

de la toma de posesión de una "res nullius" o de una cosa que está en posesión de otro, es necesario la aprehensión "corpore et tactu" pues sólo así se elimina la posibilidad de que otros en el primer caso, o el precedente poseedor en el segundo, se poseione efectivamente de la cosa. En cambio, cuando los peces entran en los viveros propios o los frutos caen en el propio fundo, la posesión se adquiere sin más. Las reglas en la materia son pues elásticas como lo son en general las reglas para determinar la existencia del "corpus"; pero, en cualquier caso, es indispensable la iniciación de una situación inequívoca de poder a favor de quien inicia la posesión con la advertencia de que en el momento en que se adquiere la posesión es necesario exigir con mayor rigor los requisitos de ésta que cuando se trata de su continuación. Al lado del "corpus" es *necesario el elemento intencional*. En la adquisición originaria dicho elemento está implícito y se exterioriza en la actuación posesoria. Como este elemento intencional es meramente táctico, sólo se requiere una voluntad que tenga la capacidad natural de entender y querer sin que sea necesaria la capacidad negocial (incluso cuando se trata de adquirir la posesión de un derecho real).

ii) Adquisición derivativa.- La tradición o entrega es el acto bilateral mediante el cual el poseedor precedente ("tradens", transferente) introduce en el poder fáctico al poder sucesivo ("accipiens", adquirente). La tradición consta de un consenso bilateral de y de una ejecución material (Artículo 1351 C.C.), por cuanto no versa sobre la modificación de relaciones jurídicas. Tampoco es un negocio (acto jurídico), por cuanto la tradición incide sobre situaciones de hecho y esta factualidad da lugar a hipótesis simples, fácilmente verificables y no retroactivas. La tradición puede producir otros efectos jurídicos, lo que en ciertas

ocasiones enturbia su noción porque a veces se le atribuyen como notas esenciales las características que debe reunir para producir esos *otros* efectos jurídicos.

Pero la tradición en su sentido propio consiste en la entrega de una cosa para trasladar a quien la recibe la posesión de la misma.

Existen *diversas formas* de hacer tradición:

a) Puede hacerse tradición mediante *la entrega efectiva, material o corporal de la cosa*. Este acto *no es un negocio jurídico* porque sus efectos no se fundan en el contenido de las declaraciones de voluntad del "tradens" y del "accipiens" sino que es uno de los actos que la doctrina alemana califica de actos reales y cuya característica es que sus efectos jurídicos están en función de que se produzca un determinado resultado de hecho que en el caso que nos ocupa consiste en que el señorío de hecho sobre la cosa pase del "tradens" al "accipiens". Esta entrega material no difiere de la ocupación material de la cosa sino en cuanto que concurre la voluntad de un poseedor precedente. Esta circunstancia unida al hecho de que no se trata de un negocio jurídico explica que para adquirir la posesión por este concepto basta también la capacidad natural de entender y querer.

b) La tradición puede consistir también en un acuerdo cuando el adquirente se encuentra ya en una situación que le permita poder ejercer su poder sobre la cosa (por ej. porque la tiene arrendada). Tampoco esta tradición consensual es un negocio jurídico sino un acto real.

Además de la tradición efectiva y de la consensual, existen otras llamadas a veces *simbólicas* o *fingidas* cuando en realidad sería mejor denominarlas *atenuadas*. En estos casos el "tradens" no entrega efectivamente la cosa al "accipiens"; pero lo coloca en una posición que le ofrece la segura posibilidad de esa posesión.

La posesión puede adquirirse por sí o por medio de otro. En efecto, es posible que una persona despliegue la actuación que conduce a adquirir la posesión en condiciones tales que haya de concluirse que actúa "en nombre de otro" quien es el que verdaderamente adquiere la posesión. No se trata propiamente de una representación en materia posesoria ya que no es una sustitución en una declaración de voluntad sino en la creación de un estado de hecho. El caso más frecuente es que la sustitución se refiera al "corpus" de la posesión (por ejemplo: cuando una persona compra una cosa y envía a un apoderado o dependiente suyo a recibir la entrega material correspondiente). Sin embargo, la sustitución también puede operar respecto del "animus" en el caso de los representantes de las personas naturales o jurídicas.

En los casos en que el "corpus" es adquirido por otro y el "animus" por sí mismo, la adquisición de la posesión sólo se produce cuando ambos elementos concurren. La observación es importante porque frecuentemente en estos casos ambos elementos no se adquieren al mismo tiempo sino que la adquisición del "animus" suele preceder a la del "corpus".

2.2.2.4.2 Conservación de la posesión.

El sujeto conserva la posesión aunque haya perdido el contacto físico sobre el bien, siempre que se encuentre en grado de retomar el contacto en cualquier momento.

Se conserva la posesión en aquéllos periodos de tiempo en los cuales el bien sea temporalmente inidóneo para sufrir la dominación física o económica del hombre. En

30 cambio si un tercero adquiere el poder sobre el bien (falta de abstención de los terceros), el sujeto primigenio habrá perdido la posesión.

El artículo 904 del Código Civil, es la única norma del Código prevista para regular la conservación de la posesión; por tanto, según este precepto, si el poseedor pierde el contacto físico con el bien por circunstancias "pasajeras", aun así mantiene la posesión.

Asimismo, el mencionado artículo sirve para excluir del ámbito posesorio las situaciones con impedimento objetivo y a las situaciones con impedimento subjetivo, ya sean por propio acto de la voluntad del poseedor o por acto de voluntad de terceros.

De acuerdo con la pura lógica, debería decirse que el poseedor conserva la posesión mientras conserva simultáneamente el "corpus" y el "animus" de la misma con la advertencia de que la existencia de uno y otro se juzgan con menos rigor que cuando se trata de determinar la adquisición de la posesión.

Sin embargo, el Derecho Romano admitía la posibilidad de conservar la posesión "solo animo", o sea, sin que se conservara el "corpus". El caso clásico romano, aunque no el único, fue la concesión que Justiniano hizo del interdicto *unde vi* a quien había dejado vacante un fundo contra quien durante su ausencia hubiere tomado posesión del inmueble, lo que implícitamente significaba reconocer que el ausente conservaba la posesión —*no corpore sino ánimo*.

Pero lo importante es dilucidar si conforme a nuestro Derecho es posible conservar la posesión "solo ánimo". *La respuesta es negativa*: ningún texto legal podría citarse como fundamento de tal opinión.

Lo único que puede afirmarse es que la posesión se conserva en casos en que el "corpus" sufre una atenuación (por ejemplo: se conserva la posesión de un animal doméstico que sale del lugar donde lo tiene su poseedor mientras el animal conserva la costumbre de volver; se conserva así mismo la posesión de una cosa mientras accidentalmente se ignore su paradero siempre que se halle bajo el poder del poseedor —no de otro que la tenga para sí—; etc.).

2.2.2.4.3 Pérdida de la posesión

La posesión se pierde en el mismo momento en que se pierde el poder de hecho sobre el bien (elemento objetivo de la relación posesoria). El que tiene una injerencia "potencial" pierde la posesión cuando un tercero aprehende materialmente el bien, ya que ese comportamiento ajeno conlleva a la posibilidad

del poseedor primigenio de interferir sobre dicho bien. En cualquiera de los casos es necesaria la pérdida del poder de hecho. La pérdida de la posesión puede darse de dos formas, voluntaria e involuntariamente.

La pérdida voluntaria puede realizarse por acto bilateral, esto es, a través de la tradición (modo adquisitivo de la posesión para quien recibe, pero al mismo tiempo causa de pérdida de la posesión para el que entrega), o mediante acto unilateral, también llamado "abandono" o "derelicción" si es que no se opone a la voluntad de un poseedor actual; o "despojo" en caso contrario.

La pérdida involuntaria de la posesión, se produce cuando el bien queda fuera del ámbito de poder fáctico del poseedor sin existir un acto querido por éste. Aquí se incluyen los bienes extraviados, los animales escapados, los bienes robados, los bienes entregados por incapaces naturales, etc. De por sí el extravío asigna a los bienes un estatuto protectorio: el hallador del bien deberá comunicarlo a la autoridad competente, y si no lo hace su posesión será ilegítima (art. 932 C.C.).

La pérdida de la posesión puede ocurrir de tres maneras: por desaparición simultánea del "animus" y del "corpus" (tales como el abandono de la cosa por el poseedor, su enajenación seguida de la tradición de la cosa y el perecimiento total de la cosa), por pérdida del "corpus" sólo o por la pérdida del "animus" sólo; se pierde la posesión *por desaparición de sólo el "corpus"* cuando la cosa cae en el dominio público o cuando un tercero se apodera de ella.

2.2.3 Prescripción adquisitiva de dominio

2.2.3.1 Evolución histórica en el Perú

Para poder identificar las reales implicancias de la modificación del artículo 952 en el proyecto de Reforma del Código Civil, creemos necesario ver su codificación en nuestro país a través del tiempo. Nos pronunciaremos brevemente sobre el Código Civil de 1852, el de 1936 y el de 1984.

A. Código Civil de 1852

En el Código Civil de 1852 la prescripción adquisitiva de dominio y la prescripción extintiva estaban reguladas bajo el mismo título⁵⁹, habiendo una sección de disposiciones generales y luego, por separado, las normas especiales para cada tipología. Dentro de las normas especiales sobre prescripción adquisitiva, se indicaba que el poseedor de buena y mala fe podía hacerse propietario del bien inmueble. En el caso del poseedor de buena fe, se debía tener 10 años de posesión⁶⁰; mientras que el poseedor de mala fe debía poseer el bien por 40 años⁶¹. Para la prescripción corta, se necesitaba tener, además, posesión continua y justo título⁶², mientras que para la larga solo era necesario la posesión continua por el plazo señalado.

⁵⁹ “Artículo 526.- Prescripción es un modo civil de adquirir la propiedad de una cosa ajena, ó de libertarse de una obligación, mediante el transcurso de un tiempo determinado, y bajo las condiciones señaladas por este código.

La primera es prescripción de dominio, y la segunda da prescripción de acción”. [El énfasis es nuestro].

⁶⁰ “Artículo 543.- Debe durar la posesión para prescribir el dominio: (...)

2. Diez años entre presente y veinte entre ausentes, cuando es inmueble”.

⁶¹ “Artículo. 545.- El que posea una cosa por cuarenta años no estará obligado a presentar título, ni a responder sobre su buena fe”.

⁶² “Artículo 536.- Para adquirir por prescripción el dominio de una cosa, es necesario que concurren:

A pesar de ya encontrarse regulada la institución bajo comentario, todavía no existía un Registro Público unificado. Como se desprende del articulado, cada escribano público tenía su propio registro de escrituras públicas⁶³. Siendo así, aún no se presentaba el problema de la prescripción adquisitiva de dominio *contra tabulas per se*, ni el conflicto con el adquirente registral de buena fe.

Solo a partir de 1888, con la creación de los Registros Públicos, nace el problema. En este primer momento, el derecho preponderante era el de aquél que adquiría por prescripción, pues aún no existía protección para el tercero adquirente apoyado en la información registral. En este momento aún no había mayores dudas sobre el tema.

B. Código Civil de 1936

Para adquirir por prescripción adquisitiva, el Código Civil de 1936 requería poseer por 10 años si se tenía justo título y buena fe⁶⁴, al igual que el Código

-
1. Posesión;
 2. Justo título;
 3. Buena fe;
 4. Transcurso del tiempo señalado por este código”.

⁶³ “Artículo 1410.- El comprador de bienes inmuebles, o de derechos o acciones sobre ellos, aunque se le haya entregado la cosa, puede retener el precio o la parte que debiere, mientras el vendedor le demore el otorgamiento de escritura en registro público. En este caso, no debe el comprador intereses convencionales ni legales de la cantidad retenida”.

“Artículo 2051. Habrá en cada capital de departamento y a cargo de un escribano público, un oficio de hipotecas para el registro de todas las que se constituyan sobre bienes ciertos y determinados. Por las leyes especiales y según lo permitan las circunstancias de los pueblos, se determinará el establecimiento del oficio de hipotecas, en los lugares que no sean capitales de departamento”.

⁶⁴ “Artículo 871.- Adquieren inmuebles por prescripción quienes los han poseído como propietarios de modo

Civil de 1852; pero en el caso de la prescripción larga o de mala fe, donde no es necesario el justo título, se redujo el plazo de 40 a 30 años.

El gran cambio legislativo aquí estuvo en incluir⁶⁵ en el Código Civil el Registro Público tal como lo conocemos hoy en día. Este sistema se incluyó en la Sección Quinta del Libro de los Derechos Reales, y con este elemento nació la controversia entre el tercero que adquiere del propietario registral y aquél que lo hace por prescripción. Esta disyuntiva parte entonces del antecedente de los artículos 952 y 2014 del Código Civil vigente. El artículo 872⁶⁶ del Código Civil de 1936, al igual que el actual artículo 952, daba al sujeto que adquiría por prescripción la facultad de recurrir al juez a pedir que se declare y se inscriba su derecho. La inscripción, además, cancelarí­a los asientos del antiguo propietario registral.

El artículo 1052⁶⁷, equivalente al actual 2014, por su parte, manifestaba que aquél que adquiriera derecho fiándose de la información del Registro, mantendría su derecho aunque se anulare el derecho del enajenante por título anterior no inscrito o por inexactitud imperceptible de la información registral.

Este artículo introducía en el sistema peruano la figura de la fe pública registral, tal como manifiesta Romero Romaña: “(...) que da garantía al tercero que

continuo durante diez años, con justo título y buena fe, o durante treinta años sin estos dos últimos requisitos”.

⁶⁵ Se dice incluir porque el Registro Público fue creado por Ley el 2 de enero de 1888 ante la iniciativa de los Doctores Alejandro Arenas y Mariano Nicolás Valcárcel.

⁶⁶ “Artículo 872.- Quien adquiere un inmueble por prescripción puede entablar juicio para que se le declare dueño. La sentencia que acceda a la petición es título para la inscripción de la propiedad en el registro y para cancelar el asiento a favor del antiguo dueño”.

⁶⁷ “Artículo 1052.- Los actos que se ejecuten o los contratos que se otorguen por persona que en el registro aparezca con derecho para ello, una vez inscritos, no se invalidarán en cuanto a los que con ella hubiesen contratado por título oneroso aunque se anule el derecho del otorgante en virtud de título anterior no inscrito o de causas que no resulten claramente del mismo registro”.

contrata amparado bajo la fe del registro, lo que confirma este artículo, desde que el tercero no tiene por qué sufrir las consecuencias si ha contratado de buena fe sobre la base de lo que aparece en registro.”⁶⁸

Nuestro problema, como se verá en detalle más adelante, es quién deberá mantener la propiedad cuando se genera un conflicto entre un tercero adquirente de buena fe con derecho inscrito en el Registro y aquel que adquiere por prescripción y solicita que se inscriba su derecho, cancelándose el título del anterior propietario. Parecería que el que debe primar, solo por aplicación normativa, es el que adquiere por prescripción, pues el artículo 872 da la facultad de cancelar el derecho de los antiguos propietarios. Como veremos en el siguiente apartado, esta controversia no fue resuelta por el Código Civil de 1984.

C. CÓDIGO CIVIL DE 1984

La prescripción en el Código Civil de 1984 siguió en mucho los pasos dejados por el Código Civil de 1936; si bien hubieron mejoras, muy a pesar de la Comisión Reformadora de aquel entonces⁶⁹, el conflicto entre el sujeto que adquiere por prescripción y el tercero adquirente de buena fe se mantuvo inconcluso.

La prescripción adquisitiva de dominio para los bienes inmuebles está regulada en el artículo 950 del Código Civil vigente⁷⁰. Los plazos fueron recortados

⁶⁸ ROMERO ROMAÑA, Eleodoro. “Derecho Civil. Derechos Reales.”. Lima: PTCM. 1947. p. 429.

⁶⁹ Se indica esto porque, en realidad, el Dr. Jorge Avendaño, ponente del Libro de Reales del Código Civil de 1984, ofreció una solución al problema, pero el miedo de los juristas clásicos y la presión política no permitieron que el cambio y las soluciones pudieran ser plasmadas en la norma. Esta solución recaía en la clasificación entre bienes registrados y no registrados, sobre esto volveremos más adelante.

⁷⁰ “Artículo 950.- La propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años. Se adquiere a los cinco años cuando median justo título y buena fe”.

ampliamente, cambio concordante con la función esbozada al inicio de este ensayo referente al saneamiento de títulos y prueba de propiedad. La prescripción de mala fe, o larga, requiere la posesión continúa, pacífica, pública y como propietario por diez años.

En el caso de la prescripción de buena fe, o corta, operará a los 5 años; se necesitan los mismos elementos que la larga, pero se agrega la exigencia de la buena fe y el justo título.

Como se ve, se mantiene la tesis del *animus domini* en la posesión, expuesta por Savigny; concordante también, como vimos, con la doctrina angloamericana.

Brevemente, pasaremos a describir los requisitos esenciales para que se pueda adquirir la propiedad de un inmueble por prescripción adquisitiva cuando no existe justo título ni buena fe:

- Posesión continúa por diez años: Para que se cumpla este requisito no es necesario que el poseedor tenga un ejercicio permanente de la posesión, sino que se comporte como cualquier otro propietario lo haría. Por ello, de acuerdo al artículo 904 de Código Civil³⁹, la posesión se conserva aunque su ejercicio esté impedido por hechos pasajeros.

Asimismo, el artículo 915 del Código Civil⁷¹ establece que la prueba de la posesión actual y la de un momento anterior genera que se presuma, *iuris tantum*, que durante ese lapso existió posesión.

⁷¹ “Artículo 915.- Si el poseedor actual prueba haber poseído anteriormente, se presume que poseyó en el tiempo intermedio, salvo prueba en contrario”.

