



PROPUESTA DE REFORMA PARCIAL DE LOS LIBROS V (DERECHOS REALES) Y IX (REGISTROS PÚBLICOS) DEL CÓDIGO CIVIL

Gunther Gonzales Barrón ^(*)

ADVERTENCIA

Soy un convencido que las reformas legislativas **no** son la solución mágica para remediar todos los males de la sociedad. Esa es una de las razones por las cuales el análisis económico incurre en su mayor error, pues sobrevalora la dimensión jurídica de los fenómenos sociales, cuando parece claro y evidente que el sentido de una norma, mientras se encuentre dentro de los amplios márgenes lo razonable, no tiene incidencia alguna en el cumplimiento o descrédito del orden jurídico, en la riqueza o en la pobreza. Caso contrario habría que preguntar porque Estados Unidos es un país mucho más rico que el Perú a pesar de tener un sistema de propiedad con gravísimas falencias, tales como un registro de pobres efectos, y una titulación insegura en lo documental y en lo jurídico. Los ejemplos podrían multiplicarse con el deficiente registro que sufre Francia o Italia, a pesar de lo cual ambos son países del Primer Mundo. Parece que la riqueza de las naciones está más vinculada a la cultura, los valores y la ética del esfuerzo y del trabajo, antes que a un “Código Civil del Siglo XXI”.

No crean que el tema queda ahí: Italia tiene un ineficiente aparato judicial por la demora inaceptable en la tramitación de los litigios, pero nadie piensa que ese problema lo ocasiona “la ley”, y menos la doctrina

^(*) Doctor en Derecho por la PUCP. Diplomado en Economía y Derecho del Consumo por la Universidad Castilla La Mancha (España) y PUCP. Profesor de la PUCP, USMP, UIGV y UNMSM. Juez Superior Titular de Lima. Ha sido Presidente de los Tribunales Administrativos de COFOPRI y SUNARP, así como Notario de Lima.
ggonzales@pucp.edu.pe

jurídica, considerada de primer orden con genios de la talla de Chiovenda, Carnelutti y Calamandrei, entre los mayores.

La ley como tabla de salvación es una idea moderna, propia del racionalismo ingenuo, pero que no supera un test de confrontación con la realidad. El análisis económico del derecho se emparenta con ese tipo de racionalismo, aunque de corte inmoral pues lo único que le interesa es la utilidad.

Por tales razones, ha sido poco usual que yo escriba de una propuesta de reforma legislativa, y no porque santifique la ley como obra “insuperable” o “perpetua”, sino por mi distinta perspectiva del fenómeno jurídico. En efecto, antes que llamar la atención del legislador, es preferible que los errores o lagunas normativas se salven mediante una jurisprudencia creativa y reflexiva, que alivie los equívocos o arbitrariedades del legislador. Es claro que un Pueblo puede vivir sin legislador, pero no sin juez (Carnelutti). Si el primero es ignorante, y así ocurre muchas veces; no obstante, el segundo tiene la misión ineludible de guiar las soluciones hacia los valores fundamentales de la sociedad, incluso al margen de la ley como texto escrito.

En el presente caso no he podido sustraerme a la invitación de Gaceta Jurídica para exponer, según mi particular opinión, las reformas parciales que podría merecer el Código Civil luego de más de veinticinco años de vigencia, pues en el transcurrir de dicho tiempo se han advertido errores o inconsecuencias de orden técnico o interpretativo. Sin embargo, no son los únicos errores que yo pudiera señalar. En tal sentido, este discurso no necesariamente “valida” el resto del contenido del Código, ya que por economía de esfuerzos y de tiempo, se limita a tratar sobre los temas de mayor relevancia.

Para avanzar en la propuesta de reformas normativas urgentes, en contra de mi voluntad inicial, han pesado varias consideraciones. En primer lugar, el hecho cierto que la jurisprudencia, muchas veces, no se ha encontrado a tono con las circunstancias, y en muchas oportunidades se limitó a esperar que el legislador tome la palabra y la iniciativa. Craso error, pues dentro de las modernas concepciones del derecho el protagonismo lo tiene el juez. En segundo lugar, si bien estas sugerencias han sido pensadas para un futuro codificador, sin embargo, nada impide que la jurisprudencia reflexiva y crítica avance ya, y creo que en todos los casos así podría hacerse, hacia soluciones creativas y justas.

PRIMERA PARTE: LIBRO DE DERECHOS REALES

1. LOS DERECHOS REALES EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1984

Con buen criterio el legislador no se ocupa de definir la categoría genérica de “derecho real”, ni de establecer sus diferencias con el “derecho obligacional”. Estos temas han quedado librados a la doctrina¹. Sin embargo, no puede ocultarse que la distinción entre los derechos reales y obligacionales LATE en el sistema del Código Civil y AFLORA en muchos preceptos. Actúa, pues, como una idea organizadora de las relaciones, instituciones y situaciones jurídicas de orden patrimonial².

Por tanto, la regulación del Código Civil se concentra, no en cuestiones generales de la categoría abstracta y teórica –símil con la categoría del negocio jurídico-, sino en ordenar los distintos tipos concretos de derechos reales, tales como la propiedad, el usufructo, las servidumbres, etc. En este ámbito el legislador reconoce expresamente que la regulación es sustancialmente similar a la del Código anterior (de 1936)³. En tal contexto, el Libro V, de los derechos reales, debe ser el más anticuado de todos los del vigente Código, pues fue el que se mantuvo con mayor fidelidad a los dictados de la regulación anterior⁴.

Si bien el Código de 1936 inspiró en gran medida la norma vigente, también es bueno reconocer que el actual Código es SUPERIOR a su antecesor, no sólo por sistemática y mejor redacción de muchos de sus preceptos, sino además por la mejora que significó llenar lagunas enteras dejadas por el Código de 1936; asimismo debe tenerse en cuenta que el nuevo texto dio solución a algunos problemas interpretativos detectados durante la vigencia de la norma anterior. En tal sentido, puede decirse

¹ En el Libro V del Código Civil, dedicado a los derechos reales, sí se incluye una sección de disposiciones generales aplicable a toda la categoría. Se trata de tres preceptos muy importantes (un cuarto –art. 883 C.C.- actualmente se halla derogado desde el año 1991 en virtud del Dec. Leg. 653, sobre Promoción de Inversiones en el Sector Agrario), pero en ninguno de ellos se define o categoriza lo que es el “derecho real”.

² HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Obras Completas*, Espasa Calpe, Madrid 1987, Tomo IV, pág. 34.

³ Así lo dice: AVENDAÑO VALDÉZ, Jorge. “Exposición de Motivos del Anteproyecto del Libro de Derechos Reales”. EN: COMISIÓN REFORMADORA DEL CÓDIGO CIVIL DE 1936. *Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil*, PUCP, Lima 1980, Tomo I, pág. 789.

⁴ “El Libro V del Código requiere ser ampliado y mejorado. En gran medida, se ha quedado detenido en el tiempo –negándose a renovarse- aferrado a las instituciones de los años 20, en los que se debatió y preparó el Código de 1936”: GUEVARA PEZO, Víctor. “Derechos Reales: propuesta de enmienda”. EN: VV.AA. *Código Civil Peruano. Diez Años*. Universidad de Lima, Lima 1995, Tomo I, pág. 394. Por nuestra parte, consideramos que cerca del 75% del articulado sobre derechos reales del Código de 1936 pasó al Código de 1984, sea con idéntica redacción o con algunas modificaciones.

que las principales novedades del Código de 1984, entre otras, fueron las siguientes⁵:

- Se regula de manera ordenada las partes integrantes y los accesorios (art. 887, 888, 889), así como los frutos y productos (art. 890 a 895).
- Se niega la calidad de poseedor a quien se encuentra en relación de subordinación con el poseedor (art. 897).
- Se regula la coposesión (art. 899).
- Se desvanece la presunción de buena fe cuando se trata de bien inscrito (art. 914).
- Se regula la extinción de la posesión (art. 922).
- Se declara expresamente que la acción reivindicatoria es imprescriptible (art. 927).
- La transmisión de la propiedad mueble e inmueble se regulan orgánicamente (art. 947, 949).
- Se reducen los plazos de la usucapión (art. 950, 951).
- Se introduce la muy importante norma referida a que el subsuelo o sobresuelo pueden pertenecer a propietario distinto que el del suelo (art. 955).
- Se regula las causales de extinción de la propiedad (art. 958).
- Se introduce una regulación expresa de la superficie (art. 1030 ss.).
- Se regula en forma más ordenada el usufructo y las servidumbres.
- Se introduce en la prenda sin desplazamiento o “con entrega jurídica” (art. 1055), aun cuando ésta ya existía en leyes especiales, incluso antes del mismo Código de 1936.

En buena cuenta, con los mismos materiales que los del Código de 1936, se pudo lograr un resultado superior: mejor sistemática, mayor orden en la regulación, redacciones más claras, etc. Sin embargo, no se puede olvidar que se han utilizado los mismos materiales de un Código preparado en la segunda década del siglo pasado.

2. LAS PROPUESTAS DE REFORMA DEL CÓDIGO DE 1984

Mientras se preparaba la reforma del Código de 1936, no hubo consenso para aprobar un proyecto único referido al Libro de “derechos reales”. En tal sentido, se tuvieron a la mano tres Anteproyectos, uno trabajado por el profesor JORGE AVENDAÑO VALDÉZ, otro preparado por la

⁵ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Introducción al derecho civil peruano*, WG Editor, Lima 1992, pág. 113-114.

profesora LUCRECIA MAISCH VON HUMBOLDT, y uno tercero obra de JORGE VEGA VELASCO y CARLOS CÁRDENAS QUIRÓS⁶. Finalmente, la Comisión Revisora optó por tomar como base el Anteproyecto de AVENDAÑO VALDÉZ, aunque a éste también se le hicieron importantes modificaciones de última hora. En consecuencia, el Libro V del Código Civil de 1984 nació sin el consenso de los especialistas de ese momento, por lo que fue criticado desde un comienzo, incluso por el mismo autor del Anteproyecto utilizado como base, ya que éste fue alterado en algunas cuestiones esenciales.

Por tal motivo, no llama la atención que apenas a diez años de vigencia del Código Civil (1994), **el Centro de Investigaciones de la Universidad de Lima preparase un Anteproyecto de Enmiendas**, el cual obviamente carece de cualquier carácter oficial pues se trata de un trabajo producido por una institución privada. En el ámbito de los “derechos reales” las principales propuestas fueron las siguientes⁷:

- Sustituye la “summa divisio” de los bienes en muebles e inmuebles, por la nueva clasificación de bienes en registrables y no-registrables. De esta manera se busca modificar el sistema de transferencia de la propiedad y de garantías reales.
- Modifica la definición de la posesión.
- Incluye en el texto codificado la regulación de la propiedad horizontal.
- Amplía la regulación del usufructo, la superficie y las servidumbres, específicamente precisando los derechos y obligaciones del titular de cada uno de estos derechos reales, y estableciendo las causales de extinción de los mismos, entre otras mejoras de orden técnico.

Posteriormente, la **Ley 26394 del 22 de noviembre de 1994 constituyó una “Comisión encargada de elaborar el anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil”**, la cual ha sido sucesivamente reconfirmada en cuanto a sus miembros integrantes. Dentro de ese periplo, en el año 1998 se publicó una primera propuesta de reformas, la cual en el ámbito de los derechos reales incluyó lo siguiente⁸:

⁶ Vid.: COMISIÓN REFORMADORA DEL CÓDIGO CIVIL DE 1936. *Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil*. Tomo I. Op. cit.

⁷ GUEVARA PEZO. Op. Cit., pág. 394 ss.

⁸ AVENDAÑO VALDÉZ, Jorge. “Las modificaciones del Libro de Derechos Reales”. EN: INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICO-NOTARIAL. *Reforma del Código Civil Peruano. Doctrina y Propuestas*, pág. 199 ss.

- Introduce la clasificación de bienes en registrables y no-registrables, con lo cual se modifica el régimen de transferencia de los bienes, la constitución de los derechos reales de garantía y la prueba de la propiedad.
- Elimina la figura del poseedor precario (art. 911 C.C.), pues éste sería una inútil repetición del poseedor ilegítimo (¡totalmente de acuerdo con la propuesta, aunque el fundamento es erróneo!).
- Introduce la presunción posesoria a favor del propietario inscrito.
- Restringe la usucapión a los bienes corporales.
- Elimina la figura del abandono de la propiedad.
- Flexibiliza la toma de acuerdos entre los copropietarios.

En tiempo más reciente, la citada Ley 26394 fue modificada por la Ley 26673, en la cual se estableció la nueva conformación de la Comisión Reformadora, la cual tendría cinco representantes del Poder Legislativo designados por la Comisión de Constitución, y ocho representantes del Poder Ejecutivo designados por el Ministerio de Justicia⁹. La así reconstituida Comisión presentó en el 2005 un anteproyecto de reformas urgentes y necesarias sobre algunos Libros del Código Civil, entre los que se incluyen los derechos reales¹⁰. Las principales reformas son las siguientes:

- Admite los pactos destinados a prohibir la disposición o gravamen de bienes hasta por diez años.
- Introduce la clasificación de bienes registrados y no registrados; la clasificación de muebles e inmuebles se mantiene pero limitada a los bienes corporales.
- Dentro de los bienes inmuebles se considera a los predios, sus partes integrantes y **accesorios**¹¹.

⁹ Por Resolución Ministerial No. 460-2002-JUS publicada el 03 de diciembre del 2002 se reconstituyó la Comisión y se designó como sus miembros a las siguientes personas:

POR EL PODER LEGISLATIVO: Jorge Avendaño Valdéz (Presidente), Pedro Arnillas Gamio, Camilo Carrillo Gómez, Manuel Reátegui Tomatis y Marcial Rubio Correa.

POR EL PODER EJECUTIVO: Javier De Beláunde López de Romaña, Carlos Cárdenas Quirós, Juan Espinoza Espinoza, Augusto Ferrero Costa, Guillermo Lohmann Luca de Tena, Delia Revoredo Marsano, Enrique Varsi Rospigliosi y Fernando Vidal Ramírez.

¹⁰ La exposición de motivos y el anteproyecto puede consultarse en: www.minjus.gob.pe (03 de junio del 2005). Aquí se indica que del Libro V compuesto de 250 artículos, se propone modificar o sustituir 27 y derogar 17; además se introducen 8 artículos. Asimismo, se indica que en el anteproyecto NO SE INTRODUCE MODIFICACIÓN ALGUNA en la posesión, usufructo, superficie, servidumbres, uso, habitación, anticresis y retención. Por tanto, las modificaciones proyectadas se centran en la propiedad, prenda e hipoteca.

¹¹ Éste es un gravísimo error, pues regresamos al anticuado sistema francés de considerar “inmuebles por destino” a los bienes accesorios, con lo cual un vehículo, una máquina industrial o una estatua PUEDEN SER CONSIDERADOS INMUEBLES. Demás está decir que estamos en presencia de una ficción totalmente innecesaria y que ha sido muy criticada por la doctrina francesa y de los países que la siguen. Por ejemplo: “el concepto de partes integrantes y de cosas accesorias o pertenencias es más técnico que el de inmuebles por adherencia o inmuebles por destinación. En primer término, es más

- Modifica el sistema de transferencia de los derechos (el registro para los bienes registrados y la tradición para los no-registrados¹²) y el de garantías reales (la hipoteca en los bienes registrados y la prenda en los no-registrados).
- Deroga las normas de hallazgo y tesoro¹³.
- Elimina la prescripción adquisitiva contra los bienes registrados¹⁴.
- Permite la prescripción adquisitiva entre copropietarios¹⁵.
- Admite el pacto comisorio en todas las garantías reales, y regula la ejecución extrajudicial de la hipoteca y prenda¹⁶.
- Elimina la prenda sin desplazamiento, ya que esta garantía sólo quedará constituida con la tradición¹⁷.
- Admite que la prenda global y flotante se pueda constituir a favor de cualquier particular, y no sólo de los Bancos.

amplio el concepto de parte integrante que el de inmueble por adherencia, pues este se refiere exclusivamente a las partes integrantes de los inmuebles, cuando también los muebles pueden ser cosas compuestas y tener partes integrantes, como sucede con la batería de un automóvil. En el mismo sentido, es más pleno el concepto de pertenencia que el de inmueble por destinación, pues una cosa mueble puede ser accesoria no solo de fincas, sino de otros muebles. En segundo término, el nuevo concepto se ajusta más exactamente a la realidad jurídica; no se requiere una ficción, pues las pertenencias son siempre muebles y no inmuebles por ficción”: VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Álvaro. *Derecho Civil. T. II: Derechos Reales*, 11ª edición, Ed. Temis, Bogotá 2007, pág. 26.

¹² Aquí la exposición de motivos incurre en una evidente falsedad, cuando dice que: “*en ambos casos (registrados y no registrados) se adopta el título y modo como en los Códigos más modernos*”. En efecto, los Códigos francés (1804) e italiano (1942) mantienen el consensualismo, y lo mismo ocurre en los sistemas del *Common Law*; por otro lado, el Código Alemán tampoco acoge el título y modo, pues dependiendo del caso acoge la inscripción o la tradición abstracta. Por tal razón, los Códigos que han acogido la doctrina del título y modo no son los más prestigiosos, ni los más modernos: Austria (1811), Chile (1855), Argentina (1867), España (1889).

¹³ ¿Por qué? Las normas de hallazgo cumple la función fundamental de impedir que los bienes extraviados sean apropiados por el descubridor; la pregunta que surge es si ello estará ahora permitido, con lo cual la ley civil estaría en contradicción con la penal. Si bien es cierto que el deber legar de entregar las cosas halladas a la Municipalidad es de casi nulo cumplimiento, sin embargo, la ley no puede abandonar su obligación moral de exigir las conductas óptimas. No basta con decir “no se cumple, entonces derogo la ley”. Si ello fuera así entonces primaría el escepticismo ético, el abandono al facilismo, la condena al esfuerzo y el premio al fraude. **En conclusión: la norma debe mantenerse.**

Por otro lado, las normas del patrimonio cultural no pueden reemplazar a las del tesoro, pues entre ellas no hay total identidad de hipótesis; por lo demás, las normas del Código resultan siempre supletorias ante el vacío normativo de la legislación especial.

¹⁴ Ésta es una solución dogmática TOTALMENTE ABSURDA, pues no existe en ningún país del mundo. La exposición de motivos se pretende fundar en el caso alemán, pero en realidad el BGB sí contiene una disposición de usucapición *contra tabulas*, aun cuando recibe otra denominación.

¹⁵ Es una propuesta infeliz, pues da oportunidad a que un copropietario pueda birlar a los otros cuando actúe como “administrador de hecho”. En todo caso la reforma sería irrelevante ya que el ámbito de aplicación de la prescripción adquisitiva queda bastante reducida al pretenderse excluir los bienes registrados.

¹⁶ No se puede legislar en contra del sentir de la ciudadanía, y ésta ha demostrado hasta la saciedad estar en contra de los abusos de los Bancos, que son los principales ejecutores hipotecarios y prendarios. Por tal motivo no es razonable pensar que esta reforma sea viable. ¿Qué dirán los medios de comunicación cuando los deudores empiecen a perder en forma inmediata y sin juicio sus inmuebles? ¿Podrá gozar de legitimidad social una reforma pensada en los privilegiados de siempre?

¹⁷ Aquí el problema se ha desplazado a la Ley 26877, de Garantía Mobiliaria que ha derogado todo el Título referido a la Prenda.

- Modifica el art. 1106 CC, pues señala que es válida la hipoteca de bienes futuros bajo la condición de que el bien llegue a existir¹⁸.
- Establece que la deuda hipotecaria pueda exceder el monto del gravamen (art. 1107 CC)¹⁹.
- Deroga las hipotecas legales²⁰.

Téngase en cuenta que, salvo la clasificación entre bienes registrables y no-registrables y la consiguiente modificación del sistema de transferencia de derechos y de garantías, las propuestas de los tres Anteproyectos son bastante disímiles. Ello es una buena muestra del debate doctrinal que gira en torno a estos temas, y pone realmente en duda la necesidad de una reforma sobre la que ni siquiera existe consenso en su “objeto” (¿qué se reforma?). Por ejemplo: si la reforma pretende introducir cuestiones tan discutibles (y en nuestra opinión, erróneas) como el principio del “numerus apertus”, la permisión de los pactos prohibitivos de disposición y gravamen de bienes, o la transferencia de propiedad por medio del registro, entonces es mejor dejar las cosas tal como están. Por tanto, debe mirarse con precaución las pretensiones reformistas, muchas veces basadas en la simple mejora estética o en cuestiones sistemáticas de la ley; o peor aún, si lo que estuviese detrás fuese introducir “ideas de moda” o el simple afán de figuración.

Mientras no se pruebe fehacientemente que la nueva regulación es superior en contenido o en los principios que la inspiran (no en la estética), será mejor no intentar reforma alguna, por más que el texto legal de los derechos reales se inspire en el viejo Código de 1936. Lo antiguo no debe ser descartado de plano. Por nuestra parte, debemos dejar expresa constancia que siempre estaremos de acuerdo en reformar la ley cuando ello sea necesario y conveniente, pero nunca justificaremos la modificación legislativa por el solo prurito de que “lo nuevo es mejor” o por “introducir cuestiones de moda”, y peor todavía para estar de acuerdo con el inmoral análisis económico del derecho.

En consecuencia, deberán ser bienvenidos los trabajos de reforma del Código Civil, pero las modificaciones efectivas no deben hacerse por

¹⁸ El origen de esta modificación –que es técnicamente correcta- se encuentra en algunos fallos judiciales –en nuestra opinión, realmente desastrosos- que consideraron que la hipoteca sobre un terreno no abarca a la edificación que posteriormente se levante porque “ésta (la edificación) es un bien futuro”. El aserto es totalmente erróneo pues el suelo y todo lo que se extienda para arriba o para abajo ES UN MISMO BIEN (léase el art. 954 C.C.). Por tanto, no existen dos bienes, uno presente (el suelo) y otro futuro (el edificio).

¹⁹ Ante ello cabe preguntarse: ¿qué función cumple entonces el monto máximo de gravamen?

²⁰ No se entiende la razón, pues las hipotecas legales son todavía utilizadas y tenidas en cuenta como un razonable instrumento de tutela del crédito; por lo demás, ¿qué daño hace su mantenimiento?

inercia, sino cuando existan necesidades perentorias de orden técnico, social, principista o económica²¹. En caso contrario, parece preferible que una doctrina atenta y una jurisprudencia flexible logren salvar las lagunas e imperfecciones que siempre tendrá toda obra legislativa.

3. PROHIBICIONES DE ENAJENAR Y DISFRUTAR

Si bien las prohibiciones voluntarias de enajenar y disponer quedan excluidas del ordenamiento jurídico (por ser inválidas a tenor del art. 882 CC), todavía debemos analizar un amplio espectro de pactos o estipulaciones que pueden restringir algunas de las facultades inherentes al dominio. En este ámbito, se pueden incluir las diversas formas de utilización parcial de bienes ajenos, como por ejemplo la utilización parcial del terreno para el servicio de una mina; o formas especiales de derechos de adquisición, como el compromiso futuro de adjudicar un inmueble en pago a requerimiento del acreedor²², etc. En general, se trata de hipótesis numerosas que tienen su origen en la imaginación y satisfacción de ciertos intereses (no siempre lícitos) de los particulares.

El artículo 926 del Código Civil establece que *“las restricciones a la propiedad establecidas por pacto para que surtan efecto respecto a terceros, deben inscribirse en el registro respectivo”*. Esta norma no tiene antecedentes en nuestro derecho histórico (civil o registral) y representa una auténtica incógnita su ámbito de aplicación. ARIAS SCHEREIBER la explica en los siguientes términos:

“Se trata aquí de un dispositivo destinado a proteger el derecho de terceros respecto a las restricciones a la propiedad que emanan de la voluntad de las partes y que no están impuestas por la ley por causa de necesidad y utilidad pública o de interés social. En efecto, nada impide (sic) que se establezcan restricciones al ejercicio de los derechos reales en la medida que no infrinjan la norma vigente del artículo 925. Siendo esto así y en

²¹ Aquí deben ser bienvenidas las palabras de ROBERTO DE RUGGIERO: “inspirada en el constante propósito de no introducir novedades si no cuando la necesidad de mutar e innovar fuera revelada por una verdadera incomodidad de la jurisprudencia frente a alguna norma avejentada o evidenciada como incompleta e insuficiente. Pero reforma, al mismo tiempo, sustancial y decidida, cuando se trata de resolver problemas largamente debatidos en la ciencia o en la práctica, de eliminar controversias que siempre resurgen en la vida de los negocios, de abandonar algunas concepciones anticuadas y superadas”: Cit. LEÓN, Leysser. *El sentido de la codificación civil*, pág. 278.

²² DÍEZ PICAZO, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Editorial Civitas, Madrid 1995, Tomo III, pág. 321.

protección del derecho de los terceros, el artículo 926 exige que se realice su inscripción en el Registro respectivo, pudiendo ser el que corresponde a la propiedad inmueble y mueble”²³.

Esta opinión es paradójica, pues se dice que nada impide el establecimiento de restricciones al ejercicio de los derechos reales, cuando en realidad el mismo Código acoge el “*numerus clausus*” en esta materia, lo cual es concordante con el art. 882 que sanciona con nulidad los pactos prohibitivos de enajenación o gravamen de bienes²⁴.

¿Cuál es, entonces, el ámbito de aplicación del artículo 926? Ni la doctrina ni la jurisprudencia nacional se han pronunciado al respecto; sin embargo, en la Exposición de Motivos Oficial del Libro de los Registros Públicos del Código Civil, al comenta el artículo 2019 inciso 5) del Código Civil, señala lo siguiente: “*El inciso 5 alude a la posibilidad de que el titular de un derecho inscrito tenga determinadas restricciones establecidas contractualmente (pacto de no arrendamiento) o por iniciativa del titular del derecho con arreglo a Ley, como el caso del patrimonio familiar*”²⁵. Es decir, según la voluntad del legislador es posible establecer unilateral o contractualmente cualquier restricción al derecho de propiedad, indicando como ejemplo el pacto de no-arrendar.

Por el contrario, en España la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado ha denegado en múltiples oportunidades la inscripción de todo pacto que establezca limitaciones, como los de no arrendar, o que disminuyan o restrinjan directa o indirectamente las facultades del dueño de la finca hipotecada, en cuanto atacan más de lo necesario el goce y libre disponibilidad de los inmuebles, además de obstaculizar el destino y función social connaturales a las propias fincas (Resolución DGRN del 27 de enero de 1986):

“Considerando que el primero de los defectos de la nota hace referencia a si es inscribible en los libros registrales el pacto por el que la Entidad hipotecaria o quien le suceda en la titularidad

²³ ARIAS SCHREIBER, Max. *Exégesis del Código Civil Peruano*, Tomo V: *Los Derechos Reales*, WG Editor, Lima 1993, pág. 204.

²⁴ Otros autores nacionales comentaristas del artículo 926 del Código Civil tampoco han llamado la atención sobre este punto, mostrándose más bien favorables al contenido del precepto: “*Si se pretende limitar la propiedad por un acuerdo interpartes, los efectos dinámicos de éste no afectan la oponibilidad que el esquema normativo concede a esta relación jurídica. Para que ello surta algún efecto se requiere que la modificación sea reconocible por un signo externo ya mencionado: el registro*”: BULLARD, Alfredo. *La relación jurídico-patrimonial*, Lluvia Editores, Lima 1990, pág. 282-283.

²⁵ COMISIÓN REVISORA DEL CÓDIGO CIVIL. *Exposición de Motivos Oficial del Código Civil de 1984 - Libro de registros públicos*, pág. 19.

de la finca hipotecaria, está obligado a no arrendarla sin autorización escrita del Banco prestamista.

Considerando que ha sido reiterada la doctrina de este Centro en el sentido de que no cabe la inscripción de todo pacto que establezca limitaciones u obligaciones, que como la de no arrendar unida a la sanción del posible vencimiento anticipado en caso de incumplimiento, disminuyan o restrinjan directa o indirectamente las facultades del dueño de la finca hipotecada, ya que además de atacar más allá de lo necesario su goce y libre disponibilidad, obstaculizan, por otro lado, el destino y función social connaturales a las propias fincas (...)"²⁶.

Debe compartirse el fundamento expuestos por la citada decisión, ya que los pactos restrictivos del dominio (voluntarios) carecen de eficacia real al encontrarse en contradicción con la noción liberal de propiedad establecida en el Código de 1984, lo cual busca potenciar la libre circulación de los bienes y de la riqueza. En tal sentido, el art. 926 CC debe interpretarse en su verdadero contexto, esto es, se trata de una NORMA ABIERTA, SIN CONTENIDO SUSTANTIVO, pues se limita a indicar que las restricciones voluntarias a la propiedad son inscribibles y, por ende, se les aplica el principio de inoponibilidad. Sin embargo, esa norma NO ESTABLECE (y de allí su carácter de “abierta”) cuáles son esas “restricciones de la propiedad” que puedan acceder al registro. En nuestra opinión, esta norma debe interpretarse de acuerdo al principio técnico del “numerus clausus” y, en consecuencia, su carácter abierto debe complementarse con las únicas restricciones a la propiedad que son admitidas en nuestro ordenamiento, cuáles son, los derechos reales tipificados, así como a los pactos con eficacia real establecidos expresamente por la ley. En tal sentido, el art. 926 C.C. hace simplemente un llamado (o remisión) a otras disposiciones –del propio Código o de leyes especiales- que establezcan derechos reales o pactos con eficacia real. Por tanto, el art. 926 no es una norma “autoritativa” para que cualquier pacto tenga eficacia real -pues ello entraría en contradicción con los arts. 881 y 882 del mismo Código-. Con esta sencilla interpretación quedan salvados los principios cardinales de nuestro sistema.

En suma, nuestro sistema jurídico no admite prohibiciones de enajenar y gravar, o sustituciones fideicomisarias, y menos todavía reconoce la creación voluntaria de derechos reales atípicos o innominados. Por tanto, dentro de un principio de tipicidad, es evidente que el art. 926 solo

²⁶ Cit. GARCÍA GIL, Miguel y GARCÍA GIL, Francisco Javier. *Jurisprudencia Registral, Civil, Mercantil e Hipotecaria*, Librería Bosch, Barcelona 1989, pág. 949.

incluye a los derechos reales limitados y de garantía contemplados taxativamente por la ley (usufructo, uso, habitación, superficie, servidumbres, hipoteca, anticresis), así como a los pactos con eficacia real expresamente reconocidos por nuestro ordenamiento (retroventa, reserva de dominio, reversión, indivisión). El art. 926 no constituye una puerta abierta para estipular restricciones de la propiedad, ya que éstas vienen negadas por otras normas, sino que se constituye en la norma reguladora de los efectos de la inscripción en el ámbito de dichos pactos.

Ahora bien, el art. 926 mantiene la redacción anacrónica por la cual los actos o pactos “se oponen a tercero cuando están inscritos”, pero ello no permite asumir que la referencia sea a cualquier tercero, incluso genérico, pues ello implicaría adoptar la inconveniente solución del registro constitutivo. Por el contrario, es claro que esta norma, y todas aquellas que comparten análoga redacción, se refieren solo al tercero con interés, es decir, a quien tiene un derecho concreto sobre el bien, y específicamente cuando está inscrito, ya que esa es la única hipótesis por la cual dos actos incompatibles dejan de regularse por la antigüedad del título. Así el sistema adquiere coherencia con el registro declarativo. Por tanto, la desafortunada redacción del art. 926, compartida por muchas normas similares, debe entenderse así: “las restricciones a la propiedad establecidas por pacto no surten efecto cuando se oponen a un tercero inscrito de buena fe”.

En suma, el art. 926 debe abrogarse con el fin que su contenido se traslade como segundo párrafo del art. 2022, su sede natural, pues se trata de uno de los efectos típicos del registro declarativo.

Por otro lado, es necesario que el legislador ponga límites a los abusos de los pactos contractuales de “restricción”, por medio del cual las entidades financieras pretenden impedir u obstaculizar, salvo autorización previa, que el propietario pueda ejercer las facultades naturales del dominio, sin que exista ningún interés relevante que merezca ser protegido, salvo la prepotencia de la parte más fuerte.

En consecuencia, los artículos 882 y 926 del Código Civil deben ser objeto de la siguiente reforma:

ART. 882: Son nulos los pactos contractuales que impliquen prohibición o restricción sustancial del uso, disfrute o disposición que integra el contenido de cualquier derecho real, salvo disposición legal diferente.

ART. 926: DEROGADO (pasa a convertirse, con nueva redacción, en segundo párrafo del art. 2022).

4. LAS NAVES Y AERONAVES, ENTRE OTROS, DEBEN CONSIDERARSE BIENES INMUEBLES

La existencia de bienes naturalmente muebles (ejemplo: naves o aeronaves), pero con características ECONÓMICAS similares a los inmuebles, hizo que aquéllos necesitasen un régimen jurídico también igual al contemplado a los predios. En ese sentido, las naves –por ejemplo- se sujetaron a un sistema de publicidad registral, pues la tutela de los derechos, y de la apariencia, se logra mejor con la inscripción en el registro, antes que con la posesión²⁷. ¿Cuáles son las características económicas similares que unifican las naves y aeronaves con los predios? Básicamente son tres: la identificabilidad del bien (es decir, su fácil diferenciación entre bienes del mismo género), la muy difícil posibilidad de ocultación del bien y la relevancia económica de éste.

Así pues, en el fondo de la distinción clásica entre muebles e inmuebles se funda en **razones económicas**, pues existen bienes que constituyen la base más sólida de la fortuna personal y que tienen el mayor aprecio entre la comunidad. También se encuentra presente la idea de que unos bienes constituyen capitales o medios de producción, mientras los otros son de consumo o simple uso, todo lo cual aconseja una divergencia de trato jurídico²⁸. Esta racionalidad económica subyacente es la que permite mantener la distinción en todos los ordenamientos nacionales²⁹.

²⁷ En los arts. 16 y siguientes de nuestro Código de Comercio de 1902 se regula el Registro de Buques.

²⁸ DIEZ PICAZO. Op. Cit., Tomo III, pág. 179. A pesar de esta opinión generalizada, no deja de asombrar el hecho que algún autor considere que la clasificación de bienes muebles e inmuebles está basada exclusivamente en cuestiones físicas; es el caso de: CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. “Bienes muebles e inmuebles vs. Bienes registrables y no registrables”. EN: *Revista del Magíster en Derecho Civil*, Volumen I – Número I, PUCP, Lima 1997, pág. 124-125.

²⁹ La doctrina está conforme en que los inmuebles han perdido centralidad en la creación de riqueza, la cual se sustenta ahora en la organización empresarial. Sin embargo, la empresa no es, propiamente, un “bien” dentro de la sistemática de los derechos reales; y por ello, mal podría tomarse en cuenta a la organización empresarial como ordenadora de la clasificación de los bienes. Por lo tanto, en términos económicos la distinción de los bienes se limita a los bienes productivos (o que constituyen medios de producción) y los bienes de consumo (GAZZONI, Francesco. *Manuale di diritto privato*, ESI, Nápoles 1988, pág. 188); pero ella –tal como está configurada por la ciencia económica- no tiene sustentividad jurídica, o por lo menos no conocemos de autores que hayan pretendido transplantar la terminología económica a la jurídica. Por esto, la clasificación de muebles-inmuebles se mantiene, a pesar de los errores que pueda contener, pues en ella subyace la categorización económica antes citada.

No obstante ello, esta clasificación también se sustenta, aunque en forma subsidiaria, en una cuestión **física**, por cuanto la característica de inmovilidad del suelo conlleva que éste sea fácilmente individualizable y no-ocultable, por lo cual la acción reivindicatoria en este tipo de bienes será especialmente efectiva, a diferencia de la inherente dificultad del propietario para recuperar bienes muebles que no se encuentren en su poder, precisamente, porque no son fácilmente identificables y, además, pueden ocultarse sin problemas. Pues bien, esas mismas características – individualidad y no-ocultabilidad- las comparten los predios y los buques, por lo que resulta natural que ambos se encuentren dentro de la misma categoría.

Por otro lado, no debe perderse de vista –especialmente por los economicistas, tan impresionados por el Derecho de los Estados Unidos- que en el *Common Law* se mantiene inalterable la clasificación de bienes muebles e inmuebles, a través de la terminología de la *Personal Property* y *Real Property*, respectivamente. También en esta tradición jurídica se considera que la tierra es un elemento del que dependen las necesidades más primarias (alimentación y hogar) y por su carácter fijo, da lugar a un tratamiento jurídico diferenciado. La diversidad de terminología se origina en la noción de “acción real”, la cual permite recobrar la cosa específicamente reclamada, lo que ocurre generalmente en los derechos sobre inmuebles o fincas. En cambio, distinto es el caso de los bienes que sólo pueden reclamarse en virtud de una acción personal, y que de allí reciben su nombre³⁰. Sobre el particular puede agregarse que la acción más enérgica (real) está puesta al servicio de un interés superior, en este caso se trata de una propiedad que en su origen, por lo menos, está puesta al servicio de un grupo social; de esta manera se advierte que la propiedad territorial está al servicio de la familia como grupo social³¹. En el ámbito del derecho sucesorio, los herederos legales solo existen en la *real property*, lo cual implica que la propiedad sobre fincas pasa directamente al heredero, o al legatario en caso de existir testamento. Por el contrario, en la *personal property* los bienes pasan a favor de un ejecutor testamentario cuya misión es pagar las deudas del causante y distribuir el remanente, si lo hubiese. De esta manera la *real property* queda al margen del pago de las deudas, pues aquí hay un elemento familiar que se trata de proteger³². En resumen, sea por uno u otro

³⁰ PUIG BRUTAU, José. *Estudios de derecho comparado*, Editorial Bosch, pág. 44-45.

³¹ *Ibid.*, pág. 45-46.

³² *Ibid.*, pág. 51-53.

motivo, la tradicional distinción entre bienes muebles e inmuebles se mantiene firme en el Derecho comparado³³.

No es casualidad que en el Derecho comparado se considere casi en forma unánime que los buques son objeto de hipoteca naval, y no de prenda, lo que indudablemente tiene en cuenta las analogías de orden económico que tiene este tipo de bien con el predio. En tal sentido, el profesor argentino Rodolfo González Lebrero dice que el buque “*indudablemente, desde el punto de vista físico es un mueble, y lo es también desde el punto de vista jurídico si nos atenemos a la clasificación bipartita de nuestra ley civil, pero no ofrece dudas que por su gran valor económico y la importancia y trascendencia económica del acto nautico, se impone dotarlo de un tratamiento jurídico adecuado que tutele la seguridad de los contratos a través de derogaciones al régimen de los bienes muebles*”³⁴.

Nótese la actual inconsecuencia de someter el buque al régimen de los muebles, pues en tal sentido aquél se somete a los curiosos modos adquisitivos de la apropiación (art. 929 CC) o de hallazgo (art. 931 CC), la transferencia de propiedad por virtud de la tradición (art. 947 CC) y en caso de conflicto de acreedores prima la entrega y no el registro (art. 1136 CC); asimismo es posible la adquisición a non domino en caso de comprador de buena fe que recibe el bien (art. 948 CC) o en compra en local abierto al público (art. 1542 CC). En realidad, ninguna de esas normas calza con la realidad económica del buque.

En consecuencia, debe restituirse la versión original del artículo 885 CC, y con ello eliminar una de las más torpes reformas iniciadas por la Ley 28677, de Garantía Mobiliaria, cuál es, haber creído ingenuamente que la *summa divisio* de los bienes se basa principalmente en que “los objetos se muevan”, cuando en realidad sobre ella subyace cuestiones económicas.

5. PARTES INTEGRANTES ESENCIALES Y NO ESENCIALES

Los bienes son objetos dinámicos que van sufriendo modificaciones en sus condiciones físicas. Las necesidades del tráfico hacen que los bienes sufran constantemente transformaciones de variada índole. En tal

³³ Sobre el *Common Law* puede verse el breve pero magnífico libro de: POUND, Roscoe. *El espíritu del Common Law*, traducción del inglés de José Puig Brutau, Bosch Casa Editorial, Barcelona 1954.

³⁴ Cit DOMÍNGUEZ CABRERA, María del Pino. *El Registro de Buques, Embarcaciones y Artefactos Navales*, Editorial Dilex, Madrid 2005, pág. 88.

sentido, un bien puede fraccionarse dando lugar a varios bienes diferentes. Según los casos, la desmembración puede producirse destruyendo la unidad económica que liga varios elementos vinculados entre sí; o si se trata de un cuerpo unitario, rompiendo su unidad física con el fin de crear varios cuerpos autónomos. En el primer caso, puede suceder que se destruya el vínculo económico existente entre todos los elementos, con lo que se tendrá tantos bienes como elementos subsistan; por ejemplo: si del automóvil sólo quedan las ruedas, la bocina y la bomba, cada uno de éstos será un bien distinto, pero ya no existirá un automóvil. Por otro lado, puede suceder que a pesar de la separación de un elemento subsista entre los otros un vínculo económico suficiente para darle unidad; tal sucede al desmontar el motor de un vehículo, en cuyo caso el chasis mantiene la categoría de un bien funcionalmente unitario, que con la instalación del nuevo motor podrá ser nuevamente útil según su destino natural, aunque deberá convenirse que el bien separado es uno de naturaleza distinta al matriz. En el segundo caso, se produce el fraccionamiento de un cuerpo físico unitario, como sucede en las hipótesis de corte de una pieza de tela, o en el fraccionamiento de un mismo predio que da lugar al nacimiento de varios predios autónomos. Si bien antes de la división no podían producirse vínculos jurídicos sino sobre el todo (salvo el caso del condominio por cuotas, pero no por individualidades físicas); después del fraccionamiento, y habiendo surgido varios bienes autónomos entre sí, se tendrá tantas vinculaciones como bienes existan, y cada uno de ellos podrá tener una suerte distinta³⁵; por ejemplo: cada uno de los predios desmembrados podrá tener un propietario distinto o ser hipotecado con independencia de los otros.

Además del desmembramiento de los bienes, puede producirse el fenómeno inverso de la unificación. Normalmente esta figura requiere el montaje físico de distintas piezas o elementos, de tal suerte que cada uno de éstos perderá su individualidad al ser absorbido por el todo. La unificación no sólo se produce entre bienes muebles entre sí, también es posible que un bien mueble se incorpore a un inmueble, como sucede en los casos de construcciones levantadas sobre el suelo. Finalmente, la unificación también puede verificarse con respecto a bienes inmuebles, por lo que éstos pasarán a formar un todo, sobre el cual ya no podrán constituirse derechos reales separados sobre distintas fracciones del bien inmueble resultante, sino que estos derechos deberán versar sobre el todo³⁶.

³⁵ Ibid., pág. 22-23.

³⁶ MESSINEO, Francesco. *Manual de derecho civil y comercial*, traducción del italiano de Santiago Sentís Melendo, EJE, Buenos Aires 1979, Tomo II, pág. 25-27.

Se entiende que un bien es un recurso valioso, y que su división arbitraria implicaría destruir su valor, ocasionando perjuicio a las partes interesadas (por ejemplo: si la solución técnica fuese la demolición de un edificio levantado en terreno ajeno, entonces se perdería la inversión realizada en la construcción y, además, se perdería el valor invertido por la demolición) y, con ello, la sociedad se vería perjudicada pues riqueza general disminuiría con la pérdida del bien. Definitivamente, el sistema legal busca evitar soluciones económicas ineficientes. Por ello, el legislador define como “parte integrante” a todo elemento incorporado a un bien, y que no puede ser separado sin destruir, deteriorar o alterar el bien (art. 887, 1 C.C.). En resumen, la parte integrante no puede ser separada o retirada sin producir disminución de la riqueza general.

El concepto de parte integrante requiere una conexión corporal, pero además un carácter de unidad económica dada por los usos del tráfico, de tal suerte que de una apreciación jurídica se concluye en que determinado conjunto de piezas conforman un bien unitario, mientras cada pieza abstractamente considerada carece de individualidad. Como dice KARL LARENZ, “*el que se trate de cosas independientes o de partes integrantes no independientes de la cosa no es una mera cuestión de apariencia, sino una cuestión de apreciación jurídica*”³⁷.

La importancia de determinar si un objeto es “parte integrante” de un bien determinado se encuentra en la consecuencia que ello produce: la parte integrante sigue la condición del bien al que se incorpora (art. 889 C.C.). Esta norma agrega que esta consecuencia jurídica puede ser dejada sin efecto cuando la ley o el contrato permitan su diferenciación o separación. En el caso de las partes integrantes, el contrato es incapaz de producir este efecto excepcional, por cuanto el art. 887, 2 C.C. establece que las partes no son susceptibles de derechos singulares, esto es, sobre ellas no es posible su separación³⁸. Esta norma es imperativa y, por ende, sólo una ley podría admitir que el bien y la parte sean objeto de derechos separados, es decir, que mantengan una relativa individualidad en el tráfico jurídico³⁹. Alguien podría preguntar: ¿por qué el art. 889 C.C.

³⁷ Cit. RAMÍREZ CRUZ, Eugenio. *Tratado de Derechos Reales*, Editorial Rhodas, Lima 1996, Tomo I, pág. 228.

³⁸ Obviamente, si el bien se destruye y la parte integrante recobra su individualidad, ésta podrá ser objeto de tráfico separado. Pero repárese que en esa hipótesis, la parte integrante dejó de serlo; por tanto, mientras siga teniendo la condición de una “parte” incorporada a un “todo”, no podrá ser objeto de derechos separados.

³⁹ Un típico caso de “parte integrante” que mantiene su individualidad son los motores de avión, los mismos que, aun siendo incorporados a la aeronave, pueden ser objeto de prenda a un acreedor distinto a pesar que la aeronave en su conjunto esté hipotecada a otro acreedor. En consecuencia, puede suceder que el propietario del motor sea distinto al propietario de la aeronave. Esta excepción

habla de una excepción contractual si la norma del 887, 2 C.C. es imperativa? La solución es muy simple: el art. 889 C.C. contiene dos hipótesis: las “partes integrantes” y los “accesorios”. La excepción contractual, y también la legal, se aplica a los accesorios, figura jurídica de la que trataremos en el próximo apartado. En cambio, a las partes integrantes sólo se les aplica la excepción legal.

Como un apretado resumen de las consecuencias jurídicas producidas por el régimen legal de las partes integrantes, podemos señalar las siguientes:

- a) La parte integrante no es susceptible de derechos separados con respecto al bien al que se incorpora.
- b) La parte integrante sigue la suerte del bien, salvo excepción legal. Este mandato es una consecuencia del efecto jurídico anterior.

No interesa si la incorporación de la parte integrante se produjo voluntaria o involuntariamente, con el consentimiento o no del propietario de la parte o del todo; en cualquier caso el principio imperativo del art. 887, 2 C.C. hace imposible la existencia de derechos separados. El propietario del bien principal se hace propietario también de la parte⁴⁰. A su vez se extingue la propiedad y cualquier otro derecho real existente sobre la parte integrante. El desplazamiento de la propiedad tiene lugar en el momento de la unión, siendo indiferente quién la lleva a efecto, si el propietario del bien principal o el propietario de la parte, o simplemente un tercero⁴¹. El Código Civil de 1984 no

está regulada en el art. 49.2 de la Ley 27261, de Aeronáutica Civil, del 10 de mayo del 2000: “*En los casos de prenda de motores, el deudor deberá informar al acreedor en qué aeronave serán instalados y el uso que se haga de los mismos. La prenda de motores mantiene sus efectos aun cuando éstos se instalen en una aeronave hipotecada a un acreedor distinto*”.

⁴⁰ Según DIEZ PICAZO (Op. Cit., Tomo III, pág. 192) los derechos reales ostentados por un tercero sobre la parte integrante desaparecen. Se aplican los preceptos relativos a la ACCESIÓN, lo cual implica que el ex – propietario se convierte en el titular de un derecho de crédito dirigido a obtener el equivalente pecuniario de la parte incorporada. En el caso específico de las construcciones realizadas sobre suelo ajeno, el Código contiene reglas específicas atendiendo a la relevancia económica del tema (arts. 941 a 945). Esta cuestión será tocada con más detalle en el Capítulo referido a los modos de adquisición de la propiedad, y específicamente en la “accesión”.

⁴¹ Incluso el ladrón que utiliza en la construcción de su casa la viga robada se hace propietario de ésta (WOLFF, Martin. *Derecho de Cosas*. EN: ENNECCERUS – KIPP – WOLFF. *Tratado de Derecho Civil*, traducción del alemán de Blas Pérez y José Alguer, Bosch Casa Editorial, Barcelona 1971, Tomo III-1º, pág. 479), quedando a salvo –por supuesto– las acciones civiles de indemnización y las penales por el delito. El desplazamiento de la propiedad sobrevive al hecho que se destruya posteriormente la incorporación. Así pues, si demolida la casa se separa la viga robada del techo, no por eso el anterior dueño recupera la propiedad. Esta solución se impone por una cuestión de simple lógica: si el art. 887, 2 C.C. considera que no existen derechos singulares sobre partes integrantes, ello automáticamente cancela la propiedad del dueño de la parte, y cómo en ningún momento se establece que dicho desplazamiento del dominio esté condicionado al mantenimiento de la unión de los elementos, entonces sólo cabe entender que la nueva propiedad es irreversible. Por lo demás, esta regla se aviene mejor a la tan necesitada seguridad jurídica en el ámbito de las titularidades reales. En

establece expresamente esta doctrina, aunque se deduce de los principios generales.

Sin embargo, en el caso que ninguno de los elementos del bien resultante pueda considerarse una “parte integrante”, entonces deberán aplicarse las reglas de la mezcla, con el consiguiente nacimiento de una copropiedad entre los antiguos dueños de los elementos aportados para la unión, y de acuerdo con el valor de su aporte⁴².

El concepto técnico de “parte integrante” fue introducido por el Código Civil Alemán (BGB), y de allí fue tomado por nuestro Código Civil de 1936, nuevamente reproducido por el actual Código con algunas mejoras técnicas, como es el caso de la precisión dada respecto a que las partes integrantes no son objeto de derechos separados. Sin embargo, en el BGB se hace una distinción entre partes integrantes “esenciales” (par. 93 BGB) y “no esenciales”, la cual no fue tomada en cuenta por nuestro legislador⁴³. Si comparamos la lógica de ambos Cuerpos legales, debemos concluir que las “partes integrantes esenciales” del BGB (par. 93) se identifican con nuestras “partes integrantes” (art. 887, 1 C.C.).

Entonces la pregunta siguiente es: ¿debemos descartar de nuestro concepto de “partes integrantes” a las llamadas partes integrantes no-esenciales del BGB? La parte integrante “no esencial” presupone un bien cuyas distintas piezas tienen existencia autónoma, según los usos del tráfico, y que por tal motivo son reconocibles físicamente como piezas ensambladas, sobrepuestas o concatenadas sobre un bien principal. En tal caso es posible que se constituyan derechos separados sobre las citadas piezas. Por ejemplo: el marco y la pintura, el anillo y el brillante, el puño y la hoja de sable de la esgrima, un vehículo y su motor, etc⁴⁴. Aun

cambio, la regla del Derecho romano era distinta, y sobre el particular puede verse el fragmento de GAYO en D.41.17.10: *“Cuando un propietario hubiera edificado en su solar con materiales ajenos, se entiende que él es el propietario del edificio, ya que todo lo que se construye accede al suelo [en que se construye], pero no por ello el propietario de los materiales deja de serlo, sino que tan sólo se le impide reivindicarlos o reclamarlos por acción exhibitoria, en virtud de las Doce Tablas, en las que se dispone que nadie esté obligado a extraer de su casa una ‘viga’ ajena unida a ella, sino que tan sólo pague el doble del valor [sustraído]; y que con la palabra ‘viga’ se entiende cualquier clase de materiales con los que se construyen los edificios; por lo tanto, si el edificio se derriba por alguna causa, el propietario de los materiales podrá reivindicarlos, o pedirlos por la acción exhibitoria”*: D’ORS, Alvaro y otros. *El Digesto de Justiniano*, Tomo III, pág. 285-286.

⁴² WOLFF. Op. Cit., Tomo III-1º, pág. 480-481.

⁴³ Tampoco se reprodujeron normas casuísticas del BGB destinadas a definir en casos concretos qué es una parte integrante esencial. Por ejemplo: los edificios incorporados fijamente al suelo y los productos agrícolas mientras estén adheridos a los árboles (par. 94, 1), las cosas incorporadas o incrustadas en un edificio (par. 94, 2), los derechos unidos a la propiedad de una finca –como las servidumbres prediales- (par. 96).

⁴⁴ ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. *Tratado de Derecho Civil*, traducción del alemán de Blas Pérez y José Alguer, Bosch Casa Editorial, Tomo I-1, pág. 562.

cuando estos bienes son UNITARIOS (cuadro, joya, juego de esgrima y vehículo), sin embargo, la incorporación de las piezas no parece decisiva, ni su retiro ocasiona daño respecto del principio. Por tal motivo, precisamente, es posible, vía contrato, que se admitan los derechos singulares sobre esas específicas piezas, perfectamente separables y desmontables.

En nuestra opinión, y viendo las cosas en perspectiva, el legislador peruano ha intentado simplificar esta temática, por lo que ha omitido la distinción entre partes integrantes esenciales y no-esenciales, debiendo entenderse que nuestro concepto de “parte integrante” comprende tanto a las esenciales como a las no-esenciales. El hecho relevante es que exista conexión física y unidad económica según los usos del tráfico. Por ello, en el caso del marco y el cuadro, el anillo y el brillante o el puño y la hoja de sable de esgrima, la separación de cualquiera de esas piezas no produce destrucción del bien unitario, pero sí altera su destino económico y su funcionalidad como unidad jurídica⁴⁵.

Por tanto, es obvio que sobre las partes integrantes “esenciales” no cabe el reconocimiento de derechos separados o individuales, pues ello implicaría la posibilidad que el propietario reivindique la parte con la consiguiente destrucción o alteración del bien. Por el contrario, en la parte integrante “no esencial” se mantiene la reconocibilidad física de la porción, por lo que ésta puede separarse o desligarse fácilmente del todo. En ese contexto, sí cabe, de *lege ferenda* (ley reformada), que un pacto mantenga la separación entre el principal y la parte.

Por su parte, cabe agregar que la esencialidad de la parte está referida, no a su importancia económica o funcional respecto del principal, sino, a la posibilidad de separarse sin producir alteración o destrucción. Es decir, el acento está en la parte, antes que en el bien principal. *“Lo decisivo no es la importancia que la separación tenga para el todo, sino la que pueda tener para los elementos, tomados en particular, que constituían la cosa. La rueda no es parte <esencial> del coche porque éste no sirva*

⁴⁵ Sin embargo, debe recordarse lo antes dicho: si no es posible identificar que alguna de las piezas tenga el carácter de principal respecto a la pieza incorporada, entonces NO RIGEN las normas sobre “partes integrantes”, sino las de adquisición de la propiedad por mezcla (art. 937 C.C.). De esta manera podemos evitar los casos clamorosamente injustos sin necesidad de recurrir a la doctrina –no reconocida en nuestro Código- de las “partes integrantes no-esenciales”. Por ejemplo: el anillo siempre recibe a la piedra, por ello es natural a los usos que el primero se considere bien principal. Pero, ¿qué ocurre si el valor de la piedra preciosa es sustantivamente mayor al del anillo? La solución injusta de hacer desaparecer los derechos singulares sobre la piedra en vista a su incorporación al anillo, pueden ser subsanados mediante las reglas de la mezcla (o unión) de bienes, dando lugar a una copropiedad en donde el porcentaje de cada condómino se encuentra en relación al valor del elemento aportado.

ya para su objeto si se le quita aquella; lo que importa considerar es si la separación destruye o altera la naturaleza de la rueda misma o de la caja del carruaje a la que iba unida”⁴⁶. Por ejemplo, un vehículo sin motor no puede funcionar, pero la esencialidad no se mide en relación al bien principal, ya que en tal caso la parte sería esencial. Por el contrario, esta característica se vincula con la parte misma, esto es, cuando ésta por sí carece de individualidad física para mantener su utilidad en el tráfico, entonces produce destrucción del bien principal y, en consecuencia, tiene carácter de “esencial”. Ahora, si la parte, una vez separada, conserva su aptitud como objeto independiente en el tráfico jurídico, entonces es “no-esencial” con respecto a la cosa principal. Por tal motivo, el motor se constituye claramente en una parte no-esencial por cuanto su retiro le permite mantener su individualidad física y jurídica; y además, no se produce la destrucción del principal.

En consecuencia, las normas respectivas deberían reformarse con el siguiente tenor:

ART. 887: Es parte integrante todo objeto corporal que se incorpora físicamente a un bien principal, para efecto de potenciar su función social o económica.

La incorporación física conlleva que se apliquen las reglas de la accesión.

ART. 887-A: Las partes integrantes esenciales son aquellas que pierden su reconocibilidad física sobre el todo que se conforma.

No hay derechos singulares sobre partes integrantes esenciales, salvo disposición legal en contrario.

ART. 887-B: Las partes integrantes no-esenciales son aquellas que mantienen su reconocibilidad física sobre el todo que se conforma, y son retirables o desmontables sin producir su destrucción o alteración sustancial.

No hay derechos singulares sobre partes integrantes no-esenciales, salvo que la ley o el convenio señalen algo distinto.

6. ACCESORIOS O PERTENENCIAS⁴⁷

⁴⁶ OERTMANN, Paul. *Introducción al Derecho Civil*, Ed. Labor, Barcelona 1933, traducción del alemán de Luis Sancho Seral, pág. 146.

⁴⁷ El Código Civil se refiere siempre a los “accesorios” (art. 888 C.C.), pero en el Derecho comparado se utiliza generalmente el vocablo “pertenencias”. Por tanto, habrá que estar atentos a esta sinonimia conceptual cuando revisemos cualquier obra no-peruana sobre este tema.

En la realidad vital no sólo encontramos partes integrantes que conforman “un bien” (unidad jurídica), sino también vinculación económica entre un “bien principal” y otro “accesorio”⁴⁸, sin que ambos lleguen a adherirse o confundirse en un solo cuerpo. En el caso de la parte integrante, ésta se incorpora de tal manera con el todo, que pierde su propia individualidad. En cambio, el accesorio conserva su autonomía jurídica, aunque sobre él nace una vinculación económica con respecto al bien principal.

Esa vinculación entre los dos bienes (principal y accesorio) se denomina en doctrina “relación de servicio”, e implica que el segundo, permanentemente afectado a la función del primero, potencia su uso y aprovechamiento. Es el caso típico de los botes salvavidas en el buque mercante, las redes de pesca en la embarcación pesquera o los instrumentos de labranza respecto del fundo rural.

La afectación del bien accesorio al servicio del principal sólo puede hacerlo el propietario de ambos bienes, y no se entiende porque el Código menciona como legitimado al “propietario del bien principal” (art. 888, 2). Si ello fuera así estaríamos ante una privación ilegítima de la propiedad ajena. En todo caso, la norma debería entenderse en tal sentido, ya que la solución aquí propuesta se impone por la naturaleza de las cosas. Esta posición es compartida por nuestra doctrina⁴⁹. BASANELLI ha utilizado las siguientes consideraciones a favor de esta tesis: si el acto de afectación crea un vínculo permanente, parece que sólo puede realizarlo quien tiene sobre los dos bienes un derecho suficiente para ello, que es el propietario; además, para admitir la constitución del vínculo entre bienes de propietarios distintos, haría falta reconocer al acto de afectación el efecto de hacer adquirir la propiedad del bien accesorio por parte del propietario del bien principal, consecuencia no prevista por la ley⁵⁰. Evidentemente, este acto de afectación le corresponde exclusivamente al dueño de los bienes (principal y accesorio), lo que no requiere constar de una declaración expresa, pues basta la manifestación de voluntad derivada de hechos concluyentes. Ha de ser un acto voluntario, pero sin que deba ser tenida

⁴⁸ ENNECCERUS-KIPP-WOLFF. Op. Cit., Tomo I-1º, pág. 564.

⁴⁹ CUADROS VILLENNA, Carlos. *Derechos Reales*, Cultural Cuzco, Lima 1995, Tomo I, pág. 152. Este autor agrega como ejemplo que si el arrendatario de una fábrica industrial introduce una máquina de elevado rendimiento para mejorar su productividad, ello produce una integración meramente económica, pero no una “relación de servicio” jurídica. Es decir, la máquina no se convertirá en accesorio de la fábrica principal, en cuanto no existe el consentimiento del propietario de uno de los bienes.

⁵⁰ Cit. DÍEZ PICAZO. Op. Cit., Tomo III, pág. 191.

en cuenta la especial intencionalidad del agente al actuar⁵¹. La voluntad puede resultar, incluso, de la simple colocación o emplazamiento de los bienes con virtualidad de permanencia. En efecto, la mera voluntad carece de relevancia si no está seguida de una actividad objetiva o no se ha traducido en una efectiva colocación de los bienes⁵². Por tanto, y como decía el jurista romano PAULO con respecto a la posesión, el acto de afectación se realiza con el cuerpo y con el ánimo⁵³.

En consecuencia, la norma propuesta queda redactada de la siguiente forma:

ART. 888: Son accesorios los bienes que, sin perder su individualidad jurídica, se encuentran permanentemente afectados a la función económica o social del principal.

La afectación debe realizarla el propietario de ambos bienes por virtud de declaración expresa, tácita o por hechos concluyentes que permitan inferir tal acto real.

Los accesorios pueden ser objeto de derechos singulares.

El aprochamiento pasajero no otorga la calidad de accesorio, ni la separación provisional de un accesorio le quita ese carácter.

ART. 889: Las partes integrantes de un bien, y sus accesorios, siguen la condición del principal, salvo que la ley y/o el contrato, según el caso, permita su separación.

7. DEFINICIÓN DE POSESIÓN

Nuestro anterior Código (de 1936) fue preparado durante la segunda década del siglo pasado. En ese momento se encontraba en su máxima influencia el Código Civil Alemán (BGB) promulgado en 1896, y en vigor desde 1900. Este Cuerpo legal impresionó vivamente a nuestros codificadores, y precisamente una de las materias en donde influyó en mayor medida fue en la “Posesión”. No existen dudas que en ese momento se decidió afiliarse a la teoría de IHERING, como así lo demuestran claramente las actas de la Comisión Reformadora; sin embargo, hubo mucha discusión respecto a la definición legal de la

⁵¹ En tal sentido, se dice que el acto de destinación es un ACTO JURÍDICO EN SENTIDO ESTRICTO, pero no un negocio jurídico, pues si bien requiere de voluntariedad, sus efectos vienen determinados *ex lege*, y no *ex voluntate*: GARCÍA GARCÍA, José Manuel. “Teoría general de los bienes y las cosas”. EN: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, pág. 941.

⁵² DÍEZ PICAZO. Op. Cit., Tomo III, pág. 190-191.

⁵³ FERRARA, Francesco (*Teoría Jurídica de la Hacienda Mercantil*, pág. 37) habla de un acto real, en donde se suma la voluntad y la situación de hecho por el que se afecta el bien accesorio al destino del principal.

posesión, ya que se trabajó con los Códigos Civiles de Alemania, Suiza y del Brasil. Finalmente, se tomó como modelo el art. 485 de este último Código, el cual define al poseedor como aquel que tiene de hecho el ejercicio pleno, o limitado, de alguno de los poderes inherentes al dominio o propiedad. Nótese la identidad conceptual entre esta definición y el art. 824 del C.C. de 1936: “*es poseedor el que ejerce de hecho los poderes inherentes a la propiedad o uno o más de ellos*”⁵⁴.

Asimismo, no será difícil inferir que el art. 896 del vigente Código es casi una copia textual del anterior (“*La posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad*”). El legislador de 1984 reconoce explícitamente esa influencia: “*El Código de 1936 introduce respecto a su precedente una innovación, que será mantenida en el Anteproyecto y que se afilia a la teoría objetiva de la posesión de Ihering, que es la seguida por muchos Códigos modernos, entre ellos: el Alemán, artículo 854; el Suizo, artículo 919; el Mexicano, artículo 790 y el Brasileño, artículo 485, que es precisamente fuente del artículo 824 del Código Civil Peruano*”⁵⁵.

Según los comentaristas del Código de 1936, la adopción de la tesis de IHERING se justifica, pues tiene la ventaja de eliminar la distinción entre posesión y tenencia, con lo cual desaparece el *animus domini* como requisito de la relación posesoria⁵⁶. Por su parte, el codificador de 1984 explícitamente aplaude la reforma introducida en el Código anterior⁵⁷. Con mayor amplitud, CUADROS VILLENA explica que la diferencia entre posesión y tenencia ha desaparecido del Código de 1984, con el consiguiente descarte del *animus domini*; además, la posesión se delinea como un concepto derivado de la propiedad y que se ejerce como tal⁵⁸. Para otro autor nacional, la ventaja de la tesis de IHERING también se halla en que la distinción entre posesión y tenencia no depende de un elemento subjetivo (*animus domini*), sino de algo objetivo como la ley: normalmente hay sólo posesión, salvo en los casos en que la ley degrada la relación posesoria a una mera tenencia⁵⁹.

Sin embargo, el art. 896 CC, y al margen de las teorías posesorias de Savigny y Ihering que hoy se reputan superadas en la doctrina europea,

⁵⁴ Cit. CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Los Derechos Reales*, Talleres Gráficos Villanueva. Lima 1958, Tomo I, pág. 74-75.

⁵⁵ AVENDAÑO VALDÉZ, Jorge. “Exposición de Motivos del Anteproyecto del Libro de Derechos Reales”. EN: COMISIÓN REFORMADORA DEL CÓDIGO CIVIL DE 1936. *Proyectos y Anteproyectos en la Reforma del Código Civil*, Op. cit., Tomo I, pág. 823-824.

⁵⁶ CASTAÑEDA. Op. Cit., Tomo I, pág. 79.

⁵⁷ AVENDAÑO VALDÉZ. Op. Cit., Tomo I, pág. 824.

⁵⁸ CUADROS VILLENA, Carlos. *Derechos Reales*. Op. cit., Tomo I, pág. 296.

⁵⁹ RAMÍREZ CRUZ. Op. Cit., Tomo I, pág. 447.

es una definición normativa demasiado genérica que poco ayuda a resolver los conflictos de la vida social. Por tanto, se hace necesario construir una definición más precisa en lo teórico y más operativa en la práctica.

Por tal motivo proponemos una definición de posesión, alternativa a la actual, pero que puede ser aplicada hoy mismo sobre la base de los materiales existentes en el Código. La definición es la siguiente: **Posesión es el hecho jurídico voluntario que consiste en el control autónomo sobre un bien, destinado a tenerlo para sí con relativa permanencia o estabilidad, y que confiere al sujeto la posibilidad de uso y disfrute.**

El **control** implica que el sujeto tiene injerencia sobre el bien, esto es, posibilidad de interferir físicamente en cualquier momento, de forma libre y voluntaria; en otras palabras, la cosa se encuentra bajo su disponibilidad y sujeción, por lo que tiene la potestad de usarla o no a su libre albedrío. Es decir, el bien se encuentra dentro de su esfera de dominio y afectación. Por ejemplo, alguien estaciona su vehículo en la calle por dos días sin moverlo del lugar. Es cierto que no hay contacto físico del sujeto sobre el bien, pero ello no obsta para reconocerle el control de la cosa, pues tiene la potencialidad de usar o no de acuerdo a su libre decisión. En tal caso se mantiene la posesión por la posibilidad de interferir, no por interferir directamente en cada instante temporal. Cuando el Código Civil dice que la posesión es el “ejercicio de hecho” (art. 896) entonces hay que entenderlo referido al concepto más preciso de “control”.

Distinto es el caso del huésped en un centro de hospedaje, pues carece de control sobre la habitación que ocupa, ya que ésta se encuentra bajo el dominio real del titular del centro hotelero, quien maneja las llaves, los horarios, los usos; cuenta además con personal permanente que vigila y controla el bien, etc. Por tanto, el huésped no es poseedor ya que no puede interferir por sí mismo sobre la cosa, lo cual implicaría por ejemplo que pueda despedir a los vigilantes o cambiar los usos de la habitación. Nótese que en este caso paradigmático existe una persona que tiene contacto físico sobre el bien, pero eso no lo convierte en poseedor pues carece de control o dominio de hecho. Por tanto, el término de “control” resulta preferible para significar la idea que está detrás o subyace en la posesión.

La **autonomía** del control significa que el poseedor no recibe instrucciones, órdenes ni indicaciones de tercero; razón por la que su

posesión se ejerce en interés propio. El arrendatario es un poseedor porque tiene control autónomo sobre el bien, ya que lo ejerce para sí, en su beneficio y disfrute. Por el contrario, un trabajador o empleado es servidor de la posesión pues el control que ejerce sobre el bien es subordinado, y no autónomo. Igual ocurre con el pintor a quien se le entrega la casa para que lleve a cabo su labor. El pintor es solo un servidor, aunque su ingreso se sustenta en un contrato de locación de servicios y no de trabajo, ya que esta figura no se circunscribe a la dependencia laboral, sino a la social, familiar, civil, de hecho o de cualquier otro tipo. El Código Civil, en efecto, descarta la condición posesoria cuando hay dependencia (art. 897 CC), por lo que se deduce en sentido contrario que el poseedor tiene control autónomo sobre el bien.

El control sobre el bien debe ser **voluntario**, pues la posesión es un hecho jurídico que exige la intención destinada a dominar de facto una cosa. No puede haber posesión de incapaces, locos, autómatas y similares.

La situación posesoria debe contar con una **relativa permanencia o estabilidad**, ya que los contactos fugaces o esporádicos no tipifican como posesión. Por ejemplo, quien pide prestado un lapicero solo para estampar su firma en un documento, y lo devuelve enseguida, no es poseedor. Otro caso análogo sucede cuando alguien entra en el jardín de su vecino solo para guarecerse bajo un árbol del sol inclemente⁶⁰.

El art. 904 CC señala que no se pierde la posesión cuando se producen impedimentos pasajeros. En efecto, el que recibe momentáneamente el lapicero o el que se queda bajo el árbol no ponen fin a la posesión de aquellos que la ejercen, por lo cual estas acciones se consideran solo como impedimentos pasajeros del auténtico poseedor. De esta norma se colige, pues, que la posesión requiere un poder de hecho sobre el bien, pero no cualquiera, sino uno que se extienda en el tiempo de tal suerte que implique una relativa estabilidad de la situación.

La posesión no implica uso y disfrute actual e ininterrumpido del bien, sino solo potencial o hipotético. Quien se va de viaje por un año y asegura las puertas de su casa mantiene la posesión por cuanto el bien se encuentra bajo su control, pero no lo usa ni disfruta, ya que no se sirve de él, ni lo arrienda ni le da algún otro destino económico. Por tanto, el poseedor tiene control, lo cual le da **potencialidad de usar y disfrutar**

⁶⁰ “Así v. gr., el que se prueba un sombrero en la tienda, u ocupa una silla durante la visita, no posee el sombrero ni la silla”: GARCÍA VALDECASAS, Guillermo. *La Posesión*, Editorial Comares, Granada 2006, pág. 10.

el bien cuando lo considere conveniente, pero no se requiere que el disfrute sea efectivo en todo momento.