De otro lado, de acuerdo al artículo 953 de Código Civil⁷², se interrumpirá el término de la prescripción si el poseedor pierde la posesión o es privado de ella, a menos que la interrupción sea menor a un año o que se restituya por sentencia. Esta interrupción puede producirse por dos vías, una natural y otra civil⁷³. Existirá interrupción natural cuando se abandone el bien o se pierda la posesión por intervención de un tercero (la interrupción contemplada en el artículo 953 antes citado) y, por su parte, existirá interrupción civil cuando la posesión del inmueble sea reclamada jurídicamente (aplicación analógica del artículo 1996 del Código Civil)⁷⁴

- Posesión pacífica: Se refiere a aquella posesión libre o exenta de violencia. En caso la posesión se haya obtenido de manera violenta, el plazo para invocar la prescripción adquisitiva se contabilizará desde el momento en que cese el estado de violencia o el conflicto.

De otro lado, como señala Berastain⁷⁵ existe jurisprudencia que establece que el reclamo judicial por el cual se solicite al poseedor la restitución del bien, implica que la posesión deje de ser pacífica. Así, la Corte Suprema ha indicado que: “La

⁷² “Artículo 953.- Se interrumpe el término de la prescripción si el poseedor pierde la posesión o es privado de ella, pero cesa ese efecto si la recupera antes de un año o si por sentencia se le restituye”.

⁷³ HERNÁNDEZ GIL, Antonio. “Obras Completas”. Tomo II. Madrid: Espasa-Calpe. 1987. p. 40

⁷⁴ GONZÁ LEZ BARRÓN, Gunther. “Curso de Derechos Reales”. Lima: Jurista Editores. 2003. p. 529.

⁷⁵ BERASTAÍN QUEVEDO, Claudio. “Requisitos de la prescripción adquisitiva”. En: Código Civil Comentado. Tomo V. Lima: Gaceta Jurídica. 2003. p. 320.

pacificidad, como presupuesto para acreditar la presente acción, significa que la posesión de quien pretende ser declarado propietario por prescripción debe transcurrir sin generar ningún conflicto con los derechos de los demás; siendo de considerar que dicho precepto legal se vulnera cuando aparece de autos que la posesión ha sido cuestionada a través de algún proceso judicial que se haya instaurado en su contra y en la cual se discuta respecto del bien sub litis⁷⁶

En el mismo sentido, ha señalado: “Para que se adquiriera la propiedad por prescripción adquisitiva, se requiere, entre otros requisitos, que la posesión sea pacífica, entendiéndose por esta que no se adquirió por la fuerza, que no está afectada por violencia y que no es objetada judicialmente en su origen. No es pacífica la posesión cuando el poseedor es demandado en vía de acción reivindicatoria⁷⁷ Sin embargo, el Pleno Jurisdiccional Civil llevado a cabo el 27 de marzo de 2010 ha establecido que, para que este reclamo judicial interrumpa la pacificidad y, por tanto, el plazo de prescripción, debe darse antes de haber transcurrido el plazo exigido para la adquisición de la propiedad por medio de la prescripción adquisitiva.

De esta manera el Pleno Jurisdiccional manifiesta:

“No se interrumpe la posesión pacífica dado que el requisito de pacificidad o posesión pacífica, se habría configurado al cumplirse el plazo señalado por ley

⁷⁶ Casación No. 1298-01-Ucayali. Publicada en El Peruano el 2 de mayo de 2002. p. 8657.

⁷⁷ Casación No. 1676-96-Lima. En: El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria. p. 324.

para adquirir el bien mediante la usucapión, sea ordinaria o extraordinaria. Por tanto, una acción posterior no configura la perturbación de la posesión”⁷⁸

- Posesión pública: Es la posesión conocida socialmente. El poseedor debe conducir su posesión de forma tal que sea conocida por todos y, además, debe conducirse con la naturalidad que le daría tener un derecho legítimo. Esta publicidad es necesaria para que el verdadero propietario del bien pueda darse cuenta de que el tercero está ejerciendo sobre él un acto de propiedad y ejercer oposición.

- Como propietario: Hablar de posesión como propietario significa que debe ser en nombre propio y a título de dueño, el poseedor conserva el bien solo en interés propio. No es necesario que posea en virtud de un título que lo legitime.

El poseedor mediato, como un arrendador no propietario, y el poseedor pleno, como un invasor, pueden prescribir legítimamente un bien; sin embargo, el poseedor inmediato, como un arrendatario, y el servidor de la posesión, por ejemplo el guardián, no lo pueden hacer. Ello en virtud de lo señalado en los artículos 897⁷⁹

y 905⁸⁰ del Código Civil. De esta manera aquellos que posean como arrendatarios, comodatarios, depositarios, etc. no podrán adquirir la propiedad por prescripción, puesto que no tienen *animus domini*.

⁷⁸ Conclusiones del Pleno Jurisdiccional Nacional Civil. Lima, 27 de marzo de 2010.

⁷⁹ “Artículo 897.- No es poseedor quien, encontrándose en relación de dependencia respecto a otro, conserva la posesión en nombre de éste y en cumplimiento de órdenes e instrucciones suyas”.

⁸⁰ “Artículo 905.- Es poseedor inmediato el poseedor temporal en virtud de un título. Corresponde la posesión mediata a quien confirió el título”.

Se agrega que éste requisito es una “actitud del poseedor que trasciende al exterior en su comportamiento, consistente en tener la cosa o derecho conservándola o disfrutándola como suya propia”⁸¹

Por otro lado, el Código Civil de 1984 recoge el artículo 952⁸² sobre la sentencia de prescripción que, como se indicó, recoge casi el mismo texto que el artículo 872 del Código Civil de 1936. Lo mismo se puede decir respecto del artículo 2014⁸³, sobre tercero adquirente de buena fe, en relación al artículo 1052 del Código Civil de 1936. En el caso del 2014, el cambio se dio en una redacción más clara del supuesto de hecho y una mención expresa a la necesidad de tener también buena fe subjetiva (no conocer la inexactitud del registro).

Es decir, el problema ya presente en el Código Civil anterior fue transcrito al nuevo Código. No se vinculó la adquisición del tercero adquirente de buena fe con el adquirente por prescripción.

⁸¹ SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier. Op. cit. pp. 61-62.

⁵¹ “Artículo 952.- Quien adquiere un bien por prescripción

⁸² “Artículo 952.- Quien adquiere un bien por prescripción puede entablar juicio para que se le declare

propietario. La sentencia que accede a la petición es título para la inscripción de la propiedad en el registro respectivo y para cancelar el asiento en favor del antiguo dueño”.

⁸³ “Artículo 2014.- El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos.

La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro”.

2.2.3.2 Finalidad de la usucapión

La prescripción adquisitiva tiene como finalidad económica el imponer el deber implícito e intrínseco del disfrute de los bienes, como finalidad social el de eliminar el conflicto de hecho y derecho y como finalidad jurídica un modo de adquisición de la propiedad.

Sobre la prescripción adquisitiva el profesor Luis Díez-Picazo nos dice que “Es una adquisición de la propiedad que se lleva a efecto mediante una posesión continuada durante el tiempo exigido por la ley”.

El maestro ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, quien sostiene que la usucapión o Prescripción Adquisitiva de Dominio, “Es una investidura formal mediante la cual una posesión se transforma en propiedad. Es pues, algo más que un nuevo medio de prueba de la propiedad, o un mero instrumento al servicio de la seguridad del tráfico, es la identidad misma de la propiedad como investidura formal ligada a la posesión”.

La prescripción –calificada de usucapión- es apreciada como una forma de adquirir la propiedad de un bien por efecto del tiempo. El tiempo puede operar para crear o extinguir derechos. Si bien la prescripción extintiva priva de efectos a pretensiones reales o personales antes existentes, la prescripción adquisitiva está referida solo a derechos reales. Se configura conjugando la inercia del titular despojado con la posesión de quien se arroga el derecho, generando con la usucapión una prescripción extintiva de acción reivindicatoria del anterior dueño.

La prescripción adquisitiva es un hecho jurídico voluntario orientado al ejercicio de los poderes de la propiedad de manera pública, continua y pacífica, por parte del poseedor, quien bajo la influencia del tiempo (expresado en un plazo legal) se convertirá en propietario del bien poseído.

La pretensión que busca la prescripción adquisitiva en la jurisdicción no es constitutiva, pues no busca modificar o alterar la relación jurídica existente, todo lo contrario, tiene como objeto obtener el reconocimiento del derecho de propiedad, del que se goza por el transcurso del tiempo y por haber sido ejercicio de forma pacífica, continua y pública.

Por otro lado corresponde desarrollar las formas que adopta la institución de la posesión, así podemos afirmar que tiene lugar una posesión pacífica cuando es adquirida conforme a derecho sin lesionar la posesión de otro, por ejemplo, la posesión del usufructuario. Esta posesión es *ad usucapuinem* la posesión no pacífica es la obtenida invadiendo la esfera posesoria de otro, aun cuando no se utilice la violencia. Toda posesión violenta es no pacífica, ya se trate de la violencia física o de la intimidación, pero puede haber posesión no pacífica sin que para ello medie violencia, como la derivada del derecho que tiene el acreedor de retener el bien de propiedad de su deudor cuando este no ejecuta la prestación debida.

La cesación de la posesión es la única causa que en rigor interrumpe la usucapión.

Cuando la cesación adviene por vía judicial, en definitiva solo es la sentencia la que interrumpe la prescripción. Iniciado el procedimiento el usucapiente no puede durante él consumir la usucapión. Se abre un paréntesis en la vida de la usucapión, paréntesis que solo la sentencia cerrará. El pronunciamiento de la sentencia debe referirse al derecho del autor, derecho real incompatible con la posesión del demandado en concepto de dueño.

En la interrupción civil, la sentencia solo interrumpe la prescripción al favor del litigante victorioso que además sea el titular. La demanda para interrumpir la posesión civil ha de tener un contenido real, relativa a los viene poseídos; siendo demandante el verdadero titular cuyo derecho resultaría extinguido por la usucapión y demandado el usucapiente.

La **interrupción civil** se produce por la citación judicial hecha al poseedor, aunque sea por mandato de juez incompetente. La citación adelanta los efectos de la cesación física de la tenencia, arrebatándole desde entonces virtualidad prescriptiva.

Existe **interrupción natural** cuando se abandona el bien o se pierde la posesión por intervención de un tercero (art. 953 CC). La interrupción natural de la usucapión aprovecha al propietario, aun cuando el domino no haya realizado acto alguno para recuperar la cosa.

Por otro lado, respecto de la interrupción civil tenemos que ésta se produce cuando el propietario reclama jurídicamente la posesión del bien (artículo 1996-

3 C.C., por analogía) o si el poseedor reconoce la superioridad de un derecho ajeno (art. 1996-1 C.C. por analogía).

Según Gunther Gonzales, nuestro ordenamiento jurídico carece de normas sobre la interrupción civil, pues nada se dice respecto a cómo un proceso judicial deja sin efecto el plazo corrido de la usucapión. Por tanto, no se sabe si basta la demanda o el emplazamiento judicial con la demanda. En el ámbito del artículo 1996-3 C.C. señala que esa consecuencia se produce solo por la citación a la demanda, aunque permite tener como válida la interrupción cuando se acudió ante el tribunal incompetente.

2.2.3.3 Naturaleza jurídica

La naturaleza jurídica de la prescripción adquisitiva es la de ser un modo de adquirir la propiedad, que a su vez responde a la clasificación de ser originarios o derivados.

Algunos autores han discutido sobre si la usucapión es un modo originario o derivativo de adquirir el dominio. *La usucapión* es un modo originario de adquirir la propiedad. No existe transferencia ni enajenación alguna. El usucapiente adquiere por el solo hecho de poseer, no porque reciba el bien de algún transfiriente. No existe negocio jurídico alguno. En otras palabras, su derecho no tiene como base o apoyo el del anterior titular.⁸⁴ Por ello también se señala que

⁸⁴ HERNANDEZ Gil, A. Obras Completas. Volumen II: La posesión. Espasa-Calpe, Madrid 1987, pág. 408 ss.

En igual sentido el autor estima desacertado considerar a la usucapión un modo derivativo: “Un modo

el usucapiente para adquirir su derecho necesita la posesión del bien, a través del tiempo determinado en la ley; por lo que se establece que no hay una relación de causalidad.

La usucapión puede catalogarse como un hecho jurídico preclusivo, esto es que pone fin a los debates sobre la legalidad de las adquisiciones, pues dentro de un razonable tiempo transcurrido, el Derecho legítimamente deduce que del pasado remoto no sobrevive ningún interés jurídico que solicite su garantía (el del antiguo dueño); y más bien se manifiesta como preferente el interés encarnado por la situación de hecho presente (el del poseedor). Para superar este conflicto, el ordenamiento crea un mecanismo de prueba absoluta de la propiedad por la que todos los debates potenciales o reales sobre la titularidad de los bienes quedan concluidos.⁸⁵

Por otro lado para el autor Albaladejo señala que: “El fundamento de la usucapión se halla en la idea (acertado o no acogida por nuestra ley) de que, en

de adquirir es derivativo-dice. Cuando el derecho que se adquiere depende de otro anterior que corresponde al transmitente en razón de ello pasa al adquirente. Un modo de adquirir es originario

cuando falta la transmisión. Y es evidente que el derecho del usucapiente no se apoya en el derecho del anterior titular, sino que surge a pesar de su inexistencia o de la falta de poder de disposición.

Precisamente porque el derecho del usucapiente no tiene por base el del anterior titular, se necesita la posesión y el transcurso del tiempo. Por tanto, entre el derecho del usucapiente y el del anterior titular no hay una verdadera razón de causalidad. El derecho que adquiere el usucapiente no está en función del anterior derecho: hay simplemente una relación cronológica; el derecho preexistía a favor de otro, pero la adquisición no se ha verificado en función o a causa del derecho precedente.

⁸⁵ FALZE, Angelo, *Voci di Teoría Generale del Diritto*, (Voz: Efficacia Giuridica), Giuffre Editore, Milán 1985, pág.410.

aras de la seguridad del tráfico, es, en principio, aconsejable que, al cabo de determinado tiempo, se convierta en titular de ciertos derechos quien, aunque no le pertenezcan, los ostenta como suyos, sin contradicción del interesado. Todo lo demás, que se diga sobre el fundamento de la usucapión, son músicas”.⁸⁶

2.2.3.4 Fundamento de la usucapión

Debemos recordar primero, que el término que viene siendo utilizado con mayor frecuencia por la doctrina para denominar a la prescripción adquisitiva, es el de usucapión, el mismo que, incluso para evitar eventuales confusiones respecto al tema de la prescripción extintiva, resultaría más conveniente adoptar en la denominación de este sub-capítulo y en la del resto de artículos donde se emplea la prescripción adquisitiva.

Estimamos conveniente efectuar la adición que se subraya, debido a que en la actualidad la norma no especifica el momento desde el cual surte efectos esa declaración; y, obviamente, se podría suponer que será desde el momento de la resolución judicial en mención y no antes.

Sin embargo, tiene todo sentido pensar que ese momento sea anterior a la referida resolución, ya que ella –como su nombre lo indica- es meramente declarativa y no constitutiva de derecho; y el derecho fue adquirido por el nuevo propietario al cumplirse el plazo prescriptorio establecido por la ley a su favor.

⁸⁶ ALBALADEJO GARCIA, Manuel. La usucapión, Colegio de Registradores de la Propiedad Mercantiles y de Bienes Muebles de España, Madrid 2004, Pág.14.

La prescripción adquisitiva tiene como finalidad económica el imponer el deber implícito e intrínseco del disfrute de los bienes, como finalidad social el de eliminar el conflicto de hecho y derecho y como finalidad jurídica un modo de adquisición de la propiedad.

El artículo 950° del código civil vigente estipula que la propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años. Se adquiere a los cinco años cuando media justo título y buena fe.

La corte suprema en la casación N° 2571-2009-HUÁNUCO sostiene que “el instituto de la prescripción adquisitiva cumple una finalidad importante de consolidación de una situación jurídica vacilante, de modo que además de ser una institución jurídica por medio de la cual se adquiere la propiedad es una institución que permite consolidarla. de lo que se desprende que no existe inconveniente alguno para que alguien que ostente un título de propiedad que adolezca de algún vicio o defecto que impida su inscripción, pueda demandar judicialmente la prescripción”. (La usucapión pone fin a la incertidumbre o apariencia del derecho, puesto que es la realidad misma. Finalmente, se declara la nulidad de la sentencia de vista, y en sede de instancia, fundada la demanda).

Es un modo originario de adquisición de la propiedad que genera el cierre o clausura del sistema patrimonial en cuanto a la titularidad de los bienes, distinto a los modos derivativos son relativos y condicionados y permite la incertidumbre.

En principio en el ámbito nacional se ha aceptado de manera pacífica tales fundamentos. La mayoría de autores postulan que la función principal de la prescripción adquisitiva de dominio es la prueba del derecho de propiedad, postura que compartimos. Sin embargo, en el año 2008 se desarrolló un pleno casatorio acerca de esta materia, en el cual se definió el fundamento de la prescripción adquisitiva en los siguientes términos:

“Se considera que el real fundamento de la usucapión es el significado constituyente de la apariencia como única realidad del derecho y de la propiedad. La usucapión es algo más que un medio de prueba de la propiedad o un instrumento de seguridad del tráfico, es la realidad misma (la única realidad) de la propiedad. El substrato dogmático de un orden social patrimonial.”⁸⁷

El Pleno Casatorio genera ciertas dudas. La posición que se asume considera a la prescripción adquisitiva como el modo en que se consolida una situación de hecho (“real”). Sin embargo, al indicar que se trata de reconocer la realidad misma sin más, consideramos que enfatiza a la prescripción como medio de adquisición de propiedad, dejando relegado en un segundo plano la función probatoria de dominio. Como hemos visto, la adquisición de propiedad de un *non domino* es si se quiere una patología de la figura, no el fundamento de la institución.