Esta es la solución que se impone por las necesidades sociales y económicas, ya que resultaría inaceptable que una persona pierda la posesión por salir de viaje, o por cerrar su tienda comercial hasta que mejore la situación económica o por solo dejar el bien inactivo hasta evaluar las distintas posibilidades que tiene para su uso. Si fuera así, entonces el bien quedaría vacante, sin poseedor, y cualquier persona podría ocuparlo sin cometer despojo. Por tanto, en todos esos casos basta que el sujeto mantenga firmemente el control del bien, lo cual de por sí implica que tiene la potencialidad de uso y disfrute, sin exigirle más.

El art. 896 CC señala que el poseedor ejerce de hecho uno o más poderes inherentes de la propiedad, pero ello debe entenderse como potencialidad hipotética, pues sería absurdo imponer la efectividad en todo momento.

En conclusión, la nueva norma sería la siguiente:

ART. 896: La posesión es el control autónomo y voluntario sobre un bien, destinado a tener el objeto para sí con relativa permanencia o estabilidad, y que confiere al sujeto la posibilidad de uso y disfrute.

8. ELIMINAR EL CONCEPTO “JUDICIAL” DE POSESIÓN PRECARIA

Toda regla de derecho conlleva la posibilidad de adosarle uno o varios significados; sin embargo, si la gramaticalidad se presenta contraria a la lógica, al sentido común, a la funcionalidad y a cualquier otro criterio de razonabilidad, entonces el frío texto debe ceder paso a las formas más racionales de entender el precepto. Ese es el punto de partida para analizar este tema.

La jurisprudencia considera como precario a todo poseedor que no cuenta con título o cuyo título ha fenecido, con lo que se reitera de forma mecánica el mandato del art. 911 del Código Civil. De esta forma, dicen, un usurpador es precario, pues no tiene título; o un usufructuario, en donde el plazo del título ha concluido. Igual ocurre con el comprador que sufre la sucesiva resolución del vínculo negocial a través de un acto unilateral del vendedor por el cual se actúa la cláusula legal o convencional de resolución.

La doctrina judicial señala que el precario es una modalidad de posesión en la que no se cuenta con legitimidad para mantenerse en el control u ocupación del bien, es decir, se ejerce de facto sin contar con el título de posesión, por lo cual se advierte ausencia absoluta de legitimidad (así, entre muchas otras, puede citarse la Sentencia de la Corte Suprema recaída en la Casación No. 2214-2004-Lima). La confusión es antigua y ya se le advertía en muchas sentencias del Máximo Tribunal durante la vigencia del Código de 1936, aunque no conformaba una corriente consolidada en un solo sentido, pues también existía un buen grupo de ejecutorias que se inclinaban por el concepto técnico de precario⁶¹.

Esta postura tiene distintos adeptos, tal como ocurre con LAMA MORE, para quien el precario es un “tipo de poseedor ilegítimo” (específicamente de mala fe), por lo cual se entiende incluido en ese concepto el usurpador pues le falta título⁶². Este autor agrega que: “*no existe lugar a dudas que el precario actual carece de nexo obligacional con el titular del derecho del bien que posee (...) Considerando a la posesión ilegítima como aquella que se ejerce sin sujeción a derecho, es evidente que en ésta se encuadra perfectamente la definición de posesión precaria establecida en el actual Código Civil peruano, pues, es contrario a derecho poseer un bien sin contar con título alguno, sea porque nunca se tuvo o porque el que se tenía feneció*”⁶³. La opinión es equivocada, incluso dentro de la gramaticalidad del art. 911, pues una modalidad legal del precario es aquella que se ejerce con título extinto; por tanto, ese poseedor sí cuenta con una relación obligacional subsistente, aunque su plazo de cumplimiento haya vencido.

Otro defensor de la tesis judicial es MEJORADA CHAUCA, para quien el precario sería un “**concepto procesal**”, en virtud del cual el juez puede decidir quien tiene “mejor derecho a poseer” a través de un proceso de desalojo⁶⁴. En realidad, lo que se pretende aquí es

⁶¹ Mediante Sentencia de 06 de septiembre de 1940 se insistió en el falso concepto de precario como aquel poseedor sin título. La controversia giró en torno a una demandada que poseía por virtud de una transacción, que se reputaba título suficiente para poseer: CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. “El concepto de ocupante precario”, EN: *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Nos. 60-61, Enero-Febrero 1949, pág. 21. El origen de la errata estaría en el art. 970 del Código de Procedimientos Civiles, por el cual se consideraba “precario” a quien ocupa un inmueble sin título alguno, y sin pagar pensión, y si bien la redacción de la norma alude claramente al “precario en concepto técnico”, sin embargo, la simple literalidad terminó muchas veces imponiéndose. En el mismo trabajo de CASTAÑEDA se documenta esa situación (pág. 18-21).

⁶² LAMA MORE, Héctor Enrique. *La posesión y la posesión precaria en el derecho civil peruano*, Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho Civil, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2006, pág. 89-90. Posteriormente las mismas ideas han sido expuestas en la obra: *La posesión y la posesión precaria*, Grijley, Lima 2006.

⁶³ Ibid. (Tesis), pág. 94.

⁶⁴ MEJORADA CHAUCA, Martín. “Precario, ¿y qué?”. EN: *Actualidad Jurídica*, Gaceta Jurídica, Número, 2006, pág. 57 ss.

OTORGAR UNA FACULTAD DISCRECIONAL AL JUEZ, a fin que evalúe en cada caso concreto qué sujeto está en mejor situación que otro respecto a la posesión. El problema de esta postura es que NO SE SUSTENTA EN NORMA ALGUNA (lo que de por sí basta para descartarla), pero además resulta CONTRARIA A LA SEGURIDAD JURÍDICA pues dota al magistrado de una potestad casi omnímoda, ya que en virtud de su leal saber y entender, podría decidir “quién tiene mejor derecho a poseer”⁶⁵.

Esta reviviscencia de la llamada acción publiciana⁶⁶, resulta incompatible con la seguridad que encarna el Derecho moderno⁶⁷, además que no existe en el ordenamiento sustantivo un “mejor derecho a poseer”, basado en criterios subjetivos y sin ningún fundamento, salvo cuando se cuenta con un título absoluto (derecho real) o un título temporal que obliga a restituir la cosa (posesión mediata). Distinto es el caso de la tutela interdictal, que protege al poseedor despojado, y en el cual solo cuenta la posesión como hecho, y cuyo remedio se logra con el interdicto, no por medio del desalojo⁶⁸.

⁶⁵ Esta cita despeja todas las dudas: “(Esta) postura significa desconocer la naturaleza de la propiedad y de la posesión (pues no existen entre ambas ‘posesiones’ intermedias), establece una peligrosa inseguridad en las relaciones patrimoniales, desconoce la naturaleza ‘erga omnes’ de la declaración de propiedad y es una muestra de la creciente vulgarización de los conceptos jurídicos. En una reivindicatoria fundada en ‘un mejor derecho a poseer que la posesión’ (como sería la publiciana) significa una discrecional atribución por el juez de la titularidad de las cosas sin atender a conceptos jurídicos y atendiendo a razones circunstanciales de preeminencia (por ejemplo, la publicación de un catálogo administrativo, las opiniones de la prensa, el ‘sentir social generalizado’, etc.)”: ALVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio. *Curso de Derechos Reales*, Civitas, Madrid 1986, Tomo I, pág. 53.

⁶⁶ Es la acción que corresponde a un anterior poseedor, a quien se considera en mejor situación (por ejemplo: por ser “ad usucapionem”), frente a un poseedor inferior, y sin que sea necesaria la prueba de la propiedad por parte del demandante: DE LOS MOZOS, José Luis. *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica*, EDERSA, Madrid 1993, pág. 325.

⁶⁷ Nuevamente la falta de conocimiento de la historia lleva a sostener posturas erróneas. Así, en el viejo Código de Enjuiciamientos Civiles de 1853 se permitía que el demandado perdedor en el juicio de desahucio pudiese intentar un juicio ordinario de contradicción para ser repuesto en la posesión. Esa situación de absoluta inestabilidad fue eliminada por mérito de la Ley de 18 de octubre de 1902 pues “no es bueno que la ley cree situaciones inciertas y derechos inseguros” (Exposición de motivos del art. 973 del Código de Procedimientos Civiles de 1911). Esta norma estableció que terminado el juicio de desahucio, la contradicción en vía ordinaria no daba lugar a la restitución de la cosa, sino a la correspondiente indemnización.

⁶⁸ La tesis de MEJORADA permitiría que un despojado pretendiese la recuperación de la posesión a través de un “proceso de desalojo”, incluso una vez vencido el plazo anual previsto para la defensa interdictal, pues en tal caso el despojado siempre tendría un abstracto, gaseoso e indeterminado “mejor derecho a poseer”. Esa posibilidad, absurda, ya había sido negada durante la vigencia del Código Civil de 1936: “(...) el poseedor de más de un año (poseedor sin título), no puede ser privado de su posesión en vía sumaria, llámese éste interdicto o desahucio, sino en juicio ordinario. Es inadmisibles que aquel que comprueba que su derecho a reclamar la posesión será repelido por el canal interdictal, en razón de la anualidad de la posesión del demandado, pueda utilizar eficazmente el juicio de desahucio (que es también sumario) para ese objeto”: CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. “El concepto de ocupante precario”, EN: *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Nos. 60-61, Enero-Febrero 1949, pág. 8.

Así pues, resulta que figuras tan disímiles se unifican dentro de la categoría omincomensiva de “precario”, pues en ella se incluyen poseedores legítimos⁶⁹, ilegítimos, viciosos, con título temporal o definitivo, entre otras hipótesis. La pregunta que flota en el ambiente es si una categoría así presta realmente utilidad, o solamente es fuente de problemáticas soluciones que desembocan en la arbitrariedad judicial.

La tesis “judicial” de precario permite esta aberración: un sujeto con título inscrito en el registro, que ha adquirido el bien por compraventa celebrada el día de ayer, pueda interponer con éxito, hoy, una demanda de desalojo por precario contra un poseedor de cincuenta años de ocupación. Cómo en el desalojo solo se evalúa el formalismo de quien tiene un título documental, aunque éste sea puro papel, entonces el verdadero domino resulta privado de la posesión a través de una acción sumaria, incompatible a la naturaleza del tema debatida⁷⁰.

Otra injusticia: un sujeto, incluso con título inscrito en el registro, puede ser desalojado por “precario”, si el vendedor le resuelve el contrato en mérito de una cláusula resolutoria expresa. Pero, ¿quién revisó la legalidad de la resolución? Quién comprobó sus presupuestos de incumplimiento, gravedad, falta de justificación y cumplimiento propio? ¿Puede lograrse esa finalidad con un simple desalojo? Por supuesto que el desalojo no tiene la capacidad para resolver semejante controversia, sin embargo, igual se le utiliza pues el juez reputa como verdad una simple carta notarial de resolución, sin que nadie explique porqué se confía en el acreedor, y se le pone en situación de privilegio sobre el deudor. Una situación inédita e injusta, que es tolerada y propiciada por las posturas claramente erróneas de LAMA y MEJORADA.

⁶⁹ Supóngase que el propietario de un bien inmueble se lo encarga a un amigo para que lo custodie en forma indefinida, y si quiere, también lo autoriza a usarlo. Es un caso de posesión graciosa o por liberalidad que en ningún caso podría considerarse ilegítima, pues consta la voluntad del titular, pero cuya falta de título formal la hace precaria.

⁷⁰ La misma perplejidad causaba esa posibilidad a un distinguido comentarista del Código de 1936: “Un poseedor que ha prescrito el inmueble, pero que la prescripción longissimi temporis no ha sido declarada en su favor, es incuestionable que posee sin título, por lo que puede ser lanzado, a pesar de ser propietario por usucapión treintenaria; y no obstante de que el propietario que perdió el inmueble a manos del prescribiente, si accionara mediante el juicio ordinario de reivindicación, vería enervado su dominio mediante la excepción suficientemente probada de prescripción. Asimismo, un propietario que no puede ofrecer los títulos por los que posee puede ser privado de la posesión en vía sumaria por aquel que se dice propietario en virtud de un título que no le serviría para reivindicar. Es obvio que una jurisprudencia que conduce a tales absurdos no debe subsistir”: CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. “El concepto de ocupante precario”, EN: *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Nos. 60-61, Enero-Febrero 1949, pág. 8. **Solamente queda adherirse a la convincente doctrina del maestro sanmarquino**, lo que pone una vez más sobre el tapete la necesidad de rescatar a los clásicos y sus reflexiones bien pensadas y meditadas.

En mi opinión, **la primera y mayor crítica** que se puede hacer a la concepción judicial del precario se encuentra en convertir el proceso de desalojo en una “reivindicatoria encubierta”, pues como lo ha sostenido la propia jurisprudencia, en ese tipo de proceso se hace necesario probar la propiedad del demandante; sin embargo, ello se hace con limitación de cognición y del debate probatorio, lo que es incompatible con la prueba del dominio exigida en el desalojo por precario. Además, la sentencia no produce efecto de cosa juzgada ni siquiera entre las mismas partes⁷¹, en virtud de la anotada cognición limitada, lo que bien vistas las cosas pone en entredicho su propia utilidad. Es decir, hoy el demandado podría ser desalojado porque el juez considera que el actor es propietario (por título inscrito); pero mañana podría ser que ese mismo demandado, ahora convertido en actor, sea repuesto por ser propietario en virtud de otro proceso (reivindicatoria o prescripción adquisitiva). Un auténtico caos judicial que es propiciado por una visión estrecha y limitada de las cosas.

Una segunda inconsecuencia se produce cuando el desalojo por cualquier otra causal, excepto por precario, no requiere la prueba de la propiedad, sino simplemente de haber entregado el bien en forma voluntaria a través de un título temporal con cargo a la restitución. Por esa razón, el legitimado natural para instar el desalojo es el arrendador o, en general, cualquier otro contratante que se encuentra en situación análoga; sin que sea necesaria la prueba de la propiedad, sino apenas la existencia de la relación jurídica o social de corte temporal y la producción de alguna de las causas extintivas del vínculo, específicamente las de resolución de contrato (por falta de pago de la renta, por ejemplo) o de vencimiento del plazo de ejecución.

En buena cuenta, pues, en el mismo proceso se requiere, a veces, acreditar la condición de domino, y en otras no. El legislador diseñó el desalojo para la protección y tutela de los poseedores mediatos, esto es, de aquellos sujetos que entregan voluntariamente el bien por título temporal y cuya pretensión de restitución se actúa judicialmente a través, precisamente, del desalojo. En esos casos, el debate judicial se centra en la existencia del vínculo jurídico y en la producción de la causa extintiva, lo que aconseja un proceso sumario y de cognición limitada por la sencillez de las pretensiones en conflicto. Por tanto, en ningún caso se

⁷¹ “El desahucio es juicio sumario: centrado sobre la rápida integración de la posesión, el ámbito de cuestiones que cabe examinar en él es reducido (no se discuten cuestiones de propiedad u otra titularidad real), y sus pronunciamientos no son definitivos”: LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros. *Derechos Reales*, Volumen I: *Posesión y Propiedad*, JM Bosch Editor, Barcelona 1990, pág. 101.

discute la propiedad, y así lo dice la mejor doctrina⁷² y la historia⁷³. Supongamos, por ejemplo, que se celebra un contrato de arrendamiento en donde el arrendador no es dueño. ¿Procede el desalojo? La respuesta afirmativa se impone, ya que este proceso actúa y hace eficaz la posesión mediata; pero solo la posesión, y no la propiedad. Por lo demás, es una solución de justicia que el arrendatario devuelva el bien al arrendador, aunque éste no sea domino, ya que éste se encuentra en mejor situación jurídica que el primero, pues el inquilino solo posee gracias y por la voluntad del arrendador. Por tanto, resulta indiferente que ninguna de las partes en conflicto sea propietaria del bien, y por eso no debe considerarse materia controvertida en el desalojo, ya que el arrendador siempre tiene una condición superior al arrendatario, ya que el primero fue el poseedor primigenio y constituye la causa eficiente de la posesión del segundo, que siempre tiene el carácter de derivada o secundaria.

La tercera incongruencia se encuentra en la confusión de las distintas causales de desalojo con la de precario, pues finalmente todas aquellas terminan subsumiéndose en esta última. Por ejemplo, un arrendatario con contrato vencido o resuelto por falta de pago, tendría que considerarse precario pues su título ha fenecido. Ante ello caben hacerse dos preguntas, obviamente sin respuesta: ¿para qué sirven las otras causas de desalojo si todas se incorporan a la precariedad? ¿cómo se concilia que esas otras causas tengan requisitos distintos al del precario, cuando finalmente esta última viene a integrar a las otras? Así, en el caso del desalojo por vencimiento de contrato o falta de pago el juez solamente comprueba la existencia del contrato y del hecho extintivo, sin que entre a conocer el tema de la propiedad. Pues bien, si ambas hipótesis se integran en la definición de precario por título fenecido, entonces no se entiende cómo la demanda por vencimiento de contrato no indague sobre el dominio; en cambio, si en la demanda por los mismos hechos se invoca la condición de precario, entonces ahora sí se entra a ventilar la titularidad del bien⁷⁴. Uno de los requisitos del ordenamiento jurídico es

⁷² El desahucio (o nuestro desalojo) sirve para que el poseedor mediato recupere la cosa en juicio sumario. Esta acción la interpone quien cedió voluntariamente la posesión: LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros. *Derechos Reales*, Volumen I: *Posesión y Propiedad*, Op. Cit., pág. 99.

⁷³ El art. 952° del Código de Procedimientos Civiles de 1911 establecía que el desahucio era procedente en forma natural en los casos de rescisión o terminación del contrato de locación o arrendamiento; y el art. 954° enumera distintas hipótesis especiales de arrendamientos, como los conferidos por usufructuarios, depositarios judiciales o administradores de bienes comunes. Por su parte, el art. 970° del mismo Código habilita el desalojo a los sujetos que pretendan recuperar la posesión en caso de enfiteusis, uso o habitación, usufructo o precario; todos los cuales constituyen poseedores mediatos.

⁷⁴ La Corte Suprema, ya durante la vigencia del Código anterior, había decidido que el comprador cuyo derecho se extingue por virtud de un retracto, es ocupante precario: CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. "El concepto de ocupante precario", EN: *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Nos. 60-61, Enero-Febrero 1949, pág. 9.

la coherencia, y aquí claramente estamos ante una incongruencia valorativa, ya que un mismo hecho es tratado de distinta forma; en una exigiéndose la prueba del dominio y en otra no⁷⁵.

Estos tres problemas teóricos, pero con importantísimas consecuencias prácticas, son nuestro principal fundamento para descartar la tesis judicial del precario y, por el contrario, se hace imprescindible la tarea de construir un criterio que sí resulte coherente con nuestro ordenamiento.

Las últimas decisiones judiciales, relevantes, que ha emitido la Corte Suprema sobre este tema, solo confirman que la postura tradicional sobre el precario adolece de incoherencia absoluta, por lo que debemos descartarla.

Mediante Sentencia de la Corte Suprema de 03 de diciembre de 2007, emitida en virtud de la Casación No. 4078-2006-Lima y publicada en el diario oficial el 03 de diciembre de 2008, se estableció que el arrendatario a quien se le había resuelto el contrato, por medio de cláusula expresa previamente pactada, constituye poseedor precario pues su título ha fenecido. Nótese los graves problemas que genera este precedente del máximo Tribunal, ya que el mismo hecho jurídico puede atacarse a través de la vía de desalojo por falta de pago o por precario, indistintamente; sin embargo, en el primer caso no importa la dilucidación del carácter de propietario; pero sí en el segundo caso.

Por lo demás, llama la atención que la Corte Suprema ahora sí considere que el arrendatario con título extinto es precario, cuando antes lo negó enfáticamente en virtud del art. 1704 del Código Civil, por el cual el contrato de arrendamiento continúa bajo sus mismas estipulaciones, una vez vencido, siempre que el arrendatario continúe en la ocupación del bien. El cambio de criterio no es tan relevante, como sí lo es la ausencia de una tesis convincente sobre el precario, lo que da lugar a vaivenes sorprendentes que atentan contra la certeza del derecho⁷⁶.

⁷⁵ Una de las ventajas de estudiar y legislar en base a un concepto de sistema se encuentra en buscar la coherencia valorativa (un mismo hecho, una misma solución en la que subyace un valor digno de tutela) y con ello la unidad interna del ordenamiento: CANARIS, Claus Wilhelm. *El sistema en la jurisprudencia*, traducción del alemán de Juan Antonio García Amado, Fundación Cultural del Notariado, Madrid 1998.

⁷⁶ Aun cuando siguiéramos la tesis judicial aquí criticada, entonces igual habría que negar la condición de precario del arrendatario con contrato vencido. ¿Por qué? Muy simple: el arrendamiento es un contrato de duración que requiere un plazo de cumplimiento de las prestaciones (cesión del uso de un bien y, recíprocamente, el pago de la renta), y si ese plazo se agota, **ello no implica que la relación jurídica se extinga**. Es decir, aunque el plazo culmine, el contrato subsiste mientras se mantengan los deberes propios de la liquidación del negocio jurídico, entre ellos, fundamentalmente, la restitución del bien. La obligación de devolver el bien emana, precisamente, del propio contrato de

También puede mencionarse la Sentencia de la Corte Suprema de fecha 13 de septiembre de 2005, dictada en mérito de la Casación No. 1352-2004-Lima y publicada el 02 de junio de 2006. En ese sorprendente proceso de desalojo por precario se discute nada menos que una doble venta, pues el mismo vendedor transfirió un bien inmueble a dos compradores distintos. El primero no contaba con fecha cierta por ausencia de legalización de firmas; mientras el segundo comprador, que accionó el desalojo por precario, sí contaba con legalización de firmas. Apúntese que este desalojo, en realidad, encubre una acción reivindicatoria sobre conflicto de títulos de propiedad contrapuestos, lo que jamás puede hacerse a través de un proceso limitado por razón del ámbito de la cognición y el debate probatorio. Pues bien, la sentencia dio la razón al segundo comprador, seguramente amparado en el art. 1135 del Código Civil pues era quien tenía el contrato DE FECHA CIERTA más antiguo. Sin embargo, ese fundamento es propio de una reivindicatoria en la cual el tema pudo y debió controvertirse con toda la amplitud que el caso exigía.

Así pues, la injusticia de la decisión queda en evidencia si tenemos en cuenta que los hechos que rodean el caso concreto: el actor, y único comprador con documento de fecha cierta, no tenía la posesión, sino que la ejercía el demandado desde hace muchos años atrás, por lo que éste fácilmente pudo invocar a su favor la prescripción adquisitiva de dominio, o fácilmente la mala fe en la segunda compra. En efecto, si el actor puede utilizar las normas de la doble venta para vencer en juicio; pues lo mismo puede invocar el demandado si le favorece la usucapión. En caso contrario habría indefensión y desigualdad en el proceso, pues uno asume la tesis propietaria con determinada norma legal, pero el otro

arrendamiento, lo cual demuestra que éste se mantiene vigente a efectos de su liquidación. Igual ocurre con la penalidad convenida que se aplica cuando el plazo del contrato ya venció; o con las estipulaciones que se pudieron pactar sobre los daños producidos luego de la conclusión del arrendamiento. Todas estas cláusulas operan precisamente luego del vencimiento, por lo que sería absurdo sostener que “el contrato feneció”, pues en tal caso no podría regir la penalidad ni habría forma de considerar que el deber de restitución es de origen contractual. En suma, **un contrato con plazo vencido no implica que el título (contrato) esté fenecido, sino simplemente que el plazo de cumplimiento de las prestaciones está vencido, y el deudor está en retardo o mora, según el caso.** Lo mismo ocurriría con un mutuo cuyo deudor no cumple con la restitución del dinero a pesar de haber culminado el término pactado para ese fin; pues, en tal caso, es obvio que el contrato subsiste para exigir la devolución, aun cuando el plazo de cumplimiento se haya agotado.

Es curioso que nunca se haya cuestionado, antes de hoy, la inconsecuencia de aplicar las cláusulas del contrato para efecto de exigir la restitución del bien o el cobro de la penalidad, sin embargo, en forma simultánea se considera que el título ya está extinguido. Habría que preguntarse filosóficamente: ¿al mismo tiempo puede haber el **ser** y el **no-ser**?

La jurisprudencia antigua ya había sancionado que el arrendatario **no es precario**, como ocurre con la ejecutoria suprema de 23 de junio de 1945, pues en tal caso se encuentra en juego la ejecución del contrato de arrendamiento: CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. “El concepto de ocupante precario”, EN: *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Nos. 60-61, Enero-Febrero 1949, pág. 20.

no. Esas son las incongruencias que surgen por desnaturalizar el desalojo hasta el extremo de considerar que en él se debate el dominio y sus vicisitudes.

El problema no queda allí, pues resulta fácil advertir que el desalojado en cuestión tiene mejores pergaminos para ser declarado domino, ora porque tiene a su favor la usucapión, lo que ya sería decisivo; ora porque en un proceso lato podrían actuarse una serie de medios probatorios que acreditarían la mayor antigüedad del contrato, aun cuando no contase con documento de fecha cierta, lo cual debe reputarse suficiente para obtener la preferencia en el caso de conflicto de derechos⁷⁷, pues siempre debe primar la realidad y no el formalismo.

Por lo demás, según la postura de la “noción procesal” del precario lo importante es que el juez determine el “mejor derecho de posesión”, aun cuando luego se determine en un proceso plenario quien es realmente el propietario. Esa “solución” trae como consecuencia que hoy se le dé la razón al demandante, y se le repute domino, con el consiguiente lanzamiento del demandado; pero mañana podría ocurrir que éste sea repuesto pues ahora sí se le considera propietario a él, y no al otro. Este atentado contra la seguridad jurídica podría acontecer perfectamente en el caso comentado, ya que el desalojado en realidad es el propietario del bien por virtud de las normas de prescripción adquisitiva o por las de doble venta. Lo curioso, y lamentable, es que en el desalojo se aplicó la regla de la doble venta, y en la futura reivindicatoria también debería actuarse la misma norma.

Una tercera ejecutoria suprema de fecha 24 de mayo de 2006, emitida en virtud de la Casación No. 1074-2004-La Libertad y publicado el 04 de diciembre de 2006, considera que un poseedor bajo contrato privado de anticresis no es precario, pues cuenta con un título vigente que justifica su posesión, aun cuando el art. 1092 del Código Civil establece que la anticresis debe constar en escritura pública bajo sanción de nulidad. Esta decisión es un canto al formalismo extremo por encima de la sustancia,

⁷⁷ Así, en el voto en discordia se manifiesta el siguiente fundamento: “que, conforme se advierte, ambas instancias han determinado que la validez del documento, a favor del demandado, es a partir de la certificación realizada por la Notaria Mónica Salvatierra Saldaña, quien con fecha doce de diciembre de dos mil legalizó la copia del documento que tuvo a la vista; por lo que al ser posterior a la fecha de interposición de la demanda, no le resulta oponible al demandante; apreciándose que las citadas instancias han omitido pronunciamiento, en cuanto a la existencia del acto mismo de la transferencia de la compraventa, y que como lo sostiene el demandado lo legitima en su posesión, así como de los demás medios probatorios que acompaña a su contestación de la demanda, tales como los recibos de pago y el hecho de haber sido considerado como socio de la Asociación de Pequeños Industriales de Ate Vitarte; medios de prueba que informarían sobre una fecha de adquisición anterior a la que los juzgadores han considerado sobre la base de la citada legalización de copias y al parecer anterior a la interposición de la demanda”.

ya que un título jurídicamente inexistente se le valida como documento, o casi como papel, porque simple y sencillamente “no se ha declarado su nulidad”; cosa que por lo demás los jueces pueden hacer de oficio a tenor del art. 220 del Código Civil.

En este caso, el poseedor basado en un inexistente contrato de anticresis no es reputado precario; sin embargo, en el ejemplo anterior, sí es precario un comprador con título válido, con múltiples pruebas de la existencia de un contrato más antiguo y que, además, tiene una larga posesión a su favor. Nótese las graves incoherencias valorativas que se presentan entre ambas hipótesis, lo que constituye una infracción notable a la seguridad jurídica, ya que un título inválido no hace calificar como precario, pero sí un título válido. Esto se encuentra a tono, sin dudas, con la posición de MEJORADA, para quien el juez determina “el mejor derecho a poseer”, con absoluta inseguridad sobre los criterios para resolver, y con incongruencias como las descritas.

En realidad, la entrega que se hace de un bien en virtud de un título absolutamente nulo constituye una hipótesis típica de precariedad, ya que el poseedor entró en ocupación por voluntad del domino, si bien por un título social de autorización, y no jurídico por virtud de la invalidez negocial, que obliga a la restitución. Así lo reconoce la doctrina más autorizada, la cual considera precario a “*cualquier poseedor derivado y sin derecho actual a poseer, porque nunca lo tuvo, o es prima facie ineficaz, o dependía de la simple tolerancia del poseedor real, o caducó*”⁷⁸.

Es decir, en estos vaivenes la jurisprudencia considera erróneamente que no es precario el poseedor en virtud de título nulo, cuando la doctrina sí lo asimila a dicha figura. Nuestros Tribunales, por tanto, consideran como precario a aquel que no lo es; y rechazan como tal a quien sí tiene esa condición.

La cuarta sentencia proviene de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de fecha 30 de octubre de 2008, con relación a la Casación No. 1875-2008-Cañete, la cual señala que es precario el arrendatario cuyo contrato ha concluido por venta del bien a un tercero y éste ha decidido poner fin al vínculo jurídico, de conformidad con el art. 1708 del Código Civil. Aquí nuevamente se

⁷⁸ LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros. *Derechos Reales*, Volumen I: *Posesión y Propiedad*, Op. Cit., pág. 99.

Nótese que el autor habla de “poseedor derivado”, esto es, de quien recibió el bien por voluntad del concedente y queda obligado a su restitución al primer requerimiento, lo que sin dudas alude a la relación entre poseedor mediato e inmediato.

presenta la incoherencia de que la causal extintiva de un negocio jurídico se subsume en la hipótesis general de desalojo por precario, de lo cual se infiere que un mismo hecho puede ser objeto de dos pretensiones procesales alternativas.

Un repaso de los principales Códigos Occidentales (Francia, Alemania e Italia) nos permite advertir que ninguno de ellos regula en forma específica la posesión precaria, aun cuando la doctrina **MANTIENE LA MISMA DEFINICIÓN DEL DERECHO ROMANO**, e incluso se ha querido ver la incorporación de la figura en el contrato de comodato a través de la concesión de uso con carácter revocable, aun cuando se otorgue un plazo para el goce del bien. Por ejemplo, el art. 1889 del Código Napoleónico de 1804 otorga al comodante la potestad de solicitar la devolución de la cosa si es que tuviese necesidad de utilizarla, ha motivado a que la **doctrina francesa** (entre ellos COLIN y CAPITANT) considere que en ese caso “hay precario”⁷⁹. Por su parte, en **Italia** también se considera que el precario se origina en la tolerancia o licencia del concedente, con carácter esencialmente revocable⁸⁰.

En **España**, la doctrina también reputa que el precario es el poseedor por concesión liberal o graciosa que debe restituir el bien al primer requerimiento, Es el caso, por ejemplo, de HERNÁNDEZ GIL⁸¹ -cuya monografía sobre la posesión debe ser la más importante en idioma castellano-, y de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, para quien el precario es una posesión obtenida por tolerancia pero en donde la cosa pasa al poder autónomo del precarista⁸².

En **Argentina**, el Código Civil contiene una previsión explícita, aun cuando con una pequeña desviación del régimen romano por la identificación del precario con el comodato: “*Si el préstamo fuera precario, es decir, si no se pacta la duración del comodato ni el uso de*

⁷⁹ Cit. MORENO MOCHOLÍ, Miguel. *El Precario*, Bosch Casa Editorial, Barcelona 1951, pág. 254.

A veces los autores franceses hablan de “precariedad” para referirse a los poseedores que no poseen en concepto de dueño y, por ende, a quienes no está habilitada la prescripción adquisitiva; sin embargo, este uso del vocablo “precario” no afecta nuestras conclusiones, por cuanto en Francia se reconoce como “**precario estricto**” a aquel que goza de la posesión por liberalidad del concedente, y con carácter de revocabilidad, esto es, al precario romano. Por tanto, y sin perjuicio de la confusión terminológica que denuncia SACCO y CATERINA respecto a este uso promiscuo del término “precario”, **lo concreto es que la doctrina francesa también está conforme en entender que el “precario” (en sentido estricto) es el mismo que el precario romano**: SACCO, Rodolfo y CATERINA, Raffaele. *Il Possesso*, Giuffrè Editore, Milán 2000, pág. 52.

⁸⁰ MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Op. cit., Tomo III pág. 219. También en: Tomo VI pág. 111-112.

⁸¹ HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Obras Completas*, Tomo II: *La Posesión*, Espasa Calpe, Madrid 1987, pág. 405.

⁸² PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, Centro de Estudios Registrales, Madrid 1999, Tomo I, pág. 185.

la cosa y éste no resultare determinado por la costumbre del pueblo, puede el comodante pedir la restitución cuando quisiera. En caso de duda, incumbe la prueba al comodatario” (art. 2285).

La misma situación se presenta en el **derecho chileno**, aun cuando el Código de Andrés Bello contiene una solución más próxima a la ortodoxia: *“El comodato toma el título de precario si el comodante se reserva la facultad de pedir la restitución de la cosa prestada en cualquier tiempo ... también se entiende por precario cuando no se presta la cosa para un servicio particular ni se fija tiempo para su restitución, constituyéndolo igualmente la tenencia de las cosas ajenas sin contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño” (art. 1295).*

En conclusión, no sólo el Derecho romano tiene una noción unívoca del precario, sino que además ésta ha perdurado en el Derecho moderno, con algunas mínimas variantes, tal y como se demuestra de la relación de Códigos y autores citados. En tal sentido, **está claro que antes y ahora el precario es un poseedor que goza de la posesión por virtud de liberalidad, por tolerancia o simple licencia del concedente, y que está obligado a devolver el bien al primer requerimiento**. Incluso el Diccionario de la Real Academia define al precario de la misma forma, esto es, como aquella posesión: *“que se tiene sin título, por tolerancia o por inadvertencia del dueño”*⁸³.

¿Puede leerse el actual art. 911 de acuerdo con los antecedentes históricos y del derecho comparado? Yo creo que sí, pues el precario es quien efectivamente no cuenta con título jurídico, pero sí social, o cuyo título ha fenecido por requerimiento del concedente de la posesión; pero que solo se aplica en los casos en donde el precario ha recibido voluntariamente el bien y queda obligado a su restitución. Esta última parte de la definición no se encuentra en el Código Civil, pero sí en el Procesal, por lo que el concepto se complementa con ambas normativas. Así, el proceso de desalojo es el instrumento de tutela de la posesión mediata, razón por la que se habilita en contra de quienes están obligados a la restitución del bien luego de que éste les haya sido entregado en forma voluntaria y temporal.

El cese de la relación jurídica (o social) que media entre poseedor mediato e inmediato implica la extinción de la causa justificante de la posesión del segundo. Sin embargo, la restitución del bien no siempre opera voluntariamente y, en caso de ser necesario, la renuencia del

⁸³ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*, 21ª Edición, Madrid 1992, Tomo II, pág. 1652.

poseedor inmediato deberá ser doblegada a través de un pronunciamiento judicial específico para tutelar el derecho del poseedor mediano. Este instrumento es el llamado proceso de desalojo, cuyas ventajas (teóricas) son la simplicidad de prueba y la rapidez del procedimiento⁸⁴. Dentro de este ámbito se halla la protección otorgada al concedente frente al precarista que no restituye la cosa al primer requerimiento. Por ello, el precario es aquel poseedor que recibió temporalmente la cosa a fin de restituirla (art. 905 C.C.), siendo que esta relación puede ser jurídica (acto de liberalidad) o una mera relación social (licencia, asentimiento, gracia, amistad, benevolencia, etc.), pero en cualquiera de los casos existe entrega voluntaria del concedente, o por lo menos aquiescencia, con el consiguiente deber de restitución a cargo del precario una vez que el concedente haya revocado su voluntad. De esta manera **la noción sustantiva (y no procesal) de precario queda aclarada, y en caso de renuencia a la restitución del bien, el concedente tiene el instrumento procesal (proceso de desalojo) que tutela su interés.**

La definición técnica antes propuesta de precario **se encuentra presente en los siguientes casos de la realidad sociológica:** el concedente que entregó por ánimo de gracia un bien a favor de un pariente suyo, el concedente que permitió la entrada en posesión de un tercero por razones de amistad o benevolencia, el concedente que no autorizó la inicial entrada en posesión de un tercero sobre el bien, y en donde ambas partes posteriormente confluyen sus voluntades tácitamente o mediante comportamientos concluyentes para autorizar que esa posesión se mantenga; el concedente que entregó el bien a un tercero con ánimo de custodia, sin mediar relación jurídica ni de dependencia; el sujeto que entró a poseer por voluntad del dueño basado en un título absolutamente nulo; el sujeto que entró a poseer en forma originaria pero luego el dueño lo autoriza; el sujeto que ingresó a poseer creyendo que se había celebrado un contrato con el titular, pero en realidad no había ocurrido así, etc.

En conclusión, o se modifica el art. 911 en el sentido de dotar al precario de su concepto técnico, o simplemente se deroga la norma.

9. ADQUISICIÓN DE LA POSESIÓN

La adquisición de la posesión requiere un acto de injerencia o interferencia decisiva del sujeto sobre el bien, por lo cual se logra

⁸⁴ PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de derecho civil*, Bosch, Barcelona 1994, Tomo III-1º, pág. 95.

excluirlo del ámbito de poder de cualquier otro. Este acto de injerencia puede ser de carácter “**originario**” o “**derivativo**”. La adquisición originaria se funda en el solo acto de voluntad unilateral del adquirente. En cambio, la adquisición será derivativa (tradición) 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 bien⁸⁵. El Código Civil reconoce ambos modos de adquisición de la posesión en el art. 900⁸⁶.

La adquisición originaria se realiza mediante un acto de aprehensión unilateral⁸⁷; y si el bien no es poseído por nadie, entonces se denomina **ocupación**; mientras si la aprehensión material se realiza en contra de la voluntad del precedente poseedor, estamos ante un **despojo**⁸⁸. 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 regula la adquisición originaria de la posesión mediante la “extraña” redacción del art. 900 C.C. Esta norma da a entender que este tipo de adquisición se produce solo en los casos establecidos por la ley, lo que interpretado en forma literal sería claramente un error, pues la sola aprehensión unilateral sobre un bien da lugar al nacimiento “ex novo” de la posesión del ocupante, sin necesidad de formalismos o autorizaciones. Se trata de una cuestión fáctica a la que el ordenamiento jurídico se limita a enlazar con determinados efectos o consecuencias legales, y no necesariamente convierte a esa posesión en legítima.

Por su parte, la tradición o entrega es el acto bilateral mediante el cual el poseedor precedente (“tradens”, transferente) cede el poder fáctico del bien a favor del poseedor sucesivo (“accipiens”, adquirente). Ésta es la hipótesis normal para la adquisición de la posesión; así como el contrato (causal) es el modo normal para la circulación de la propiedad, la entrega es el modo normal para la circulación de la posesión⁸⁹. Esta constatación de preponderancia se advierte claramente de la literalidad de nuestro art. 900 C.C.: “*La posesión se adquiere por la tradición, salvo los casos de adquisición originaria que establece la ley*”.

⁸⁵ DÍEZ PICAZO. Op. Cit., Tomo III, pág. 603.

⁸⁶ No son los únicos, ya que la doctrina reconoce otros modos adquisitivos de la posesión, no catalogables en ninguna de estas dos categorías. La referencia concreta es al acto judicial de investidura de la posesión. ¿Puede éste calificarse como adquisición originaria o derivativa?

⁸⁷ Si el acto de aprehensión se realiza sobre una cosa mueble sin dueño (“res nullius”), entonces la toma de posesión convierte al sujeto en propietario: art. 929 C.C.

⁸⁸ GAZZONI. Op. Cit., pág. 212.

⁸⁹ SACCO y CATERINA. Op. Cit., pág. 236.

La tradición consta de un consenso bilateral y de una ejecución material; aun cuando este consenso no puede calificarse como negocio jurídico o “acuerdo contractual” (arts. 140 o 1351 CC), por cuanto no versa sobre la modificación de relaciones jurídicas, sino estamos ante un acto debido, es decir, el hecho jurídico voluntario al cual las partes se encuentran obligadas por un negocio jurídico precedente. La tradición incide sobre situaciones de hecho, y esta factualidad da lugar a hipótesis simples, fácilmente verificables, no-retroactivas y carentes de un programa establecido de antemano por voluntad de los sujetos; por ello, las normas sobre los vicios de la voluntad, por ejemplo, no le son aplicables.

El Código presupone el consenso y el traspaso posesorio en el artículo 901 C.C.: *“La tradición se realiza mediante la entrega del bien a quien debe recibirlo o a la persona designada por él o por la ley y con las formalidades que ésta establece”*. Sin embargo, esta norma exige, además, que la tradición cumpla con “las formalidades que ésta (la ley) establece”. ¿A qué cosa se refiere? Un autor nacional ha opinado que la referencia alude a las actas de embargo o de subasta en la tradición judicial o los documentos estimados como solemnes por la ley, como la escritura pública de anticresis o de donación⁹⁰. Por otro lado, se ha indicado que las formalidades de la tradición a que alude el art. 901 C.C., deben concordarse con las formalidades ad-solemnitatem del negocio jurídico (art. 140-4 C.C.)⁹¹.

Ambos criterios son totalmente errados. La tradición opera con el simple consenso bilateral y la puesta a disposición de la cosa; no puede confundirse el plano fáctico en que discurre la posesión (y sus vicisitudes, como es el traspaso posesorio) con el plano jurídico de la transmisión de derechos. Aunque la donación sea un contrato formal, la falta de forma sólo ataca la validez del negocio, pero no revierte los efectos factuales como es el tránsito de la posesión en virtud del consenso. En tal sentido, el “acuerdo” de traslación de la posesión no tiene formalidad alguna que cumplir, en cuanto se trata de la circulación de bienes exclusivamente en el plano de los sucesos de la realidad. Lo contrario implicaría la mayor de las incoherencias: ¡la producción de un mero hecho que requiera de “formalidades legales”! Una auténtica “contradictio in terminis”. Por tal razón, resulta poco menos que absurdo sostener que la tradición (¡un hecho!) tenga formas solemnes propias de determinados negocios jurídicos.

⁹⁰ CUADROS VILLENA, Carlos. *Derechos Reales*, Op. cit., Tomo I, pág. 344

⁹¹ SALVATIERRA VALDIVIA, Gloria. “Comentario al art. 901”. EN: VV.AA. *Código Civil Comentado*, Gaceta Jurídica, Lima 2003, Tomo V, pág. 99.

En conclusión, los arts. 900 y 901 deben modificarse en el sentido de suprimir la referencia al “cumplimiento de formalidades”.

10. PRESUNCIÓN DEL POSEEDOR DE BUENA FE

En nuestro ordenamiento, la buena fe consiste en la creencia errónea del poseedor respecto a la legitimidad de su título⁹² (art. 906 CC). En tal contexto, el poseedor de buena fe es quien mantiene la creencia que su obrar no lesiona un interés legítimo de otra persona⁹³. El art. 906 se refiere a la buena fe como un estado meramente psicológico del poseedor, UNA CREENCIA. Sin embargo, no parece admisible tutelar a un poseedor cuya buena fe (creencia) se sustenta en su propio descuido o negligencia, esto es, en un poseedor cuya opinión personal sobre la buena fe no se encuentre amparada en datos externos que hagan verosímil esa creencia. Por ejemplo: el vendedor carece de todo comprobante de adquisición de una maquinaria de gran valor y, además, no acredita de forma alguna haberse dedicado a la explotación de la industria para la cual está destinada dicha máquina. Es cierto que el comprador desconoce la existencia del verdadero propietario, pero su creencia meramente personal no merece ser tutelada en cuanto no se corresponde con un modelo honesto de conducta. Por lo tanto, de una buena fe basada en una mera “creencia” como estado psicológico, parece necesario avanzar hacia una buena fe entendida como “creencia diligente”. En tal sentido, *“la buena fe no puede nunca fundarse en un error inexcusable, pues existe un deber social de actuar diligentemente y, por consiguiente, de desvanecer aquellos tipos de errores que una persona medianamente diligente no hubiera sufrido”*⁹⁴.

La presunción de buena fe del poseedor está prevista en el art. 914, 1 CC y, cómo no podía ser de otra manera, se admite la prueba en contrario (“iuris tantum”). Esta presunción no se aplica en contra del titular inscrito del bien (art. 914, 2 C.C.). Esta excepción, aunque probablemente se haya originado en la buena intención del legislador, origina una serie de problemas interpretativos, no suficientemente advertidos por nuestra doctrina⁹⁵. Así pues, el solo hecho de que exista

⁹² DÍEZ PICAZO. Op. Cit., Tomo III, pág. 585.

⁹³ Ibid., pág. 585-586.

⁹⁴ DÍEZ PICAZO. Op. Cit., Tomo III, pág. 586.

⁹⁵ Se dice que esta excepción constituye *“una consecuencia natural del principio de publicidad que rige la institución registral (art. 2012). Nadie puede alegar ignorancia de aquellos derechos que están inscritos, registrados. Quiere decir que aquel que posee un bien registrado a nombre de otra persona, no puede alegar buena fe, necesariamente es poseedor de mala fe, puesto que su título es ilegítimo”* (RAMÍREZ CRUZ. Op. Cit., Tomo I, pág. 581-582).

un propietario inscrito, no elimina automáticamente la buena fe del poseedor. Por ejemplo: podemos estar en presencia de un poseedor inmediato derivado del mismo propietario inscrito (p. ej.: el arrendatario derivado del título del usufructuario, y éste del propietario), o ante un poseedor inmediato derivado de un propietario no-inscrito (piénsese en el titular que no inscribió su derecho y luego arrienda el bien; ¿ello convierte automáticamente en poseedor de mala fe al mismo propietario –no inscrito- o al arrendatario?). En los ejemplos citados la norma comentada lleva a soluciones inicuas, y será el juez quien finalmente deberá corregir estas consecuencias a través de la interpretación racional de la ley (“ratio legis”). Por lo demás, el fundamento utilizado para sustentar esta solución legislativa, cuál es, la posibilidad de conocimiento absoluto de las inscripciones registrales (art. 2012 C.C.), tampoco parece ser un fundamento decisivo. En efecto, el contenido del registro se presume exacto, PERO TAMBIÉN ÉSTE ES SUSCEPTIBLE DE PRUEBA EN CONTRARIO (art. 2013 CC), por lo cual es perfectamente posible (y hasta usual) encontrar un poseedor legítimo (no-inscrito) enfrentado a un propietario inscrito que no tiene derecho a poseer. La información del registro NO ES PERFECTA NI ABSOLUTA; muchas veces ésta se halla desfasada con respecto a la realidad jurídica extrarregistral, y en otros casos es abiertamente contradictoria. Por tanto, no puede sostenerse (salvo en un inexistente “mundo ideal”) que en todos los casos el poseedor contradictorio al titular inscrito sea de mala fe. Una solución como la descrita es, simplemente, una caricatura de la realidad.

En consecuencia, el segundo párrafo del art. 914 debe reformarse con el siguiente tenor: *“No necesariamente el poseedor que obra en contradicción a un titular inscrito es de mala fe”*, o en todo caso es preferible la derogación de dicho párrafo.

11. PRESUNCIÓN DE PROPIEDAD DEL POSEEDOR

El art. 912 C.C. establece que el poseedor es reputado propietario, mientras no se pruebe lo contrario. La doctrina de nuestro país suele mostrarse favorable a esta presunción. Para tal efecto, se invocan distintas consideraciones, sea de orden jurídico, económico o práctico. Desde el punto de vista jurídico, la presunción se fundamenta en la

De similar opinión es CUADROS VILLENA. Op. Cit., Tomo I, pág. 335: *“En el análisis de las normas del artículo 914 in fine y del artículo 2012 del código, se enfrentan una presunción juris tantum y una presunción juris et de jure. No se trata de que una presunción se apoye en otra, sino de que la presunción que admite prueba en contrario, queda desvirtuada de puro derecho por la inscripción en el Registro que se supone, sin prueba en contra, conocida por todos”*.

apariencia y en la función de legitimación que la posesión cumple. Desde el punto de vista económico, serían las necesidades del comercio las que imponen consagrar esta presunción. Desde el punto de vista práctico, la presunción habría sido reconocida por la dificultad que presenta en muchas ocasiones lograr la prueba absoluta del derecho de propiedad⁹⁶ (“probatio diabolica”).

Hasta el momento nuestra doctrina se muestra fervorosamente partidaria de esta presunción, sin haberse tomado la molestia de profundizar el debate existente en el Derecho comparado sobre la materia⁹⁷. En efecto, la llamada presunción de propiedad apoyada en la posesión ha sido – y es– muy discutida; ya SAVIGNY llegó a admitirla y luego a rechazarla en las sucesivas ediciones de su conocida monografía sobre la posesión. Un sector importante de la doctrina moderna niega la idoneidad de esta presunción, considerándola en el mejor de los casos como una regla de distribución de la carga de la prueba. Para llegar a esta conclusión se dice lo siguiente: en la acción reivindicatoria no incumbe al poseedor la prueba mientras el demandante no acredita su derecho. Por tanto, si el demandante no prueba su pretensión, entonces el poseedor debe ser absuelto. La demanda es desestimada no porque el poseedor haya probado su propiedad, sino porque el demandante no ha probado lo que le correspondía. Si existiera una verdadera presunción por virtud de la cual el poseedor probara su propiedad por medio de la posesión, entonces deberíamos admitir este efecto no sólo cuando el poseedor actúa como demandado, sino también cuando lo hace como demandante, aun cuando este último caso sea infrecuente. En tal caso, debería admitirse que el poseedor pueda instar un proceso de cognición para obtener una declaración de propiedad a su favor, sin otra prueba más que

⁹⁶ Estas ideas han sido tomadas de la tesis (inérita) para optar el grado de bachiller en derecho de: MORALES VALENTÍN, Guillermo. *Las presunciones legales de propiedad y buena fe en materia posesoria en el Código Civil Peruano de 1984*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 1991.

⁹⁷ Según VEGA VELASCO, Jorge y CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos (“Lineamientos del anteproyecto de plan general del libro de los Derechos Reales”. EN: COMISIÓN REFORMADORA DEL CÓDIGO CIVIL DE 1936. *Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil*, Op. cit., Tomo I, pág. 910) la presunción de propiedad se sustenta en la doctrina objetiva de IHERING, para quien la posesión constituye la exteriorización de la propiedad. Una posición análoga fue sostenida por MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia (“Anteproyecto de plan general para el libro de los Derechos Reales”. EN: COMISIÓN REFORMADORA DEL CÓDIGO CIVIL DE 1936. *Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil*, Op. cit., Tomo I, pág. 833). Este argumento sólo podría admitirse si fuera cierta la proposición de IHERING respecto a que la posesión es tutelada por ser, normalmente, una exteriorización de la propiedad. Sin embargo, esta doctrina ha sido superada totalmente: en primer lugar, si la posesión gira en torno a la propiedad, entonces un mínimo de lógica nos indica que el dominio debió aparecer históricamente con antelación a la posesión. Sin embargo, la historia nos muestra que la posesión apareció antes, en cuyo caso si aún no existía la propiedad, ¿cómo se explica la existencia de una posesión como “puesto de avanzada de la propiedad”, si ésta no existía?; en segundo lugar, si tenemos como cierto que la posesión sirve para “simplificar la prueba de la propiedad”, entonces ¿cómo explicar la tutela posesoria concedida incluso al ladrón y al usurpador si éstos desde el principio no muestran ningún título de propiedad?

la posesión. Sin embargo, el Código exige que el poseedor haya obtenido la usucapión para entablar en juicio que se le declare propietario (art. 952 CC). Por tanto, no es la simple posesión la que prueba la propiedad, por cuanto el poseedor sólo puede ser declarado propietario cuando cumple los requisitos legales de la usucapión, pero no antes. Siendo así, esta figura no contiene una verdadera presunción, sino sólo una regla sobre carga de la prueba⁹⁸, respecto a que el reivindicante está obligado a aportar prueba del dominio para que la demanda se declare fundada; en caso contrario, el poseedor conservará su situación de hecho.

En suma, el art. 912 debe derogarse.

12. LA CONSTRUCCIÓN EN SUELO AJENO

La construcción en suelo ajeno es una modalidad de accesión, particularmente importante en nuestra realidad sociológica, por lo que el tema es de alta conflictividad en los Tribunales.

Si el constructor es de buena fe, entonces el dueño del suelo puede optar entre hacer suyo lo edificado, pagando el valor de lo edificado, u obligar al invasor que le pague el valor del terreno (art. 941 C.C.). En ambas soluciones, el principio subyacente es mantener en una sola mano la propiedad del único bien (suelo y construcción), aun cuando se deban pagar las compensaciones respectivas. Tradicionalmente se ha entendido que esta norma configura un derecho de opción a favor del titular del suelo. En tal caso, ¿qué pasa si el dueño del suelo no ejerce la opción? Según nuestra jurisprudencia, el constructor no puede hacer nada, y sólo le queda esperar indefinidamente⁹⁹.

Sin embargo, este “derecho de opción” no parece el mejor mecanismo para concluir la incertidumbre entre el dueño del suelo y el constructor, pues la lógica exige la atribución de la propiedad en forma automática; por tanto, el art. 941 CC debiera entenderse en el siguiente sentido: una vez realizada la edificación de buena fe, ésta en forma automática se

⁹⁸ MIQUEL GONZÁLEZ, José María. “Propuestas de Reforma”. EN: VV.AA. *Código Civil Peruano. Diez Años*. Universidad de Lima, Lima 1995, Tomo I, pág. 422.

⁹⁹ Así se desprende de la siguiente sentencia de la Corte Suprema, expedida a propósito del recurso de casación No. 1006-96: “El artículo 941 del Código Civil contiene el derecho del propietario del terreno a exigir al invasor de buena fe dos opciones: optar por hacer suyo lo edificado (pagando el valor de la edificación), u obligar a que el invasor le pague el valor del terreno. Las pretensiones antes descritas están previstas para que sea el dueño del terreno quien, por la vía de la accesión, opte por las alternativas señaladas y no sea el invasor quien haga valer el pago de lo edificado. De ello se tiene que el edificador de buena fe no está legitimado para obligar a que el propietario del terreno le pague el valor de lo edificado”.

atribuye al titular del suelo en virtud de la máxima “superficies solo cedit”, sin perjuicio que el propietario quede obligado a pagar el valor de la construcción, cuyo monto será el promedio entre el costo y el valor actual de la obra. En tal caso, el constructor podrá reclamar en forma inmediata el mencionado valor, por lo cual su titularidad sobre la edificación se convierte (“se subroga”) en un derecho de crédito. Por el contrario, **sólo si el dueño del suelo ejerce el derecho potestativo de exigir la compra del terreno**, entonces automáticamente el constructor se hace dueño de éste, y más bien quién era titular del suelo se convierte en titular de un crédito, consistente en su valor comercial y actual. Con esta interpretación, la norma tiene pleno sentido de acuerdo a los principios subyacentes en la accesión, y además gana en funcionalidad, pues se le entiende como una atribución dominical directa al propietario del suelo, salvo si éste ejercita su derecho potestativo consistente en forzar la compra del terreno al constructor.

Ahora bien, si el **constructor obra de mala fe**, se aplica con mayor razón la máxima “superficies solo cedit” y, en consecuencia, el dueño del terreno se convierte automáticamente en titular de la edificación, sin obligación de pagar el valor de ésta (art. 943 CC). Alternativamente, el dueño puede exigir la demolición de lo edificado, más el pago de la indemnización correspondiente. De la redacción de la norma se infiere que la indemnización sólo procede cuando el propietario opta por la demolición, más no en el caso contrario, pues ello significaría un auténtico enriquecimiento sin causa del dueño, en cuanto a una eventual indemnización se le sumaría el valor de la construcción. Por tanto, si el propietario aplica simplemente el principio “superficies solo cedit”, entonces no tiene derecho a una indemnización mayor. Es más, la doctrina viene considerando muy severa la sanción de pérdida del valor de la construcción, sin restitución alguna. En tal sentido se propone aplicar el principio de equidad y, por tanto, la demolición a costa del ejecutor sólo podrá referirse a construcciones provisionales y de poca importancia, mientras la pérdida del derecho a la restitución de valor se producirá cuando el dueño del terreno no se aproveche de las ventajas o cuando no se enriquezca injustamente¹⁰⁰.

¹⁰⁰ ALVAREZ CAPEROCHIPI. Op. Cit., Tomo I, pág. 137. Por nuestra parte agregamos que la demolición a costa del ejecutor también procede en el caso de construcciones irregulares o que contravienen la legalidad urbanística, aun cuando éstas sean definitivas y de importancia. Por otro lado, la pérdida del derecho a la restitución del valor de la obra, puede ser moderado –sin salirse de la letra del art. 943 C.C.- a través del reconocimiento del pago del trabajo puesto en la obra, esto es, el costo por dirección técnica, gestión oficiosa, planillas, gastos, impuestos y otros. De esta manera, el constructor de mala fe podrá recuperar parte de su inversión.

Normalmente las legislaciones se ocupan de la buena o mala fe del constructor, considerando irrelevante la mala fe del propietario del suelo. Sin embargo, nuestro Código (art. 942 C.C.) contempla esa curiosa hipótesis, sin indicar qué ocurre si a la mala fe del titular del suelo se le une la mala fe del constructor. ¿Se aplica el art. 942 o el 943 CC? En el Código Civil español la concurrencia de culpas se compensa mutuamente; por consiguiente, en ese caso el constructor es reputado de buena fe.

Por otro lado, ¿en qué consiste la mala fe del dueño del suelo? De acuerdo con los principios generales, se trataría del conocimiento del propietario respecto al inicio y ejecución de la obra llevada a cabo por el constructor, sin haber formulado oposición o reclamo alguno. En tal caso, la mala fe del dueño del suelo se identifica con la aquiescencia o tolerancia de éste a la construcción. Si ello es así, la conducta meramente pasiva del propietario sólo adquiere relevancia si la CONDUCTA ACTIVA (y esencial en el caso de edificaciones en terreno ajeno) del constructor está coloreada de mala o buena fe. Por tanto, el ánimo del constructor es el elemento decisivo para calificar los distintos supuestos y, por ello, bastaba con prever normas al respecto, entonces se concluye que no es necesario complicar la normativa sobre accesión, con un precepto francamente irrelevante (art. 942 C.C.).

En resumen, el art. 941 debe atribuir directamente la propiedad del predio al titular del suelo, sin perjuicio de la compensación económica por el valor de la obra. En tal caso, debería establecerse un privilegio crediticio a favor del constructor, incluso anterior al acreedor hipotecario, ya que este último se beneficia con el mayor valor del inmueble, por lo que resulta inequitativo beneficiar a quien nada aportó para lograr ese aumento de valor y, sin embargo, en forma simultánea desproetger al constructor.

Por su parte, el art. 943 debe regular la procedencia del enriquecimiento indebido cuando la ventaja económica que logra el propietario del suelo es excesiva o contraria a la equidad.

Por último, debe derogarse el art. 942.

13. “LA POSESIÓN FANTASMAL”: INSÓLITA CREACIÓN DEL TRIBUNAL REGISTRAL RESPECTO A LA USUCAPIÓN DE UN SOLO CÓNYUGE

La posesión exige control autónomo y efectivo del bien (art. 896 CC), y no basta una posesión espiritual o meramente hipotética o presunta. Es el caso, por ejemplo, de un sujeto que posee en exclusiva un bien y, aunque es de estado civil casado, su cónyuge no posee. En esta hipótesis, se impone la solución por la cual el único poseedor es favorecido con la usucapión, y no el otro que carece del presupuesto legal para que se produzca la adquisición. En otras palabras, **¡quien no es poseedor no puede ser jamás usucapiente!**

La usucapión premia al poseedor, y no importan las relaciones personales, empresariales, familiares o sociales que permitieron, financiaron o dieron origen a la posesión. El derecho de propiedad se adquiere en virtud de la posesión por un tiempo determinado, en forma objetiva, y sin importar las cuestiones subjetivas que rodearon al poseedor. Por el mismo motivo, todos los co-poseedores ganan por usucapión siempre que tengan en conjunto el control autónomo y efectivo sobre el bien.

Es cierto que en algunos casos la posesión se espiritualiza, pero ello exige una norma legal que la ampare, ya que se constituye en una excepción de la definición legal de la posesión como ejercicio de hecho. Pero en ningún caso se puede aceptar como poseedor a quien no posee, a quien no ejerce de hecho ningún señorío sobre la cosa; todo ello en clara contravención del art. 896 CC. Sin embargo, la jurisprudencia registral ha inaugurado una nueva categoría jurídica: la “posesión fantasmal”, esto es, aquella sin ningún poder sobre el bien, ni norma que ampare dicha ficción, sin embargo, permite al no-poseedor que gane por usucapión.

Por tal razón, es altamente criticable desde el derecho (y rechazable desde la moral) un reciente precedente adoptado por mayoría en el Pleno del Tribunal Registral, el cual sostiene la tesis contraria, esto es, que el cónyuge del poseedor, a pesar que no posee, termina beneficiándose injustamente con la usucapión, por el solo hecho de ser cónyuge.

Abundando en mayores fundamentos cabe refutar dicho criterio por virtud de los siguientes fundamentos:

- a) El art. 310 CC señala que son bienes sociales todos aquellos no comprendidos en el listado de bienes propios del art. 302. Pues bien, se dice que *“la adquisición por usucapión no está en la lista de bienes propios, por lo que se trata de un bien social”*. Sin embargo, el mismo 302, inciso 3) incluye dentro de los bienes

propios a aquellos adquiridos a título gratuito, y en cualquier caso la usucapión se encuentra en esta hipótesis por ausencia de contraprestación. Téngase en cuenta que el término “título” no es sinónimo de documento o contrato, sino de cualquier hecho jurídico cuya consecuencia, según el ordenamiento, sea la adquisición de algún derecho. Por tanto, la usucapión es un “título adquisitivo”.

- b) Por otro lado, durante el citado Pleno se alegó lo siguiente: “*El art. 302, inciso 3) **no** se refiere a los modos de adquisición originaria, tal como la usucapión, pues dicha norma presupone títulos contractuales cuando habla de onerosidad o gratuidad. Si ello es así, el art. 302 simplemente no regula las adquisiciones originarias, por lo que debe aplicarse el argumento a contrario (“si no está en la lista del 302 es social”)*”. Este razonamiento es **absurdo** ya que infringe las reglas elementales de la lógica formal. En efecto, si los arts. 302 y 310 se refieren exclusivamente a actos jurídicos, de quienes se predica su carácter oneroso o gratuito, entonces el legislador no quiso decir nada sobre otros hechos jurídicos como la usucapión. Pues bien, si las normas mencionadas no regulan un tema, entonces no se puede aplicar el argumento a contrario para hacer decir al legislador lo que nunca quiso decir. Por tanto, ante una ausencia de voluntad normativa en los ya tantas veces citados arts. 302 y 310, entonces se hace necesario acudir directamente a la regla dispuesta en materia de usucapión, la misma que solo favorece al poseedor (art. 950 CC), y no a su cónyuge.
- c) Se dijo también durante la Sesión de dicho Pleno: “*el poseedor podría recibir dinero de su cónyuge que vive en el extranjero con el fin de solventar la posesión del otro*”. Dejando de lado la melodramática figura que se insinúa como argumento, lo concreto es que el dinero que remite un cónyuge al otro es un asunto jurídico propio de las relaciones internas entre ambos, referido a donaciones, cumplimiento de obligaciones alimentarias, convenios matrimoniales, etc.; pero ello en nada incide en la posesión. En otras palabras, la usucapión favorece el poseedor, y no a quien la financia, presta dinero o subvenciona. La cuestión es de toda evidencia y se entiende con un ejemplo: si un poseedor recibe préstamo de un Banco y con ello invade un bien ajeno, entonces debería sostenerse que “El Banco también gana por usucapión ya que él financió la operación” (sic). El desatinado argumento se cae por sí solo.

- d) Lo más curioso es que la legislación especial (sobre formalización de predios urbana) ya tiene una norma específica sobre el tema: El art. 31° del Decreto Supremo No. 013-99-MTC, Reglamento de Formalización de la Propiedad, señala que si uno solo de los cónyuges ocupa el lote, sin vivencia común ni co-posesión con el otro cónyuge, entonces se titulará exclusivamente al poseedor en condición de BIEN PROPIO. La misma disposición es aplicable a la formalización de predios rurales, en virtud a la remisión efectuada por la Cuarta disposición complementaria y final del Decreto Supremo No. 032-2008-VIVIENDA, Reglamento del Decreto Legislativo 1089, que establece el régimen temporal extraordinario de formalización y titulación de predios rurales. Pues bien, esta norma específica simplemente desarrolla un precepto general implícito en la definición misma de usucapión: Quien posee adquiere, y no quien no ocupa la tierra, ni la riega, ni la trabaja con su sudor y esfuerzo.

Sin embargo, todavía queda motivos para sonreír. El precedente del Tribunal Registral está tan mal redactado que no sirve para los fines que se propuso. En efecto, la declaración notarial o judicial de usucapión no es susceptible de calificación respecto de la decisión de fondo, por lo cual la atribución que se hace, por juez o notario, a favor de uno solo de los cónyuges, **no autoriza a revivir ni alterar el mérito de esa decisión**. Por tanto, si la decisión viene en un sentido determinado, entonces no cabe modificarlo a través del fraudulento mecanismo de “rectificación”. El registrador (o el Tribunal, en su caso) no tienen autoridad para rectificar un título, pues en tal caso se estaría asumiendo en forma ilegal la función de notario o juez.

Sin embargo, los defensores oficiosos, o por conveniencia, del Tribunal Registral (por ejemplo, el registrador Carlos Gómez Anaya, en el Primer Curso sobre Precedentes Registrales, organizado el 01 y 02 de julio de 2010 por la Escuela Peruana de Derecho Notarial y Registral), han sacado a la luz tres nuevos argumentos: i) ¿Qué pasa con la usucapión que se basa en justo título?; ii) La doctrina mayoritaria se inclina por la posición del Tribunal Registral; iii) Para bien o para mal, el Tribunal ya se inclinó por esa corriente.

Vamos por partes. En primer lugar, el precedente registral se refiere solo a la usucapión extraordinaria, con sola posesión, por lo que el debate debe circunscribirse a ese tema. La alegación de la prescripción ordinaria, con título, es una cuestión totalmente diferente que no ha sido

tratada en el precedente; por tanto, constituye una infracción a las reglas del razonamiento que se pretenda utilizar como argumento UNA FIGURA DISTINTA. En todo caso, el solo hecho de renunciar a la discusión del tema de la usucapión extraordinaria, ya constituye una aceptación que no se tiene fundamento alguno para oponer¹⁰¹. La usucapión con justo título es OTRO TEMA y por supuesto tiene una solución distinta.

En segundo lugar, decir que “existe doctrina mayoritaria” es refugiarse en el fácil argumento del número, sin ninguna razón de fondo; pero el agravante de esta afirmación se encuentra en que NO SE CITA AUTOR ALGUNO de la supuesta “doctrina mayoritaria”, la cual, por supuesto, debe referirse al tema debatido, esto es, la usucapión con sola posesión. Por tanto, se trata de una referencia vacía y falsa, por lo demás.

En tercer lugar, el hecho que se haya pronunciado el Tribunal Registral CARECE DE TODA RELEVANCIA para dirimir la cuestión, salvo que se piense que dicha instancia administrativa goza de la potestad de establecer dogmas de fe, es decir, de sostener algo para que los otros se inclinen. Por lo demás, esa interpretación carece de toda virtualidad frente a la que fijan las Cortes de Justicia.

Por tal motivo, y aunque parezca obvio, cabe agregar un párrafo en el art. 950 CC con el siguiente tenor: *“La prescripción adquisitiva beneficia exclusivamente al poseedor o poseedores, al margen de su estado personal o familiar”*.

14. PLAZO DE LA USUCAPIÓN, ESPECIALMENTE DE PREDIOS RURALES

La usucapión extraordinaria (o larga) tiene como antecedente la llamada “prescripción por largo tiempo” (*longi temporis praescriptio*), cuyo fundamento también se encuentra en subsanar la falta de poder de disposición del transferente, pero con un alcance generalizado a fin de abarcar las hipótesis en que no exista el título por ser éste inmemorial, o por haberse perdido el título, o por existir dudas respecto a la buena fe del adquirente, etc. Por tanto, la usucapión extraordinaria es el remedio

¹⁰¹ Vale mencionar que durante las discusiones de ese precedente, el autor suscrito SOLICITÓ EN FORMA EXPRESA que se aclare si la decisión se refería a la usucapión ordinaria o extraordinaria; y finalmente hubo consenso que se refería solo a la segunda, tal y como consta de la propia resolución que dio origen al precedente mismo, en la cual se discute la sola posesión, sin mención alguna al justo título. En consecuencia, el “argumento” del registrador sobrando pues se refiere a un tema no controvertido. **Un ejemplo más de incongruencia.**

último para consolidar situaciones de hecho largamente consolidadas por el paso del tiempo, y en las que no se toma en cuenta requisitos de orden jurídico-formal¹⁰². Por tal razón, basta la posesión continua, pacífica, pública y como propietario. En este caso lo único que juega es la apariencia fáctica, más no la apariencia legal, y la continuidad de la apariencia; y aun sin requisitos legales de orden formal, se puede convertir en el mejor título¹⁰³.

La usucapión protege incluso al poseedor de mala fe, pues lo decisivo es que mantenga un comportamiento social análogo al del titular, y con prescindencia de cualquier condicionamiento jurídico-formal. Será poseedor de mala fe el que conozca (o debiera conocerlo con una diligencia media) la ilegitimidad de su título, o que simplemente no tenga título. En doctrina se hace una sub-clasificación de la posesión ilegítima: posesión de simple mala fe y posesión viciosa. Ésta última se produce en los bienes muebles cuando ha existido hurto, robo o abuso de confianza; en el caso de los inmuebles cuando ha existido despojo violento¹⁰⁴. El Código de 1984 no reconoce esta sub-clasificación, ni le atribuye ninguna diferencia en cuanto a las consecuencias jurídicas¹⁰⁵.

¹⁰² El desconocimiento de estos fundamentos ha llevado a que nuestros Tribunales nieguen injustificadamente la procedencia de la declaración judicial de usucapión a favor del mismo propietario (por ejemplo: Casación No. 1012-98). Esta doctrina judicial olvida tener en cuenta que la usucapión es, antes que nada, EL MEDIO POR EXCELENCIA DE PRUEBA DE LA PROPIEDAD, y por lo tanto, es un mecanismo idóneo para el mismo propietario, sea que éste cuente con requisitos de orden jurídico-formal, o sea que el poseedor no cuente con este tipo de requisitos formales, por no haberlos tenido nunca o por haberlos extraviado (por ejemplo: los títulos) o por ser de dudosa configuración.