Antes de pasar al análisis del conflicto entre el tercero adquirente de buena fe y aquél que adquiere por prescripción adquisitiva, así como de la modificación que se plantea con la Propuesta de Reforma del Código Civil, revisaremos la

⁸⁷ Sentencia del Pleno Casatorio. Casación 2229-2008-Lambayeque. Publicada en El Peruano el 22 de agosto de 2008.

evolución de nuestro ordenamiento en torno a la prescripción adquisitiva y el conflicto, lo cual nos dará una mejor visión sobre la controversia.

La justificación y fundamentación ha variado con el tiempo. Los moralistas medievales y modernos la consideraban injusta. Venía a interpretarse como un hurto legítimo consentido por razón de paz social (Álvarez Caperochipi).

Se fundamenta la usucapión en dos hechos que resultan insuficientes:

a) Si el titular de un derecho real no obra, se extingue la reivindicación y que el poseedor queda exento de devolver el bien y b) Supone la renuncia presunta del anterior titular porque va contra el principio de que la renuncia debe ser expresa o, al menos clara e inequívoca.⁸⁸

El auténtico fundamento, en opinión de Álvarez Caperochipi, es el significado constituyente de la apariencia como única realidad del derecho y de la propiedad; es algo más que un medio de prueba de la propiedad o instrumento de seguridad del tráfico, es la realidad misma de la propiedad. El substrato dogmático de un orden social patrimonial.⁸⁹

La apariencia resulta así la realidad del dominio y, en el fondo, es la realidad misma. “La apariencia es la exteriorización habitual de los criterios de justicia y retribución de un ordenamiento”.

⁸⁸ HERNANDEZ GIL, A. Op.cit.p.409.

⁸⁹ ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, J.A. Op.cit., p147.

Si la usucapión se funda en la apariencia, es necesario fijar los confines de esta apariencia; ella no puede ser ilimitada. La usucapión, como se ha dicho, “en su aspecto positivo, responde a la necesidad de situar dentro de unos límites la incertidumbre de los derechos. Y por otro lado, en su aspecto negativo, es la sanción impuesta al propietario negligente”. La usucapión tiende, a coincidir titularidad y ejercicio (triumfa el ejercicio del derecho sobre el derecho mismo) (Hernández Gil). Como afirma este autor, la usucapión representa también una superposición del hecho sobre el derecho.

La usucapión pone fin a la incertidumbre o apariencia del derecho, puesto que es la realidad misma. No se trata de una renuncia presunta, sino prácticamente expresa. Al no accionar el propietario (negligente) contra el usucapiente, éste es quien goza y usufructúa el bien. Desde esa perspectiva, la usucapión constituye uno de los soportes fundamentales de todo sistema jurídico. Además de otorgar seguridad jurídica a las personas, contribuye a la paz social, a la justicia. Estabiliza las relaciones entre las personas.⁹⁰

Los fundamentos que explican la usucapión normalmente son dos, y tiene directa relación con la naturaleza de este instituto jurídico, cuál es, una situación activa que encarna el aprovechamiento efectivo de la riqueza, la del poseedor, y otra situación abstencionista, emanada del propietario, de quien no hace nada por recuperar la posesión del bien y sin plantear, siquiera, la reclamación judicial por la cosa. Así, se dice que la usucapión se justifica como premio a quien usa y

⁹⁰ RAMIREZ CRUZ, Eugenio. Tratado de derechos Reales Tomo I: Posesión, Editorial Rhodas, Lima 1996.pág.387

disfruta de los bienes, explotándolos y aprovechándolos pues esa es la razón última que subyace tras el reconocimiento de los derechos reales (motivo objetivo). Por otro lado se dice que la usucapión es un castigo al propietario inactivo y cuya conducta produce daño a la economía en general pues deja que la riqueza se mantenga improductiva (motivo subjetivo).⁹¹

Cabe señalar que González Linares al referirse al tema de la prescripción que encuentra los fundamentos en las razones siguientes:

1.- En la prescripción tenemos la presencia de una institución de orden público, nos acota que el Estado tiene un alto interés en liquidar situaciones o relaciones jurídicas que causen inseguridad dentro de la interacción social. Es como el Estado armoniza o enlaza el interés público con el interés privado.⁹²

2.- En poner término o fin a la prolongada o dilatada actitud negligente del acreedor ante la oportuna reclamación de su derecho crediticio frente al deudor.⁹³

⁹¹ GONZALEZ BARRON, Gunther Hernán. Dogmática Jurídica (Teoría) de la Usucapión. Jurista Editores. Lima. pág.28 y 29.

⁹² GONZALEZ LINARES, Nerio. Derecho Civil Patrimonial. Derechos Reales. Editorial Palestra. Lima 2007, pág. 376 y 377.

⁹³ Ibidem

3.- En el abandono o el desinterés del titular del derecho real de propiedad para ejercer la posesión de manera efectiva sobre los bienes muebles e inmuebles, permitiendo que otro la ejerza con las prerrogativas de un propietario.⁹⁴

4.- En la aspiración del Derecho, de otorgar estabilidad con seguridad jurídica a todas las relaciones humanas, evitando la incertidumbre y la zozobra que no pueden permanecer por tiempo indefinido. Situaciones que deben acabarse con la aplicación del plazo prescriptorio en cualquiera de sus formas.⁹⁵

5.- En el interés de la misma sociedad de consolidar o perfeccionar el derecho de propiedad teniendo como base el ejercicio real, efectivo, directo, pacífico y público de la posesión, a favor de su poseedor, por el plazo establecido en la ley- Transformando el hecho posesorio en un derecho.⁹⁶

6.- El fundamento general de la prescripción está en los intereses superiores a la sociedad, la cual exige un fin para todas las situaciones y relaciones jurídicas que se mantienen en el tiempo denotando inseguridad, incertidumbre, inestabilidad o zozobra: circunstancias estas que afectan a los grandes fines del derecho como la justicia, la seguridad, la paz, el bien común, que no son sino, los valores del Derecho mismo encaminados a la consolidación de sus propias instituciones jurídicas.⁹⁷

⁹⁴ Ibidem

⁹⁵ Ibidem

⁹⁶ Ibidem

⁹⁷ Ibidem

7.- La prescripción contribuye a la efectiva funcionalidad social del derecho civil patrimonial, al perfeccionar o consolidar los derechos patrimoniales y extra patrimoniales de las personas, asegurando la paz social.⁹⁸

2.2.3.5 Efectos de la usucapión

La prescripción adquisitiva como forma originaria de adquirir el derecho de propiedad en el sistema registral peruano procede incluso contra el propietario con derecho inscrito, lo que presupone que el predio se encuentre inmatriculado con anterioridad al inicio del trámite de usucapión.

Ergo, el titular registral puede ser despojado de su derecho de propiedad si es que un tercero posee el bien de forma pública, pacífica, continua, de buena fe e ininterrumpida, sea con justo título o sin él.

El artículo 952 del código civil señala que quien adquiere un bien por prescripción puede entablar juicio para que se le declare propietario. La sentencia que accede a la petición es título para la inscripción de la propiedad en el registro respectivo y para cancelar el asiento a favor del antiguo dueño.

El problema surge cuando el propietario para ostentar el título de titular registral e inscribir su predio ha atravesado innumerables vallas para finalmente inscribir su derecho y luego un tercero poseedor iniciando un trámite –incluso en sede notarial conforme lo previsto por la ley peruana N°27333- sin conocimiento del titular registral puede hacerse propietario del predio.

⁹⁸ Ibidem

Surgen entonces las anotaciones preventivas de la solicitud de prescripción adquisitiva de dominio cuya finalidad es reservar la prioridad de la declaración definitiva de la usucapión anotada. Para anotar previamente el inicio del procedimiento de prescripción adquisitiva por vía notarial debe presentarse: El Oficio del notario solicitando la anotación preventiva; copia certificada de la solicitud, sin incluir sus anexos y medios probatorios; copia certificada notarialmente de los planos de ubicación y localización del predio, debidamente visados por la municipalidad respectiva

Sin embargo, cuando el titular registral avizora una ventana aunque pequeña para cautelar su derecho se encuentra con que la anotación preventiva no constituye acto previo para la inscripción de la declaración definitiva (criterio sustentando en la Res. N° 003-2008-SUNARP/P que tiene carácter vinculante).

Bien sabemos que el registro tiene por finalidad brindar seguridad jurídica que esta sirva para el comercio de los bienes y que ese comercio sea fluido, también consideramos que debe protegerse con esmero al titular registral ya es quien confió inicialmente en el registro por tanto no puede ser desprotegido de su derecho de propiedad sin haberle dado la oportunidad en sede registral de cautelar su derecho, por ello consideramos que la anotación de demanda debe constituir acto previo a la inscripción de la declaración de prescripción adquisitiva ya que no solo tiene por finalidad reservar el derecho del usucapiente⁹⁹, sino,

⁹⁹ Resolución N° 015-2008-SUNARP-TR-L “La anotación preventiva de la solicitud de prescripción adquisitiva notarial sólo tiene por finalidad reservar la prioridad, por lo que no puede considerarse un acto previo para la inscripción de la declaración definitiva”.

visto desde la óptica del titular registral, tiene por finalidad servirle de alerta ante posibles vejaciones de su titularidad.

El tema de los efectos de la interrupción de la prescripción es distinto al de los efectos de la suspensión de la misma.

Ambos rubros son tratados en el Libro VIII, relativo a Prescripción y Caducidad del Código Civil Peruano de 1984 –obviamente e relación a la prescripción extintiva y no a la adquisitiva. Sin embargo, podríamos hacer de aplicación analógica dichos principios a la prescripción adquisitiva.

En tal sentido, la interrupción de la prescripción borra o elimina el plazo prescriptorio que venía transcurriendo, en tanto la suspensión de la prescripción solamente tiene como efecto detener el curso prescriptorio hasta que desaparezca la causal que motiva dicha suspensión; pero una vez desaparecida la misma, ese plazo continúa computándose –no desde cero-, sino desde a cantidad de días, meses o años que ya habían transcurrido hasta el momento en que la prescripción se suspendió.

Por tanto consideramos que el Código debería emplear solo uno de los términos mencionados (o interrumpe o suspende), pero no los dos, como hace en la actualidad, pues ambos no son sinónimos.

Dentro de tal orden de ideas, el más apropiado sería suspende, por los efectos que implica la suspensión, a que acabamos de hacer referencia.

2.2.3.6 Clasificación de la prescripción adquisitiva

Los efectos que produce la usucapión se señalan los siguientes:

1.- Otorga seguridad jurídica a los derechos patrimoniales, y en especial a la propiedad, ésta no es sino, la columna vertebral del derecho privado patrimonial.¹⁰⁰

2.- Consolida la posesión (hecho) transformándola en propiedad (derecho).¹⁰¹

3.- Remedia la carencia de pruebas en tracto sucesivo descendente del derecho de propiedad.¹⁰²

4.- Sanciona la desidia, negligencia y el desinterés del propietario, quien puede tener el derecho, pero no el ejercicio del derecho.¹⁰³

II. PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA LARGA

La prescripción adquisitiva larga es la prescripción que se realiza sobre un bien inmueble.

Prescripción adquisitiva de dominio

Es un modo de adquirir posesión de manera originaria es aquella que se produce cuando alguien entra a poseer la cosa por un acto personal, sin recibirla de otro.

Es un acto unilateral, debe mediar la voluntad de adquirir la posesión y solo la voluntad de quien quiere adquirir (tal es el caso de la posesión que obtienen quienes se apoderan de cosas muebles que nadie pertenecen como los

¹⁰⁰ GONZALEZ LINARES, Nerio Op.cit., p 389

¹⁰¹ Ibidem, 389

¹⁰² Ibidem, p. 389

¹⁰³ Ibidem, p. 389.

productos de la caza y de la pesca; o de quienes ocupan ilícitamente un inmueble, como es el caso del usurpador): y , es real, dada la circunstancia de que no es suficiente la sola voluntad, sino que este debe estar acompañado de la efectiva adquisición del poder de hecho, o sea, la constitución de una relación material con la cosa. Hay dos formas de adquisición originaria: la Aprehensión y la Ocupación.

La Usucapión conocida también como prescripción adquisitiva, es una institución antiquísima tiene sus orígenes en la Ley de las XII tablas, la prescripción extintiva aparece tardíamente en el derecho romano cuando una célebre Constitución de Teodosio del año 424 de nuestra era, decide que todas las acciones se extinguen a los treinta años.

Sobre la prescripción adquisitiva se ha dicho que es un modo de adquisición de propiedad por medio de la posesión por un espacio de tiempo determinado. Los Mazeaud la han definido como “la adquisición, por el poseedor de una cosa, del derecho de propiedad o de otro derecho real sobre esa cosa, por efecto de la posesión prolongada durante cierto plazo

La prescripción adquisitiva opera en base a una situación de hecho llamada posesión; así, quien oriente su conducta en miras a adquirir la propiedad deberá cumplir con todos los requisitos estipulados por ley, es decir, ejercer la posesión de manera continua, pacífica, pública y como propietario, por el periodo de tiempo regulado también por la ley, el cual dependerá del justo título y la buena fe.

Si tal conducta es observada por el propietario automáticamente y por disposición de la ley se habrá convertido en propietario del bien, generando los efectos propios de la propiedad. En ese sentido no es necesaria una declaración judicial para que se constituya el mencionado derecho.

"Además de los requisitos generales que contempla nuestro ordenamiento procesal, la demanda de prescripción adquisitiva de dominio debe cumplir con otros requisitos especiales como son: indicar la fecha y forma de adquisición de los bienes y la persona que tenga inscritos derechos sobre el bien. Todo ello en razón a que dirigiendo la demanda de prescripción adquisitiva de dominio al demandado, propietario del predio materia de litis, se le asegura el ejercicio de su derecho de defensa."¹⁰⁴

Arias-Schreibe señala que:

"En Grecia también se encuentra indicios imprecisos de la existencia de la prescripción adquisitiva o usucapión"¹⁰⁵

Según menciona Albaladejo:

"la usucapión es un modo originario de adquirir el derecho usucapido, en cuanto que la adquisición no se basa en derecho anterior alguno, es decir, el usucapiente no le hace suyo porque el que lo tenía se lo transfiera (relación causal), sino que se convierte en titular del mismo

¹⁰⁴ Casación N° 0772-1999. Ica. "El Peruano": 02-01-2002-.

¹⁰⁵ ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exegesis del código peruano 1984*. Tomo II. Gaceta jurídica. Lima , pag, 25.

– con independencia de que antes lo fuese otra persona- porque ha venido comportándose como tal.

Y es como consecuencia de que un nuevo derecho, incompatible con el anterior, e establece sobre la cosa, por lo que pierde el suyo quien antes lo tuviera sobre la misma”¹⁰⁶

Para Ramírez Cruz:

“Es un modo de adquirir la propiedad (o de aun otro Derecho real) por medio de la posesión continua, pacífica y pública, a título de dueño y por el tiempo (plazo) fijado por ley.”¹⁰⁷

De la misma manera para Musto:

“La adquisición del dominio (u otro Derecho real) por la posesión (stricto sensu) continua e interrumpida, publica y pacífica, por el plazo que fija la ley. El plazo varía según que, además de los elementos mencionados, se agreguen los de justo título y buena fe (diez años) o que falten ambos o alguno de ellos (veinte años).”¹⁰⁸

Para Cuadros Villena:

“La prescripción es el modo de adquirir la propiedad por la transformación de la posesión en Derecho de propiedad debido al transcurso del tiempo.”¹⁰⁹

¹⁰⁶ ALBALADEJO, Manuel. *La usucapión*. Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid 2004, p. 16.

¹⁰⁷ RAMÍREZ CRUZ, EUGENIO MARÍA (2004) *Tratado de derecho reales*. Tomo II, 2ª ed. Lima: Rodhas.

¹⁰⁸ MUSTO, NÉSTOR JORGE (2000) *Derecho reales*. Tomo 1. Buenos Aires: Astrea

¹⁰⁹ CUADROS VILLENA, CARLOS FERDINAND (1995) *Derechos reales*. Tomo II. Lima: Editorial Cuzco

Según Arias-Schreibe:

“El fundamento de la prescripción adquisitiva reposa en un principio de puro Derecho. Se trata de una institución establecida en base a la equidad e interesa a la sociedad conservar el principio de seguridad del dominio, como presupuesto necesario de la paz social, evitando conflictos en el área dominial”¹¹⁰

Para Cuadros, el fundamento de la prescripción tiene tres razones:

“1. La necesidad de organizarla propiedad sobre la base de títulos conocidos, que no sería posible si acaso tuviese que producirse la prueba diabólica de la propiedad hasta el primer adquirente. La prescripción determina entonces el efecto de poder considerar el plazo máximo de ella, como el origen de la propiedad.

2. Existe en principio una amplia y profunda razón que justifica la prescripción: la utilización de los bienes y su servicio social. Por eso, más que el dueño que tiene un título y no explota un bien, será dueño quien lo usa y hace producir. Entre el propietario que no usa su propiedad y en cuyo abandono se encuentra una presunción de desapoderamiento y el poseedor que lo explota continua e ininterrumpidamente, sin reclamo del dueño, la ley decide por transformar a este en dueño.

¹¹⁰ ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max (1993) Exégisis del Código Civil de 1984. Tomo V, Derechos Reales. Lima: WG Editor

3 *La prescripción tiene también por objeto perfeccionar el título del adquirente; no es solamente la que se concede al poseedor, sino al propio dueño. Tal es el caso de la prescripción corta*¹¹¹

Según Arias-Schreiber:

*“La prescripción adquisitiva corta, ordinaria o leve, como también se le conoce, tiene por objeto favorecer a todos aquellos que creyéndose en justicia propietarios no son tales por razones ajenas a su voluntad y previsión. Dicen Planiol y Ripert “que la prescripción de diez a veinte años tiende a subsanar en cuanto el verdadero propietario, el vicio que resulta del hecho de no tener la propiedad aquel de quien el poseedor haya obtenido su Derecho. La ley, como especial consideración en favor del tercero que ha recibido un inmueble a “non domini”, le asegura, al cabo de un breve plazo, la situación que hubiera tenido si hubiera tratado con el verdadero propietario”.*¹¹²

Para Lucrecia Maisch von Humboldt:

*“(…) la prescripción es un modo derivado de adquirir el dominio, en algunos derechos reales por la posesión continua, a título de propietario, por el tiempo fijado por ley (…)*¹¹³

¹¹¹ CUADROS VILLENA, CARLOS FERDINAND (1995) Derechos reales. Tomo II. Lima: Editorial Cuzco

¹¹² ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max (1993) Exégesis del Código Civil de 1984. Tomo V, Derechos Reales. Lima: WG Editor

¹¹³ Maisch von Humboldt, Lucrecia. *Los derechos reales*. Tercera edición, librería Studium, Lima. 1984. Pag. 56.

Para Gonzales Barrón:

“La usucapio nace como un mecanismo de prueba definitiva de la propiedad, con lo cual se evita indefinidas controversias sobre las transmisiones sucesivas del bien, y se logra dotar de una relativa seguridad sobre la atribución y circulación de la riqueza. Si la usucapio se identifica como un medio de prueba, por lo tanto el ser propietario significa cumplir los requisitos de la usucapio. De esta manera la función primaria de la usucapio (prueba) lleva directamente a convertir a esta en el modo por excelencia de adquirir la propiedad. Desde una óptica estrictamente dogmática, la usucapio se ubica dentro de esta categoría y, por ello, se unifica su estudio dentro de este apartado (“modos de adquisición de la propiedad”). Pero a la cuestión teórica no puede hacernos olvidar su función primaria”¹¹⁴

La prescripción tiene que cumplir ciertos requisitos:

Posesión continua por diez años:

Para que se cumpla este requisito no es necesario que el poseedor tenga un ejercicio permanente de la posesión, sino que se comporte como cualquier otro propietario lo haría. Por ello, de acuerdo al artículo 904 de Código Civil¹¹⁵, la posesión se conserva aunque su ejercicio esté impedido por hechos pasajeros.

¹¹⁴ Gonzales Barrón, Gunther. Derechos Reales. Juristas editores EIRL. Lima, 2005. Pág., 663.

¹¹⁵ “Artículo 904.- Se conserva la posesión aunque su ejercicio esté impedido por hechos de naturaleza pasajera”.

Posesión pacífica:

Se refiere a aquella posesión libre de violencia. De tal manera de que si se hubiera obtenido la posesión del bien inmueble mediante violencia, el plazo iniciara a partir del cese de la violencia mencionada.

“La pacificidad, como presupuesto para acreditar la presente acción, significa que la posesión de quien pretende ser declarado propietario por prescripción debe transcurrir sin generar ningún conflicto con los derechos de los demás; siendo de considerar que dicho precepto legal se vulnera cuando aparece de autos que la posesión ha sido cuestionada a través de algún proceso judicial que se haya instaurado en su contra y en la cual se discuta respecto del bien sub litis”¹¹⁶

Posesión pública:

"El usucapiente es un contradictor del propietario o del poseedor anterior. Por eso, es necesaria que la posesión sea ejercida de manera que pueda ser conocida por estos, para que puedan oponerse a ella si esa es su voluntad. Si ellos pudieron conocer esa posesión durante todo el tiempo que duró, y no lo hicieron, la ley presume en ellos el abandono, y la posesión del usucapiente se consolida"¹¹⁷

¹¹⁶ Casación No. 1298-01-Ucayali. Publicada en El Peruano el 2 de mayo de 2002. p. 8657.

¹¹⁷ PAPAÑO, Ricardo; KIPER, Claudio; DILLÓN, Gregorio; CAUSSE, Raúl, Derechos Reales Tomo 1, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1990. Pag 43-44.

Como propietario:

“Se entiende que el poseedor debe actuar con animus domini sobre el bien, pero no se trata creerse propietario, sino comportarse como tal.

“No cabe usucapir, por mucho que sea el tiempo que transcurra, si posee en concepto distinto del de dueño...”¹¹⁸

La finalidad según Westermann:

“Finalidad de la usucapión es dificultar situaciones duraderas de contradicción entre la situación posesoria y de propiedad y, con ello, simplificar la situación jurídica y pacificarla y, a la vez, completar la protección del tráfico. En este aspecto, usucapión y prescripción se asemejan”¹¹⁹

Según Albaladejo:

“El fundamento de la usucapión se halla en la idea (acertada o no, pero acogida por nuestra ley) de que, en aras de la seguridad del tráfico, es, en principio, aconsejable que, al cabo de determinado tiempo, se convierta en titular de ciertos derechos quien, aunque no le pertenezcan, los ostenta como suyos, sin contradicción del interesado. Todo lo demás, que se diga sobre el fundamento de la usucapión, son músicas”.¹²⁰

¹¹⁸ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, Derechos Reales. Derecho Hipotecario, Tomo 1, 3ra. Edición, Editorial Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999. p. 127.

¹¹⁹ WESTERMANN, Harry y otros. *Derechos Reales*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid 2007, 7º Edición, traducción del alemán de José María Miquel González y otros, Volumen I, pág. 698.

¹²⁰ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *La Usucapión*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, Madrid 2004, Pág. 14.

MEJORADA CHAUCA se manifiesta de distintas maneras sobre la usucapión:

- *“Emocionadas afirmaciones sobre la usucapión provienen, al decir de las citas a pie de página, de igualmente emocionados españoles ochenteros. Ellos comentaron su sistema legal cuando el Muro de Berlín aun cortaba los vientos del Este. ¿Tiene la usucapión el mismo fundamento ahora que en los años setenta u ochenta? ¿Los fines de una figura que sustrae la propiedad de su dueño, son los mismos ahora que en tiempos de la Constitución de 1979 o cuando regía el Estatuto Revolucionario del General Velazco? Opino que no. Las figuras del Derecho Patrimonial están en constante movimiento. De ellas menos que de ninguna se puede exigir universalidad y permanencia”.*

- *El fundamento o fines de una figura tan grave como la usucapión no puede prescindir del régimen constitucional en el cual se ubica. La usucapión, cuando realmente se produce es una excepción a la protección de la propiedad. Este derecho tiene el alcance que señala la Constitución vigente del Perú, no el que dicen los respetados profesores españoles sobre su propio sistema y Constitución de los ochenta”.*

- *“En la Constitución actual el tratamiento de la propiedad es radicalmente diferente al pasado. El artículo 70 de la Carta Magna describe una protección especial y contundente. La propiedad es inviolable. A nadie puede privarse de ella sino exclusivamente por*

expropiación pagada y previa calificación del Congreso. Es la garantía del régimen económico que se sustenta en el incentivo de la actividad privada”.

- “La Constitución ni siquiera la menciona y ciertamente no es un caso de expropiación. En esta circunstancia la usucapión es una figura en permanente sospecha. Su deseable legitimidad solo se sustenta en lo excepcional del efecto traslativo. No es admisible que el sistema legal utilice la usucapión como la fórmula legal de adquirir el dominio, por más posesión que exhiba el usucapiente. Lo contrario es relajar la protección de la propiedad”.

- “Si el sistema legal quisiera un régimen de circulación basado en el hecho de la explotación de los bienes y en la sanción de los dueños desatentos, lo podría hacer pero necesitaría un marco constitucional diferente”.

- “En la práctica el fundamento equivocado de la prescripción conduce a una actitud permisiva hacia la figura, cuando ésta es invocada por poseedores que ocupan bienes originalmente ajenos. Además, se puede convertir peligrosamente en una vía ordinaria para adquirir propiedad, lo cual es a todas luces inconstitucional. Por el contrario, entender la usucapión en los términos que planteo obliga a ser muy riguroso en la prueba de la posesión, siendo restrictivo con

usurpadores y sinvergüenzas (sic) que pretenden hacerse de lo ajeno".¹²¹

Dice HERNÁNDEZ GIL:

*"la "función social" de la propiedad, más que un concepto, es una idea o una intuición"*¹²²

Según Albaladejo:

*"En principio, toda persona natural o jurídica, e incluso las llamadas uniones Sin personalidad, pueden ser sujeto activo de la prescripción adquisitiva, basta que tenga capacidad de goce para que lo puedan hacer. En el caso de personas naturales con incapacidad de ejercicio poseen a través de sus representantes. "En mi opinión, en general, respecto a la capacidad y legitimación necesarias para usucapir, basta afirmar que es precisa la aptitud para poseer en concepto de dueño o titular del derecho que se usucape"*¹²³

2.2.3.7 Renuncia a la prescripción

La renuncia a la usucapación ganada tiene una serie de límites, pues aparte de los generales del art. 6.2 CC, que nos indica que:

¹²¹ MEJORADA CHAUCA, Martín. "Fundamento de la usucapación, a propósito del Pleno Casatorio No. 2229-2008-Lambayeque". EN: *Diálogo con la Jurisprudencia*, Gaceta Jurídica, Número 132, Septiembre 2009, pág. 53- 54.

¹²² HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Obras Completas*, Espasa Calpe, Madrid 1987, Tomo IV, pág.48.

¹²³ ALBALADEJO, Manuel, *Derechos de Bienes*, Tomo III, Volumen I, Editorial José María Bosch Editor S.A., Barcelona, 1994. Pag, 174.

- 2. La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros.

También existe una limitación especial en el art. 1937:

- "Los acreedores, y cualquiera otra persona interesada en hacer valer la prescripción, podrán utilizarla a pesar de la renuncia expresa o tácita del deudor o propietario".

2.3 Marco legal

"Sólo se adquiere el inmueble por prescripción cuando está inscrito en el registro de la propiedad inmueble a favor de la persona contra quien ha operado aquella, en cambio si el inmueble no está inscrito el proceso viable es el procedimiento sobre títulos supletorios"¹²⁴

2.3.1. Marco legal nacional

Artículos del código civil peruano¹²⁵ referidos a la prescripción adquisitiva de dominio de bien inmueble.

Según el artículo 950° CC:

"La propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años.

¹²⁴ Casación N° 1043-2001. Juliaca. San Román. Puno. "El Peruano": 01-06-2004

¹²⁵ Código civil peruano

Se adquiere a los cinco años cuando median justo título y buena fe.”

Según el artículo 952° CC.

“Quien adquiere un bien por prescripción puede entablar juicio para que se le declare propietario.

La sentencia que accede a la petición es título para la inscripción de la propiedad en el registro respectivo y para cancelar el asiento en favor del antiguo dueño.”

Según el artículo 953° CC:

“Se interrumpe el término de la prescripción si el poseedor pierde la posesión o es privado de ella, pero cesa ese efecto si la recupera antes de un año o si por sentencia se le restituye.”

“El actor debe acreditar su posesión en calidad de propietario de manera pública, continua y pacífica durante diez años si se trata de prescripción larga, o durante cinco años si además acredita justo título y buena fe, y es en ese sentido que los juzgadores no estiman que los recibos por servicios adjuntados, ni las demás pruebas admitidas y actuadas cumplan con acreditar las exigencias del art. 196° del Código procesal civil”¹²⁶

¹²⁶ Casación N° 1418-2002. Lima. "El Peruano":01-12-2003

"El hecho que no haya concurrido uno de los testigos a la audiencia de pruebas no puede considerarse como contravención de normas que garantizan el derecho al debido proceso, pues la norma bajo análisis impone como requisito de necesario cumplimiento de la prescripción adquisitiva, el ofrecimiento de la declaración testimonial de un mínimo de tres testigos, mas no su actuación" ¹²⁷

2.3.2 Marco legal comparado

Código Civil de Cataluña¹²⁸

LA USUCAPIÓN COMO TÍTULO ADQUISITIVO

El artículo 531-23.1 CCCat señala, en efecto, que « [l]a usucapión es el título adquisitivo de la propiedad o de un derecho real posesorio basado en la posesión del bien durante el tiempo fijado por las leyes, de acuerdo con lo establecido en la presente sección».

Dentro de la sistemática del Libro V CCCat, la usucapión es un título adquisitivo de carácter general, en el sentido de que no se circunscribe o limita a la adquisición del derecho de propiedad, como sucede con los títulos adquisitivos «exclusivos» de este derecho, constituidos por la accesión y la ocupación

Por lo que respecta a la posesión, el artículo 521-1.1 CCCat la define como «el poder de hecho sobre una cosa o un derecho». Se trata, pues, de un hecho jurídico que recae o afecta a las cosas y a 470 Santiago Espiau Espiau ADC, tomo LXI, 2008, fasc. II los derechos patrimoniales, debiendo destacarse que

¹²⁷ Casación Nº 3195-2001. Lima. "El Peruano": 30-04-2003

¹²⁸ Código civil de Cataluña (España)

unas y otros son considerados como «bienes» por el artículo 511-1.1 CCCat. Por tanto, la «posesión del bien» a que alude el artículo 531-23.1 CCCat puede referirse –y ello tiene trascendencia a efectos de determinar qué derechos son susceptibles de adquirirse por usucapión– no sólo a la posesión de una «cosa», sino también a la posesión de un «derecho». En cuanto al tiempo, o, mejor dicho, al transcurso del mismo, constituye asimismo un hecho jurídico cuya concurrencia es necesaria para que se produzca el efecto adquisitivo consustancial a la usucapión: si quien ostenta el poder de hecho en que consiste la posesión no es titular del derecho en cuyo concepto posee, el mero ejercicio de ese poder de hecho no determina –salvo en el caso especial del artículo 522-8 CCCat– la adquisición de su titularidad, sino que es necesario que dicho ejercicio se prolongue durante un determinado período de tiempo. Por tanto, la consideración del «tiempo» como elemento constitutivo de la usucapión va necesariamente unida a la idea de un «plazo» dentro del cual ha de desarrollarse la posesión y sólo transcurrido y consumado dicho plazo se producirá la adquisición de la titularidad del derecho en cuyo concepto se ha ejercido esa posesión.

Artículos del código civil de la federación mexicana¹²⁹ referidos a la prescripción adquisitiva de dominio de bien inmueble.

Menciona que el poseedor debe comportarse como propietario y no es necesario, habiendo cumplido con los requisitos indicados, constar el acto en un documento.

Artículo 1151. La posesión necesaria para prescribir debe ser:

¹²⁹ código civil de la federación mexicana

- *En concepto de propietario;*
- *Pacífica;*
- *Continua;*
- *Pública.*

Artículo 1152. Los bienes inmuebles se prescriben:

- *En cinco años, cuando se poseen en concepto de propietario, con buena fe, pacífica, continua y públicamente;*
- *En cinco años, cuando los inmuebles hayan sido objeto de una inscripción de posesión;*
- *En diez años, cuando se poseen de mala fe, si la posesión es en concepto de propietario, pacífica, continua y pública;*
- *Se aumentará en una tercera parte el tiempo señalado en las fracciones I y III, si se demuestra, por quien tenga interés jurídico en ello, que el poseedor de finca rústica no la ha cultivado durante la mayor parte del tiempo que la ha poseído, o que por no haber hecho el poseedor de finca urbana las reparaciones necesarias, ésta ha permanecido deshabitada la mayor parte del tiempo que ha estado en poder de aquél.*

Artículo 1156.

El que hubiere poseído bienes inmuebles por el tiempo y con las condiciones exigidas por este Código para adquirirlos por prescripción, puede promover juicio contra el que aparezca como propietario de esos bienes en el Registro Público, a fin de que se

declare que la prescripción se ha consumado y que ha adquirido, por ende, la propiedad.

Artículo 1157.

La sentencia ejecutoria que declare procedente la acción de prescripción, se inscribirá en el Registro Público y servirá de título de propiedad al poseedor.

Artículos del código civil y comercial argentina¹³⁰ referidos a la prescripción adquisitiva de dominio de bien inmueble.

Artículo 1897. Prescripción adquisitiva.

La prescripción para adquirir es el modo por el cual el poseedor de una cosa adquiere un derecho real sobre ella, mediante la posesión durante el tiempo fijado por la ley.

Artículo 1898. Prescripción adquisitiva breve

La prescripción adquisitiva de derechos reales con justo título y buena fe se produce sobre inmuebles por la posesión durante diez años. Si la cosa es mueble hurtada o perdida el plazo es de dos años. Si la cosa es registrable, el plazo de la posesión útil se computa a partir de la registración del justo título.

¹³⁰ código civil y comercial argentina

Artículo 1899. Prescripción adquisitiva larga

Si no existe justo título o buena fe, el plazo es de veinte años.

No puede invocarse contra el adquirente la falta o nulidad del título o de su inscripción, ni la mala fe de su posesión.

También adquiere el derecho real el que posee durante diez años una cosa mueble registrable, no hurtada ni perdida, que no inscribe a su nombre pero la recibe del titular registral o de su cesionario sucesivo, siempre que los elementos identificatorios que se prevén en el respectivo régimen especial sean coincidentes.

Artículo 1905. Sentencia de prescripción adquisitiva

La sentencia que se dicta en los juicios de prescripción adquisitiva, en proceso que debe ser contencioso, debe fijar la fecha en la cual, cumplido el plazo de prescripción, se produce la adquisición del derecho real respectivo.

La sentencia declarativa de prescripción larga no tiene efecto retroactivo al tiempo en que comienza la posesión.

La resolución que confiere traslado de la demanda o de la excepción de prescripción adquisitiva debe ordenar, de oficio, la anotación de la litis con relación al objeto, a fin de dar a conocer la pretensión.