¹⁰³ “La afirmación de la usucapión es sólo un medio ordinario de prueba de la propiedad surge de la creencia de que la propiedad es un ser en sí que tiene una ontología propia. La cuestión no parece ciertamente ser esa. La propiedad no existe en sí, lo que existe en sí es la posesión como apariencia socialmente significativa. Por eso la usucapión es algo más que un medio de prueba de la propiedad: es la realidad misma de la propiedad”: ALVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio. *Curso de Derechos Reales*, Op. Cit., Tomo I, pág. 143.

¹⁰⁴ MARIANI DE VIDAL, Marina. *Derechos Reales*, Zavalía Editor, Buenos Aires 2000, Tomo I, pág. 157.

¹⁰⁵ Aunque alguno de los trabajos preparatorios del Código sí lo consideró: “El Anteproyecto no ha considerado conveniente definir la posesión ilegítima, porque la interpretación contrario-sensu la señala claramente. En cambio ha parecido adecuado el ubicar en esta parte la posesión viciosa. En el derecho extranjero el Código Alemán, artículo 858, segunda parte, establece que la posesión obtenida por la fuerza es viciosa. El artículo 2364 del Código Argentino prescribe cuando la posesión es viciosa respecto a bienes muebles: hurto, estelionato o abuso de confianza; a los inmuebles: violencia o clandestinidad y siendo precaria cuando se obtuviere mediante abuso de confianza. En el Código Argentino define los vicios de la posesión: violencia, clandestinidad, abuso de confianza. Por otra parte, en Italia, el artículo 1163 denominado vicios de la posesión dispone que la posesión adquirida de modo violento o clandestino no se beneficia de la usucapión sino desde el momento en que la violencia o clandestinidad han cesado. Fórmula breve y feliz que debería ser involucrada en el Anteproyecto”: MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia. “Anteproyecto de plan general para el libro de derechos reales”. EN: *COMISIÓN REFORMADORA DEL CÓDIGO CIVIL DE 1936. Proyectos y anteproyectos de la reforma del Código Civil*, Op. cit., Tomo I, pág. 828-829.

De conformidad con el art. 950, 1 CC la propiedad de bienes inmuebles se adquiere por usucapión extraordinaria cuando se tiene una posesión continua, pacífica, pública y en concepto de propietario por el plazo de diez años, sin ningún requisito adicional de orden formal. En el caso de la usucapión ordinaria se reduce la posesión a cinco años, siempre que se cuente con justo título (acto jurídico con la virtualidad abstracta de transmitir el dominio, pero que en el caso concreto no lo produce por falta de titularidad del disponente) y buena fe (creencia honesta y diligente en la legitimidad del título).

Con respecto al Código de 1936, se ha producido una sensible reducción de plazos en cuanto a los bienes inmuebles, pues antes se requería una posesión de treinta y diez años, dependiendo del tipo de usucapión. El legislador justifica esta medida por la revolución actual en materia de comunicaciones¹⁰⁶, lo cual permitiría que el propietario conozca rápidamente, a través de terceras personas obviamente, la existencia de poseedores en concepto de dueño, y así pueda actuar en consecuencia. Por nuestra parte, consideramos que la reducción de plazos favorece la seguridad jurídica (certeza de titularidades), el tráfico económico y el crédito¹⁰⁷.

Sin embargo, bien valdría pensar en la conveniencia de establecer plazos mayores (tal vez, quince años) cuando se trate de posesiones viciosas, es decir, iniciadas con violencia.

En el ámbito de los predios rurales, la novena disposición complementaria del Decreto Legislativo 653 señala: *“La propiedad de un predio rústico también se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante cinco años. El poseedor puede entablar juicio para que se le declare propietario”*. Nótese que el precepto no hace referencia al justo título y a la buena fe, por lo cual no se refiere a la usucapión ordinaria quinquenal, sino a la usucapión extraordinaria, pero con plazo reducido sólo en este ámbito. Esta norma tiene su antecedente en el Decreto Ley 17716 (de 1969), Ley de Reforma Agraria, en donde ya se había introducido una abreviación del plazo de la usucapión extraordinaria. Las principales críticas que se le pueden hacer a dicha norma son dos:

¹⁰⁶ AVENDAÑO VALDÉZ, Jorge. “Exposición de motivos del anteproyecto del libro de derechos reales”. EN: COMISIÓN REFORMADORA DEL CÓDIGO CIVIL DE 1936. *Proyectos y anteproyectos de la reforma del Código Civil*, Op. cit., Tomo I, pág. 798-799.

¹⁰⁷ ALVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio. *Curso de Derechos Reales*, Op. Cit., Tomo I, pág. 152.

- Si la usucapión extraordinaria en predios rústicos se consuma a los cinco años, ¿cuánto tiempo se necesita en los casos en que concurra justo título y buena fe? El legislador no ha previsto nada, por lo cual habrá de aplicar el mismo plazo quinquenal establecido en el art. 950, 2 CC. Obviamente es ilógico fijar un mismo plazo para la usucapión ordinaria y la extraordinaria.
- La drástica reducción del plazo a cinco años no se justifica cuando el poseedor no exhibe condicionamiento jurídico-formal alguno. Si ya habíamos criticado la posesión decenal del art. 950, 1 CC, en mayor medida resulta cuestionable la exigencia de solo cinco años para que cualquier poseedor, incluso de mala fe o vicioso, se convierta en propietario.

En el caso de los predios rurales, por la importancia económica de la productividad agraria frente a la inactividad del titular ausente, entonces la posesión exigida debe ser especialmente intensa en cuanto al desarrollo de una actividad agrícola en beneficio de la economía toda. En este ámbito no debe aceptarse un simple cerco para acreditar la posesión o la puesta de una caseta con vigilancia. Aquí debe avanzarse en un concepto cualificado de “posesión económica”.

Por consiguiente, sería recomendable establecer un nuevo art. 950 CC:
“La prescripción adquisitiva de los bienes inmuebles se consuma a los diez años de posesión continua, pacífica, pública y en concepto de propietario, salvo que la posesión se haya iniciado por violencia en cuyo caso se requiere quince años.

La prescripción adquisitiva se consuma a los cinco años cuando media justo título y buena fe, salvo la posesión iniciada con violencia que requiere ocho años.

Los predios rurales se rigen por estas mismas reglas, con el agregado que la posesión deberá ser efectiva y acorde con el destino productivo del bien”.

15. INTERRUPCIÓN DE LA USUCAPIÓN EN VÍAS DE CONSUMARSE

La usucapión requiere de un tiempo bastante extendido de posesión ajena, ya que de esa manera se permite que el propietario pueda equilibrar nuevamente las cosas a través del ejercicio de las acciones de recuperación de la posesión (reivindicación). Si luego de todo ese tiempo se mantiene la tensión entre el titular formal desprovisto de iniciativa

económica frente al poseedor que invierte y produce, entonces se impone la solución a favor de este último.

En efecto, el tercer elemento de la usucapión, además de la posesión y el tiempo, lo constituye la inactividad del titular, cuya conducta improductiva y negligente merece una sanción del ordenamiento, cuál es, la extinción de dominio cuando ello va unido con la posesión de un tercero. De esta manera no estamos ante una solución de pura seguridad, sin que existan consideraciones de justicia material implicadas en el hecho. Por tanto, el ordenamiento se siente tranquilo cuando expolia a un sujeto por sus propias omisiones, de inactividad en el disfrute del bien, que se halla en contradicción con los principios que inspiran la regulación jurídica de los bienes y la riqueza en general.

La usucapión exige que el poseedor posea el bien durante el tiempo requerido y que el propietario o titular del derecho no lo reclame durante todo ese tiempo. Si el poseedor pierde la posesión, o el propietario reclama el bien, entonces queda interrumpida la usucapión. La interrupción implica el fin de la posesión hábil para la usucapión. Por tanto, si se reiniciase la posesión, entonces será reputada como un fenómeno nuevo y distinto, por lo que la anterior posesión no se enlaza con la posterior¹⁰⁸. Por tanto, la continuidad de la posesión implica que ésta no se haya interrumpido durante el plazo legal exigido para la usucapión.

Según la doctrina clásica, la usucapión en vías de consumarse puede **interrumpirse de forma natural y de forma civil**¹⁰⁹.

La **interrupción natural** opera cuando se abandona voluntariamente el bien o se pierde la posesión por intervención de un tercero (art. 953 CC); sin embargo, en los casos de pérdida o privación (se supone involuntaria) de la posesión, la interrupción se reputa como NO EFECTUADA si el poseedor primigenio recupera el bien antes de un año de producida la pérdida o privación, o si por sentencia se ordena la restitución (art. 953 CC). Esta ficción (es tal, por cuanto considera como “posesión” un período de tiempo en el que no se ejerció el poder de hecho) tiene como objetivo facilitar la consumación de la usucapión¹¹⁰. En buena cuenta, la

¹⁰⁸ HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Obras Completas*, Vol. II: *La Posesión*, Op. Cit., pág. 406.

¹⁰⁹ ROCA TRÍAS, Encarna. “Las relaciones entre la posesión y el Registro de la Propiedad”. EN: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, No. 530, Madrid, enero-febrero 1979, pág. 48.

¹¹⁰ Esta ficción no puede aplicarse por analogía (art. IV T.P. C.C.: Las normas excepcionales no son susceptibles de analogía); por lo tanto, su única consecuencia es tener por no realizada la interrupción de la usucapión. La literalidad del art. 953 C.C. lo confirma: “*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 subrayado es nuestro). La norma alude a que la

citada norma tiene como fin exclusivo que se reanude el cómputo de la usucapión, pero en ningún caso constituye o da lugar a una posesión que no existe.

La interrupción natural de la usucapión aprovecha al propietario, aun cuando la pérdida de la posesión se deba a un tercero, es decir, aun cuando el domino no haya realizado acto alguno para recuperar la cosa. Esta situación haría suponer que esta modalidad de interrupción propiamente no existe, pues en realidad se trata de ausencia de uno de los presupuestos legales para consumar la adquisición: falta de posesión continuada durante el plazo de ley. En tal caso, no habría interrupción de una posesión todavía existente, sino simplemente ausencia de posesión. Tal vez sea la solución técnicamente preferible, aunque resulta difícil modificar un criterio largamente consolidado, menos en una ley cuyo fin es regular la vida, y no hacer teoría.

Ahora bien, el art. 1996-2 CC considera como causal de interrupción de las obligaciones la puesta en mora del deudor, pero en doctrina se niega que este acto pueda tener la misma eficacia entre el propietario y el poseedor usucapiente, pues aquí no existe un problema crediticio en donde funcione la mora y, por tanto, se considera que la constitución en mora no tiene tal efecto en sede de usucapión¹¹¹. Así pues, la antigua doctrina francesa (Troplong) considera que una interpelación extrajudicial dirigida al poseedor del inmueble no interrumpe la prescripción. **Las denuncias sobre la propiedad de una finca, que no se someten a los jueces, se supone que no son serias o que carecen de medios de prueba**¹¹².

La **interrupción civil** se produce cuando el propietario reclama jurídicamente la posesión del bien (art. 1996-3 CC, por analogía) o si el poseedor reconoce la superioridad de un derecho ajeno (art. 1996-1 CC, por analogía).

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 Código Civil, referido a la prescripción extintiva de las obligaciones, el art. 1996-3 CC señala que esa consecuencia se produce solo con la

recuperación de la posesión hace cesar ESE EFECTO (y no, otros), limitando su ámbito de aplicación a la interrupción de la usucapión.

¹¹¹ SACCO, Rodolfo y CATERINA, Raffaele. *Il Possesso*, Op. Cit., pág. 506.

¹¹² CALEGARI DE GROSSO, Lydia. *Usucapión*, pág. 235.

citación de la demanda, aunque permite tener como válida la interrupción cuando se acudió ante Tribunal incompetente.

Por nuestra parte, somos partidarios que sea suficiente la interposición de la demanda, ya que ese acto comprueba la diligente actividad jurídica del propietario para rechazar al poseedor y, además, de esa manera se evita que la demora judicial, o incluso la mala fe, pueda decidir la subsistencia o no los derechos.

En consecuencia, el art. 953 CC debe ser profundamente reformado:

“La usucapión se interrumpe en forma natural si el poseedor pierde o abandona la posesión. Sin embargo, la interrupción queda sin efecto si el poseedor recupera el bien dentro del plazo de un año de producido el despojo, o por virtud de sentencia judicial en proceso de interdicto cuyo despojo causante ocurrió en ese plazo.

Se interrumpe en forma civil si el propietario formula reclamación judicial para la entrega del bien, siempre que se demande al poseedor. En tal caso la interrupción se produce con la interposición de la demanda.

También hay interrupción civil si el poseedor reconoce la propiedad ajena”.

16. DISPOSICIÓN DE LOS BIENES COMUNES EN LA COPROPIEDAD

El Código Civil exige el consentimiento unánime de todos los copropietarios para realizar actos de disposición sobre la integridad del bien (art. 971-1 C.C.), esto es, para la eficaz transferencia de propiedad o constitución de derechos reales sobre el bien común. En casos urgentes, y cuando no se pueda recurrir a la acción de división por la necesidad de obtener rápidamente el reparto del precio, el juez puede autorizar al administrador judicial la celebración de actos de disposición (art. 780, 2 CPC)¹¹³.

¹¹³ Esta hipótesis de autorización judicial para realizar actos de disposición sobre bienes comunes exige el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- Debe haber un administrador judicial ya designado.
- El pedido se plantea en el interior del proceso no contencioso de administración de bienes comunes. El juez lo resuelve de plano, o con previa audiencia de los interesados.
- El solicitante debe acreditar la urgencia que justifica llevar a cabo el acto de disposición, sin esperar el ejercicio de la acción de división.

En otra omisión del Código procesal, éste no señala la forma en que se lleva a cabo la formalización del acto jurídico cuya autorización ha sido concedida por el juez. Tal laguna, en nuestra opinión, deberá salvarse con el art. 789 CPC, norma referida a la autorización para disponer bienes de incapaces, y aplicable por analogía a este caso: *“Cuando el acto cuya autorización se solicita deba formalizarse documentalmente, el juez firmará y sellará cada una de las hojas”.*

El art. 971-1 C.C. también requiere la unanimidad para celebrar contratos de arrendamiento, de comodato y cualquier otra modificación jurídica del bien¹¹⁴. La doctrina ha criticado con razón este exceso de protección que entraba peligrosamente la explotación económica del bien común y, en muchos casos, lo hace imposible. En efecto, la sola oposición de uno de los comuneros, sin importar el porcentaje de su cuota, puede impedir la celebración de un contrato como el arrendamiento, lo cual convierte a cualquier copropietario en titular de un auténtico “derecho de veto”, incompatible con los postulados del Derecho moderno. Por eso, en los anteproyectos de reforma del Código de 1984 se contempla eliminar el requerimiento de unanimidad para actos que no sean de riguroso dominio¹¹⁵. Mientras ello no ocurra, el excesivo proteccionismo de nuestro régimen legal obliga a que los copropietarios recurran al nombramiento de un administrador judicial (véase el apartado precedente) o, por último, a la acción de división o “actio communi dividundo”.

Ahora bien, ¿qué ocurre si el copropietario realiza un acto de disposición del bien común sin tener el consentimiento de los otros copropietarios o autorización judicial? El art. 978 CC pretende dar la solución a esa interrogante, señalando que si un comunero practica acto dispositivo sobre todo o parte del bien; dicho acto sólo será válido desde el momento en que se adjudica el bien, o la parte, a quien practicó el acto. Esta norma tiene como fuente el art. 901 del Código de 1936, y busca establecer las consecuencias jurídicas respecto a los actos no-autorizados de un copropietario. Enseguida haremos algunas consideraciones adicionales sobre esta norma.

Durante la vigencia del Código de 1936 fue doctrina jurisprudencial que los actos no-autorizados de los copropietarios NO ERAN NULOS, sino que su validez se encontraba subordinada a la condición (“conditio

¹¹⁴ Según nuestra interpretación, el art. 971-1 CC sólo puede referirse a las modificaciones jurídicas del bien, más no a las modificaciones físicas. Estas últimas deben considerarse actos de simple administración, por cuanto una circunstancia de hecho (como la construcción de una obra) no implica alteración en el régimen jurídico del bien, ni en su titularidad: PEÑA BERNALDO DE QUIROS. Op. Cit., Tomo II, pág. 500. No obstante lo expuesto, debe reconocerse que este criterio no es aceptado en forma pacífica: ARIAS SCHREIBER. Op. Cit., Tomo V, pág. 87.

¹¹⁵ “El actual art. 971 regula la forma como se adoptan las decisiones sobre un bien que es objeto de copropiedad. Parece excesivo que para arrendar el bien o darlo en préstamo se requiera el acuerdo unánime de los copropietarios. Esta exigencia contribuye a que en la práctica los bienes comunes permanezcan a veces sin ser explotados. Por esta razón el proyecto exige la decisión unánime sólo cuando se trata de la disposición o el gravamen del bien”: AVENDAÑO VALDÉZ, Jorge. “Las modificaciones del libro de los Derechos Reales”. EN: VVAA. *Reforma del Código Civil Peruano*, Op. cit., pág. 203.

iuris”) que el bien le sea adjudicado al copropietario que lo vendió¹¹⁶. El codificador de 1984 ratificó esta doctrina considerando que el acto dispositivo no-autorizado estaba sujeto a una condición suspensiva de carácter legal. “*El acto de disposición del bien o de parte material de él, debe quedar en suspenso y tener vigencia recién cuando la condición se produzca*”¹¹⁷. La jurisprudencia aplicó en un primer momento ese criterio, pues lo consideraba un acto jurídico condicionado¹¹⁸. Sin embargo, los pronunciamientos judiciales más recientes se inclinan por reputarlo, sin más, un acto nulo¹¹⁹.

Por nuestra parte, se hace necesario exponer los graves errores e incoherencias del art. 978 C.C.:

- La disposición de TODO el bien por un solo copropietario no requiere un régimen especial de ineficacia negocial, pues existe una norma específica para este tema. La referencia exacta es al art. 1540 CC, por el cual la venta de un “bien parcialmente ajeno” da lugar a que el comprador pueda optar entre solicitar la rescisión del contrato o la reducción del precio. La venta de “bien parcialmente ajeno” implica que el enajenante es dueño de una porción (cuota ideal) del bien, lo cual significa que estamos en presencia de un copropietario. Esta solución es acertada, pues permite que el afectado (comprador) decida el mantenimiento o no de la relación contractual de acuerdo con sus intereses. Por el contrario, la solución del art. 978 C.C. es absurda, en cuanto el

¹¹⁶ ROMERO ROMANA, Eleodoro. *Los Derechos Reales*, Tomo II, pág. 250.

¹¹⁷ AVENDAÑO VALDÉZ, Jorge. “Exposición de motivos del anteproyecto del libro de Derechos Reales”. EN: COMISIÓN REFORMADORA DEL CÓDIGO CIVIL DE 1936. *Proyectos y anteproyectos de la reforma del Código Civil*, Op. cit., Tomo I, pág. 802.

¹¹⁸ “El artículo 978 del Código sustantivo prevé la posibilidad de que un coheredero realice actos que importen el ejercicio de propiedad exclusiva sobre todo o parte de un bien, en dicho supuesto el acto sólo será válido desde el momento en que se adjudique el bien o la parte del mismo a quién practicó el referido acto; debiendo entenderse que cuando el Código habla de validez quiere decir eficacia, y es que el acto de disposición exclusiva realizado por un copropietario es un acto válido sujeto a condición suspensiva, y que será eficaz cuando la parte o totalidad del bien que ha dispuesto le sea adjudicado, y en caso de no cumplirse con la mencionada condición, recién podrá incoarse la acción de nulidad” (Sentencia de la Corte Suprema con respecto al recurso de casación signado con el No. 953-96).

¹¹⁹ “(...) evidenciándose que se realizó la enajenación material de dicho inmueble, practicándose sobre parte de un bien un acto que importa el ejercicio de propiedad exclusiva (actuando como si fuera la única propietaria), dicho acto solo será válido desde el momento en que a dicho propietario se le adjudique el bien o parte de él, por así normarlo el artículo 978 del mismo cuerpo normativo, y en tanto ello no sucede no hay lugar a considerar válido un acto de tal naturaleza. La relación entre el artículo 971 y el artículo 978 es igual a la que existe entre una regla y su excepción que la confirma y, en tal sentido, debe concluirse que la venta del bien común requiere para su validez necesariamente de la conformidad de todos los copropietarios, y si uno de ellos dispuso del mismo sin asentimiento de los demás, tal acto no será válido mientras no se produzcan los supuestos contemplados en el artículo 978 del Código Civil”: Casación No. 102-2009-Cusco, de 25 de agosto de 2009, publicado en el diario oficial el día 30 de marzo de 2010.

contrato queda sujeto INDEFINIDAMENTE a una supuesta condición suspensiva, sin que el afectado pueda decidir lo más conveniente para su protección.

- Por su parte, la disposición de una PORCIÓN FÍSICA del bien por algún copropietario no implica la venta de un “bien parcialmente ajeno”, pero sí la disposición de un bien futuro, ya que la parte no tiene individualidad jurídica mientras no se produzca la partición; y es conocido que no existen derechos singulares sobre las partes integrantes (art. 887 CC). En consecuencia, si la porción no existe como tal, para el mundo del derecho, entonces se trata de un bien futuro.

Por otro lado, el art. 971 CC debe modificarse en el sentido que el arrendamiento, comodato y la introducción de modificaciones sobre el bien requiere solamente la mayoría absoluta de los copropietarios, es decir, la mitad más uno de las cuotas.

El art. 978 CC debería ser modificado con el siguiente tenor:

“Si un copropietario celebra actos de disposición sobre todo el bien común, se aplican las reglas de contratos sobre bienes ajenos.

Si un copropietario celebra actos de disposición sobre porciones físicas del bien común, antes de la partición, se aplican las reglas de contratos sobre bienes futuros”.

SEGUNDA PARTE: LIBRO DE REGISTROS PÚBLICOS

1. DERECHO REGISTRAL EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1984

El Registro de la Propiedad Inmueble se creó mediante Ley de 02 de enero de 1888, la cual modificó en forma radical el sistema de publicidad de las situaciones jurídico-reales que regulaba en ese entonces el Código Civil de 1852. Posteriormente, el Código de 1936 incluyó dentro de su contenido la temática del Derecho Registral, derogando en forma tácita la ley de 1888. La materia de Registros Públicos, por tanto, se reguló a partir de ese momento en el más importante cuerpo de leyes del Derecho Privado, sin perjuicio de las normas reglamentarias de organización y procedimiento registral.

Sin embargo, el legislador de 1936 no tuvo muy en claro la ubicación de la temática registral dentro del Código, pues se le incluyó en el Libro Cuarto correspondiente a los Derechos Reales. Esta sistemática fue

objeto de justificadas críticas por cuanto en dicho Libro se regularon diversos registros que no tenían relación directa con los derechos reales, tales como eran los registros de personas jurídicas, testamentos, mandatos, personal, entre otros.

El Código Civil de 1984 superó esta deficiencia técnica, ya que optó por regular el Derecho Registral en un Libro independiente, el noveno, compuesto por 38 artículos que se dividen en 8 títulos. Esta regulación se ha inspirado en tres principios, según la propia exposición de motivos: a) Ausencia de normas registrales administrativas, b) Tratamiento de registros jurídicos, es decir, aquellos que producen publicidad-efecto, c) Tratamiento de registros cuyo objeto sean materias propias del derecho civil.

Un análisis desapasionado del tema lleva a concluir que el Libro IX es uno de los mejores logrados dentro del Código Civil, pues cuenta con normas claras y pedagógicas –por supuesto que hay excepciones-, y que en general regulan la publicidad jurídico-privada de las distintas situaciones privadas con realismo, sin exageraciones o extremismos, por lo cual se dan soluciones correctas, tales como la inscripción declarativa (art. 2022), el mantenimiento de la buena fe y onerosidad para la protección del tercero de la fe pública registral (art. 2014), la relevancia del título archivado a través del término “antecedentes del registro” (art. 2011), el alcance reducido de la calificación del registrador (art. 2011), la separación conceptual de los principios de inscripción declarativa y prioridad (art. 2016), la exclusión de los temas administrativos o de procedimiento (art. 2009).

Por supuesto que hay errores o inconsistencias, pero las ventajas superan ampliamente a las falencias, y la mejor prueba de ello es que ha resistido el paso de más de 25 años, sin que se haya producido ninguna modificación de relevancia. En todo ese tiempo apenas se realizaron las siguientes reformas: art. 2008, norma genérica que se limita a incluir los distintos registros existentes, por lo que se ha visto la necesidad de ampliar los sucesivos registros que se han creado en este lapso temporal; art. 2011, para destacar que el registrador se encuentra sometido a las decisiones de la jurisdicción (cuestión obvia, ciertamente); art. 2028, sobre algunos temas de orden técnico en la inscripción de personas jurídicas, tales como el título inscribible de los actos de apoderamiento, ahora con simple acta certificada por notario, y la introducción de la reserva de nombre; art. 2030 a 2035, sobre registro personal, que fueron derogados por Ley 26497 y luego puestos en vigor nuevamente por la Ley 26589, lo que implica que en la práctica no se han modificado; art.

2037, para incorporar que el acto de apoderamiento se inscribe en la oficina donde “permanentemente se va a ejercer la representación”; título VII que sustituyó el antiguo nombre de “registro de declaratoria de herederos” por el de “sucesiones intestadas”; arts. 2041 y 2042 sobre actos inscribibles y lugar de inscripción en el registro de sucesiones intestadas.

Es fácil apreciar que todas estas reformas son intrascendentes y no responden a ningún interés relevante.

En los últimos años, sin embargo, y dentro del proceso de reforma del Código de 1984, un sector de la doctrina ha propugnando que se excluya la temática registral del Código Civil a fin que sea regulada por una Ley especial. En nuestra opinión, dicha tesis es claramente errónea. En efecto, la trascendencia del registro se encuentra en dar publicidad a determinados actos o negocios que son relevantes para la vida y el tráfico económico de una sociedad, y eso es derecho privado, porque lo vivimos todos los días cuando se adquiere un inmueble, cuando se registra una sociedad, o cuando se revoca un poder. Son actos propios de la vida civil, de las relaciones o situaciones jurídicas privadas; por tanto, el Derecho Registral forma parte del Derecho civil, aunque con fines propios y función no siempre coincidentes¹²⁰.

Téngase en cuenta que, el Derecho Registral tiene como finalidad dotar de seguridad, certeza y estabilidad al tráfico patrimonial mediante los poderosos efectos materiales que conlleva una situación jurídica que accede al Registro (inoponibilidad, fe pública y prioridad), cumpliendo

¹²⁰ El Derecho registral como una disciplina especial dentro del tronco del Derecho civil (común) se explica, por ejemplo, en las resoluciones extrajudiciales por declaración unilateral del acreedor, las cuales consisten en un mecanismo de tutela civil de la simetría contractual, pero que mientras se mantenga como declaración unilateral no se inscribe en el registro por su carácter estrictamente formal que requiere a todas las situaciones jurídicas que vengan dotadas de un especial título fehaciente (principio de titulación auténtica), ya que solo de esa forma se puede retirar de su privilegiada posición jurídica a un propietario inscrito (principio de legitimación). Este tema puede verse en un reciente trabajo conjunto: GONZALES BARRÓN, Gunther y ESCATE CABREL, Oscar. “¿Se puede inscribir la resolución de contrato por la sola declaración del acreedor? EN: Diálogo con la Jurisprudencia, Gaceta Jurídica, No. 141, Junio 2010, pág. 297-314.

En dicho artículo nos oponemos radicalmente a la insostenible postura de Marco Becerra Sosaya (“Transferencia de propiedad por resolución unilateral no requiere declaración de las partes o decisión judicial”. EN: Diálogo con la Jurisprudencia, Gaceta Jurídica, No. 140, Mayo 2010, pág. 37-40), **quien todavía no se da cuenta que el Derecho Registral no puede seguir al pie de la letra al Derecho Civil, pues de seguir su opinión entonces habría que inscribir los contratos de compraventa que se documenten en “servilletas” o “papeles mojados”**, pues “si el Código Civil consagra la libertad de formas en la contratación, entonces igual debe mantenerse en el Derecho Registral”. En el mismo error, de bulto, incurre la registradora GOTUZZO, Andrea. “Calificación de documentos que no reúnen la formalidad para su inscripción”. EN: INSTITUTO DE CAPACITACIÓN JURÍDICA. Libro de Ponencias. II Congreso de Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario, ICJ, Lima 2010, pág 72 ss.

de esta manera el papel de otorgar publicidad y garantía a los derechos de los particulares. En este sentido, la publicidad registral elimina la incertidumbre de la contratación, protege la buena fe y tutela a los terceros, siempre dentro de un manto de seguridad pero con justicia. Todas estas características son manifestaciones propias del Derecho Privado, y justifican por ello un sitio en el Código Civil.

Por otro lado, la Comisión Reformadora del Código Civil de 1984 incurre en una evidente incoherencia conceptual desde que por un lado se muestra partidaria en reforzar los efectos de la inscripción registral, mientras que al mismo tiempo, pretende excluir el registro del Código Civil. Es más, la Comisión pretende introducir la clasificación entre bienes registrables y no registrables, pero simultáneamente considera necesario excluir la materia registral del Código Civil. **Eso no es coherente.** Por lo demás, la doctrina y el derecho comparado vienen a ratificar nuestra posición. Así pues, el Código Civil Alemán regula la materia inscribible y los efectos de la inscripción, siendo que los aspectos administrativos de la institución estatal y el procedimiento registral se reservan para una ley especial (la llamada Ordenanza del Registro). En el caso de España, si bien la materia registral inmobiliaria se regula en una ley especial (denominada Ley Hipotecaria), ello se debe a una situación histórica determinada, ya que la urgencia de otorgar seguridad al tráfico sobre inmuebles obligó a que se expidiera una norma especial, de emergencia, mucho antes que se concluyeran los trabajos preparatorios del Código Civil que recién salió a la luz en 1889.

El hecho que la publicidad registral sea un servicio público prestado por un organismo estatal, no significa que el Derecho Registral en su conjunto se trate como instituto del Derecho Administrativo. Debe tenerse en cuenta que el Código Civil regula la materia registral desde su aspecto privado, el cual comprende los actos inscribibles, así como los presupuestos, efectos y finalidad de la registración.

Por tanto, la trascendencia del registro se encuentra en la necesidad que determinados actos o negocios puedan ser conocidos por la comunidad, para la tutela de los derechos privados y en defensa de la seguridad con justicia. El Registro es, pues, un instrumento de publicidad de las relaciones jurídicas entre particulares y, por tal razón, es materia propia del Derecho Privado, aunque con distinta función y diversos fines.

2. PERFECCIONAR LA NORMA SOBRE EL REGISTRO DECLARATIVO

En nuestro medio existen autores que hasta el momento no entienden correctamente el sistema de la inscripción declarativa (arts. 1135 y 2022 CC), y siguen sosteniendo que no es posible armonizarlo con la transmisión consensual que establece el art. 949 CC. En tal sentido se ha dicho que: “la transmisión por consenso solo genera una eficacia inter-partes”, o que “se trata de una transferencia sin oponibilidad” o que “no afecta a terceros”. Todas estas afirmaciones son simplemente gazapos, pues jamás podrá admitirse una propiedad relativa o “inter-partes”.

La propiedad, por naturaleza, es absoluta (art. 923 CC), y si el mecanismo de transmisión opera con el solo contrato transmisivo (art. 949 CC), entonces el adquirente se convierte en titular dominical para todos los efectos en virtud de la citada norma legal. No es razonable pensar que la ley tenga una definición de propiedad (absoluta), pero cuando se trata de transmitir esa misma propiedad tenga otra definición (relativa). Por lo demás, desde una perspectiva práctica, considérese lo absurdo que significa admitir una propiedad “inter-partes”, ya que en ese caso, por ejemplo, el comprador no podría construir pues la Municipalidad es un tercero al que no le afectaría el vínculo contractual; o no podría arrendar porque el inquilino es un tercero; o no podría reivindicar de un usurpador porque éste también es un tercero. Es obvio que ninguna de esas hipótesis es admisible, por lo cual se concluye, a contrario sentido, que el propietario tiene la potestad de realizar cualquiera de estos actos frente a dichos terceros, por lo que su derecho es absoluto.

Por tal razón, hay que descartar la visión equivocada referida a que el art. 949 CC transfiere una propiedad relativa, pues en realidad la transmisión SE PRODUCE PARA TODO EFECTO LEGAL Y CON CARÁCTER ABSOLUTO, por lo que el comprador se convierte en propietario con poderes plenos para realizar todos los actos de uso, disfrute, aprovechamiento, administración o disposición del bien.

No obstante ello, **¿cómo puede coordinarse esta adquisición del comprador no-inscrito si la misma ley admite que un comprador inscrito sea preferido frente al primero?** Aquí es necesario tener en cuenta lo siguiente: El comprador no-inscrito es un propietario absoluto (art. 949 CC), pero corre el riesgo teórico que un segundo comprador se adelante y llegue a inscribir antes que él y, por tal condición, sea preferido en el conflicto de titularidades (arts. 1135 y 2022, 1 CC). En tal caso, el primer comprador, que era propietario absoluto, sufre la decadencia de su derecho, por ministerio de la ley, a favor del segundo

comprador que inscribe. En consecuencia, el derecho de propiedad siempre es absoluto, sea del primero o segundo comprador.

Por tanto, en la **situación de normalidad de los derechos** (sin conflicto), rige plenamente el art. 949 CC, por lo que el adquirente, sin inscripción, se convierte ya en propietario en virtud del contrato transmisivo. Aquí el registro no cumple ninguna específica función de oponibilidad, pues el adquirente, con el solo contrato, se constituye en propietario absoluto.

En cambio, **la inscripción declarativa es un criterio de preferencia que opera exclusivamente cuando se presenta un conflicto de títulos (uno inscrito y el otro no-inscrito) respecto del mismo bien, y en el cual existe un causante que ha otorgado derechos contradictorios a dos causahabientes distintos**¹²¹. El caso típico es la doble venta por la que un mismo causante (vendedor) ha otorgado dos derechos incompatibles a los causahabientes (compradores). Aquí el registro se convierte en medio de preferencia ante esa vicisitud patológica, y no es tanto un mecanismo de oponibilidad¹²². Por eso, bien puede decirse, y la expresión es correcta, que el registro declarativo es fundamentalmente uno de “preferencia”, de “garantía” o “asegurador”.

Para resolver el conflicto social, humano y real de los títulos contrapuestos, el Derecho puede optar por distintos criterios: la antigüedad del título (art. 1135 CC, en su segunda parte), o la toma de posesión (art. 1136 CC), o el registro (art. 1135 CC, en su primera parte). Pues bien, cuando el sistema legal opta por el registro para resolver los conflictos, entonces se dice que éste tiene carácter declarativo, pero ello en ningún caso lo convierte en el único mecanismo de oponibilidad, pues en situación de normalidad basta el contrato para lograr ese efecto.

En pocas palabras, **la función de la inscripción declarativa es dirimir los conflictos entre varios adquirentes provenientes de un**

¹²¹ Los profesores italianos Zatti y Colussi dicen que la publicidad del registro “es un mecanismo de solución de los conflictos entre sujetos que hacen valer sobre el mismo bien derechos en contradicción”: ZATTI, Paolo y COLUSSI, Vittorio. *Lineamenti di Diritto Privato*, CEDAM, Padua 2005, pág. 984. Una opinión análoga se encuentra en: “Una de las funciones principales de la publicidad de estos registros (inmobiliarios) es aquella de resolver el conflicto entre varios adquirentes del mismo titular”: FERRI, Luigi. *Lecciones sobre el contrato*, traducción del italiano de Nélvor Carreteros Torres, Grijley, Lima 2004, pág. 272-273.