Reivindicación

Es una acción real, pues nace de un derecho que tiene este carácter, el dominio, el cual le permite exigir el reconocimiento de ese derecho, y

consecuentemente la restitución de la cosa por el tercero que la posea

El carácter real de la acción reivindicatoria, se distingue de otras acciones de restitución, nacidas de relaciones contractuales obligatorias, las cuales son de naturaleza personal, como las acciones del arrendador, del comodatario, etc. que pueden interponerse por el que está ligado contractualmente con el demandado, sea o no dueño de la cosa cuya restitución se persigue

Concepción concisa de Nuñez:

“La reivindicatoria no solo es actio in rem, sino la in rem actio por excelencia”¹³¹

VIDAL RAMIREZ considera que:

Se le reconoce naturaleza real, pues se refiere a la relación del propietario con el bien de su propiedad (res), y se tramita en la vía de conocimiento, que es la más amplia. Su origen se encuentra en el antiguo Derecho Romano. La acción reivindicatoria es la acción real por excelencia y conforme a la regla general del inc. 1 del art. 2001 del Código Civil, habiendo referencia genérica a la acción real, establece un plazo prescriptorio de diez años para todas aquellas a las que la ley no les fija un plazo diferente o las declara imprescriptibles. La Ley puede establecer, pues, como en efecto lo hace, la imprescriptibilidad de algunas acciones reales.¹³²

¹³¹ NUÑEZ LAGOS, Rafael. Acción y excepción en la reivindicación de inmuebles, Editorial Reus, Madrid 1953, p. 13.

¹³² VIDAL RAMIREZ, Fernando, Prescripción Adquisitiva y Caducidad. 4ta Edición. Lima 1996. pág. 198.

Según J. PAPAÑO:

“En suma la acción reivindicatoria puede ser intentada cuando el titular de un derecho real sufre una desposesión. Dado que pueden ser víctimas de una desposesión, los titulares de derechos reales que son ejercidos por la posesión. (Poseedores legítimos), es obvio que son justamente éstos quienes pueden ejercerla. El Titular de una servidumbre, así como el acreedor hipotecario, no tienen la posesión de la cosa, de modo que mal podrían ser desposeídos”, en consecuencia, son los únicos que carecen de la posibilidad de incoar una acción reivindicatoria. Para ello está reservada la acción confesionalia.”¹³³

Según Borda:

“(podría definírsela como la acción que puede ejercer el que tiene derecho a poseer una cosa para reclamarla de quien efectivamente la posee). (...La acción reivindicatoria se vincula con el título, con el derecho a poseer, con independencia de la posesión misma”¹³⁴

Uno de los requisitos para que proceda la reivindicación, según SACCO, y CATERINA:

“El actor debe probar la propiedad del bien. No basta acreditar que el demandado no tiene derecho a poseer, pues si el demandante no

¹³³ J. PAPAÑO, Ricardo. M. KIPER, Claudio, Gregorio A. DILLON, Claudio, R. CAUSSE, Jorge. Editorial Astrea, De Alfredo y Ricardo DE PALMA. Derechos Reales Tomo II Derecho Civil. Buenos Aires. 2004. Pág. 374.

¹³⁴ BORDA, Guillermo. Tratado de derecho Civil – Derechos Reales Tomo 1, 3era. Editorial Perrot Buenos Aires 1992.

prueba su pretensión entonces la demanda será declarada infundada. El efecto de una sentencia negativa es rechazar definitivamente –y con efecto de cosa juzgada- la invocada calidad propietaria del actor; sin embargo, la sentencia negativa no produce efecto alguno en el demandado.”¹³⁵

Según PUIG BRUTAU, otro requisito es:

“El demandado no debe ostentar ningún derecho que le permita mantener la posesión del bien. Sin embargo, durante el proceso, el demandado pudo invocar cualquier título, incluso uno de propiedad. Por tanto, no es correcto pensar que el demandado es un mero poseedor sin título, pues bien podría tener alguno que le sirva para oponerlo durante la contienda. En tal sentido, la reivindicatoria puede enfrentar, tanto a sujetos con título, como a un sujeto con título frente a un mero poseedor”¹³⁶

El demandado debe hallarse en posesión del bien, pues la reivindicatoria pretende que el derecho se torne efectivo, recuperando la posesión. ¿Qué pasa si el demandado pretende entorpecer la reivindicatoria traspasando constantemente la posesión a una y otra persona a fin de tornar ineficaz la sentencia por dictarse? Ante la cuestión plantada, Sacco, menciona.

“En doctrina se admite que la acción es viable contra quien dejó de poseer el bien en forma dolosa una vez entablada la demanda”¹³⁷

¹³⁵ SACCO, Rodolfo y CATERINA, Raffaele. Il Possesso, Giuffrè Editore, Milán 2000, p. 469

¹³⁶ PUIG BRUTAU. Fundamentos de derecho civil, Editorial Bosch, Barcelona 1994, Tomo III-1º, p. 162

¹³⁷ SACCO, Rodolfo y CATERINA, Raffaele. Il Possesso, Op. Cit., p. 207.

Messineo considera que:

“No basta individualizar al demandante y al demandado, pues, también es necesario que el objeto litigioso sea identificado. Los bienes, normalmente, constituyen elementos de la realidad externa, es decir, son los términos de referencia sobre los cuales se ejercen las facultades y poderes del derecho real. En caso contrario, este caería en el vacío, pues no habría objeto de referencia. Por ello, los bienes deben estar determinados, es decir, conocerse cuál es la entidad física (o ideal) sobre la que su titular cuenta con el poder de obrar lícito. En tal sentido, los bienes deben estar individualizados, aislados o separados de cualquier otro bien; en resumen, deben contar con autonomía jurídica, fundada sobre la función económica y social que el bien cumple de acuerdo a su naturaleza y la voluntad de los sujetos”¹³⁸

También Guillermo Borda¹³⁹ sostiene que

"es la acción que puede ejercer el que tiene derecho a poseer una cosa (bien) para reclamarla de quien efectivamente la posee".
Se refiere acertadamente a "el que tiene derecho a poseer un bien", al que lo posee.

¹³⁸ MESSINEO, Francesco. Manual de derecho civil y comercial, traducción de Santiago Sentís Melendo, EJE, Buenos Aires 1979, Tomo II, p. 259.

¹³⁹ BORDA, Guillermo. Tratado de Derecho Civil. Derechos Reales, Tomo 11, Tercera Edición, Editorial Perrot, Buenos Aires.

Arturo Alessandri Rodríguez, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic, indican que:

"la reivindicación es la acción dirigida al reconocimiento del dominio y la restitución de la cosa a su dueño por el tercero que la posee".¹⁴⁰

Esta definición es pues ratificada por el Código Civil chileno, en cuyo artículo pertinente estipula que:

"La reivindicación o acción de dominio es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela".¹⁴¹

Valencia Zea señala, además lo siguiente:

"La acción reivindicatoria es acción real. (...) Frecuentemente, la acción se dirige contra la persona a quien paso la posesión de la cosa. En primer término, cuando esta misma persona se encuentra poseyendo actualmente; en segundo lugar, cuando tratándose de un poseedor de mala fe, dejo de poseer por hecho o por culpa suya, puede dirigirse contra él la acción en este caso, por el equivalente del valor de la cosa (...), por último, si se trata de poseedores de buena o mala fe que hayan enajenado la cosa, puede dirigirse contra ellos la acción (...) para la restitución de lo que hayan recibido por ella, siempre que por haberla enajenado se haya hecho imposible o difícil

¹⁴⁰ Alessandri Rodríguez, Arturo. Tratado de los Derechos Reales. Tomo 11, Quinta Edición, Editorial Temis S.A. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1993.

¹⁴¹ Código civil chileno, artículo 889.

*su persecución (...) Más el carácter real de la acción hace que sea posible ejercerla contra aquel en cuyo poder se encuentra actualmente, es decir, contra los sucesores de quien privó al propietario de la posesión”.*¹⁴²

Messineo refiere que:

*“...en cuanto a la finalidad, la reivindicación tiende a procurar al reivindicante la posesión definitiva de la cosa...”*¹⁴³

De Ruggiero sostiene que:

*“...la acción reivindicatoria (...) tiende al reconocimiento del derecho de propiedad y a la restitución de la cosa por quien ilegítimamente la retiene...”*¹⁴⁴

Valencia Zea apunta que:

“La persona que es poseedora de un inmueble y resulta despojada, puede intentar las acciones posesorias, y si es vencida, aún puede ejercer las acciones reales; pero, en este último caso, no basta con ser poseedor, sino que se requiere que sea poseedor legítimo, esto es, ser titular de alguno de los derechos reales ejercidos por medio de la posesión. Aquí ya no estará en discusión el hecho de la posesión

¹⁴² VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil- Derechos Reales, Tomo II 5ª Edición, Temis Bogotá, 1976. pág.298.

¹⁴³ MESSINEO, Francesco. Derecho de la Personalidad-Derecho de Familia y Derechos Reales Tomo III. Ejea Chile Buenos Aires 1954.

¹⁴⁴ DE RUGGIERO, Roberto. Instituciones de Derecho Civil. Volumen I. Trad.de Ramón Serrano.4º Edición. Editorial Reus S.A. Madrid 1929.

como acontece en juicio posesorio, sino que la contienda versará sobre el derecho de poseer"¹⁴⁵

Gunther Gonzales concibe a la acción reivindicatoria como el:

*"remedio de tutela por excelencia de la propiedad, por la cual el propietario reclama la entrega de un bien cuando éste se halla en posesión de un tercero sin título alguno. Mediante ella, y según una muy usual definición, el propietario no-poseedor hace efectivo su derecho a exigir la restitución del bien respecto del poseedor no-propietario"*¹⁴⁶

Gonzales Nerio señala:

*Entonces, la acción reivindicatoria al revestir cierta complejidad y aun cuando taxativamente el Código Adjetivo no le señale una vía procedimental específica (como sí sucede en el caso de la pretensión de prescripción adquisitiva de dominio) esta acción ante los órganos jurisdiccionales se viene tramitado a través de la vía procedimental del proceso de conocimiento, y así la mayor parte de la doctrina también lo sostiene, cuando expresa que "la reivindicación se sustancia conforme a las reglas del proceso de conocimiento, por la propia complejidad que presenta la probanza del derecho de propiedad"*¹⁴⁷

¹⁴⁵ VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil- Derechos Reales, Tomo II 5ª Edición, Temis Bogotá, 1976. pág.298.

¹⁴⁶ Gunther Gonzales. Derechos Reales. Jurista editores E.I.R.L. Lima,2009. Pag 340-342.

¹⁴⁷ GONZÁLEZ LINARES, Nerio (2007). Derecho Civil Patrimonial. Lima: Palestra.pag, 463.

Artículos del código civil¹⁴⁸ referidos a la reivindicación.

Artículo 927.- Acción reivindicatoria

La acción reivindicatoria es imprescriptible. No procede contra aquél que adquirió el bien por prescripción

Acción reivindicatoria de bienes hereditarios Artículo 665º.-

La acción reivindicatoria procede contra el tercero que, sin buena fe, adquiere los bienes hereditarios por efecto de contratos a título oneroso celebrados por el heredero aparente que entró en posesión de ellos. Si se trata de bienes registrados, la buena fe del adquirente se presume si, antes de la celebración del contrato, hubiera estado debidamente inscrito, en el registro respectivo, el título que amparaba al heredero aparente y la trasmisión de dominio en su favor, y no hubiera anotada demanda ni medida precautoria que afecte los derechos inscritos. En los demás casos, el heredero verdadero tiene el derecho de reivindicar el bien hereditario contra quien lo posea a título gratuito o sin título.

Noción de propiedad Artículo 923º.-

La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley.

¹⁴⁸ Código civil peruano

Artículos del código Mexicano¹⁴⁹ referidos a la reivindicación de bien inmueble.

El artículo 4° del Código de Procedimientos Civiles en el Distrito Federal define la acción reivindicatoria en los siguientes términos:

“La reivindicación compete a quien no está en posesión de la cosa, de la cual tiene la propiedad, y su efecto será declarar que el actor tiene dominio sobre ella y se la entregue el demandado con sus frutos y accesiones en los términos prescritos por el Código Civil”.

El artículo 6 Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal establece:

Una sanción contra el poseedor que niegue la posesión, en cuyo caso la perdería a favor del actor en el juicio. De lo establecido por el ordenamiento procesal se derivan como elementos constitutivos de la acción reivindicatoria los siguientes:

- a) Que el actor sea propietario de la cosa,*
- b) Que no se encuentre en posesión de la misma;*
- c) Que el demandado tenga la posesión del bien materia del litigio;*
- d) Que la cosa esté dentro del comercio;*
- e) Que sea determinada al momento de entablarse la demanda;*
- f) Que la cosa no esté unida a otra por vía de accesión;*

¹⁴⁹ código de Procedimientos Civiles de Mexicano

g) Que no se trate de un bien mueble perdido o robado que un tercero haya adquirido de buena fe en almoneda o de comerciante que en mercado público se dedique a la venta de objetos de la misma especie

Artículos del código civil y comercial argentina¹⁵⁰ referidos a la reivindicación de bien inmueble.

Artículo 2256. Prueba en la reivindicación de inmuebles

Respecto de la prueba en la reivindicación de cosas inmuebles, se observan las reglas siguientes:

a) si los derechos del actor y el demandado emanan de un antecesor común, se presume propietario quien primero es puesto en posesión de la cosa, ignorando la obligación anterior, independientemente de la fecha del título;

b) si los derechos del actor y el demandado emanan de diferentes antecesores, el título del reivindicante posterior a la posesión del demandado, es insuficiente para que prospere la demanda, aunque el demandado no presente título alguno;

c) si los derechos del actor y el demandado emanan de diferentes antecesores y el título del reivindicante es anterior a la posesión del demandado, se presume que este transmitente era poseedor y propietario de la heredad que se reivindica;

¹⁵⁰ código civil y comercial argentina

d) si los derechos del actor y el demandado emanan de diferentes antecesores, sin que se pueda establecer cuál de ellos es el verdadero propietario, se presume que lo es el que tiene la posesión.

FE PÚBLICA REGISTRAL

La fe pública en general es la garantía que da el Estado de que determinados hechos que interesan a la comunidad jurídica son ciertos y la que corresponde a los documentos emanados de los registros públicos (de la propiedad, mercantil y otros que prueben los actos inscritos y su inscripción). Es la que corresponde a los libros del Registro de la Propiedad.

“(...) que da garantía al tercero que contrata amparado bajo la fe del registro, lo que confirma este artículo, desde que el tercero no tiene por qué sufrir las consecuencias si ha contratado de buena fe sobre la base de lo que aparece en registro.”¹⁵¹

García García dice que:

Este principio puede definirse como "aquel (...) en virtud del cual el tercero que adquiere en base a la legitimación dispositiva del 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"¹⁵²

¹⁵¹ ROMERO ROMAÑA, Eleodoro. "Derecho Civil. Derechos Reales.". Lima: PTCM. 1947. p. 429.

¹⁵² GARCIA GARCIA, José M. Derecho inmobiliario registral o hipotecario. Madrid Civitas, T.II, 1993.

De acuerdo a la Exposición de Motivos Oficial del Libro IX del Código Civil (en, adelante "La Exposición de Motivos"), este principio 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".

La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro". De otro lado, la Ley N° 26366 de 16 de octubre de 1994 que creó el Sistema Nacional de los Registros Públicos, estableció como una de sus garantías "la seguridad jurídica de los derechos de quienes se amparan en la fe del Registro" (inciso c, artículo 3).

El Reglamento General de los Registros Públicos, en el artículo VIII de su Título Preliminar, precisó con mayor propiedad los alcances de la regulación contenida en el artículo 2014:

"La inexactitud de los asientos registrales por nulidad, anulación, resolución o rescisión del acto que los origina, no perjudicará al tercero registral que a título oneroso y de buena fe hubiere contratado sobre la base de aquéllos, siempre que las causas de dicha inexactitud no consten en los asientos registrales", Es decir, los

posibles vicios que afecten el derecho del tercero adquirente deben referirse solo a los asientos registrales”¹⁵³

CANO TELLO afirma que:

“La buena fe implica, en ese sentido, la seguridad del "poder de disposición y la ignorancia de posibles inexactitudes en el contenido del Registro"154

DIEZPICAZO por su parte y en un sentido distinto la Exposición de Motivos sostiene que:

“Si bien estará presente al momento de la celebración del contrato, deberá subsistir hasta su inscripción, "por cuanto todos los requisitos para el funcionamiento del principio (...) deben ser concurrentes en el tiempo", agregando que "antes no tiene sentido referirse a la buena fe desde que todavía no es tercero del registro por cuanto no ha inscrito su derecho".155

"En virtud del principio de buena fe registral, quedará protegido el derecho del tercer adquirente que confíe en el contenido del registro, no siéndole oponible cualquier prueba o declaración en contrario que no se encuentre sustentada en la información registral. De lo cual se

¹⁵³ Reglamento General de los Registros Públicos, VIII. PRINCIPIO DE FE PÚBLICA REGISTRAL

¹⁵⁴ CANO TELLO, Celestino. Manual de Derecho Hipotecario. Madrid Civitas, 1992.

¹⁵⁵ DIEZPICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial Vol. 111: Las relaciones jurídico reales. El Registro de la Propiedad. La posesión. Madrid Civitas, 1995.

desprende que, aunque el acto del cual emane su derecho sea declarado nulo, el tercero mantendrá su adquisición, en compensación a su buena fe”¹⁵⁶

Al respecto, en la Exposición de Motivos Oficial del Código Civil (p. 16) se señala que:

“(…) 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”.

El principio de fe pública registral, es el principio más trascendente o importante, del prestigiado Sistema Registral Peruano, por cuanto constituye, la médula central de su estructura y es la expresión más clara de los alcances de la protección que el Estado, por intermedio del Registro, brinda a la sociedad en general y al tráfico patrimonial de los bienes y derechos inscritos.¹⁵⁷

¹⁵⁶ Cas. N° 3812001. Diálogo con la Jurisprudencia N° 74. Noviembre 2004. p. 277

¹⁵⁷ Pag, 192

Manzano Solano y Manzano Fernández, lo definen como

“(…) el principio hipotecario en virtud del cual el tercero que adquiere en base a 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 requisitos exigidos por la ley”¹⁵⁸.

“Sin embargo, es necesario reconocer que el criterio predominante en la jurisprudencia nacional es el de entender que por el término “Registros Públicos” se comprende no solo a las partidas registrales, sino también a los títulos archivados que les dieron mérito, basándose en el hecho que en el Registro se conservan dichos títulos, por lo que los contratantes tienen forma de acceder a su contenido, siendo estos, por lo tanto, una prolongación del asiento extendido.”¹⁵⁹

Roca Sastre señala que:

“es el tercer adquirente por negocio jurídico del dominio de inmuebles o derechos reales limitados sobre los mismos, que en función del registro inexacto es mantenido en si adquisición por la fe pública

¹⁵⁸ MANZANO SOLANO, Antonio y MANZANO FERNÁNDEZ, Ma. Del Mar. Instituciones de Derecho Registral Inmobiliario. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios, pp. 608 y 609.

¹⁵⁹ Casación N° 2356-98-Lima, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 12 de noviembre de 1999, p. 3899. En: ALIAGA HUARIPATA, Luis Alberto. “Principio de Fe Pública Registral”. En: *Código Civil Comentado*. Tomo X. 1ª edición, Gaceta Jurídica, junio, 2005, p. 421.

regstral, siempre que concurren los demás requisitos exigidos por la ley para tal protección.”¹⁶⁰

García García, siguiendo esta concepción de la buena fe, la define como el:

“... desconocimiento de una inexactitud registral (...) Por tanto, se trata de un desconocimiento de situaciones de trascendencia real inmobiliaria, únicas que dan lugar a una inexactitud registral. Los pactos meramente obligados en nada afectan a la buena o mala fe”.¹⁶¹

García García cuando dice que:

“... la buena fe del tercer adquirente es “aquella creencia fundada en la inscripción a favor del transferente de que éste es el titular real y puede disponer de dicho derecho”. Y en nota añade: “No nos parece suficientemente técnico el concepto generalmente dado de la buena fe, haciéndola equivalente al desconocimiento o ignorancia de la inexactitud registral. En primer lugar por su carácter meramente negativo, y, por otra parte, porque no refleja con suficiente grafismo el proceso psicológico característico del concepto estudiado”.¹⁶²

Podemos afirmar que si el conocimiento de la inexactitud del Registro desvirtúa la buena fe del tercero, entonces la buena fe es el estado de desconocimiento de la inexactitud registral por parte del adquirente. La buena fe versa directamente sobre la titularidad y el poder de

¹⁶⁰ Roca Sastre, Ramón M. y Roca-Sastre Muncunill, Luis. Derecho Hipotecario. Tomo II. Editora Civitas S.A. Madrid, 1993. p. 288.

¹⁶¹ García García, José Manuel. Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario. Tomo II. Editorial Civitas S.A. Madrid, 1993. P, 320.

¹⁶² García García, José Manuel. Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario. Tomo II. Editorial Civitas S.A. Madrid, 1993. P, 305.

*disposición del transmitente. El adquirente cree que el titular registral es el verdadero titular y cree además que ostenta un poder de disposición suficiente para llevar a cabo el negocio dispositivo.*¹⁶³

Constitución Política Colombiana

Capítulo 4 de la (DE LA PROTECCIÓN Y APLICACIÓN DE LOS DERECHOS) del título 2 (DE LOS DERECHOS, LAS GARANTIAS Y LOS DEBERES); encontramos subsumido el principio general de la buena fe.

Consagrado expresamente en el artículo 83 de la Carta Política

"Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas ". "La circunstancia de que el principio de la buena fe tenga un claro fundamento constitucional –que algunos consideran que su única función dentro de la carta es de garantía- es de gran trascendencia en el área del derecho público. De un lado, por cuanto permite su aplicación directa y no subsidiaria en el espectro de las actuaciones administrativas y, del otro, por cuanto contribuye a establecer límites claros al poder del Estado, buscando impedir el ejercicio arbitrario de las competencias públicas, y a humanizar las relaciones que surgen entre la Administración y los administrados. Esto, claro está, visto desde un punto de vista preferentemente público

¹⁶³ Diez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio, "Sistema de derecho civil" Vol. III, Derecho de cosas y derecho registral, sexta edición, pág. 334.

Código Civil de Guatemala

ARTICULO 375.- (Fe pública del registrador).-

El registrador es depositario del Registro Civil y en el ejercicio de las funciones que le son propias, goza de fe pública, y es responsable, mientras no pruebe que el hecho es imputable a otra persona, por las omisiones, alteraciones, falsificaciones y suplantaciones cometidas en las actas del registro.

El registrador como tal depositario, tiene a su cargo la conservación de los libros y documentos relativos al estado civil de las personas

Código Civil y Comercial del argentino¹⁶⁴

Artículo 2926°.

El crédito puede cederse, en todo o en parte, siempre que la cesión se haga en la forma que para la constitución de la hipoteca previene el artículo 2917, se dé conocimiento al deudor y sea inscrita en el Registro.

Si la hipoteca se ha constituido para garantizar obligaciones a la orden, puede transmitirse por endoso del título, sin necesidad de notificación al deudor, ni de registro. La hipoteca constituida para garantizar obligaciones al portador, se transmitirá por la simple entrega del título sin ningún otro requisito.

¹⁶⁴ Código civil y comercial argentino

Las instituciones del sistema bancario mexicano, actuando en nombre propio o como fiduciarias, las demás entidades financieras, y los institutos de seguridad social, podrán ceder sus créditos con garantía hipotecaria, sin necesidad de notificación al deudor, de escritura pública, ni de inscripción en el Registro, siempre que el cedente lleve la administración de los créditos. En caso de que el cedente deje de llevar la administración de los créditos, el cesionario deberá únicamente notificar por escrito la cesión al deudor.

En los supuestos previstos en los dos párrafos anteriores, la inscripción de la hipoteca a favor del acreedor original se considerará hecha a favor del o los cesionarios referidos en tales párrafos, quienes tendrán todos los derechos y acciones derivados de ésta.

Código civil¹⁶⁵ peruano

Principio de fe pública registral

Artículo 2014º:

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

¹⁶⁵ Código civil peruano

Principio de publicidad

Artículo 2012º:

Se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones.

2.4 Metodología

El presente trabajo analiza los pronunciamientos emitidos por las Salas Civiles de la Corte Suprema en pretensiones sobre Reivindicación en los cuales se opone la prescripción adquisitiva, por lo que no tiene un ámbito geográfico particular, debido a la competencia nacional de la Corte Suprema. Las casaciones estudiadas corresponden al periodo comprendido desde 2008 al 2010", sin embargo, hasta la actualidad existen más casaciones con respecto del tema a investigar.

CAPÍTULO III

CASO PRÁCTICO

3.1 Planteamiento del caso

De todo lo planteado existe abordamos en un caso de los son materia de *litis* en nuestros tribunales, el cual nos permitirá dilucidar el problema jurídico planteado en el presente trabajo.

En el caso a continuación debatirá sobre, a quien se protegerá jurídicamente ante la deficiencia, a priori, de la legislación civil; si el amparo es otorgado al tercero de buena fe o al usucapiente.

“A” es propietario de un determinado bien inmueble con su derecho inscrito en Registros Públicos; no obstante, la posesión del bien la ejerce “B” hace más de 10 años. “C”, interesado en adquirir la propiedad, acude a Registros Públicos para investigar quién es el propietario y así ofrecerle comprarle el bien. Luego de haber efectuado el correspondiente estudio de títulos y haber llegado a la conclusión que “A” es el propietario conforme al registro, le ofrece un buen precio por el inmueble, pese a no haberse tomado la molestia de comprobar quién venía ejerciendo la posesión sobre el bien.

Luego de celebrada la compraventa, “C” acude a Registros Públicos a inscribir el derecho de propiedad a su nombre, e inmediatamente después se dirige a tomar posesión del bien, pero se da con la sorpresa que el mismo se encuentra poseído por “B”, quien se niega a desocupar el inmueble alegando que se ha convertido en propietario, al haberlo adquirido por prescripción adquisitiva de dominio cumpliendo con todos y cada uno de los requisitos establecidos en el artículo 950º CC.

Por su parte, "C" sostiene que adquirió el derecho de propiedad de quien figura en el Registro con facultades para otorgarlo, sin que en la partida del bien corra inscrita ninguna circunstancia que ponga en tela de juicio la validez del título de su transferente ("A"), por lo que su adquisición se encuentra protegida por el principio de fe pública registral consagrada en el 2014º CC.

3.2 Análisis del caso

Estos artículos por un lado manifiestan que los requisitos para la usucapio son la continuidad, pacificidad y que esta posesión sea pública, y todo esto debe realizarse durante un plazo de 10 años, todo regulado en el artículo 950 del código civil. El artículo 952 del código civil nos dice que quien adquiere un bien por prescripción puede demandar al propietario para que se le declare como tal.

Artículo 950º.- Requisitos de la prescripción adquisitiva de bien inmueble.

La propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años.

Se adquiere a los cinco años cuando median justo título y buena fe.

Artículo 952º.- Declaración judicial de la usucapión.

Quien adquiere un bien por prescripción puede entablar juicio para que se le declare propietario.

La sentencia que accede a la petición es título para la inscripción de la propiedad en el registro respectivo y para cancelar el asiento en favor del antiguo dueño.

Entonces el legislador entiende que la prescripción opera con el solo paso del tiempo, y este plazo se le incluye los requisitos del 950 del mismo cuerpo de leyes como lo manifiesta Pasco¹⁶⁶:

“Finalmente, en lo atinente al momento en el que se produce la adquisición de la propiedad como consecuencia del fenómeno prescriptorio – lo cual tiene trascendental importancia en lo que respecta a la prescripción contra tabulas - surge la interrogante de si el poseedor prescribiente se vuelve propietario cumpliendo con los requisitos señalados por la ley durante el plazo establecido en la misma, o si se requiere la intervención judicial para que mediante sentencia constitutiva se declare como propietario por prescripción al poseedor que demandó judicialmente la declaración de prescripción”.

Después de la interrogante planteada, el mismo autor alga categóricamente el carácter declarativo de la sentencia de prescripción a favor del usucapiente.

“El primer párrafo de la norma es claro cuando sostiene que una vez producida la adquisición de la propiedad mediante prescripción, el nuevo propietario puede accionar judicialmente para que el Juez lo reconozca como tal, es decir, para que declare una adquisición de propiedad que ya

¹⁶⁶La Corte Suprema revaloriza la posesión y plantea una nueva forma de entender el principio de fe pública registral en su relación con la prescripción contra tabulas. A propósito de una aproximación comparativa al sistema español: ¿hacia dónde puede seguir virando nuestra jurisprudencia? Alan A. Pasco, Arauco. Pag 12.

se produjo con anterioridad, con lo cual queda del todo claro que la sentencia es declarativa mas no constitutiva”¹⁶⁷.

Para González Linarez¹⁶⁸ es el título que declara y con ella nace el derecho de propiedad es la sentencia. En un acto de justicia dicho título no solo puede tener efectos inmediatos y al futuro, sino los efectos son retroactivos a la época en que tuvo inicio el decurso prescriptorio.

Entonces en doctrina se maneja dos posiciones con respecto al carácter constitutivo o declarativo de dicha sentencia.

3.3 Análisis del caso a través de la jurisprudencia

¿QUE HAN MANIFESTADO LOS PLENOS CASATORIOS CIVILES CON RESPECTO A LA PRESCRIPCION ADQUISITIVA DE DOMINIO?

SENTENCIA DEL CUARTO PLENO CASATORIO CIVIL

Declara por unanimidad, INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por Doña Mirna Lizbeth Panduro Abarca, en consecuencia NO CASARON, la resolución de vista, obrante de fojas seiscientos diez a seiscientos once, su fecha de ocho de abril de dos mil once, expedida por la Sala Especializada en lo Civil y afines de la Corte Superior de Ucayali

Por mayoría establece como doctrina jurisprudencial lo siguiente:

1. Una persona tendrá la condición de precaria cuando ocupe un inmueble ajeno, sin pago de renta y sin título para ello, o cuando dicho título no genere

¹⁶⁷ Ibídem, pág. 12

¹⁶⁸ Libro de nerio.

ningún efecto de protección para quien lo ostente, frente al reclamante, por haberse extinguido el mismo.

2. Cuando se hace alusión a la carencia de título o al fenecimiento del mismo, no se está refiriendo al documento que haga alusión exclusiva al título de propiedad, sino a cualquier acto jurídico que le autorice a la parte demandada a ejercer la posesión del bien, puesto que el derecho en disputa no será la propiedad sino el derecho a poseer.
3. Interpretar el artículo 585 del Código Procesal Civil, en el sentido que por "restitución" del bien se debe entender como entrega de la posesión que protege el artículo 911 del Código Civil, para garantizar al sujeto a quien corresponde dicho derecho a ejercer el pleno disfrute del mismo, independientemente si es que es propietario o no
4. Establecer, conforme al artículo 586 del Código Procesal Civil, que el sujeto que goza de legitimación para obrar activa no sólo puede ser el propietario, sino también, el administrador y todo aquel que se considere tener derecho a la restitución de un predio. Por otra parte, en lo que atañe a la legitimación para obrar pasiva se debe comprender dentro de esa situación a todo aquel que ocupa el bien sin acreditar su derecho a permanecer en el disfrute de la posesión, porque nunca lo tuvo o el que tenla feneció.
5. Se consideran como supuestos de posesión precaria a los siguientes:
 - 5.1. Los casos de resolución extrajudicial de un contrato, conforme a lo dispuesto por los artículos 1429 y 1430 del Código Civil. En estos casos se da el supuesto de posesión precaria por haber fenecido el título que habilitaba al demandado para seguir poseyendo el inmueble. Para ello, bastará que el Juez, que conoce del proceso de desalojo, verifique el

cumplimiento de la formalidad de resolución prevista por la ley o el contrato, sin decidir la validez de las condiciones por las que se dio esa resolución. Excepcionalmente, si el Juez advierte que los hechos revisten mayor complejidad, podrá resolver declarando la infundabilidad de la demanda, mas no así la improcedencia.

- 5.2. Será caso de título de posesión fenecido, cuando se presente el supuesto previsto por el artículo 1704 del Código Civil, puesto que con el requerimiento de la devolución del inmueble se pone de manifiesto la voluntad del arrendador de poner fin al contrato. No constituirá un caso de título fenecido el supuesto contemplado por el artículo 1700 del Código Civil, dado que el solo vencimiento del contrato de arrendamiento no resuelve el contrato sino que, por imperio de la ley, se asume la continuación del mismo hasta que el arrendador le requiera la devolución del bien. Dada esta condición, recién se puede asumir que el poseedor ha pasado a constituirse en poseedor precario por fenecimiento de su título.
- 5.3. Si en el trámite de un proceso de desalojo, el Juez advierte la invalidez absoluta y evidente del título posesorio, conforme lo prevé el artículo 220 del Código Civil, sólo analizará dicha situación en la parte considerativa de la sentencia —sobre la nulidad manifiesta del negocio jurídico—, y declarará fundada o infundada la demanda únicamente sobre el desalojo, dependiendo de cuál de los títulos presentados por las partes es el que adolece de nulidad manifiesta.
- 5.4. La enajenación de un bien arrendado, cuyo contrato no estuviera inscrito en los registros públicos, convierte en precario al arrendatario,

respecto del nuevo dueño, salvo que el adquirente se hubiere comprometido a respetarlo, conforme a lo dispuesto por el artículo 1708 del Código Civil.

- 5.5. Cuando el demandado afirme haber realizado edificaciones o modificaciones sobre el predio materia de desalojo —sea de buena o mala fe—, no justifica que se declare la improcedencia de la demanda, bajo el sustento de que previamente deben ser discutidos dichos derechos en otro proceso. Por el contrario, lo único que debe verificarse es si el demandante tiene derecho o no a disfrutar de la posesión que Invoca, dejándose a salvo el derecho del demandado a reclamar en otro proceso lo que considere pertinente.
 - 5.6. La mera alegación del demandado, en el sentido de haber adquirido el bien por usucapión, no basta para desestimar la pretensión de desalojo ni declarar la improcedencia de la demanda, correspondiendo al Juez del desalojo valorar las pruebas en las cuales sustenta el demandado su derecho invocado, sin que ello implique que está facultado para decidir sobre la usucapión. Siendo así, se limitará a establecer si ha surgido en él la convicción de declarar el derecho de poseer a favor del demandante. De declararse fundada la demanda de desalojo por precario, en nada afecta lo que se vaya a decidir en otro proceso donde se tramite la pretensión de usucapión, puesto que el usucapiente tendrá expedito su derecho para solicitar la inejecución del mandato de desalojo o en todo caso para solicitar la devolución del inmueble.
6. En todos los casos descritos, el Juez del proceso no podrá expedir una sentencia inhibitoria, sino que deberá de pronunciarse sobre el fondo de la

materia controvertida, en el sentido que corresponda, conforme a los hechos y la valoración de las pruebas aportadas.

7. En lo que concierne a lo dispuesto por el artículo 601 del Código Procesal Civil, cuando ya ha prescrito el plazo para interponer la pretensión interdictal, el accionante no podrá optar por recurrir al desalojo para lograr la recuperación de su bien.