¹²² “Pero debe observarse que, a este respecto, la transcripción no sirve para conferir eficacia erga omnes al derecho; sirve para establecer la preferencia entre dos derechos del mismo contenido, los cuales si son derechos reales, son ambos eficaces erga omnes; pero cuál de los dos derechos reales prevalezca sobre el otro, depende, no de la prioridad de la adquisición, sino de la transcripción”: MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Op. cit., Tomo III, pág. 569.

transmitente común siempre que se refiera al mismo bien¹²³. Nótese que este efecto registral solo se produce cuando existe un causante común (vendedor) del cual derivan sus derechos los causahabientes sucesivos (compradores). En este caso la propiedad originaria es incontrovertible, pues los dos compradores deben admitir y reconocer esa situación para considerarse, cada uno de ellos, titular del bien. Si uno negara la propiedad del causante entonces nada tendría que hacer en la disputa. Por tanto, la regla de la inscripción declarativa no se aplica a los casos en donde no exista causante común y, por tanto, la propiedad se mantenga en la nebulosa. Eso sucederá, por ejemplo, con las cadenas paralelas de transmisiones, en donde no existe elemento en común y, por ende, no se sabe quién es el propietario original; en las dobles inmatriculaciones, etc.

Los autores antiguos ya tenían muy en claro que los contratos por sí mismos transmiten la propiedad, AUN FRENTE A TERCEROS, siempre que esta regla no encuentre un excepcional obstáculo en caso de presentarse un conflicto entre título inscrito frente a otro no-inscrito¹²⁴. La inscripción declarativa no es un mecanismo para adquirir el derecho, sino una garantía para evitar que eventuales contradictores puedan a su vez inscribir, y ser preferidos en el conflicto. Es decir, la falta de inscripción no impide ser propietario, pero conlleva el riesgo que un tercero cualificado pueda consolidar una adquisición a *non domino* permitida por la ley y cuyo fundamento se encuentra en tutelar la seguridad jurídica en la circulación de los bienes.

Por tales razones, el nuevo artículo 2022 debería tener la siguiente redacción:

“En caso de conflictos entre titulares de derechos reales que provienen de un causante común, tiene preferencia el tercero de buena fe que inscribe primero.

Si se trata de prohibiciones o restricciones contractuales de la propiedad, permitidas por ley, pero no inscritas, no surten efecto cuando pretendan oponerse a un tercero inscrito de buena fe”.

3. EL ACREEDOR EMBARGANTE NO ES TERCERO REGISTRAL

¹²³ GAZZONI, Francesco. *Manuale di Diritto Privato*, Op. cit., pág. 281.

¹²⁴ GIORGI, J. *La teoría de las obligaciones en el derecho moderno*, traducción del italiano por la Redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid 1911, Volumen IV, pág. 301.

El Registro protege a los terceros adquirentes de buena fe, por lo que un punto previo del debate es dilucidar si el acreedor embargante es realmente un “tercer adquirente”. Si la respuesta es negativa entonces el debate carece de sentido.

El acreedor quirografario, esto es, quien tiene un crédito sin garantías, tiene el derecho de exigir el cumplimiento por parte del deudor de una prestación de carácter patrimonial. Para asegurar dicho cumplimiento se ha establecido la **responsabilidad patrimonial del deudor**, es decir, que el íntegro de su patrimonio presente y futuro de éste, como sujeto individual, queda expuesto a la acción del acreedor.

Nótese que el acreedor quirografario, al momento de celebrar el contrato u otorgar el crédito, no tiene derecho alguno sobre un bien específico del deudor, pues en realidad solo cuenta con la responsabilidad patrimonial o “garantía genérica”, cuyo significado es el siguiente: *“con esta expresión se indica, de modo tal vez más directo, que todos los bienes comprendidos en el patrimonio del deudor aseguran una <garantía genérica> del crédito: donde <garantía> significa posibilidad de satisfacerse en caso de cumplimiento, y <genérica> significa que el acreedor no tiene un particular derecho sobre este o aquel bien, sino un derecho de proceder a la ejecución forzada con respecto a cualquier bien embargable que se encuentre en el patrimonio del deudor”*¹²⁵.

Siendo así, el acreedor nunca es “tercer adquirente de un bien”, pues la propia naturaleza de su derecho impide que se concrete o exteriorice sobre un bien específico o determinado. Por tanto, cuando el acreedor celebra el negocio jurídico y lleva a cabo el acto de disposición patrimonial, solo adquiere un derecho (de crédito), pero que no le otorga ninguna titularidad sobre bien concreto.

Ni siquiera el acreedor embargante es “tercero” pues **para ello se necesita que un sujeto adquiera un derecho con base o sobre la confianza directa del registro**. En el caso del embargante su crédito no tiene relación alguna con la publicidad registral, ya que el préstamo se otorgó antes del embargo, y por la sola condición personal del deudor, sin que en ningún momento el crédito se haya condicionado a la garantía registral sobre un bien específico. En otras palabras, si yo adquiero un derecho (de crédito) al margen del registro, ¿por qué quiero ampararme en él?

¹²⁵ ZATTI, Paolo y COLUSSI, Vittorio. *Lineamenti di Diritto Privato*, Op. cit., pág. 354.

El Registro protege a los terceros que adquieren derechos de buena fe confiados en la publicidad registral. El acreedor, y luego embargante, adquiere su derecho sin tener en cuenta el registro, pues el crédito lo otorgó al margen de éste. Por tanto, no puede prevalerse del registro ni se le reputa tercero. Un ejemplo termina por aclarar las cosas: supongamos que A aparece como propietario inscrito de un edificio, pero en realidad éste le pertenece a B, quien sufre múltiples deudas. En tal contexto, el edificio se cae y ocasiona serios daños al vecino C, por lo que se activa la responsabilidad civil por caída del edificio regulada en el art. 1980 CC. Pues bien, C no puede considerar que A es propietario del bien, aunque esté inscrito, y ello por una razón muy simple: C no adquiere el derecho (a la indemnización) por su confianza en el registro, ¿o acaso éste fue víctima de la caída porque consultó el registro? Por tanto, resulta tan absurdo considerar tercer adquirente al acreedor que resulta de un daño extra-contractual (acreedor fortuito), como ocurre con el acreedor embargante, pues ninguno de ellos adquirió el derecho (de crédito) en virtud de una relación directa con el registro, tomándolo como base, o porque se le consultó y se adquirió un derecho como consecuencia directa. En otras palabras, dichos “terceros” no contrataron por obra del registro, y siendo ello así no son terceros adquirentes con protección registral. La cuestión es clara y simple.

En línea de resumen puede señalarse que la mejor doctrina sostiene que el tercero a efectos registrales debe contar con los siguientes elementos:

- i) Es aquel sujeto **ajeno a un hecho jurídico contradictorio**, que puede ser un negocio no-inscrito o un negocio inscrito, pero cuya causa de nulidad no es conocida.
- ii) Es aquel sujeto que consume una adquisición con la base directa del registro, es decir, dicho tercero actúa confiado en la información registral y por ella decide contratar. Por tal motivo, no se incluye en este ámbito a la persona que adquiere un derecho sin tomar en cuenta el registro, pues celebra el acto de disposición con prescindencia objetiva de las situaciones jurídicas inscritas. “*La confianza tutelada por la norma es aquella que induce al confiante a realizar un acto correspondiente a la apariencia suscitada, calificado de ‘acto de disposición’ o ‘inversión de confianza’*”¹²⁶. Esta cuestión se encuentra fuera de toda duda, a tenor de la doctrina germánica que dio origen a los principios reguladores del Registro.

¹²⁶ EIZAGUIRRE, José María de. *Derecho Mercantil*, Ed. Civitas. Madrid 2001. Pág. 238.

- iii) El sujeto debe actuar de buena fe, esto es, desconocer el hecho jurídico contradictorio a pesar de haber tenido una actuación diligente.
- iv) El sujeto debe contar con un título oneroso, pues solo se protege a quien pierde un derecho y no a quien solo pretenda asegurar un lucro.

Para nuestro tema, nótese que la confianza que tiene el tercero en la apariencia siempre debe originarse en un acto de tráfico u oneroso, es decir, el sujeto adquiere un derecho en base a su confianza en el registro y en tal virtud consume una atribución jurídica. Eso está claramente establecido por el profesor alemán Claus Wilhem Canaris y su monografía clásica *Vertrauenshaftung* (literalmente: “Responsabilidad por la Apariencia”)¹²⁷.

Una doctrina desviada ha dicho por allí que “el Derecho no puede desconocer la fuerza de la apariencia”, y por ello debe merecer tutela la posición del acreedor embargante¹²⁸. Vayamos por partes. La apariencia implica que un sujeto confía en una situación objetiva en la cual cree y sobre la base de la cual perfecciona un acto de adquisición. Nótese que esto no ocurre con el acreedor embargante; por tanto, la doctrina de la apariencia queda fuera de contexto. En efecto, el acreedor da un crédito o concede un préstamo sin vinculación alguna con el registro; no adquiere derecho sobre bien alguno ni condiciona el crédito a una garantía real; por tanto, **su adquisición se produce sin confiar en la apariencia registral, y se realiza al margen de ella**. El primer requisito para que opere la doctrina de la apariencia es uno objetivo o material, que alude a la situación de hecho en que se apoya el tercero. Es decir, “*el tercero se apoya para actuar, en la información que se ofrece oficialmente, en el acto o actos jurídicos realizados, o en la mera situación de hecho*”¹²⁹.

¹²⁷ CANARIS señala los siguientes elementos: a) El supuesto base de la confianza (*Vertrauensstatbestand*) que constituye un hecho notorio que sirve de base objetiva a la apariencia; b) el tercero debe contar con buena fe, ya sea falta de conocimiento de la verdadera situación jurídica, o exigir, además, la diligencia en la comprobación; c) la confianza debe dar lugar a un acto de tráfico (oneroso); d) imputabilidad al titular de causar el supuesto base de la confianza: EIZAGUIRRE, José María de. Op. Cit., pág. 231-232.

¹²⁸ RONQUILLO PASCUAL, Jimmy. “Análisis del conflicto entre derechos de distinto contenido que recaen sobre un mismo bien inmueble inscrito”. EN: *Actualidad Jurídica*, Gaceta Jurídica, Tomo 190, Septiembre 2009, pág. 86.

Este artículo es un **ejemplo paradigmático de doctrina conceptual, absolutamente inútil, superflua y prescindible**. Así lo catalogamos en: GONZALES BARRÓN, Gunther. *La nueva doctrina del derecho registral. Jurisprudencia de la Sala Transitoria del Tribunal Registral*, Jurista Editores, Lima 2010, pág. 25.

¹²⁹ BUSTOS PUECHE, José Enrique. *La doctrina de la apariencia jurídica*. Ed. Dykinson. Madrid 1999. Pág. 70.

Si alguien da un crédito sin que le importe el registro, entonces no puede correr a él, luego que su deudor no le paga, para solicitar una protección especial que no requirió ni la merece. Esta situación tiene también un evidente correlato económico: si se otorga un crédito personal, sin garantía real, entonces se eleva la tasa de interés por el mayor riesgo de incumplimiento; pues bien, si el acreedor corre un riesgo adicional a cambio de obtener mayor lucro con las tasas más elevadas, pues no tiene sentido que la ley pretenda amparar en forma especial a quien buscó obtener mayor ventaja precisamente gracias al aumento de su riesgo, asumido en forma libre y voluntaria. En otras palabras, el que no utilizó el registro para prestar dinero, no puede luego ampararse en los beneficios de éste en el momento muy posterior en que el deudor no paga. El que otorga un crédito personal asume mayor riesgo pues deja al deudor en la libertad de decidir y actuar sobre su patrimonio.

Entonces, ¿cómo se invoca la tutela de la apariencia, si el acreedor no tuvo en cuenta esa apariencia para contratar? El tema es claro y evidente, pero para cierta doctrina jurídica que se expone en nuestro país, hoy se necesita probar y fundamentar hasta lo obvio.

Por estos argumentos, hace tiempo se ha indicado que el acreedor embargante no es tercero, tal y como aparece de la siguiente cita:

“¿Se considerarán como terceros los acreedores que no tengan un derecho real sobre la finca enajenada, gravada o hipotecada?, o lo que es lo mismo, ¿podrán los acreedores quirografarios, por ejemplo, y garantidos de cualquier manera que no sea con hipoteca, pretender que la enajenación o gravamen que no está inscrito no pueda perjudicarles, y que deben ser reputados como terceros para los efectos de la ley? Nuestra opinión es que no deben ser considerados terceros. Verdad es que no han intervenido en el acto o contrato; pero no debe perderse de vista que todo lo que se establece en la Ley respecto al conflicto de derechos que puede haber entre varios, se refiere solo a los derechos reales. La omisión en inscribir un derecho de esta clase en que incurre el adquirente, no induce a error a los acreedores que no han creído que debían exigir hipotecas, o que no han sido bastante previsores para buscar su seguridad y completa garantía en las cosas en lugar de confiar en las personas. No pueden, pues, convertir la omisión en su provecho, ni pretender que no se anteponga a ellos el acreedor hipotecario que dejó de

inscribir, si realmente puede probar la autenticidad de su crédito real. Por la misma razón no podrá el que entabla un juicio ejecutivo en virtud de alguna deuda simple, y obtiene embargo de una finca que había sido vendida por su acreedor a otro, aunque no haya inscrito su dominio, pretender que el derecho de éste legítimamente probado sea pospuesto al suyo que no tiene el carácter de crédito real, sino el de personal”¹³⁰.

Por tanto, debe tenerse en cuenta que el titular de un derecho de crédito, que no exige una garantía real, se queda en el ámbito de los derechos personales, lo cual permite al deudor que mantenga la gestión libre de su patrimonio, incluso mediante enajenaciones y adquisiciones a terceros sin ninguna atadura jurídica. Por el contrario, el derecho real que nace de una garantía vincula al sujeto con el bien de tal suerte que sí se opone a los terceros adquirentes¹³¹. En el primer caso, al acreedor no le importó el registro pues dio un crédito personal sin vincularlo a un bien; mientras en el segundo caso, el acreedor dio el crédito subordinado a la adquisición registral de la garantía. Son dos hipótesis radicalmente distintas y entre ellas no cabe la analogía. No hay igual razón y, por ende, no hay igual derecho¹³².

Si el propietario no-inscrito es negligente por no inscribir (aunque ello no siempre es cierto), entonces también debe considerarse que el acreedor embargante es igualmente negligente, pues no pidió en su oportunidad la constitución de una garantía real. No es posible que intentemos castigar al primero, normalmente un ciudadano ordinario con escasa información y nula cultura jurídica; y en cambio sí protejamos la actuación culposa del acreedor a quien no le interesó adquirir con base en el registro, pese a que normalmente se trata de una entidad financiera o empresarial poderosa, con amplia información y conocimiento jurídico. La doctrina de “lo mío es tuyo” pretende beneficiar a los poderosos y castigar a los pobres, aun cuando ambos sean negligentes. Nótese el evidente carácter ideológico de esta propuesta que demuestra, fuera de toda duda, que el Análisis Económico del Derecho y el neo-

¹³⁰ Esclarecedora cita de Gómez de la Serna, que se hace en el no menos interesante artículo de: GORDILLO CAÑAS, Antonio. *El principio de inoponibilidad: el dualismo moderado de nuestro sistema inmobiliario registral*. EN: *Anuario de Derecho Civil*. Tomo LVII. Fascículo II. Abril-Junio 2004. Pág. 530-531.

¹³¹ TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di Diritto Privato*, Giuffrè Editore, Milán 1998. Pág. 113.

¹³² Así se desvanece otro de los fundamentos (absurdos) en pro de considerar al embargante como tercero registral, y que consiste en igualar (por analogía) la posición jurídica de éste con el acreedor hipotecario: RONQUILLO PASCUAL. Op. Cit. Septiembre 2009. Pág. 85 (nota 60).

dogmatismo puro sirven a los mismos fines¹³³, esto es, la primacía de los que ya son privilegiados bajo la alabanza exagerada de la libertad y la seguridad jurídica.

Se propone incluir un tercer párrafo en el art. 2022 para simplificar su comprensión:

“(...) El acreedor que anota un embargo en el registro no tiene el carácter de tercero registral, por lo que dicha anotación solo produce el efecto de oponerse a los derechos reales constituidos con posterioridad”.

4. EL CONFLICTO ENTRE DERECHOS DE DISTINTA NATURALEZA

Sobre el particular vale señalar que **nadie en la doctrina seria ha sostenido que no exista diferencia entre los derechos reales y de crédito**; y menos como consecuencia de la premisa referida a que los derechos de crédito son derechos absolutos. En efecto, es conocido que los derechos de la personalidad (como el derecho a la vida, la integridad física, el honor, etc.) son titularidades absolutas, pues nadie puede interferir sobre ellas; sin embargo, esa conclusión no puede llevar a sostener que *“los derechos de la personalidad son lo mismo que los derechos reales ya que ambos son absolutos”*. Si dos tipos de derechos “son absolutos”, eso no significa que sean lo mismo; y esa misma conclusión se da en el caso de los derechos reales y de crédito, si es que suponemos acertado considerarlos como absolutos, lo que resulta altamente dudoso. **El error parte de considerar que la existencia de un hipotético elemento común entre dos objetos hace que éstos ya no puedan diferenciarse**. La falla en el razonamiento es grave y demuestra falta de rigurosidad.

Por tanto, aun en la hipótesis negada que el crédito fuera un derecho absoluto, ese solo elemento común no podría ser suficiente para considerar que el crédito y la propiedad, por ejemplo, son lo mismo y no tienen diferencia alguna. **Sería necesario que la identidad sea de esencia y función, y no solo de carácter**. Nuevamente reiteramos un

¹³³ Por eso me alegra mucho que el dogmatismo finalista (con valores) de mis amigos Rómulo Morales y Leysser León, los haya llevado a criticar en forma rotunda la Sentencia de la Corte Suprema, referida al primer pleno casatorio, en la cual se establece el valor de cosa juzgada de transacciones extrajudiciales claramente abusivas, injustas e inmorales. En ese caso, nuevamente, se privilegió a la poderosa empresa minera, transnacional y millonaria, y se perjudicó el interés de los pobres que deben cargar con los daños que sufren y padecen, pero provocado por otros.

ejemplo ya antes mencionado, pero nunca refutado: supongamos que una mesa y un jarrón son de color rojo; ambos comparten un carácter, pero nadie en su sano juicio podría considerar que los dos objetos son la misma cosa o cumplen la misma función.

Los derechos absolutos tienen un contenido esencialmente caracterizado por la potestad mediante la cual el titular satisface por sí mismo su interés; siendo que de ese poder se deriva la tutela externa frente a terceros. En cambio, los derechos relativos son relaciones contra determinados sujetos cuya ejecución frente a ellos es esencial para la satisfacción del interés del acreedor; por tanto, si los derechos de crédito tienen alguna tutela frente a terceros ésta es secundaria pues no está dirigida a que se actúe el contenido mismo del derecho, sino a conservarlo contra determinadas interferencias ajenas. El derecho real, por el contrario, tiene una tutela frente a todos con carácter de primaria y esencial, pues con ella se logra actuar el derecho mismo.

En el derecho real, el contenido mismo de la titularidad conlleva un disfrute exclusivo del bien, y en caso de interferencia ajena el titular puede actuar contra cualquier tercero para eliminar la injerencia y volver actual el ejercicio de su derecho. En cambio el derecho de crédito conlleva una prestación que solo puede ejecutarla el mismo deudor, esto es, la titularidad se actúa y se hace efectiva con el obligado, y no con otro sujeto. Esto no quita que el derecho de crédito pueda ser destruido por un tercero, pero eso no lleva a que el tercero se convierta en deudor y satisfaga directamente el interés del acreedor, sino simplemente a que deberá resarcir el daño irrogado, pero en ningún caso es el deudor de la relación jurídica. En los derechos reales, en cambio, cualquier tercero puede convertirse en el obligado a devolver el bien si interfiere sobre derecho ajeno.

En conclusión, y según la mejor doctrina, la distinción entre derechos absolutos y relativos queda firme y segura¹³⁴.

¹³⁴ Por todos: BIANCA, Massimo. *Diritto Civile*. V. 6. *La Proprietà*, Giuffrè Editore, Milán 2005, pág. 31-32.

El contradictor utiliza un sofisma para cuestionar al maestro italiano: “ello es verdad, pero también lo es que el propio Bianca acepta que terceros ajenos a la relación obligatoria puede interferir en esta y que, por lo tanto, se debe admitir una tutela contra dichas ingerencias” (RONQUILLO PASCUAL. Op. Cit. Septiembre 2009. Pág. 79. Nota 23). Se trata de un sofisma pues una cosa no tiene nada que ver con la otra; por lo cual se hace una vinculación forzada entre dos afirmaciones de las que no se puede extraer inferencias pues no son interdependientes. En efecto, que se admita excepcionalmente, y por prohibición de enriquecimiento injusto, la protección contra interferencias de terceros no significa que el crédito sea derecho absoluto, pues su contenido solo lo actúa el deudor; y en tal sentido siempre es derecho relativo.

Por tal motivo, la supremacía del derecho real sobre el derecho personal se impone desde una perspectiva lógica. Recordemos el caso del **arrendatario** que no se opone al **nuevo propietario de la cosa**, pues el primero solo tiene un vínculo personal que no afecta a terceros, por lo que el segundo no ve menoscabada su situación jurídica en tanto el primero solo actúa en el ámbito limitado de la relación contractual de arrendamiento. Así, el Código Civil consagra efectivamente que el nuevo propietario puede solicitar el desalojo al arrendatario por el simple hecho de que se trata de un vínculo personal que no afecta a terceros, ni siquiera si conocía de su existencia (art. 1708-2 CC). Otro tanto ocurre con el contrato de comodato, que es una relación solo obligacional, por la que nunca se opone a los terceros adquirentes, e incluso no se opone a la misma contraparte cuando ésta requiera la devolución del bien por urgencia imprevista (art. 1736 CC).

Cuando dos particulares celebran un contrato de arrendamiento o de comodato, ellos conocen perfectamente que están creando una relación jurídica de índole obligacional, de carácter más débil por cuanto no se opone a terceros. Es decir, si desde el origen pacté un negocio que no tiene eficacia real, ¿cuál puede ser la razón para luego reclamar ese efecto que antes no quise y rechacé? Téngase en cuenta que si el mismo bien es vendido posteriormente a un nuevo propietario, entonces éste tiene todo el derecho de exigir la devolución del mismo, y los poseedores con título obligacional no tienen nada que oponer, pues desde el principio conocían que su derecho era personal, y nada más, salvo la hipótesis excepcional de la inscripción del arrendamiento.

En buena cuenta, un arrendatario o comodatario sufre el riesgo de la falta de oponibilidad frente a terceros, y a ello se somete cuando acepta celebrar cualquiera de esos contratos. En cambio, si el mismo sujeto deseaba la tutela sustancial de efecto real, entonces debió convenir en un usufructo o superficie. El problema es que esos negocios seguramente le representarían una mayor inversión pues el propietario sufre una metafórica desmembración del dominio, y queda de esa manera grandemente disminuido en sus relaciones con terceros. Hay una especie de equivalencia simétrica y, por eso, justa: si quieres más protección (real) entonces el título seguramente te costará más; pero si te conformas con menor protección (obligacional), el título te costará menos. Por tanto, no hay razón jurídica, económica o moral por la cual quien se conformó con un derecho personal, de menor eficacia y valor más reducido, pretenda luego invocar que tiene una “titularidad real”, como si éste tuviera idéntica incidencia que un crédito. En tal sentido, la superioridad del derecho real, en conflictos con los obligacionales, se

impone por la propia naturaleza de las cosas y por respeto a la palabra empeñada, que es uno de los pilares básicos del orden jurídico patrimonial.

Ahora bien, el carácter general de la regla de superioridad del derecho real sobre el de naturaleza personal, aconseja que el actual segundo párrafo del art. 2022 se traslade del Libro IX al Libro V del Código Civil; por ejemplo, ocupando el espacio dejado por alguna de las normas derogadas. Es el caso del art. 884, cuyo nuevo texto podría ser el siguiente:

Art. 884: “Los conflictos entre un derecho real y otro personal sobre un mismo bien, se dirimen a favor del primero por su natural oponibilidad y persecutoriedad frente a terceros, salvo disposición legal diferente”.

No escapa a nuestro entendimiento que esta norma tiene un carácter fundamentalmente doctrinal, por lo que su ubicación natural es un libro de texto; empero, bien vistas las cosas, la hipotética derogatoria de este precepto sería una solución más peligrosa, pues habrían muchos “teóricos” que pensarían que el Legislador optó por la regla contraria, esto es, que los derechos reales y de crédito pueden entrar en conflicto sin que uno se encuentre en primacía sobre el otro, por lo que terminarían igualándolos.

5. DELIMITACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRIORIDAD

El principio dogmático que rige la ordenación de los créditos es la igualdad de los acreedores (*par condicio creditorum*); por eso los privilegios se configuran como excepcionales: su reconocimiento está condicionado a que se encuentren configurados y reconocidos por la ley (tipicidad). La ordenación legal y formal de los privilegios es una exigencia para la perfecta graduación y jerarquización de los créditos en el concurso y la tercería. Desde el mismo momento de la declaración de concurso, se sabe cuáles son los acreedores privilegiados y cuál es su lugar en el concurso. **Por medio de la publicidad se preconstituye un rango y una preferencia.** El paradigma del rango es el hipotecario. Por medio de la hipoteca, el crédito se realiza sobre el bien hipotecado y puede afectar a los terceros adquirentes. También la anotación preventiva de un crédito (embargo) reserva el rango del crédito, el cual

se puede ejercer frente a terceros adquirentes del bien sobre el que se haya anotado el crédito¹³⁵.

Por origen histórico, y por cuestión dogmática, el principio de prioridad registral surge como mecanismo para jerarquizar los créditos y reservar el rango a partir del cual se ubica el crédito con afectación a los terceros en general. Por tal razón, el concepto estricto de prioridad se halla en este ámbito. La interpretación desmesurada de la prioridad registral lleva a confusión por la idea generalizada que ésta sirve para solucionar todo tipo de conflictos inmobiliarios, olvidando que la prioridad tiene un ámbito de aplicación estricto y delimitado por historia y dogmática. El hecho que el principio de prioridad presuponga dos o más inscripciones¹³⁶ en la misma hoja registral, hace inferir efectivamente que actúa en el caso de inscripciones compatibles (caso contrario, el tracto sucesivo impediría la segunda inscripción), cuyo supuesto típico son los créditos inscritos o anotados, que necesitan jerarquizarse entre sí. Creemos que esta concepción técnica y estricta del principio registral de prioridad se puede deducir del artículo 2016 del Código Civil¹³⁷, así como de la voluntad del legislador expresada en la Exposición de Motivos: *“Este artículo reconoce el principio de prioridad de rango, que es la que se produce respecto de derechos sucesivamente inscritos, con posibilidad de concurrencia registral. En este caso, los derechos inscritos no se excluyen pero sí se jerarquizan en función de la antigüedad de su inscripción”*¹³⁸.

En tal sentido, el Derecho privado moderno reconoce que, salvo excepciones, el privilegio y rango de los créditos se adquiere por la

¹³⁵ ALVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio. *Curso de derecho de obligaciones*, Tomo I, pág. 188-192.

El **rango** de un crédito implica que la obligación adquiere un *status* especial, por el cual los bienes afectados a un crédito también resultan oponibles a terceros (efecto persecutorio). Por otro lado, el **privilegio** alude a la preferencia de un crédito frente a los demás créditos del mismo deudor; esto es, el derecho a cobrar antes que los demás. Esta preferencia puede hacerse efectiva por medio de una tercería (de pago) o en el procedimiento concursal, pero no tiene efecto persecutorio: *Ibíd.*, pág. 187.

¹³⁶ No tendría sentido hablar de prioridad registral cuando en el Registro sólo aparece inscrito o anotado un crédito. ¿Prioridad frente a quién? Sobre el particular, se ha dicho: “No cabe hablar de prioridad sin asociar la idea de dualidad o pluralidad. El caballo que se entrena sólo en la pista llegará a la meta antes o después, pero no se puede decir que llegó el primero. Cuando son varios los que corren, habrá un primero que conseguirá el premio de la carrera y los demás serán catalogados en segundo, tercero, etc., lugar. Lo mismo sucede en nuestro sistema; para que la prioridad tenga un valor se requiere por lo menos dos títulos contradictorios; uno de los cuales llegó el primero al recinto acogedor del Registro”: RUIZ, Francisco. “El principio de prioridad”. EN: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Número 295, diciembre 1952, pág. 866.

¹³⁷ Art. 2016 CC: *La prioridad en el tiempo de la inscripción determina la preferencia de los derechos que otorga el registro*. La norma presupone la coexistencia de “derechos” (más de uno) para jerarquizarlos a través de la prioridad en el Registro.

¹³⁸ COMISIÓN REVISORA DEL CÓDIGO CIVIL. *Exposición de Motivos Oficial del Código Civil—Registros Públicos*, separata especial publicada en el diario oficial el 19 de noviembre de 1990, pág. 17.

inscripción, y el conflicto entre ellos se resuelve por la prioridad de la inscripción como mecanismo de jerarquización y graduación de créditos. Éstos acceden al Registro a través, principalmente, de dos fórmulas jurídicas: la hipoteca y la anotación preventiva. De esta forma, la función del Registro no es sólo la de garantizar los derechos de los adquirentes de buena fe, o de otorgar rango preferente a la inscripción de la hipoteca, sino además tiene el objetivo de tutelar el crédito mediante la simplificación y racionalización del concurso de los acreedores y del régimen de las tercerías¹³⁹. En buena cuenta, los orígenes históricos y la explicación dogmática del principio de prioridad registral apuntan a que éste es un mecanismo preconstituido de jerarquización de los créditos. Por tal razón, los Registros primitivos (meramente hipotecarios) sólo consideran el principio de prioridad.

Debemos distinguir el “concepto estricto” de prioridad, con respecto al por nosotros llamado “concepto amplio”. El primero alude al mecanismo para graduar inscripciones compatibles entre sí; en cambio, el segundo alude a la eficacia temporal de la inscripción, es decir, la determinación del momento preciso en que una situación jurídica cuenta con la eficacia de publicidad legal a su favor. El “concepto amplio” no se refiere a la prioridad, sino a la inscripción y su eficacia temporal¹⁴⁰. Un ejemplo servirá para aclarar el panorama: normalmente se dice que una inscripción “tiene prioridad” desde la fecha del asiento de presentación; pero en este caso se utiliza el término en sentido no-técnico (“amplio”), pues en ningún momento se ha querido hacer referencia a que esa inscripción esté en liza con otra análoga sobre un derecho compatible. En realidad, el momento cronológico en el que una inscripción existe para el mundo del derecho es un problema singular de ese asiento registral, y está vinculado solo con la eficacia temporal de las inscripciones. Por tal motivo, todo asiento registral tiene siempre una fecha de eficacia (asiento de presentación), pero eso no significa que todo asiento registral dé lugar al juego de la prioridad, ya que para ésta

¹³⁹ ALVAREZ CAPEROCHIPI. Op. Cit., Tomo I, pág. 200-201.

¹⁴⁰ Los negocios jurídicos no surgen de ordinario ni nacen a la vida del derecho de una manera súbita. En casi todos se puede observar un período de preparación o de gestación, en el que los interesados perfilan, evalúan y deciden sobre su celebración. En la constitución, modificación y extinción de derechos sobre fincas con vida registral, la mayoría de los sistemas registrales se cuidan de fijar el momento crítico, de excepcional importancia (día y hora de presentación en el Registro) para resolver los posibles conflictos y para desplegar a favor del primero que presentó su título, toda la potencial energía de defensa que la ley ha confiado a los Registros de la Propiedad, en atención a la seguridad del tráfico. Pierden en este caso importancia, o al menos se aminoran, el momento de la toma de posesión y aun la fecha del título, pues la fecha de ingreso en el Registro determina la preferencia o superioridad. En este ámbito, el principio de prioridad determina la preponderancia que se da al factor “tiempo” para resolver posibles colisiones de derechos subjetivos, en relación con el Registro: RUIZ, Francisco. Op. Cit., pág. 870-871.

se necesitan dos o más derechos compatibles que hayan accedido al registro.

Por último, el concepto “estricto” de prioridad permite clarificar el ámbito de aplicación de los otros principios registrales, tradicionalmente reconocidos por la doctrina y la legislación. La prioridad y la inoponibilidad están vinculados, pero no son lo mismo. La inoponibilidad es un mecanismo técnico ideado para privar de eficacia a un acto **incompatible** frente a otro que sí goza de oponibilidad. De esta manera se logra que el acto no-inscrito sea considerado inexistente frente al acto del tercero inscrito, por lo cual este último goza de la protección legal. La inoponibilidad tiene como fin solucionar conflictos entre derechos incompatibles. En cambio, la existencia de actos **compatibles** entre sí (como son los créditos asegurados con hipotecas o embargos), no se rigen por la inexistencia de uno frente al otro, pues según su naturaleza todos ellos pueden coexistir, siendo suficiente que los distintos créditos (compatibles) se gradúen entre ellos por efecto de la fecha de su inscripción (prioridad). No es que el crédito posterior sea inexistente frente al anterior, simplemente los dos son existentes frente al deudor común, sólo que uno de ellos permitirá al acreedor cobrar antes¹⁴¹.

En consecuencia, sería conveniente que el art. 2016 sea objeto de una delimitación más precisa, aunque hoy ya se llegue a la misma conclusión por vía interpretativa:

Art. 2016: *“La fecha de la inscripción determina la preferencia de los derechos compatibles que se inscriban en el registro”*.

6. EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD NO SE APLICA A LOS REGISTROS DE PERSONAS

Este tema también ha merecido mucha discusión en la doctrina del Derecho mercantil. Por ejemplo, GARRIGUES sostuvo que la mayoría de las inscripciones en el Registro Mercantil no determinan ningún orden de preferencia, precisamente porque no se inscriben derechos sino

¹⁴¹ ¿Cuáles son las diferencias entre la oponibilidad y la prioridad? La oponibilidad supone la incidencia efectiva de las situaciones jurídicas en el ámbito de los terceros, y el resultado de esta oponibilidad en el Registro inmobiliario es un determinado orden entre los elementos de la misma situación jurídica. Este orden o graduación, según PAU PEDRÓN, no es consecuencia del principio de prioridad como normalmente se reconoce, sino consecuencia del principio de oponibilidad. Esta afirmación es correcta, siempre que entendamos que la oponibilidad tiene su ámbito de aplicación en el conflicto entre derechos incompatibles, mientras la prioridad juega su papel para graduar derechos compatibles, básicamente créditos.

hechos jurídicos internos de la propia sociedad, y rara vez se produce conflicto entre posiciones jurídicas contradictorias¹⁴². En este mismo sentido se dice que el Registro Mercantil es un registro de documentos en los que solo se recogen hechos¹⁴³.

Algunos autores han pretendido señalar que la prioridad, en el ámbito mercantil, no puede operar con carácter de preferencia, ya que éste únicamente se produce en el ámbito de los derechos reales constituidos sobre un mismo bien, y por tanto señalan que en este Registro el principio de prioridad debe ser redimensionado, y que en todo caso tiene poca importancia¹⁴⁴. En tal sentido, se dice que la prioridad solamente tiene una aplicación “práctica” en este Registro, y de carácter formal para justificar el rechazo de títulos incompatibles respecto de una situación previamente inscrita¹⁴⁵.