SENTENCIA DEL SEGUNDO PLENO CASATORIO CIVIL

Dada la antigüedad de su posesión don Rafael decide demandar la prescripción adquisitiva de dominio del citado inmueble, lo propio hace Gladys, pues, recuerda que desde que ha nacido ha vivido en aquel lugar y dado el tiempo ya era oportuno el que formalizaran su posesión.

Sentenciada la causa el A quo declara infundada la demanda al considerar que: El ahora demandante reconoció que ocupaba el inmueble... como inquilino, precisando que ello ocurre desde hace cuarenta años. Siendo así, no concurre el requisito de poseer como dueño, toda vez que el demandante reconoció a un titular dador de la posesión.

De este modo, la demandante Gladys Filomena Lluncór Moloche en su condición de hijas es en realidad una servidora de la posesión.

No conforme con esta decisión, Gladys interpone recurso de apelación contra la referida sentencia, concedida la misma fue elevada a la Primera Sala Civil de Lambayeque, colegiado que declaró nula la sentencia respecto a la apelante, ello debido a que el A quo se había pronunciado por un punto que no era objeto de controversia; devuelto los autos al juzgado de origen él A quo declara infundada la demanda considerando esta vez que:

Quien tenía la condición de poseedor era don Rafael y no la demandante quien vivía en el inmueble en su condición de hija.

Como era de esperarse, doña Gladys interpone recurso de apelación, resuelta la causa por la Primera Sala Civil de Lambayeque la sentencia es confirmada en todo sus extremos, acotando el Colegiado que:

El acto de posesión, como propietario, debe ser de manera exclusiva y con el carácter de excluyente, por lo que no puede concurrir en paralelo otro acto de posesión también como propietario del otro peticionante.

Posteriormente, la actora interpone recurso de casación contra la aludida resolución, la que resuelta por el Pleno de la Corte Suprema [mediante Cas. núm. 2229-2008 Lambayeque] es declarada infundada, siendo sus fundamentos entre otros, los siguientes:

De lo considerado se tiene que si bien es cierto que el señor Rafael Llúncor es poseedor del inmueble materia de litigio, también lo es que su posesión es en calidad de poseedor inmediato puesto reconoce una posesión superior a la de él, al haber aceptado su condición de arrendatario del predio, como ya se indicó antes, razón por la cual no puede pretender usucapir al no haberse conducido como propietario del mismo, conforme emerge de la prohibición contenida en el artículo 912° del Código Civil. En síntesis, se colige que no estuvo gozando del derecho de habitación, sino que el inmueble le fue entregado en arrendamiento. En cuanto a la hija, Gladys Llúncor Moloche, la misma no tiene calidad de poseedora, toda vez que viene ocupando el inmueble en virtud a la extensión del derecho de Uso del que goza su señor padre, en mérito a lo dispuesto por el artículo 1028° del Código Civil, habida cuenta que por el arrendamiento se da en bien a favor del arrendatario, por lo que al margen de que si se vino pagando o

no la renta por dicho contrato, la cuestión es que la señora Gladys Llúncor no viene poseyendo el inmueble como propietaria.

De acuerdo a lo señalado y viendo que ninguno de los accionantes (padre e hija) vienen conduciéndose como poseedores a título de propietarios del predio materia de litigio, no se da la figura del litisconsorte necesario (en ninguna de sus clases: propio o impropio), dado que el primero es poseedor inmediato a título de arrendatario y la segunda no es poseedora sino que se le extiende el derecho de uso del padre, en mérito a lo cual ocupa el inmueble.

RESUMEN DE FALLO:

1. SE DECLARA INFUNDADO EL RECURSO DE CASACION, POR CUANTO:

A. LA RESOLUCION DE VISTA SE ENCONTRABA DEBIDAMENTE FUNDAMENTADA;

B. NO HA EXISTIDO INTERPRETACION ERRONEA DEL ARTICULO 950 DEL CODIGO CIVIL, PUESTO QUE, SI BIEN ES CIERTO HUBO UNA ERRONEA INTERPRETACION DE LA NORMA JURIDICA, EL FALLO SI SE HA AJUSTADO A DERECHO. SOBRE LA INAPLICACION DE ESTA NORMA, NO RESULTA PERTINENTE SU APLICACION

C. EL PLENO CASATORIO CONSIDERA QUE LA CORRECTA INTERPRETACION DEL ARTICULO 950 DEL CODIGO CIVIL DEBE SER: NADA OBSTA PARA QUE PARA QUE DOS O MAS COPOSEEDORES HOMOGENEOS PUEDAN USUCAPIR, SIENDO EL RESULTADO UNA COPROPIEDAD.

Por tales razones, el Pleno Casatorio de la Corte Suprema de Justicia de la República, de conformidad con lo normado por el artículo 400 del Código Procesal Civil, por unanimidad:

a).- Declara INFUNDADO el recurso de Casación interpuesto por doña Gladys Filomena Llúncor Moloche, en consecuencia NO CASARON la resolución de vista, su fecha veinticinco de enero de dos mil ocho, expedida por la Primera Sala Civil de Lambayeque;

b).- ESTABLECE como doctrina jurisprudencial vinculante lo siguiente:

2. SE ESTABLECE COMO DOCTRINA JURISPRUDENCIAL VINCULANTE:

LA CORRECTA INTERPRETACION DEL ARTICULO 950 DEL CODIGO CIVIL DEBER SER EN QUE NADA OBSTA PARA QUE DOS O MAS COPOSEEDORES HOMOGENEOS PUEDAN USUCAPIR YA QUE, AL AMPARARSE SU PRETENSION, EL RESULTADO ES UNA COPROPIEDAD

La correcta interpretación del artículo 950 del Código Civil debe hacerse en el sentido que nada obsta para que dos o más coposeedores homogéneos puedan usucapir, puesto que de ver amparada su pretensión devendrían en copropietarios, figura jurídica que está prevista en nuestra legislación.

c).- IMPUSIERON a la recurrente una multa de dos Unidades de Referencia Procesal de acuerdo a lo previsto por el artículo 398 del Código Procesal Civil; asimismo

d) ORDENARON la publicación de la presente sentencia en el Diario Oficial El Peruano, teniendo efectos vinculantes para todos los órganos jurisdiccionales de la República a partir del día siguiente de su difusión.

Análisis de la prescripción adquisitiva en concordancia con los IV Y II plenos casatorios

Según el cuarto pleno casatorio, se le considera precario al poseedor que no tenga título o que si teniendo dicho título se encuentre fenecido, por tanto debemos recordar que la prescripción como institución requiere que la posesión sea de 5 años (ordinaria) y 10 años (extraordinaria), por lo tanto podemos deducir que para efectos de que se constituya la prescripción debemos tener en cuenta que partimos del supuesto que dicho poseedor es precario.

El segundo pleno también declara que no se puede amparar la prescripción adquisitiva de dominio si el demandante poseía en virtud de un título (sea legal o privado), lo que es necesario que el título por el cual poseía se encuentre fenecido (sin olvidar que el otro supuesto de precariedad es el no tener título alguno), lo que a partir de ahí debe reunir los requisitos para que en se constituya su derecho de propiedad, entonces y dentro de esos requisitos es el comportamiento como propietario.

La razón de que el poseedor sea precario se funda en que si no lo fuese, entonces hablamos de un poseedor que tiene derecho a poseer (legitimidad), por lo tanto no se encuentra en el supuesto de: “comportamiento como propietario”, que es indispensable para determinar la prescripción adquisitiva de dominio, por ello debe ser exclusiva y excluyente, como lo establece el segundo pleno casatorio.

En el análisis del cuarto pleno, se habla en uno de los supuestos de precariedad el de la alegación de prescripción adquisitiva de dominio:

“La mera alegación del demandado, en el sentido de haber adquirido el bien por usucapión, no basta para desestimar la pretensión de desalojo ni declarar la improcedencia de la demanda, correspondiendo al Juez del desalojo valorar las pruebas en las cuales sustenta el demandado su derecho invocado, sin que ello implique que está facultado para decidir sobre la usucapión. Siendo así, se limitará a establecer si ha surgido en él la convicción de declarar el derecho de poseer a favor del demandante. De declararse fundada la demanda de desalojo por precario, en nada afecta lo que se vaya a decidir en otro proceso donde se tramite la pretensión de usucapión, puesto que el usucapiente tendrá expedito su derecho para solicitar la inejecución del mandato de desalojo o en todo caso para solicitar la devolución del inmueble”.

Lo emitido por la corte resulta razonable puesto que un usucapiente no tiene el derecho con el solo cumplimiento de los requisitos, al contrario, necesita una verificación que posteriormente el juez de la causa determinara si se constituye el derecho o no. Por ello es que en el proceso de desalojo se puede declarar fundada la demanda de desalojo, pero no por ello pierde el derecho de demandar en otra vía.

Esta sentencia establece que las meras declaraciones de los demandados por desalojo permitirán al juez pronunciarse sobre estas alegaciones, porque se daba por sentado que es declarativa, por lo tanto frustraban de manera reiterada los desalojos y el propietario se quedaba sin la posesión del bien, porque es muy sencillo falsificar un contrato privado que supuestamente legitimaba al demandado a poseer y por ende, se declaran infundadas las demandas de

desalojo, y tenía que ir a la vía de la reivindicación, la cual puede durar muchos años en nuestro sistema de justicia.

De lo expuesto, nuestro sistema está perjudicando al propietario no solamente con la dureza de la prescripción adquisitiva de dominio y lo que implica, sino que en los procesos de desalojo por precario puede no obtener la posesión del bien. Es decir, con la concepción de que la prescripción adquisitiva es declarativa, se deja sin el derecho a poseer al propietario y sobretodo una larga lucha por recuperarla. En ese sentido, ¿si se le exigiese al prescribiente que se vea en la necesidad de demandar su derecho para que se constituya su derecho de propiedad? ¿No sería un comportamiento de propietario por parte del prescribiente y por lo tanto la mera demanda e inscripción en el registro de la partida del inmueble? ¿No sería suficiente para desestimar una demanda de desalojo y no dos posibles juicios para el propietario y prescribiente? A partir de esas preguntas y en razón de las sentencias citadas es que el ordenamiento jurídico debe amparar por la uniformidad de las “sentencias constitutivas” a favor de la prescripción adquisitiva de dominio, se están hablando de un derecho amparado en la mismísima constitución política, por lo tanto el tratamiento de esta figura no puede amparar la inactividad por parte del poseedor precario en posta de la mera declaración de la sentencia que declara propietario al poseedor precario.

La jurisprudencia suprema no se pone de acuerdo con el carácter declarativo o constitutivo de la prescripción.

A favor del carácter declarativo

“PRIMERO.- En relación a la causal de Interpretación errónea, corresponde

señalar, en principio, conforme ya fue hecho por este Supremo Tribunal, que la prescripción adquisitiva de dominio constituye una forma originaria de adquirir la propiedad de un bien, basada en la posesión del bien por un determinado período de tiempo cumpliendo con los requisitos exigidos por la Ley, lo que implica la conversión de la posesión continua en propiedad; regulándose en nuestra codificación civil, artículo 950°, una prescripción extraordinaria o larga, cuando se cumplen los requisitos de posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años; y, otra prescripción ordinaria o corta, cuando además de los requisitos citados se satisfacen también los de justo título y buena fe;

SEGUNDO.- La controversia a dilucidar por esta Sala de Casación no versa sobre los requisitos para la configuración de la prescripción, sea ordinaria o extraordinaria, sino respecto del carácter de la sentencia que ampara una demanda de Usucapión, esto es, si es de naturaleza constitutiva de derecho o solamente declarativa, dicho de otra forma, si la usucapión opera de pleno derecho o requiere de una sentencia que así lo declare y por tanto a partir de ese momento el derecho de propiedad recién se ha constituido;

SEXTO.- Entonces, es ese estado de hecho que el derecho accedió a reconocer, ya de antigua data, como generador del derecho de propiedad a través del instituto de la Prescripción Adquisitiva de Dominio o Usucapión, "se trata de una investidura formal mediante la cual una posesión se transforma en propiedad. Es pues, algo más que un mero medio de prueba de la propiedad o un mero instrumento al ser vicio de la seguridad del tráfico, es la identidad misma de la propiedad como investidura formal ligada a la posesión" (José Antonio Álvarez Caperochipi, Curso de Derechos Reales, Tomo uno, Editorial Civitas Sociedad Anónima, Primera Edición, Madrid, página ciento cuarenta y tres), siendo el proceso judicial respectivo y la sentencia dictada en el mismo por el órgano jurisdiccional meramente de carácter declarativo, reconocedora de que, luego de la probanza respectiva ha operado ya la reivindicación respectiva (...)

SÉTIMO.- De acuerdo a todo lo expuesto, reiteramos la acción de prescripción adquisitiva es evidentemente declarativa en tanto busca el reconocimiento de un derecho a partir de una situación de hecho determinada o un pronunciamiento de contenido probatorio que adquirirá certidumbre mediante la sentencia o resolución, de tal forma que el contenido abstracto de la Ley se convierte en una decisión concreta, estableciendo una relación de derecho entre las partes; de modo que no se puede llegar a una decisión jurisdiccional por la que se considere que el posesionario se ha convertido en propietario del bien, por haberlo adquirido por prescripción adquisitiva sin que reciba un título que lo

considere como tal conforme al trámite judicial, notarial o registral correspondiente”¹⁶⁹

Con carácter constitutivo

“Dicha denuncia no puede prosperar, pues las normas denunciadas giran en al supuesto de la prescripción adquisitiva, el cual resulta ajeno al proceso de autos donde se discute una pretensión de reivindicación y donde no existe una declaración judicial o administrativa de usucapión que viabilice la denuncia de la parte recurrente, pues la prescripción adquisitiva o usucapión requiere necesariamente una declaración (judicial o administrativa) que la declare así, resultando insuficiente la simple alegación de la parte recurrente, lo cual se desprende de la norma contenida en el artículo 952 del cc”¹⁷⁰.

De lo anterior, mora en una discordia de la corte suprema en interpretar a la institución de la prescripción adquisitiva de dominio. Es cierto que la jurisprudencia opta por la forma declarativa de la usucapio en un mayor número de fallos; sin embargo, no hay seguridad jurídica con tanta incongruente interpretación.

SOBRE LA REINVINDICACION

Pues la reivindicación no procede contra el prescribiente, así lo determina el artículo 927 del código civil:

¹⁶⁹CAS. N° 750-2008. CAJAMARCA. NULIDAD DE ACTO JURIDICO Y OTROS. Lima, once de enero del año dos mil diez. LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA

¹⁷⁰casación 3346-2010 Arequipa

Artículo 927º.- Acción reivindicatoria.

La acción reivindicatoria es imprescriptible. No procede contra aquél que adquirió el bien por prescripción.

La relevancia de la reivindicación de es importante, ya que permite al propietario que se le restituya el bien en su esfera de dominio. Se tiene en cuenta que esta acción no puede ser invocada frente a un usucapiente, porque se parte del supuesto que la acción reivindicatoria es una facultad que solo la tiene el propietario.

De lo anterior dicho, cabe precisar que si se parte de la premisa de que la sola lectura de los artículos 950 y 952, nos dice que la prescripción opera de pleno derecho con el cumplimiento de los requisitos; el artículo 927 solo establece que la reivindicación no procede contra el prescribiente, sin mediar otro requisito que el solo ser prescribiente, no establece si es necesario otro requisito, lo que conlleva a otro conflicto sobre si la prescripción es declarativa o constitutiva.

El conflicto más importante será al momento en que un tercero, que amparada en el registro, compre el inmueble y quiera tomar posesión del bien. ¿A quién le corresponde realizar la reivindicación, al prescribiente o al tercero registral?, la respuesta será en razón si es declarativa o constitutiva la prescripción.

SOBRE LA BUENA FE REGISTRAL

En la Exposición de Motivos del Código Civil se indicó que: "(...) Son requisitos para "circunscribir el acto de la fe pública registral", (...) que "el tercero reúna las características de onerosidad, buena fe, adquirir de quien figura legitimado en el Registro y verificar la inscripción en el mismo". Esta fe registral sólo opera

respecto de los datos registrales relativos a la existencia, contenido y titularidad de los derechos reales inscritos. Cumplidos los requisitos referidos de onerosidad, buena fe, etc., agrega la ley, el tercero mantiene su adquisición, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante, siempre que esto se produzca en virtud de causas que no consten en los Registros Públicos.”

En resumen la fe pública registral alude a los terceros, a quienes confían en el. El que adquiere de buena fe y a título oneroso de quien aparece en el Registro como propietario, e inscribe su derecho, queda protegido manteniendo su adquisición.

Artículo 2012 CC:

Se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones.

Artículo 2014º CC:

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

La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro”.

De esta forma, para la Corte –pese a no mencionarlo de forma expresa– el concepto de buena fe no solo contiene un elemento de confianza o creencia en el Registro, sino que viene complementado por el elemento de la ignorancia de que dicha información registral es errada. Si se acredita que el adquirente conocía la inexactitud del Registro por ciertos datos extrarregistrales (como es la posesión), no se puede invocar buena fe¹⁷¹.

Síntesis del caso

El presente caso confronta al usucapiente y al tercero registral por el cual, el primero opondrá el carácter declarativo de la prescripción adquisitiva de dominio y el segundo alegara la buena fe registral, y por añadidura el carácter constitutivo de la prescripción adquisitiva de dominio.

Si se opta por la opción del carácter constitutivo de la prescripción nos encontraríamos tutelando la buena fe registral, en el amparo del libro de correspondientes a la publicidad registral en los registros públicos. Mientras que la opción del carácter declarativo nos lleva a interpretar al código civil en los dos artículos de libro de derechos reales: el 950 y el 952 del mismo cuerpo de leyes.