En opinión nuestra, estos fundamentos sirven más bien para descartar el principio de prioridad en el Registro de Sociedades. En efecto, no existen dudas que la prioridad implica un criterio de preferencia de derechos en conflicto que toma como base la inscripción (art. 2016 CC); por tanto, si en un registro no se inscriben derechos que concurren sobre un mismo bien, entonces la consecuencia lógica es que dicho principio no cumple ninguna función. Además, el hecho de afirmar que éste es un principio “formal” constituye ya una negación de su existencia, por cuanto la prioridad en su real concepto siempre es un mecanismo sustantivo, y no formal, para dilucidar la prelación de derechos concurrentes sobre una misma entidad objetiva. En conclusión, no se puede forzar la interpretación de los preceptos y reglas técnicas propias del registro inmobiliario a efectos de hacerlas calzar en el mundo de las sociedades. Por tanto, la solución que se impone es descartar la prioridad de los registros personales.

A continuación vamos a realizar un análisis de las hipótesis más usuales que la doctrina considera como actuación de la prioridad, y sobre las que haremos un comentario a la luz de nuestra postura¹⁴⁶:

¹⁴² ESTURILLO LÓPEZ, Antonio. *Estudio de la legislación sobre el Registro Mercantil. Práctica de legislación mercantil societaria*, CRPME, Madrid 1992, pág. 324.

¹⁴³ NUÑEZ LAGOS, Rafael. *El Registro de la Propiedad Español*. EN: *Actas del I Congreso Internacional del Notariado Latino*, pág. 74.

¹⁴⁴ ESTURILLO LÓPEZ. Op. Cit., pág. 325.

¹⁴⁵ CASADO BURBANO, Pablo. *Los Principios Registrales Mercantiles*, CRPME, Madrid 2002, pág. 215.

¹⁴⁶ En este punto vamos a realizar un análisis de las hipótesis formuladas por uno de los autores más preocupados en el tema: *Ibid.*, pág. 217 ss.

- i) La llamada prioridad formal que deriva del asiento de presentación.
- ii) El cierre del registro frente a títulos opuestos o incompatibles con situaciones jurídicas ya registradas, aunque sean de igual o anterior fecha.
- iii) La inscripción de una denominación social en forma previa otorga un derecho prioritario de exclusión frente a quienes pretendan utilizarla *a posteriori*.

La primera hipótesis se refiere al hecho que la inscripción tiene efecto retroactivo desde la fecha del asiento de presentación, y constituye éste un recurrente ejemplo de la pretendida aplicación del principio de prioridad. Sin embargo, debemos rechazar esa afirmación, pues el tema aquí referido trata de la EFICACIA TEMPORAL DE LA INSCRIPCIÓN, esto es, desde qué momento temporal se considera que el asiento de inscripción produce sus efectos formales y sustantivos. No se trata de un problema de prioridad, que implica necesariamente la concurrencia de derechos sobre una misma entidad objetiva y prevalencia de unos sobre otros, sino la eficacia aislada de una inscripción, sin necesidad de concurrir con otros derechos. Ejemplo: A y B son dos acreedores hipotecarios, pero uno de ellos tiene mejor derecho pues se funda en una inscripción precedente; aquí sí está en juego la prioridad. Ahora supongamos que A presenta su título de hipoteca al registro; aquí el problema es estrictamente individual, no referible a ningún conflicto con un hipotético B, y se refiere al momento cronológico en el que se comienza a computar la eficacia de la inscripción que se produzca. Por tal motivo, es claro que la llamada prioridad formal NO TIENE RELACIÓN DIRECTA CON EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD, y se refiere exclusivamente al efecto temporal del asiento de inscripción, entendido éste en su ámbito individual; en cambio, la prioridad opera en el ámbito colectivo, es decir, cuando existe conflicto de derechos sobre un mismo bien, y la fecha de las distintas inscripciones (con retroacción a la presentación) se convierte en criterio de prevalencia.

La segunda hipótesis se refiere a los títulos que son opuestos o incompatibles con otros que ya se encuentran inscritos¹⁴⁷, aunque aquellos sean de anterior o igual fecha. Por ejemplo, dos juntas generales de la misma fecha nombran diferentes administradores para cubrir las

¹⁴⁷ No se considera que exista incompatibilidad en los siguientes casos: cuando el título presentado después (de fecha anterior) confirma el ya inscrito, cuando el presentado después constituye un requisito para la inscripción del presentado antes, cuando el documento presentado después (anterior) reconoce la existencia del ya inscrito, cuando el presentado después (anterior) solamente confirma la nulidad del presentado antes: Ibid., pág. 223-224.

mismas vacantes. Aquí parece correcto que el primer nombramiento cierre el registro con respecto al posterior. Según una opinión autorizada, estaríamos en presencia de la prioridad excluyente (cierre del Registro) derivada del rigor cronológico de la entrada de los títulos¹⁴⁸. Esta postura merece una rápida respuesta: Primero, la única manifestación del principio de prioridad es la de rango (art. 2016 CC), por cuanto la llamada “excluyente” no es sino un efecto –de rechazo de la inscripción– derivado de la aplicación del tracto sucesivo; por tal motivo, en línea de principio, esta opinión tendría en realidad como fundamento el tracto, y no la prioridad. Segundo, tampoco se necesita acudir en este caso a la figura del tracto (o prioridad excluyente), pues el problema de las dos juntas de una misma fecha se soluciona de la siguiente manera: si la junta A se inscribió, y luego se presenta la junta B, ésta puede también ser inscrita si es posterior, y siempre que cumpla los requisitos de convocatoria y quórum. Ahora bien, si la junta B es de horario anterior entonces no puede inscribirse pues deberá entenderse que la junta A ya inscrita (posterior), la dejó sin efecto. Pero, nótese que el problema no es de prioridad de derechos, sino de VIGENCIA DE LOS ACUERDOS, sin que la entrada en el registro sea relevante. Por tanto, si la junta posterior ya se inscribió, carece de todo sentido inscribir la junta anterior pues los acuerdos de ésta ya fueron derogados; siendo ello así, no es que el registro le dé carácter inexpugnable a la junta posterior, sino que el mismo hecho cronológico de ser posterior tiene prevalencia al constituir prueba de la última voluntad social, y sin que sea relevante la prioridad de las inscripciones, sino la vigencia del acuerdo. Por el contrario, si la junta anterior se inscribió, entonces nada obsta a que la junta posterior también se inscriba, siempre que cumpla los requisitos que como acto colegiado la ley prescribe. Otro problema es que en esta situación patológica el registrador presuma falsedad ideológica o material del documento calificado, pero eso tampoco tiene nada que ver con la prioridad. En resumen, en estos casos el problema se reduce a la VIGENCIA DEL ACUERDO SEGÚN SU CRONOLOGÍA, y no a la fecha de la inscripción, por lo que la prioridad registral no otorga nada. La solución no se encuentra en la prioridad, sino nuevamente en la vigencia del acuerdo según su fecha civil, y no registral. Es el caso de una junta de 2010 que acuerda el nombramiento de un directorio, y luego se presenta un acta de junta de 2009 con la designación de un directorio incompatible; aquí simplemente se presume que el último acuerdo derogó el anterior, por lo cual el tema se reduce a la vigencia de los acuerdos y no a la prioridad según registro. Es más, la junta de 2009 podría también ser inscribible pues los actos realizados en el pasado por

¹⁴⁸ ESTURILLO LÓPEZ. Op. Cit., pág. 325-326.

ese directorio, durante su etapa en vigor, quedarían convalidados¹⁴⁹. Ahora bien, si del resumen de las dos juntas éstas no pueden coexistir en el registro, entonces la anterior será rechazada por entenderse que fue abrogada por la posterior sin surtir efecto, pero nunca el registro será el criterio para decidir su prevalencia. Esta solución se impone por cuanto la sociedad como entidad autónoma y viva tiene la potestad de decisión sobre sus asuntos internos, esto es, cambiar a los administradores, desdecirse de acuerdos anteriores e incluso incurrir en incoherencias, pero eso debe ser objeto de interpretación según **el criterio de vigencia cronológica del acuerdo**, al margen del registro. En el caso que la junta o asamblea general formule declaraciones incongruentes o contradictorias; por ejemplo, el mismo día nombra dos administraciones distintas, entonces el Registro deberá exigirle una declaración coherente antes de proceder a la inscripción. No hay, por tanto, un problema de prioridad de derechos, sino simplemente un acto voluntario (adoptado por un colegio) que no se entiende o resulta falto de coherencia. Aquí se requerirá acudir a los **criterios de interpretación del acto jurídico**, o en todo caso, a una nueva declaración.

La tercera hipótesis se refiere a los casos de reserva de nombre o de inscripción de la denominación de una sociedad, la cual tiene preferencia respecto a los posteriores actos de constitución que pretendan utilizar la misma denominación (art. 9 LGS; art. 2025 CC). En opinión nuestra, tampoco se aplica aquí la prioridad entendida en sentido técnico, sino es una retroacción de efectos de la inscripción; es un adelanto de la presentación del título para efectos del nombre, y que tiene la misma naturaleza de la primera hipótesis aquí estudiada, esto es, se trata de la eficacia temporal de la inscripción (¿desde cuándo surte efectos?) como acto aislado, y no tiene relación con el conflicto de derechos que acceden al registro y que se jerarquizan por la inscripción.

Para concluir este apartado vamos a analizar un caso real en que se invocó justamente el principio de prioridad. Así pues, el Tribunal Registral, mediante Resolución No. 327-2001-ORLC/TR de 26 de julio

¹⁴⁹ Así lo ha reconocido la Dirección General de los Registros y del Notariado de España en resoluciones de 5 de abril y 23 de diciembre de 1999: “ningún obstáculo existe para la inscripción de nombramientos de cargos ya no vigentes al tiempo en que se practique, si bien en tal caso ésta, en cuanto vendrá a reflejar un cargo histórico, no vigente pero cuya validez anterior no se cuestiona, requerirá la adecuada técnica registral para evitar que se produzca el que el registrador considera obstáculo fundamental, un posible confusionismo de los pronunciamientos registrales, mediante la expresa advertencia de que el acuerdo que se inscribe carece en la actualidad de vigencia”: Cit. CASADO BURBANO. Op. Cit., pág. 223.

de 2001¹⁵⁰, decidió dos cuestiones de interés fundamental para nuestro tema: a) se legalizaron dos libros de actas como número uno; ante esa situación se da preferencia al libro que ya sustentó una inscripción frente al otro libro que aparece también como “número uno”; b) mediante la presentación del título se solicita la inscripción de un acuerdo de directorio en el cual participan tres directores, que según un título pendiente anterior han sido removidos, por lo cual existe incompatibilidad entre ambos títulos.

Con respecto al punto a), la existencia de dos libros con certificaciones distintas no es un inconveniente para inscribir los actos que se asientan en el segundo libro, siempre que se acredite que la nueva certificación de apertura se debe a pérdida o conclusión del anterior, conforme prescribe la Ley del Notariado; por su parte, en caso que el acta presentada en forma sucesiva conste en el libro anterior, mientras que el antecedente del registro da cuenta de un libro posterior, entonces la inscripción también es procedente siempre que se acredite que el libro posterior (que consta en el antecedente registral) se abrió por conclusión o extravío, con lo cual se justifica el libro anterior. Nótese que el tema es casuístico y no se rige por la prioridad del primer libro que obra como antecedente, sino fundamentalmente por la **legitimidad en el uso del libro de actas**, que debe ser certificado por el notario a instancias del apoderado de la sociedad a efectos de darle validez, y de esa manera ser justificada su utilización de acuerdo con los criterios señalados en el art. 115 LN. Por tanto, el problema aquí referido se concreta en calificar la legitimidad en el uso del libro de actas, y ninguna importancia tiene la prioridad. El art. 134 LGS señala claramente que las actas deben constar en libros o documentos (hojas sueltas) “legalizados conforme a ley”, y eso es justamente lo que se verifica al momento de la calificación.

Con respecto al punto b) la cuestión es más simple: aun cuando el título previo no esté inscrito, y mientras se encuentre en vigencia el asiento de presentación, entonces debemos considerar que estamos en presencia de una inscripción hipotética (condicionada al resultado favorable de la calificación). Siendo así, si el título anterior implica una remoción de los directores que luego participan en un título posterior, es evidente que en línea de principio está en juego la legalidad del acuerdo, adoptada por quienes no ejercen ya dichas funciones y, por tanto, no pueden obligar a la sociedad. Nuevamente aquí el debate se centra en la legalidad del acuerdo, y no en la prioridad. Esta conclusión es tan cierta si tenemos en

¹⁵⁰ Esta resolución aparece comentada en: HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. “Inscripción del acuerdo de suspensión de directores y aplicación de principios registrales”. EN: *Derecho Comercial. Temas Societarios*, Tomo V, pág. 205 ss.

cuenta que, eventualmente, el acuerdo tomado por los directores removidos podría incluso ser inscribible, por ejemplo, si la sesión es de fecha anterior a la remoción, o si la remoción fue dejada sin efecto por el propio órgano o por la junta general.

Este criterio aplicable en el registro de personas, muy alejado al de prioridad en el conflicto de derechos reales, tiene como base una circunstancia de toda evidencia: la nota relevante en las sociedades es la **voluntad actual de la sociedad**, sin que ésta quede atada con declaraciones anteriores respecto a sus hechos internos, ya que ella tiene la potestad de variar sus decisiones e incluso retractarse de los acuerdos. Mientras no tengamos en cuenta esta regla técnica particularmente importante en las entidades con subjetividad reconocida por el ordenamiento, entonces seguiremos haciendo un uso indebido de la prioridad.

Por las razones expuestas podría incluirse un segundo párrafo en el artículo 2016:

Art. 2016: (...)

“Esta regla se aplica solo a los Registros Jurídicos de Bienes”

7. EL PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO NO SE APLICA A LOS REGISTROS DE PERSONAS

El principio de tracto sucesivo implica la concatenación o cadena registral de sucesivos actos derivativos entre sí, en donde una adquisición se inscribe si proviene del titular anterior según la historia que emana de la propia hoja del registro (art. 2015 CC). En frase feliz de NUÑEZ LAGOS, se trata de verificar que el adquirente de hoy sea el transmitente de mañana. En tal sentido, es necesario advertir que la idea de un tracto sucesivo **NO SE APLICA EN LOS REGISTROS DE PERSONAS**, por cuanto en éstos no se inscriben transferencias de derechos que circulan de un titular a otro por efecto de actos que se vinculan causalmente, esto es, uno es el antecedente del otro que es consecuente, y así sucesivamente. En los registros personales, más bien, se inscriben diversos hechos jurídicos que no son implicantes entre sí, por lo cual la idea de tracto queda diluida, por no decir eliminada. La mejor doctrina señala que en los registros personales no se inscriben cosas y derechos reales, sino personas y hechos jurídicos que normalmente no ocasionan la derivación de derechos, ni el orden preferente de ellos por la inscripción anterior, lo cual hace que el tracto

sucesivo carezca de aplicación práctica¹⁵¹. Con toda razón, y justamente comentando un tema de registro de personas, se ha dicho que en nuestro medio existe una “obsesión del tracto sucesivo”¹⁵². En efecto, el historial de las entidades inscritas admite la posibilidad de pasos no registrados, por lo que no es necesaria una concatenación rigurosa de hechos, ya que las lagunas son tolerables y no afectan el sistema en su conjunto. Por tal razón cabe inscribir hechos pasados que carecen de relevancia en el presente, pero que lo tuvieron en su momento¹⁵³; así como omitir hechos que debieron darse pero no se dieron, como es el caso de los directorios o consejos directivos que no se nombraron en tiempo oportuno, y que resulta absurdo exigir que se nombren ahora para efectos del pasado cuando nunca tuvieron funciones porque no operaron, ni las tendrán porque el hipotético mandato ya venció.

Por lo demás, y en sede de registros personales, no están previstos, ni son necesarios, los mecanismos de reanudación de tracto que sirven justamente para salvar la falta de cumplimiento de este requisito, cuando sea necesario. En efecto, y como dice MANUEL OLIVENCIA, la falta de previsión de estos mecanismos constituye un fundamento importante para negar la aplicación de este principio¹⁵⁴.

Empero, la cuestión no es pacífica, pues en el ámbito del Derecho español, por ejemplo, existe un sector importante de autores que considera correcta la presencia del tracto en un registro personal, a lo que se suma la regulación del art. 11 del Reglamento del Registro Mercantil (Español) de 1995, en el cual efectivamente se reconoce la existencia de tres hipótesis en las cuales se aplicaría el tracto. En nuestro análisis vamos a utilizar estos supuestos a efectos de obtener una conclusión de este tema:

- i) Para inscribir actos o contratos relativos a un sujeto inscribible será menester la previa inscripción del sujeto.
- ii) Para inscribir actos o contratos modificativos o extintivos de otros otorgados con anterioridad será precisa la previa inscripción de éstos.

¹⁵¹ GARRIGUES, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*, Editorial Temis, Bogotá 1987, Tomo III; pág. 67.

Modernamente se ha dicho sobre el tracto sucesivo: “cabe dudar de su efectiva utilidad en un registro de base personal como el Registro Mercantil. Nos hallamos, probablemente, ante una muestra de mimetismo respecto del Registro inmobiliario”: EIZAGUIRRE, José María de. Op. Cit., pág. 220.

¹⁵² ESPINOZA ESPINOZA, Juan. “El horror vacui de los registradores y del Tribunal Registral”. EN: *Diálogo con la jurisprudencia*, Gaceta Jurídica, No. 106, julio 2007, pág. 313.

¹⁵³ CASADO BURBANO, Pablo. *Los Principios Registrales Mercantiles*, Op. cit., pág. 242.

¹⁵⁴ *Ibid.*, pág. 254.

- iii) Para inscribir actos o contratos otorgados por apoderados o administradores será precisa la previa inscripción de éstos.

La primera hipótesis no es un problema de tracto, sino del principio de especialidad. En efecto, el tracto implica que todas **las inscripciones se agrupan dentro de una hoja relativa a un bien**. Nótese que el tracto se presenta cuando la hoja registral (partida) ya está abierta y, en consecuencia, es necesario agrupar en ella las inscripciones de forma ordenada, regular y sucesiva en cuanto a la transmisión y adquisición de derechos; en cambio, antes de que se abra la hoja ni siquiera es concebible la discusión del tracto, por lo cual en ese momento está en debate el principio de especialidad¹⁵⁵, que es un problema distinto. En efecto, antes de extender las distintas inscripciones, se necesita como paso previo tener un espacio determinado para agrupar los asientos, esto es, se requiere de un objeto o sujeto registrable que sea el sustento primario de la historia registral.

La segunda hipótesis conlleva una situación más comprometida para el intérprete, pues no resulta lógico admitir que un segundo aumento de capital, por ejemplo, se pueda inscribir sin que se haga lo propio con el primero, o que una sustitución de poder se realice sin la primigenia inscripción del poder. Si bien es correcta la exigencia de inscribir el acto originario, sin embargo, ello no significa que estemos en presencia del tracto sucesivo. La razón es muy simple: este principio solo juega en caso de transmisiones derivativas de derechos, lo que no ocurre en ninguno de estos ejemplos. En realidad aquí se presenta el tema de **COMPLEMENTARIEDAD DE LAS INSCRIPCIONES**, por la cual un hecho primario (A) es modificado por un hecho secundario (B), lo que da lugar necesariamente a un hecho complejo (A + B). En tales supuestos es evidente que no puede desarmarse el hecho jurídico inscribiendo solo una parte (B), por lo que se hace imperativo inscribir todo el hecho (A + B). Nótese la gran diferencia que existe entre los hechos complejos que reclaman la publicidad de todo él, y que da lugar a inscripciones complementarias; con relación al caso (distinto) de los derechos derivados, en donde una inscripción es distinta a la otra (ejemplo: dos ventas sucesivas), aunque ellas forman una cadena de transmisión y adquisición de derechos. La complementariedad de

¹⁵⁵ “El principio de especialidad o también de determinación requiere que en el Registro quede claramente establecido el titular del derecho, el contenido de éste y el objeto sobre que recae. Hecha la debida trasposición a un registro de personas, habrá que decir que lo inscrito debe reflejar claramente el hecho o circunstancia que se inscribe y el empresario a que se refiere, también el contenido de aquel hecho o acto”: SERRERA CONTRERAS, Pedro Luis. “El Registro Mercantil. Una consideración de sus principios”. EN: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Número 679, septiembre-octubre 2003, pág. 2760.

inscripciones no tiene relación alguna con el tracto sucesivo, pues en éste los hechos son rigurosamente autónomos (A – B – C – D), pero vinculados en el sentido que el antecedente es causa lógica del consecuente. Un ejemplo servirá para aclarar la cuestión: A le vende a B, y luego B le vende a C, aquí hay dos compraventas como hechos jurídicos autónomos, con la particularidad que el primer negocio justifica el segundo, y así sucesivamente; ésta es una típica aplicación del tracto sucesivo. En cambio, la modificación de una cláusula del estatuto es un hecho secundario (modificación) referido a un hecho primario (estatuto), en el que el segundo no puede vivir sin el primero ya que se trata de hechos complejos en donde uno necesita del otro y, por tanto, estamos en presencia de inscripciones complementarias. Nótese que esta figura también se puede presentar en los registros de bienes, como ocurre, por ejemplo, cuando una compraventa (hecho primario) es susceptible de modificación o aclaración (hecho secundario), y es evidente que no puede inscribirse la modificación sin que se haya hecho lo propio con la venta, ya que en ese caso se daría publicidad a un negocio seccionado, lo cual es no es posible. En esta segunda hipótesis hay complementariedad, y no tracto.

Una cuestión práctica ayudará a entender el **DISTINTO** ámbito de aplicación de ambas figuras, por lo que no se les puede unificar bajo una categoría única: es el caso de las anotaciones preventivas por defecto de tracto, las cuales son lógicas y necesarias en los registros de bienes en donde la fecha de presentación de los títulos y la prioridad es de suma importancia, ya que existe la hipótesis real de conflicto de titularidades. Además, véase que los registros de bienes dan **PUBLICIDAD-PREFERENCIA**, en donde estas anotaciones juegan un rol muy importante; mientras los registros de personas dan **PUBLICIDAD-CONOCIMIENTO**, por lo que dichas anotaciones serían irrelevantes, ya que en este ámbito no hay conflicto de derechos que se decidan por la inscripción anterior o por la prioridad. Por lo demás, un hecho jurídico incompleto no puede merecer publicidad, ni siquiera atenuada por una anotación provisional por defecto subsanable, ya que la mitad de algo es nada. En tal contexto, la falta de tracto (por ausencia de acto antecedente) y la falta de integridad (por ausencia de acto complementario) son temas claramente diferentes.

En nuestra doctrina se considera erróneamente que el tracto sucesivo tiene dos vertientes, uno propio del registro de bienes, y otro que se denomina “inscripción del acto previo” que se aplica a los registros

personales¹⁵⁶. Para descartar esta afirmación basta señalar que los términos tracto y previa inscripción son sinónimos, por lo cual nada se aporta con la utilización diferenciada de palabras, pues en buena cuenta ambos aluden a lo mismo.

Por su parte, otro autor habla de **coherencia registral** como una idea genérica que permite a toda inscripción ubicarse en un contexto de orden dentro de la hoja del registro¹⁵⁷. Si bien la coherencia de las declaraciones es un elemento que debe resguardarse antes de proceder a la inscripción, sin embargo, ese tema no tiene relación alguna con el principio de tracto sucesivo, y menos aún puede admitirse la idea que estemos ante un único principio que abarca ambas ideas. Así pues, **una cosa muy clara es el tracto sucesivo**, y la idea de concatenación derivativa de transmisiones, todas ellas compuestas por hechos jurídicos autónomos pero vinculados por la derivación del derecho que entre ellos se produce; **y otra distinta es la coherencia**, que se refiere a las declaraciones y su correcto entendimiento. Por tanto, es posible que haya una declaración coherente, sin tracto sucesivo; y otra incoherente, pero que cumpla el tracto de manera formal. Siendo así, también en este caso estamos ante cuestiones diversas.

La tercera hipótesis, referida a la inscripción previa de los administradores antes inscribir sus actos de disposición¹⁵⁸, constituye un tema largamente debatido. Sobre el particular debemos indicar que no es correcto atribuir una eficacia limitada al poder no-inscrito, pues debe recordarse que el objeto del apoderamiento es permitir que el representante celebre negocios o actos jurídicos con terceras personas. La finalidad de la representación es facilitar al *dominus negotii* (poderdante) relacionarse jurídicamente con terceros, ampliando de esta manera su círculo de intereses patrimoniales y personales. Por tanto,

¹⁵⁶ Por ejemplo, recurrente en el error, y sin discutir los fundamentos que se exponen en contra, pues se limita a repetir textos y enunciados sin mayor reflexión: GONZALES LOLI, Jorge. *Comentarios. Nuevo Reglamento General de los Registros Públicos*, pág. 60-61.

¹⁵⁷ SANTA CRUZ VERA, Alfredo. "El principio de tracto sucesivo y la seguridad jurídica en el tráfico mercantil: una aproximación a partir de una teoría unitaria del derecho registral". EN: *Folio Real, Revista Peruana de Derecho Registral y Notarial*, No. 5, 2001, pág. 97.

¹⁵⁸ A pesar que en España existe una disposición que exige la previa inscripción como hipótesis de tracto sucesivo, lo que no ocurre en nuestro país, sin embargo la doctrina no siempre está de acuerdo en su encuadre dogmático. Por ejemplo, MANUEL OLIVENCIA considera que se trata de un simple problema de calificación, pues el registrador debe verificar el orden formal de las inscripciones en tanto no consten las facultades del otorgante (Cit. CASADO BURBANO. Op. Cit., pág. 238). Por nuestra parte, consideramos que la exigencia legislativa de inscribir un acto previo antes que proceder a la inscripción de uno sucesivo en otro registro, implica un supuesto de **INSCRIPCIÓN OBLIGATORIA** que es materia de calificación por el registrador; reitero, en aquellos ordenamientos en que se le exige como requisito de la inscripción. Por su parte, SERRERA CONTRERAS (Op. Cit., pág. 2768) reconoce que aquí está en juego el llamado principio de legalidad, pero luego en forma equívoca considera que esto también es una manifestación del tracto.

resulta impensable concebir un poder que no surta efectos frente a terceros, ya que la representación, por naturaleza, se encuentra dirigida a los terceros. Por tanto, un acto de disposición puede otorgarse con poder inscrito o con falta de inscripción; en el primer caso el registrador de bienes simplemente tiene por válido y existente el poder, sin calificar estos aspectos, pero sí entra a examinar la suficiencia y subsistencia del poder; por el contrario, si el poder no está inscrito entonces el registrador de bienes deberá examinar el poder en todos los otros aspectos, por lo cual su calificación versará sobre la existencia, validez, suficiencia y subsistencia del apoderamiento con relación al acto dispositivo. Sin embargo, alguien se preguntará ¿y cómo el registrador conoce que el poder subsiste, esto es, que no se encuentra revocado? La respuesta es simple a la luz del ordenamiento sustantivo: la revocatoria del poder solamente se opone al tercero cuando se le ha comunicado; en consecuencia, de acuerdo con la regla general del sistema (art. 152 CC), el registrador, que solo califica según los documentos aportados (art. 2011 CC), no puede entender que se ha producido la comunicación revocatoria, por lo que debe presumir que el poder SUBSISTE, sin necesidad de inscripción, ya que la única manera de entenderlo revocado es que conste la comunicación de revocación dirigida a dicho tercero (art. 152 CC). Si tenemos en cuenta que la calificación del registrador es de ámbito limitado a los documentos que se le aportan, y que no puede presumir hechos sobre los que no hay prueba, entonces la conclusión lógica es considerar que el título de apoderamiento está vigente. Este fundamento ha sido reconocido en una antigua resolución del Tribunal Registral del Norte No. No. 025-2000-ORLL/TRN de 24 de agosto de 2000, que ha sido aprobado como precedente de observancia obligatoria, y si bien se refiere al Registro de Mandatos, sin embargo, la doctrina es la misma y se aplica el Registro de Sociedades, máxime cuando éste cuenta con una norma expresa que resuelve la cuestión (art. 17 LGS). Es evidente, pues, que la calificación favorable de un acto de disposición no está sujeta a la previa inscripción del poder en el registro correspondiente, y muy bien el registrador de bienes puede calificar ambos actos, ya que la inscripción del poder no produce especial efecto ni constituye requisito de los actos o negocios que se celebren en virtud del apoderamiento.

Una cuarta hipótesis, no prevista en la norma española, es aquella referida a la inscripción de una revocatoria cuando el acto de apoderamiento primigenio no ha llegado al registro. En este caso consideramos que los principios del sistema apuntan a considerar que la revocatoria es un hecho que merece inscripción en forma autónoma; así se infiere del art. 152 CC que reputa como único hecho relevante la

inscripción de la revocatoria. Algunos argumentos de orden práctico ayudan a sustentar nuestra tesis: **Primero**, la inscripción simultánea del poder y su revocatoria no tutela un interés digno de protección, pues en tal caso lo relevante es la revocatoria que se opone desde ese momento a la generalidad de los terceros; en cambio el poder inmediatamente revocado nunca estuvo vigente en el registro, por lo cual nunca pudo cumplir la única finalidad que la ley prevé, esto es, que un tercero contrate en virtud a un PODER INSCRITO QUE NO ESTÉ REVOCADO. **Segundo**, ¿qué ocurre si es muy difícil agenciarse del documento de apoderamiento (por ejemplo: se perdió el libro de actas)? En ese ínterin, y al no constar inscrito ni el poder ni la revocatoria, entonces será muy fácil que los terceros puedan invocar la representación aparente del art. 152 CC. **Tercero**, ¿qué pasa con las revocatorias genéricas hasta determinado tiempo? Por ejemplo: son muy usuales las revocaciones que se hacen de “todos los poderes, inscritos o no, otorgados con anterioridad”. No cabe duda que este acto es inscribible, y además presta una utilidad valiosa específicamente en los cambios de titularidad de la sociedad. En España, por ejemplo, a pesar de existir un dispositivo reglamentario que exige la inscripción del acto primigenio, empero, por vía jurisprudencial se ha admitido la utilidad de este tipo de revocación genérica, por lo cual se le ha declarado inscribible (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 y 12 de marzo de 1991)¹⁵⁹. En nuestro país la solución es más simple pues no existe una norma imperativa sobre el tema.

Por su parte, el art. 2207 CC Italiano de 1942 es explícito en señalar que los actos de modificación o extinción se pueden inscribir, aun cuando no ocurra lo propio con el poder originario. En base a la autonomía de cada acto inscribible, es posible sostener que cierto acontecimiento puede inscribirse independientemente de los acontecimientos que lo han precedido, y esta opinión parece exacta, pues de otro modo debería admitirse que el poder original no-inscrito adquiere relevancia justamente en el momento en que se le extingue¹⁶⁰.

¹⁵⁹ CASADO BURBANO. Op. Cit., pág. 249.

¹⁶⁰ Sin embargo, ¿podemos deducir de esto a un principio según el cual los hechos de modificación o de extinción de una situación no registrada consagran la existencia de la situación misma? Es difícil coincidir con este punto de vista por cuanto: a) la inscripción de los hechos modificatorios o extintivos se realiza en forma independientemente a la situación original; b) si se presume un afianzamiento de los terceros sobre la situación presuntamente registrada, sería para ellos inoponible el hecho nuevo, mientras que en el momento en que se contestase la legitimidad de una determinada inscripción (ataque a la fe pública) deberían considerarse inmediatamente oponibles frente a terceros los nuevos hechos, aun cuando no inscritos; c) los hechos nuevos no inscritos no pueden ser opuestos a terceros, dado que ellos se afianzan en una situación efectivamente publicada (RAGUSA MAGGIORE, Giuseppe. *Il Registro delle imprese*, Giuffré Editore, Milán 2002, pág. 156-157), aun cuando podría ser aplicable la doctrina del representante aparente consagrada en el art. 152 CC.

En la doctrina alemana, también se admite que un hecho modificativo o extintivo pueda acceder al registro sin necesidad del acto originario, sin embargo, allí sí se considera que opera la publicidad negativa, es decir, el acto no-inscrito es inoponible frente a terceros, aun cuando no exista un acto previo sobre el cual confiar. Se dice que lo decisivo en este caso es el silencio del registro; es decir, el elemento clave de la publicidad negativa es que un hecho favorable al sujeto que tenía la obligación de inscribir (revocatoria), haya quedado injustificadamente fuera del registro; y viceversa, no es necesario que un hecho favorable al tercero y que éste quiera hacer valer (poder), haya sido inscrito¹⁶¹.

Por lo tanto, es posible inscribir la revocación sin que suceda lo propio con el apoderamiento, ya que no existe tracto sucesivo entre ambos sino autonomía de actos, pero en tal caso es de presumir la existencia de una

¹⁶¹ En resumen, en Alemania se discute entre la necesidad de una protección concreta de la confianza en virtud de un acto inscrito que la genere (primera tesis), o si basta una protección abstracta de la confianza (algunos, como JOHN, hablan de “confianza tipificada”) sin necesidad de confiar en un determinado hecho notorio (segunda tesis) (SCHMIDT, Karsten. Op. Cit., pág. 414). El profesor alemán SCHMIDT, Karsten (*Derecho Comercial*, traducción del alemán de Federico Wernwe, Depalma, Buenos Aires 1997, pág. 417) concluye que lo relevante es que el tercero confiara en el contenido registral, o que el sujeto inscrito tenga razones para alertar al tráfico mediante la inscripción. Según él, el sujeto inscrito corre el riesgo de asumir la responsabilidad por la falta de inscripción; por tanto, lo importante no es que se haya inscrito el poder (acto primigenio), sino que falte el registro de la revocatoria, pues ello activa la responsabilidad, en este caso, de la sociedad (En este punto debe recordarse que este Registro se considera, según la propia doctrina germana, como un “registro de responsabilidad”). Por tanto, en línea de principio la falta de inscripción de un hecho modificatorio, aunque tampoco se haya inscrito el hecho originario, permite utilizar el principio de inoponibilidad del hecho no-inscrito frente al tercero (“Las dudas se plantean cuando se está ante situaciones no registradas pero que son modificadoras de una situación anterior que tampoco había tenido acceso al Registro Mercantil. En tanto en cuanto que el tercero había confiado originalmente en una situación extrarregistral se ha estimado por un sector de la doctrina que esta misma confianza la debería de haber tenido con respecto a las situaciones que la modificaban. **No solo la afirmación parece que debe limitarse en su alcance con respecto a aquellas modificaciones que en ningún momento se exteriorizaron, sino que además no se estima acertada** en cuanto se responsabiliza al tercero de una opción que nunca pudo evitar y de cuya falta de acceso al Registro no puede responder. El tercero se ha de ver amparado claramente frente al silencio registral con respecto a modificaciones de situaciones ya inscritas, pero también frente a aquellas otras que alteran situaciones no registradas o que modifican el régimen de derecho dispositivo que las regula sin tener el correspondiente reflejo registral”: SEQUEIRA MARTÍN. Op. Cit., pág. 1252).

No obstante, se pueden presentar algunas hipótesis francamente dudosas, en las que resulta injusto no haber exigido la inscripción del acto primigenio, tal y como resalta ALFRED HUECK en el siguiente ejemplo clásico: Una sociedad colectiva está formada por A y B; luego ingresa C, quien casi en forma inmediata se retira por problemas de salud; luego de muchos años después, la sociedad, así como A y B caen en quiebra, ante lo cual se pide que C responda en forma individual por las deudas sociales (Cit. SCHMIDT, Karsten. Op. Cit., pág. 415). Para solucionar estos casos extremos se propone que si C nunca había llegado a actuar como socio, desde el punto de vista de la protección abstracta del tráfico, entonces no hay necesidad de llamar la atención sobre la extinción de una situación que nunca generó confianza; en otras palabras, si un poder o la incorporación como socio hubieran sido *puestos en el mundo*, solo en ese caso existe motivo suficiente para que el sujeto inscrito también recurra al mundo llamando la atención respecto a la extinción de un poder o del retiro del socio. En caso contrario, la falta de inscripción –de un hecho que nunca se actuó en el tráfico–, no afecta al sujeto que dejó de inscribir (sociedad).

inscripción no ocurrida. En este punto estamos más cerca de la doctrina alemana.