En ambos, aparentemente se encuentra una apariencia divergente él, pues optar por uno es “sacrificar” el derecho del otro. De este modo, la jurisprudencia nacional no ha tomado cartas en el asunto de buscar solucionar el problema, dando sentido a la regulación de la prescripción adquisitiva y la regulación de la buena fe, que confiando en el registro, adquirió un bien a quien ya no era

¹⁷¹ Tercero registral vs bienes incautados. Alan A. Pasco, Arauco
https://works.bepress.com/alan_pasco/51/

propietario; sin embargo, este si tenía la legitimidad para enajenar, ya que constaba su titularidad en el registro.

3.4 Discusión del caso

“A” siendo propietario del inmueble al vender a “C”, teniendo en cuenta que existe un poseedor “C” que esta mas de 10 años en dicho inmueble, trae consigo un problema, de saber si al momento en que “A” enajenó el bien, él era propietario.

Primero, los artículos 950 y 952 del código civil, expresan como único requisito el paso del tiempo (10 años) incluido los requisitos de pacificada, continuidad y que esta posesión debe ser pública. Sin embargo, dicho poseedor necesita agregar a su comportamiento el carácter de propietario, puesto que se puede confundir dicha posesión, que se dio mediante un titulo que legitimaba al poseedor a ejercer su derecho a poseer dicho inmueble.

Segundo, se entiende que el poseedor que se comporta como propietario, no se limita a realizar dicho comportamiento durante los años que el código pide para invocar la prescripción, sino que este debe perdurar aun después de pasado dicho plazo.

Tercero, un comportamiento que solo puede realizar el propietario , puesto como se fundamenta la prescripción en el castigo al propietario por la desidia de no explotar el bien y el premio al prescribiente por explotar dicho bien es que otorga un derecho de propiedad para el poseedor que cumple con los requisitos según la ley.

Cuarto, la búsqueda de asegurar la propiedad por parte del usucapiente es propia actitud de un propietario diligente y por ende del usucapiente no se

puede esperar menos que la diligencia de proteger su expectativa de que se le declare propietario.

Quinto, si tomamos posición por el usucapiente que sólo posee, y no hace más que ello, entonces los terceros que desean comprar bienes inmuebles en el Perú no sólo deberían confiar en el registro sino que también debe buscar que acercarse al bien y verificar la posesión.

De lo anteriormente mencionado trae consigo dos grandes problemas, el primero es que elevamos los costos de transacción para adquirir un inmueble en nuestro país y lo que lleva consigo una disminución del volumen de transacciones; la importancia de no elevar los costos de transacción radica en el mismo fundamento por el cual la usucapio es reconocida en nuestro país: “los recursos escasos deben ser optimizados y por ello la desidia del propietario sobre el bien y que otro optimiza, es razón para que este sea quien pueda convertirse en propietario”.

Por otro lado tenemos el problema de la ratio del legislador al redactar el art 2014 del cc, pues ante esta disyuntiva aparentemente contradictoria entre la usucapio y la buena fe registral, fue la otorgar seguridad a los contratantes de modo que si alguna exactitud en el registro no la pudo conocer el tercero entonces, esta inexactitud de es inoponible (buena fe objetiva).

Sexto, analizamos a un propietario de un bien que compro dicho inmueble hace un año, y este creyendo que con solo el titulo (compraventa) se convierte en propietario, esta persona no está equivocado; sin embargo, si otro le compra al mismo que le compro esta persona, y lo inscribe primero; pues no fue tan cierto que su título lo protegió.

Entonces si un propietario que adquirió la propiedad a título oneroso, y por su negligencia de inscribir perdiese su adquisición, el usucapiente que estuvo inactivo y dejando que el registro legitimase al anterior propietario para la venta de dicho inmueble.

La buena fe registral se limita a ver quien aparece como legitimado a enajenar el bien y es deber quien crea tener un derecho sobre ese bien protegerlo, y el usucapiente lo puede realizar demandando la prescripción adquisitiva de dominio y con todo el material probatorio que permita dicha condición, de modo tal que pueda inscribir en el registro su demanda y poder conseguir que el tercero que quiera adquirir dicho bien no pueda alegar buena fe registral.

Lo anterior es la correcta armonía que el código civil debe profesar entre la diligencia del adquirente que se fía del registro y del usucapiente en constituir su derecho y así obtener en nuestra sociedad dicha seguridad jurídica y social.

Por último, se debe proteger al tercero de buena fe que confió en dicho registro, y el usucapiente pierde la propiedad por aquella negligencia y el ordenamiento jurídico no debe amparar dicha inactividad, perjudicando al sistema de publicidad registral.

CONCLUSIONES

La sentencia de la prescripción adquisitiva de dominio tiene que necesariamente ser de carácter constitutiva, en la medida de que el juez verifique todas las pruebas emitidas por el poseedor usucapiones y determine que cumple con los requisitos establecidos por ley.

La prescripción adquisitiva opera en base a una situación de hecho llamada posesión; así, quien oriente su conducta en miras a adquirir la propiedad deberá cumplir con todos los requisitos estipulados por ley, es decir, ejercer la posesión de manera continua, pacífica, pública y como propietario, por el periodo de tiempo regulado también por la ley.

En contraposición, si el poseedor usucapiente deja de comportarse como propietario, tras cumplir con los requisitos establecidos en la ley civil, y no inicia un proceso de prescripción adquisitiva de dominio, está expuesto a que surja un tercero que valiéndose de la fe pública registral, lo adquiere el inmueble, perdiendo el poseedor usucapiente la posibilidad de tener la propiedad del bien.

Con referencia a la fe pública registral, puede ser conceptualizada como aquel que propende a la protección de los terceros de buena fe que adquirieron un derecho sobre la base de la información proporcionada por el Registro y lo han inscrito, aunque el transferente no tenía dicho título o éste sea anulado, rescindido o resuelto en mérito de causas que no constan en el Registro.

La buena fe registral se limita solo al registro y por ende se debe considerar que toda inexactitud que no conste en dicho registro no se le puede ser oponible al tercero que confía en dicho registro, en consecuencia y por lo dicho en la exposición de motivos, la buena fe del tercero se presume y solo será objetada

dicha presunción siempre y cuando se demuestre que el tercero conocía dicha inexactitud.

Entre la colisión de un tercero registral que reclama la posesión del bien que adquirió del propietario registral y el poseedor uscapiente, se debe preferir a quien fue diligente, esta diligencia se centra en el usucapiente en demandar la constitución de su derecho y el tercero el de observar en el registro si existe alguna inexactitud que permita dilucidar si hay un posible peligro de afectar su adquisición. Tendremos en consecuencia dos supuesto: El tercero que adquiere la propiedad en la que el usucapiente demandó la constitución de su derecho y anotándolo en el registro, el cual el tercero no tendría buena fe si el juez declara o no constituido el derecho de propiedad del precibiente. El segundo supuesto es en el que el usucapiente cumple con todos los requisitos para demandar la constitución de su derecho de propiedad y proteger su posible dominio sobre el inmueble y por otro lado un tercero que confía en el registro y encontrando que no existe ninguna inexactitud, adquiere el bien, por lo tanto en razón de la buena fe registral se preferiría al tercero registral para determinar a quién le corresponde la propiedad del bien.

Debe existir una coherencia entre los artículos 2014 y 2012 con los artículos 950 y 952 del código civil, interpretando de modo tal que exista coherencia, ya que aparente mente existe una contradicción entre dichas disposiciones. Sin embargo, dicha coherencia se funda en la necesidad proteger a quien sea diligente en la protección de su derecho de propiedad y el código otorga dichos mecanismo de protección de su derecho: “EL REGISTRO”.

RECOMENDACIONES

Primero, se recomienda al legislador peruano el modificar el artículo 952 como la Comisión Reformadora del Código Civil ha propuesto:

“Quien adquiere un bien por prescripción puede entablar juicio para que se le declare propietario.

La sentencia que accede a la petición es título para la inscripción de la propiedad en el registro respectivo y para cancelar el asiento a favor del antiguo dueño”.

De modo tal que permita una coherencia entre el artículo 2014 del código civil y el 950 con el 952 del mismo código.

Segundo, se insta al poder judicial el buscar un criterio que establezca la seguridad jurídica necesaria ante tanta incertidumbre y casaciones tan divergentes entre sí. Por ende, se recomendaría realizar un pleno casatorio si es que el legislador no resolviese el problema.

Tercero, se recomienda a las personas que posean de forma continua, pacífica y publica, de modo tal que dicha posesión sea como propietario; demandar la prescripción adquisitiva de dominio y su anotación posterior en el registro correspondiente, puesto que no existe un criterio uniforme que le dé certeza al usucapiente que su propiedad no será afectada por la inexactitud del registro.

Por último, se recomienda al estado peruano través del ministerio de vivienda que se establezca políticas difusión de información a aquellas personas que poseen con los requisitos que el código enuncia; sin embargo, estas personas se ven en un proceso judicial, por el desconocimiento de su situación legal y de los mecanismos de protección de sus derechos.

REFERENCIAS

BIBLIOGRAFÍA

- 1- ALBALADEJO, Manuel. *La usucapión*. Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid 2004.
- 2- ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exegesis del código peruano 1984*. Tomo II. Gaceta jurídica. Lima ,
- 3- ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max (1993) Exégisis del Código Civil de 1984. Tomo V, Derechos Reales. Lima: WG Editor.
- 4- Astrea, De Alfredo y Ricardo DE PALMA. *Derechos Reales Tomo II Derecho Civil*. Buenos Aires. 2004.
- 5- ALBALADEJO, Manuel, *Derechos de Bienes, Tomo III, Volumen I*, Editorial José
- 6- ANGEL YAGÜEZ, Ricardo de. *Apariencia jurídica, posesión y publicidad inmobiliaria registral*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao 1982,
- 7- BERASTAÍN QUEVEDO, Claudio. “Requisitos de la prescripción adquisitiva”. En: *Código Civil Comentado*. Tomo V. Lima: Gaceta Jurídica. 2003.
- 8- BORDA A. Guillermo. “Manual de Derecho Civil-Parte General”, Ed. AbeledoPerrot, Bs. Aires, 1996.
- 9- Bosch, María Editor S.A., Barcelona, 1994.
- 10- BORDA, Guillermo. *Tratado de derecho Civil – Derechos Reales Tomo 1*, 3era. Editorial Perrot Buenos Aires 1992.
- 11- CANO TELLO, Celestino. *Manual de Derecho Hipotecario*. Madrid Civitas, 1992.
- 12- CUADROS VILLENA, CARLOS FERDINAND (1995) *Derechos reales*. Tomo II. Lima: Editorial Cuzco
- 13- CANO TELLO, Celestino. *Manual de Derecho Hipotecario*. Madrid Civitas, 1992.
- 14- DE RUGGIERO, Roberto. *Instituciones de Derecho Civil. Volumen I*. Trad.de Ramón Serrano.4º Edición. Editorial Reus S.A. Madrid 1929.

- 15- DIEZPICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial Vol. 111: Las relaciones jurídico reales. El Registro de la Propiedad. La posesión. Madrid Civitas, 1995.
- 16- Diez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio, "Sistema de derecho civil" Vol. III, Derecho de cosas y derecho registral, sexta edición,
- 17- DIEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN, (2012). sistemas del derecho civil, editorial TECNOS, Madrid.
- 18- FALZE, Angelo, Voci di Teoría Generale del Diritto, (Voz: Efficacia Giuridica), Giuffre Editore, Milán 1985,
- 19- García Falconí, José C, Manual de Practica Civil Procesal, 1998, pág. 76.
- 20- García García, José Manuel. *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*. Tomo II. Editorial Civitas S.A: Madrid, 1993.
- 21- Gonzáles Barrón, Gunther. Tratado de Derechos Reales. Tomo I. Tercera Edición, Jurista Editores, Lima, 2013.
- 22- Gazzoni, Francesco. Manuale di diritto privato,
- 23- GONZÁLEZ BARRÓN, Gunther. "Curso de Derechos Reales". Lima: Jurista Editores. 2003.
- 24- GONZALEZ LINARES, Nerio. Derecho Civil Patrimonial. Derechos Reales. Editorial Palestra. Lima 2007,
- 25- GONZALEZ BARRON, Gunther Hernán. Dogmática Jurídica (Teoría) de la Usucapión. Jurista Editores. Lima.
- 26- GONZALEZ BARRON. Derechos Reales. Jurista editores E.I.R.L. Lima, 2009.
- 27- HERNÁNDEZ GIL, Antonio. "Obras Completas". Tomo II. Madrid: Espasa-Calpe. 1987.
- 28- J. PAPAÑO, Ricardo. M. KIPER, Claudio, Gregorio A. DILLON, Claudio, R. CAUSSE, Jorge. Editorial
- 29- MEJORADA CHAUCA, Martín. "Fundamento de la usucapión, a propósito del Pleno Casatorio No. 2229-2008-Lambayeque". EN: *Diálogo con la Jurisprudencia*, Gaceta Jurídica, Número 132, Septiembre 2009,
- 30- MANZANO SOLANO, Antonio y MANZANO FERNÁNDEZ, Ma. Del Mar. Instituciones de Derecho Registral Inmobiliario. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios.
- 31- Maisch von Humboldt, Lucrecia. *Los derechos reales*. Tercera edición, librería Studium, Lima. 1984.

- 32- MESSINEO, Francesco. Derecho de la Personalidad-Derecho de Familia y Derechos Reales Tomo III. Ejea Chile Buenos Aires 1954.
- 33- MUSTO, NÉSTOR JORGE (2000) Derecho reales. Tomo 1. Buenos Aires: Astrea
- 34- NUÑEZ LAGOS, Rafael. Acción y excepción en la reivindicación de inmuebles, Editorial Reus, Madrid 1953,
- 35- PUIG BRUTAU. Fundamentos de derecho civil, Editorial Bosch, Barcelona 1994, Tomo III-1º,
- 36- RAMIREZ CRUZ, EUGENIO MARÍA (2004) Tratado de derecho reales. Tomo II, 2ª ed. Lima: Rodhas.
- 37- Ramírez Cruz, Eugenio. Tratado de Derechos Reales. Tomo I. Editorial Rodhas. Lima, 2007.
- 38- RAMIREZ CRUZ, Eugenio. Tratado de derechos Reales Tomo I: Posesión, Editorial Rhodas, Lima 1996.
- 39- Roca Sastre, Ramón M. y Roca-Sastre Muncunill, Luis. *Derecho Hipotecario*. Tomo II. Editora Civitas S.A. Madrid, 1993.
- 40- ROMERO ROMAÑA, Eleodoro. "Derecho Civil. Derechos Reales.". Lima: PTCM. 1947
- 41- Roca Sastre, Ramón M. y Roca-Sastre Muncunill, Luis. Derecho Hipotecario. Tomo II. Editora Civitas S.A. Madrid, 1993.
- 42- SACCO, Rodolfo y CATERINA, Raffaele. *Il Possesso*, Giuffrè Editore, Milán 2000.
- 43- TORRES LOPEZ, Juan. Análisis Económico del Derecho, Ed. Tecnos S.A., Madrid, 1987.
- 44- VIDAL RAMIREZ, Fernando, Prescripción Adquisitiva y Caducidad. 4ta Edición. Lima 1996.
- 45- VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil- Derechos Reales, Tomo II 5ª Edición, Temis Bogotá, 1976.
- 46- WESTERMANN, Harry y otros. *Derechos Reales*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid 2007, 7º Edición, traducción del alemán de José María Miquel González y otros, Volumen I.
- 47- VIDAL RAMOS, Roger. El sistema de transferencia de la propiedad inmueble en el derecho civil peruano, p. 36. Recuperado de http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/4F8957B52C7

[F4583052579B50075B041/\\$FILE/SISTEMA_TRANSFERENCIA_PROPIEDAD_DERECHO_CIVIL_PERUANO.pdf.](http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/fb777b0043eb7ba1a80beb4684c6236a/8.+Doctrina+Nacional++Magistrados++H%C3%A9ctor+Lama+More.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=fb777b0043eb7ba1a80beb4684c6236a)

- 48- Título Posesorio en el Derecho Civil Peruano. Hector Enrique Lama More. Revista Oficial del Poder Judicial 2/1 2008. Publicación en internet: <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/fb777b0043eb7ba1a80beb4684c6236a/8.+Doctrina+Nacional++Magistrados++H%C3%A9ctor+Lama+More.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=fb777b0043eb7ba1a80beb4684c6236a>
- 49- Las Clases de Posesión en el Perú. <http://www.articuloz.com/leyes-articulos/las-clases-de-posesion-en-elcodigo-civil-peruano-1054756.html>
- 50- Casación No. 1298-01-Ucayali. Publicada en El Peruano el 2 de mayo de 2002.
- 51- Casación No. 1676-96-Lima. En: El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria.
- 52- Casación N° 2356-98-Lima, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 12 de noviembre de 1999, p. 3899. En: ALIAGA HUARIPATA, Luis Alberto. "Principio de Fe Pública Registral". En: *Código Civil Comentado*. Tomo X. 1ª edición, Gaceta Jurídica, junio, 2005.
- 53- Casación N° 0772-1999. Ica. "El Peruano": 02-01-2002-.
- 54- Cas. N° 3812001. Diálogo con la Jurisprudencia N° 74. Noviembre 2004.
- 55- Conclusiones del Pleno Jurisdiccional Nacional Civil. Lima, 27 de marzo de 2010.
- 56- Sentencia del Pleno Casatorio. Casación 2229-2008-Lambayeque. Publicada en El Peruano el 22 de agosto de 2008.
- 57- Resolución N° 015-2008-SUNARP-TR-L
- 58- Código civil de Cataluña (España)
- 59- código civil de la federación mexicana
- 60- código civil y comercial argentina
- 61- código de Procedimientos Civiles de Mexicano