Una quinta hipótesis se refiere a la transmisión de la condición de socio en las sociedades personalistas, o la transmisión de las participaciones sociales en las sociedades de responsabilidad limitada. En el primer caso, el cambio de socios implica necesariamente una modificación del pacto social, por lo cual no se está en presencia de tracto sucesivo, sino de un hecho complementario con respecto a un hecho anterior, con lo cual se arriba a un hecho jurídico complejo que requiere de ambas inscripciones, por ser finalmente un mismo hecho que pretende su acceso al registro. De este modo queda claramente diferenciado con lo que ocurre en el principio del tracto, en donde existen hechos sucesivos, autónomos, pero en el que uno hace derivar derechos a favor del otro. En el segundo caso, referido a las participaciones de las sociedades limitadas, tampoco constituye ninguna excepción por cuanto en este supuesto el registro de personas no juega ninguna función como tal, ya que el tema se centra en la inscripción de un derecho corporativo, el cual por facilitación se llevan a través del mismo registro de personas; pero nótese que una cosa es el cauce que contienen estos actos inscribibles (registro), lo que es irrelevante; y otra cosa es que se trate por contenido de un registro de derechos, y siendo ello así el tema escapa del análisis propio a un registro personal¹⁶².

Para concluir este apartado vamos a realizar el análisis de un caso real en que se invocó el tracto sucesivo. En efecto, una sociedad solicitó la inscripción de sucesivos acuerdos modificatorios de estatuto y de aumento de capital, que no habían sido inscritos en su oportunidad, ante lo cual el registrador denegó la instancia lo que en sustentó, en resumen, de la siguiente forma: *“que previamente debía inscribirse cada modificación y/o aumento de capital a efectos de respetar el tracto”*. El Tribunal Registral mediante Resolución No. 039-2000-ORLC/TR de 17 de febrero de 2000¹⁶³, con respecto a este punto, revocó la observación aduciendo que el tracto sucesivo no debe entenderse en el sentido que el acto previo deba encontrarse *inscrito*, sino que se encuentre acreditado el

¹⁶² Para darnos cuenta que los mismos problemas jurídicos se repiten en otros ordenamientos, bien vale la pena citar que en Italia, en virtud de una reciente reforma, se permite ahora la inscripción en el Registro de las Empresas de las cuotas de socio correspondiente a las sociedades limitadas, por lo cual la doctrina ya ha establecido que en ese caso el Registro tiene UNA NUEVA FUNCIÓN ENCOMENDADA, análoga a la del registro inmobiliario y de muebles registrables, y en donde tiene importancia la continuidad de las inscripciones (con alguna semejanza a nuestro tracto) y la preferencia por inscripción previa en caso de conflicto de derechos: IBBA, Carlo. *La pubblicità delle imprese*, CEDAM, Padua 2006, pág. 202-203.

¹⁶³ Esta resolución aparece comentada en: HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. “Fusión de sociedades y tracto sucesivo registral”. EN: *Derecho Comercial. Temas Societarios*, Tomo V, pág. 189 ss.

título de donde emana el derecho. Nótese que el Tribunal dice que no se requiere la inscripción del acto anterior ya que basta que el título se presente al momento de la calificación. Es evidente que nuestra postura es contraria a la existencia del tracto sucesivo en este tipo de Registro, y los fundamentos que utiliza la propia instancia del registro sirven perfectamente a favor de nuestra exposición, pues la situación se comprende con facilidad si tenemos en cuenta que los actos modificativos del primigenio dan lugar a un hecho jurídico complejo, en el cual se requiere la conjunción de las distintas partes del todo, ya que éste es inscribible, y no sus porciones. Estamos en presencia, pues, de las llamadas “inscripciones complementarias” (hecho complejo), y no de “inscripciones concatenadas y sucesivas” (distintos hechos que son la causa y antecedente de la sucesivas transmisiones y adquisiciones de derechos). Esta diferencia se aprecia también en el siguiente ejemplo: los hechos complejos pueden dar lugar a un único asiento luego de las sucesivas modificaciones estatutarias o de aumento de capital que se califican en forma simultánea, por cuanto ello representa, precisamente, un solo hecho jurídico complejo. Por el contrario, los hechos concatenados, precisamente por ser distintos, exigirán inscripciones diversas en las cuales se dé cuenta de cada adquisición y posterior transmisión del derecho¹⁶⁴.

8. ACLARAR LA NORMA DE PROTECCIÓN DE TERCEROS EN LOS REGISTROS DE SUCESIONES INTESTADAS Y TESTAMENTOS

Los Registros de Testamentos y de Sucesiones Intestadas (sobre los cuales habría que pensar en unificarlos) tienen una función común que comparten con todo otro registro jurídico, y que consiste en asegurar la adquisición de los terceros que contratan con los herederos que cuentan con un título formal que genera apariencia de derecho; en este caso la inscripción. De esta manera se pretende facilitar la prueba de la existencia, validez y subsistencia de la cualidad de heredero, para lo cual pesa sobre los terceros una carga de diligencia referida a verificar dicha inscripción en el registro respectivo.

Si bien las normas reguladoras de estos Registros incurren en una lamentable omisión, pues no indican nada respecto a la protección que

¹⁶⁴ Se trata de HECHOS MODIFICATIVOS, en la terminología del profesor italiano, pues tienen dos perfiles de eficacia, esto es, que dan cuenta de dos situaciones jurídicas, aquella anterior que se modifica, y aquella posterior que se origina y trae causa en la anterior: FALZEA, Ángelo. *Fatto Giuridico*. EN: *Voci di Teoria Generale del Diritto*, Giuffrè Editore, Milán 1985, pág. 448.

goza el tercero de buena fe que contrata con un heredero inscrito; sin embargo, el ordenamiento civil puro contiene reglas que salvan esta laguna¹⁶⁵.

Así, el art. 665 CC señala lo siguiente:

- a) **BIENES NO REGISTRADOS.** Por ejemplo: A es el heredero aparente, quien luego vende un bien de la herencia a B; si éste último tiene buena fe y la posesión entonces resultará tutelado por efectos del art. 665, 1º párrafo CC, aun cuando el heredero real sea X. En realidad esta hipótesis se encuentra más cerca del art. 948 CC, y no de los efectos propios del registro, por cuanto el adquirente del bien no-registrado se hace propietario aunque el transmitente no lo sea, **siempre que reciba la posesión** y actúe de buena fe. Aquí apréciase la identidad de requisitos entre el 665, 1º párrafo y el 948, por lo que el registro no parece jugar un especial papel como mecanismo integrador de protección de la apariencia.
- b) **BIENES REGISTRADOS.** Cuando se trata de bienes registrados, el registro comporta una especial protección para aquel sujeto que contrata con el heredero aparente siempre que cumpla los siguientes requisitos: a) el sujeto actúa de buena fe, b) el contrato entre el sujeto y el heredero aparente es a título oneroso, c) el contrato entre el sujeto y el heredero aparente se inscribe en el registro de bienes, d) el heredero aparente se encuentra inscrito como tal en el registro de sucesiones intestadas, e) en el registro de sucesiones intestadas no consta inscrita ninguna causal de invalidez o ineficacia¹⁶⁶. En conclusión, **el registro conlleva un efecto especial de protección a favor de quien contrata con el heredero aparente, siempre que cumpla los requisitos antes mencionados.** En este caso el sujeto protegido debe verificar que el heredero inscrito sea el titular del bien (por su cualidad de heredero) según el registro de bienes, y que el heredero esté

¹⁶⁵ Si tenemos en cuenta la laguna del Libro IX del CC, no se entiende la amplísima protección que pretende dar la exposición de motivos a favor del tercero, CUANDO NO HAY UNA NORMA QUE LO DIGA. Así la exposición dice: *“asimismo se ampara a terceros que adquieren derechos de quienes aparecen como herederos con derecho inscrito”*.

¹⁶⁶ En nuestra doctrina es muy común que la compleja problemática de protección a los terceros se comente a través de ideas comunes que no dicen nada. Un paradigmático ejemplo de superficialidad es la siguiente: “Particularmente consideramos que, mediante este Registro de Sucesiones Intestadas, se consolidan los derechos de quienes en la vía judicial o notarial han sido declarado herederos, y ampara los derechos de los terceros que contraten con quienes conforme al Registro aparecen como herederos, y por ende, como propietarios de los bienes registrados”: BUSTAMANTE OYAGUE, Emilia. *Comentario al artículo 2041*. EN: VVAA. *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas*, Gaceta Jurídica, Lima 2005, Tomo X, pág 642.

inscrito en el registro de sucesiones intestadas o testamentos, sin que conste anotada la causal de nulidad.

Para evitar dudas interpretativas, podría incluirse una norma en el Libro IX:

Art. 2042-A: *“El tercero que contrata con el heredero aparente mantiene su adquisición siempre que reúna los requisitos señalados por el artículo 665 de este Código”*.

9. PROTECCIÓN DEL REGISTRO PERSONAL EN LAS INCAPACIDADES

La exposición de motivos de la Ley Hipotecaria Española de 1861 señala: *“Para adquirir con seguridad bienes inmuebles o derechos reales, no basta que el vendedor o disponente sea dueño de ellos; tampoco es suficiente que no estén los bienes sujetos a otras cargas, es además necesario que el que enajena, que el que transmite, tenga capacidad civil para hacerlo. Solo con el concurso de estas circunstancias podrá estar completamente seguro el adquirente. Si la ley no atendiera, pues, a que la capacidad de la persona constara en el registro, su obra sería incompleta y no produciría el efecto apetecido”*. Nótese, pues, que el libro de incapacitados, se ha convertido, en nuestro ordenamiento, en el Registro Personal, cuya función es muy clara: proteger a los adquirentes respecto a las posibles incapacidades no conocidas. En esa línea se encuentra el art. 2034 CC, por el cual se establece que falta de inscripción del acto (por ejemplo: la incapacidad) es inoponible frente al tercero de buena fe y título oneroso.

Sin embargo, la importancia del tema obliga a recuperar un antiguo debate en la doctrina española, plenamente aplicable a nosotros. Se trata de la disputa que sostuvieron ROCA SASTRE¹⁶⁷ y HERMIDA LINARES¹⁶⁸ hace medio siglo. Según el primero, la inscripción de la incapacidad es un **elemento de calificación del registrador**, pues de esa manera se evita que acceda al registro el acto dispositivo del incapaz; por tanto, lo que **se busca es proteger al incapacitado**; por el contrario, si la incapacidad no se inscribe entonces el acto dispositivo ingresa al registro, pero eso no impide que sea nulo ya que la inscripción no

¹⁶⁷ ROCA SASTRE, Ramón María. *Derecho Hipotecario*, Bosch, Barcelona 1954, 5ª edición, Tomo III.

¹⁶⁸ HERMIDA LINARES, Mariano. “La inscripción de resoluciones judiciales que afectan la capacidad civil de las personas”. EN: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid 1952.

convalida la nulidad, y el adquirente no es protegido, salvo si éste a su vez transmite y da lugar a un tercero sub-adquirente de la fe pública. Según el segundo autor, en cambio, el adquirente es ya un tercero con respecto al proceso de incapacitación y, por tanto, la falta de inscripción hace que ese tercero quede protegido; el acto dispositivo no se puede anular en su perjuicio, por lo que la no-inscripción de la incapacidad significa **la convalidación de la nulidad**, y su finalidad es **proteger al tercero** que contrata directamente con el incapaz, pero cuya incapacidad no es conocida por falta de inscripción. ¿Cuál es la diferencia práctica entre ambas tesis? Supongamos que A es un incapaz pero no ha sido declarado, luego A vende un inmueble a B y se inscribe. De acuerdo con ROCA SASTRE el negocio jurídico de A y B es nulo, y este último no es tercero por ser parte del negocio inválido; en tal sentido, no tiene protección. Por el contrario, según HERMIDA LINARES B es un tercero frente al proceso de incapacitación, y ese tercero es el que merece tutela (no se requiere ser sub-adquirente de la fe pública); por tanto, si la incapacidad no está inscrita, el tercero B (en realidad es el segundo) queda protegido y la causal de nulidad no le afecta; por lo que el negocio entre A y B queda convalidado. En buena cuenta, para ROCA SASTRE, B es afectado por la nulidad, mientras que para HERMIDA LINARES, el mismo B es protegido y la nulidad no le perjudica. ¿Cuál de las dos posturas acoge el art. 2034 CC?

En nuestra particular opinión debe seguirse la tesis de ROCA SASTRE, y ello por varios motivos: Primero, nuestra norma habla del TERCERO, y éste tiene un significado muy preciso salvo que la propia ley dé una definición distinta. Segundo, la exposición de motivos oficial también parece inclinarse por el auténtico tercero, en tanto se dice que la norma protege al incapaz (igual que la postura de ROCA SASTRE), y agrega que en caso de bienes registrados hay que concordar los requisitos del 2014 con los del 2034. Por tanto, se necesita de un tercero sub-adquirente en donde la nulidad recaiga en el acto previo. Tercero, la nulidad del negocio jurídico (en este caso por incapacidad) tutela valores sustanciales del ordenamiento, y no parece que puedan ser desvirtuados por una inscripción; por lo demás, ésta normalmente no convalida la nulidad, salvo disposición explícita que en este caso no existe. En suma, consideramos que la protección del 2034 CC se da, no a favor de B que celebró un negocio nulo con el incapaz A, sino a favor de C, cuando lo hubiere, y que es un tercer sub-adquirente derivado de B.

Sin embargo, existen algunas hipótesis contempladas en el ordenamiento civil puro que también merecen análisis, por lo cual haremos un desagregado del tema:

- a) A y B celebran un negocio jurídico, **antes de la solicitud de interdicción** por lo cual obviamente no se inscribe, y en donde la causal de incapacidad es **notoria** al momento de la celebración (ejemplo: locura evidente, o ebrio habitual o toxicómano notorio): el negocio sufre de invalidez, ya sea nulidad o anulabilidad dependiendo de la entidad del vicio del que se trate, y afecta a las partes (arts. 582 y 593, 2º párrafo CC), pero puede existir un tercer sub-adquirente C que derive su derecho por transmisión de B, el que será protegido siempre que cumpla los requisitos del 2014 y 2034 CC si se trata de bien registrado, o solo los requisitos del 2034 si es un bien no-registrado.
- b) A y B celebran un negocio jurídico, **luego de la solicitud de interdicción** pero ésta no se inscribe, y en donde la causal de incapacidad también es **notoria** al momento de la celebración (ejemplo: locura evidente, o ebrio habitual o toxicómano notorio): el negocio sufre de invalidez, ya sea nulidad o anulabilidad dependiendo del tipo de vicio del que se trate, y afecta a las partes (art. 582 CC, con mayor razón pues en este caso ya existe la solicitud o la declaración judicial de incapacidad), pero puede existir un tercer sub-adquirente C que deriva su derecho por transmisión de B, el que será protegido siempre que cumpla los requisitos del 2014 y 2034 CC si se trata de bien registrado, o solo los requisitos del 2034 CC si es un bien no-registrado.
- c) A y B celebran un negocio jurídico, **antes de la solicitud de interdicción** por lo cual obviamente no se inscribe, y en donde la causal de incapacidad **NO es notoria** al momento de la celebración (ejemplo: pródigo o mal gestor, o ebrio habitual o toxicómano que no son notorios): el negocio no puede ser anulado por esta causal (art. 593 CC). En este caso ya B es adquirente legítimo del bien por no haber nulidad, por lo que resulta irrelevante las normas de protección del registro a favor del tercer sub-adquirente C.
- d) A y B celebran un negocio jurídico, **luego de la solicitud de interdicción** pero ésta no se inscribe, y en donde la causal de incapacidad **NO es notoria** al momento de la celebración (ejemplo: pródigo o mal gestor, o ebrio habitual o toxicómanos que no son notorios): el negocio sufre de invalidez, y afecta a las partes (arts. 582 y 593 CC, *a contrario sensu*), pero puede existir un tercer sub-adquirente C que deriva su derecho por transmisión

de B, el que será protegido siempre que cumpla los requisitos del 2014 y 2034 CC si se trata de bien registrado, o solo los requisitos del 2034 CC si es un bien no-registrado.

- e) A y B celebran un negocio jurídico en donde el incapaz A oculta de mala fe esa situación para inducir a la celebración del acto, y la causal de incapacidad no consta en el registro: en ese caso ni el incapaz, ni sus herederos o cesionarios pueden alegar la nulidad (art. 229 CC). El negocio queda convalidado, y resulta irrelevante las normas de protección del registro a favor del tercero sub-adquirente.
- f) A y B celebran un negocio jurídico, y consta inscrita o anotada la causal de incapacidad de A: el negocio jurídico es inválido entre las partes, con el añadido que el efecto expansivo de la inscripción hace que un sucesivo tercer sub-adquirente sea afectado también por la invalidez (art. 2034 CC, a contrario).

En buena cuenta, el art. 2034 contiene insospechadas hipótesis y es compleja su coordinación con el ordenamiento civil. Por tanto, habría que pensar en una reforma profunda, en conjunción con las disposiciones del Derecho de Personas.

10. LA EVIDENTE PRIMACÍA DEL TÍTULO SOBRE EL ASIENTO REGISTRAL

En el medio jurídico peruano existe un debate sobre la primacía del título de adquisición o de la inscripción. El problema se presenta, obviamente, cuando los datos del título no coinciden con los del asiento.

Por ejemplo, en un contrato de compraventa (inscrito) se señala que el comprador es casado, empero, por error el registrador consigna en el asiento registral que el titular es soltero. Ahora bien, este último, aprovechando dicha circunstancia, se apresura en transferir el dominio a un tercero. Aquí queda servido el conflicto. El tercero dirá que tiene preferencia el solo asiento, por efecto de la seguridad jurídica y para reducir los costos de transacción. Por el contrario, la parte afectada (cónyuge del comprador) sostendrá que el hecho jurídico productor de la adquisición es el negocio jurídico, y no el asiento registral, por lo que aquél se impone en caso de discordancia. En efecto, si estamos en un sistema jurídico que reconoce los negocios causales, entonces la transmisión del derecho se produce simple y sencillamente por el

contrato; y ningún error burocrático puede cambiar esa realidad. Por lo demás, el hecho jurídico que sustenta la transmisión es el citado negocio, y el registro solo da publicidad del hecho jurídico, pero no lo crea ni lo altera.

Pues bien, resulta evidente que la respuesta se decanta por la relevancia única del título o acto causal, ya que éste es el presupuesto de actuación del asiento, y en todos los casos se encuentra en relación de dependencia o derivación del primero. La siguiente cita es contundente: *“La transcripción no es, ella misma, título (o modo) de adquisición ni puede hacer surgir ningún derecho (real o personal); tampoco es un elemento del título de transferencia o de adquisición que se agregue a otros elementos del título. Título de adquisición es únicamente el negocio (o acto) en virtud del cual se realiza la adquisición; o sea, es lo que justifica la adquisición misma y que, si es un contrato traslativo (o constitutivo), o un negocio jurídico unilateral (ejemplo, un legado), basta para transferir (o constituir) el derecho. En efecto, la transcripción es un mero procedimiento exterior al título de adquisición; y –en cuanto procedimiento- debe presuponer ya existente el título”*¹⁶⁹.

En el Perú, por ejemplo, hay alguien que escribió “científicamente” sobre ese tema aduciendo que debía primar el asiento registral¹⁷⁰. Posición insostenible desde cualquier punto de vista¹⁷¹, pero lo lamentable es que el autor de aquellas líneas desconocía el trasfondo de la cuestión, y que es materia de conflicto diario entre notarios y registradores españoles. Es decir, nuestro ocasional contradictor fue un alfil en un juego político del que ¡no tenía la menor idea! Un caso más del provincianismo en el que se mueve un sector de nuestra doctrina, pues no sale más allá de los libros, pero que desconoce la historia, la política y las relaciones sociales de los pueblos de quienes importan sus ideas. En efecto, un sector de la doctrina registral española trata de dar autonomía al asiento registral; mientras que en el ámbito notarial se otorga centralidad a la escritura pública. Cada uno tiene intereses propios, de lo cual se infiere que no podemos aceptar mecánicamente las conclusiones de unos u otros. Por tanto, no hay que copiar lo que se dice en otro contexto, pues fácilmente podemos obviar las circunstancias sociales o económicas que rodean el tema¹⁷².

¹⁶⁹ MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Op. Cit., Tomo III, pág. 570.

¹⁷⁰ Así: MENDOZA DEL MAESTRO, Gilberto. “Argumentos que justifican la preferencia del asiento registral sobre el título archivado”. EN: *Actualidad Jurídica*. Tomo 177. Agosto 2008. Pág. 71 ss.

¹⁷¹ Una refutación absoluta, y definitiva, se encuentra en: GONZALES BARRÓN, Gunther. “Fundamentos que explican la primacía del título frente al asiento registral. Contribución que pone punto final a un debate innecesario”. EN: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Número 116. Mayo 2008.

¹⁷² Los problemas políticos entre estos dos gremios se exhiben cotidianamente en las páginas web de los colegios de registradores y de notarios españoles.

¿Dónde nace esta idea referida a que una inscripción registral pueda gozar de autonomía con relación al título que es su causa-eficiente? Pues, esta idea se origina en el Derecho alemán, en donde **la transferencia de propiedad opera a través del acuerdo abstracto y la consiguiente inscripción**. El acuerdo abstracto es simplemente una declaración de voluntad común de transferir por una parte y adquirir por la otra; la misma que se halla completamente desligada del negocio causal que lo tenga por base (compraventa, donación, permuta, etc.). Si el negocio causal es nulo, la transferencia de propiedad o de cualquier otro derecho real sigue siendo válida, ya que el acuerdo abstracto se encuentra desligado de su causa. En todo caso, el perjudicado sólo tendrá derecho a una acción de repetición de carácter obligacional (deuda), pero el derecho real se mantendrá inmovible: *“Desde el punto de vista de la política jurídica, la actitud del C.c. (alemán) puede justificarse por el deseo de evitar que las eventuales dudas sobre la validez del negocio causal, eficaz sólo inter partes, pudiera dañar la claridad de la situación jurídica real”*¹⁷³.

En este sentido, el negocio real abstracto sumado a la inscripción, produce como efecto la transferencia de la propiedad o de cualquier otro derecho real, quedando desligado del negocio causal. Uno y otro tienen vida jurídica independiente y, en consecuencia, dentro de los límites del sistema jurídico alemán, sí resulta admisible que el “asiento” (constatación de la transferencia de propiedad en vista a un negocio abstracto) se disocie del “título mediato” (negocio causal). Dentro del sistema alemán, el negocio causal (compraventa) vendría a ser el “título mediato”, completamente desligado del negocio abstracto de atribución que se publica a través del “asiento”: *“La transmisión de la propiedad, tal como está moldeada por el ordenamiento jurídico como tipo de acto jurídico negocial, no puede, según nuestro Derecho, contener en sí misma su causa. No existe, según nuestro ordenamiento jurídico, un acto de transmisión de la propiedad por razón de compraventa o de donación, sino solamente el acto de transmisión de la propiedad ‘per*

¹⁷³ WOLFF, Martin. *Derecho de Cosas*. EN: ENNECCERUS- KIPP-WOLFF. *Tratado de derecho civil*, Traducción de Blas Pérez González y José Alguer, Bosch Casa Editorial, Barcelona 1971, Tomo III-1º, pág. 224.

En forma más reciente se explica el fenómeno de la siguiente manera: «Profundamente diversa es la consiguiente reacción contra las transferencias injustificadas en los dos sistemas: en los primeros, estando a la abstracción y, por tanto, la validez del acto de disposición que realiza la transferencia, la tutela de la parte enajenante es confiada a las acciones *lato sensu* recuperatorias de naturaleza personal. En los segundos, en cambio, la falta de causa adecuada determina la invalidez del contrato y, por tanto, de la transferencia por él producido que viene así destruido con efectos relevantes contra los terceros»: PILIA, Carlo. *Circolazione giuridica e nullità*, Università degli Studi di Roma La Sapienza, Giuffrè Editore, Milán 2002, pág. 143.

se', es decir, sin consideración a la causa por virtud de la cual se produce la transmisión de la propiedad. En la medida en que el ordenamiento jurídico abstrae de la causa el tipo de acto del negocio de atribución, se designa con razón al negocio, negocio abstracto”¹⁷⁴.

Por tal razón, **el presupuesto necesario para la existencia de una inscripción desligada del título tendría que ser el negocio real abstracto**. Cuando no se presenta este presupuesto, resulta incoherente la pretensión de separar el “título” con respecto a la “inscripción o asiento”. Las grandes diferencias que existen entre el sistema alemán y el peruano (en realidad, la diferencia es generalizada con todos los otros derechos europeos o latinoamericanos) hacen inaplicable en nuestro medio la teoría de la inscripción “sustantiva”¹⁷⁵.

Sin embargo, bien vistas las cosas, dicha doctrina también se equivoca cuando pretende ampararse en el sistema alemán para importar alegremente teorías o doctrinas. En efecto, **NI SIQUIERA EN EL SISTEMA ALEMÁN** se puede disociar el asiento registral con respecto del título que le da origen. En efecto, recuérdese que el **negocio real abstracto** (“yo quiero transmitir y tú quieres adquirir”) se encuentra desligado del **negocio causal obligatorio** (compraventa, permuta, donación), pero no de la inscripción, cuyo objeto necesario es el negocio causal. Es decir, **el asiento registral no puede vivir solo, ni siquiera en Alemania, y el artificio técnico del negocio abstracto** tiene como finalidad que las vicisitudes o patologías del negocio causal (venta, permuta, etc.) no afecten la transferencia del derecho. En suma, en el Derecho germánico existe una trilogía de actos en el proceso de transmisión de derechos; **primero**, el negocio causal (compraventa, permuta, donación) que viene a ser el “título mediato” de la transmisión, pues constituye su base justificativa desde la perspectiva obligacional. En **segundo lugar** viene el negocio abstracto, basado en el anterior, por el cual se declara la voluntad de transmitir y que constituye el “título inmediato” de la transferencia. En **tercer lugar** tenemos la inscripción que da publicidad del negocio abstracto y cierra el proceso de transferencia. Nótese que el asiento registral contiene el título inmediato, esto es, el negocio abstracto; por lo que **la inscripción siempre cumple la función publicitaria de un negocio o título transmisivo**. El dato

¹⁷⁴ FLUME, Werner. *El negocio jurídico*, Traducción del alemán de José María Miquel González y Esther Gómez Calle, Fundación Cultural del Notariado, Madrid 1998, pág. 196.

¹⁷⁵ El principio de abstracción es característico del derecho alemán, ya que la transmisión de la propiedad opera automáticamente con la celebración del negocio dispositivo jurídico-real independiente de la validez del negocio causal: MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz María. *La protección de los adquirentes de inmuebles en el Derecho alemán: Caracteres y efectos de la Vormerkung*. EN: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, No. 657, Madrid, enero-febrero 2000, pág. 668.

adicional es que esa inscripción sí aparece desligada del título mediato o negocio causal, pero siempre necesita del título inmediato.

En consecuencia, **en el sistema alemán se ha tenido el cuidado de establecer siempre un negocio distinto (abstracto) que justifique la transmisión, y que es materia de la publicidad del registro.** Por tanto, tampoco disocia el hecho (negocio abstracto) de la publicidad (registro), y a lo más, la separación se da con otro negocio (causal) respecto del negocio de transmisión (abstracto).

Ahora bien, en nuestro país NO EXISTE el negocio abstracto, por lo que éste no es objeto de publicidad; siendo ello así, si tampoco tiene relevancia el negocio causal (título), entonces cabe preguntarse: ¿qué acto está contenido en nuestras inscripciones? Si el asiento no publica el negocio abstracto (que no existe), ni tampoco el negocio causal (por vivir el asiento desligado de éste, en teoría), entonces la conclusión sería que la inscripción en el Perú NO CONTIENE NINGÚN NEGOCIO. Jamás ha podido sostenerse algo tan burdo. Con razón se dice que en nuestra época es necesario justificar hasta lo obvio. En efecto, no puede existir un derecho (real o de cualquier tipo) sin un título que lo haya originado. ¿O es que el registrador crea el negocio jurídico cuando extiende el asiento? Cómo es obvio que esta afirmación no puede sostenerse, entonces resulta evidente que la tesis queda refutada.

Por otro lado, debemos tener muy en cuenta que **la publicidad no existe por sí misma, sin que previamente exista un objeto real al cual referirse.** Por tanto, hay dos planos distintos: uno, la publicidad, que necesita imperativamente del hecho porque éste es su objeto; y otra es el hecho, que vive por sí solo, sea con publicidad o sin ella, y que por obvias cuestiones lógicas constituye el concepto-*prius*.

Imaginemos cualquier hipótesis de publicidad y las implicancias de la tesis aquí refutada. Por ejemplo, una ley aprobada y promulgada con relación a la publicación en el diario oficial. Si el asiento prima sobre el título, entonces en caso de discordancia entre la ley y la publicación, ¿debería primar la publicación aunque la ley diga otra cosa! Es decir, el error de tipeo de un corrector podría generar un derecho en contra de la Constitución, la ley y el sentido común. Ya no estaríamos sujetos a la voluntad popular emanada de nuestros representantes elegidos ante el Congreso, sino ante la arbitrariedad de un burócrata de cuarto rango. Pues bien, esa idea tan burda es exactamente igual que sostener la primacía del asiento sobre el título, ya que ello implicaría que la voluntad omnímoda de un registrador –en contra de la ley- se impone

sobre la voluntad de los particulares que tienen el derecho sobre los bienes materia de disposición. Entonces, ya no importa que enajene el propietario, sino lo que diga el registrador en un asiento.

Filosóficamente, la apariencia de la publicidad no puede sobreponerse a la realidad del hecho que es materia de publicidad. Caso contrario, preguntamos, ¿la noticia que consta en los diarios puede derogar al hecho noticiado?; en otras palabras, ¿cuál es la verdad, la noticia o el hecho? La respuesta es obvia.

La publicidad y el hecho son situaciones unidas en forma indisoluble, aunque se encuentren en distintos planos¹⁷⁶; pues el hecho jurídico es aquel evento que una vez acaecido en el mundo produce consecuencias jurídicas, y se encuentra en el ámbito del “ser” (existe o no); mientras tanto la publicidad es solo un instrumento para dotar de conocimiento general a ese mismo hecho, y se encuentra en el ámbito del “conocer” (lo conozco o no). Por tanto, la publicidad por sí misma no es nada, ya que ésta simplemente existe para dar notoriedad a un hecho determinado. Dentro de esta lógica el hecho jurídico es obviamente el concepto-*prius* (primero, fundamental), al cual sigue la publicidad. En este orden de cosas la publicidad NO PUEDE EXISTIR SIN EL HECHO, ni puede ser diferente a él, ya que la publicidad es un concepto relacional, que se encuentra en relación a un hecho preexistente, al cual le sirve. Es obvio, pues, que la publicidad NUNCA PUEDE REEMPLAZAR O SOBREPONERSE AL HECHO, pues ello implicaría el absurdo lógico consistente en admitir la publicidad sobre el vacío, es decir, sobre nada a qué referirse. Así pues, un evento que sucede en la realidad (hecho) puede ser objeto de narración, como ocurre cuando lo relata un periódico (publicidad), pero jamás la narración (publicidad) podrá modificar o derogar el acaecimiento del evento (hecho), el cual existe por sí mismo, y se encuentra en el mundo del “ser”, de los hechos reales, de las situaciones concretas.

En tal sentido, resulta falso que la inscripción dé lugar a una “nueva situación jurídica”, lo cual se demuestra en el siguiente ejemplo: si una sociedad anónima decide otorgar un poder, este hecho jurídico es el mismo ya sea que se encuentre inscrito o no; si se inscribe sigue siendo un acto de apoderamiento, y el registro no tiene el efecto taumatúrgico de cambiarle de naturaleza; por tal motivo, no existe una “nueva

¹⁷⁶ RAGUSA MAGGIORE, Giuseppe. *Il Registro delle imprese*, Op. cit., pág. 132.

situación jurídica”; sino que el registro da publicidad del mismo hecho (poder), que no se convierte en otro distinto¹⁷⁷.

Se ha tratado de desvirtuar nuestra conclusión de la siguiente manera: “*X emite un negocio de apoderamiento –inscrito en registros- a favor de Y para que transfiera un bien inmueble. En el caso que el día de ayer (sic) X hubiese fallecido y el día de hoy Y transfiere el bien a Z. Si el poder se extinguió el día de ayer, la transferencia ¿es válida? ¿Por qué? (...) La situación real es que el poder se extinguió, pero en estas situaciones concretas según la configuración del sistema es claro que se protege al tercero que contrató confiando en la información que le brindó la institución registral en el asiento registral, no porque constituya una nueva situación jurídica, sino por la presunción de validez y exactitud que se le otorga*”¹⁷⁸.

Este párrafo me permite realizar una refutación convincente:

- En primer lugar, el contradictor ACEPTA que no existe una nueva situación jurídica por efecto de la inscripción registral. Es decir, el acto de apoderamiento es exactamente el mismo luego de su inscripción. Eso representa ya una capitulación, pues considera que el asiento registral no provoca una nueva situación jurídica ni tiene valor autónomo.
- En segundo lugar, el ejemplo que se utiliza **no tiene relación alguna con nuestro tema**. Así, se dice que el apoderamiento inscrito, sustancialmente extinto, puede subsistir en virtud de la apariencia registral, por lo cual ello demostraría que el asiento registral prevalece. FALSO, pues la protección del tercero se hace sobre la base del negocio de apoderamiento inscrito, y que se constata en un asiento. El ejemplo se refiere concretamente a un acto inscrito (poder) que se enfrenta a un acto no-inscrito (hecho extintivo), pero en ningún caso estamos frente a un acto inscrito que discrepa de su propio asiento. En suma, una curiosa manera de argumentar en donde se utilizan ejemplos que no tienen ninguna vinculación con la materia discutida.

¹⁷⁷ Por su parte, las siguientes palabras de la doctrina italiana resultan esclarecedoras: «En el sistema del Código está fuera de toda duda que, allí donde la publicidad tenga como objeto un acto negocial, es el negocio mismo que debe ser inscrito (se piensa, por ejemplo, que requieren la inscripción del poder mercantil, del acto constitutivo de sociedad, de los acuerdos modificativos de estatuto: arts. 2206, 2296, 2300 y 2436 CC Italiano) y no una solicitud que reproduzca su contenido –más o menos integralmente o más o menos fielmente-. (...) A propósito la solución que me limito por ahora a hipotetizar (luego buscaré de argumentar mejor la suposición) es que el archivo sea a todos los efectos parte integrante del registro, así todo aquello que está archivado es (como si fuese) inscrito»: IBBA, Carlo. *La pubblicità delle imprese*, Op. cit., pág. 10-11.

¹⁷⁸ MENDOZA DEL MAESTRO, Op. Cit., pá g. 80.

Una hipótesis que sí resulta aplicable a nuestro debate es el siguiente: A otorga poder a B, pero el registrador consigna por error que el apoderado es C; éste se entera y se aprovecha de la circunstancia para vender el predio de A. ¿Alguien puede sostener que C es el apoderado cuando el título material que dio origen al asiento dice otra cosa? Aquí sí estamos en presencia de una diferencia entre título y asiento, y para quienes postulan la primacía de este último entonces se daría la absurda consecuencia que el registrador “creó el poder” (casi podría decirse que él lo otorgó), y que el hecho jurídico pueda derogarse impunemente por obra y gracia de un funcionario público.

- En tercer lugar, el registro no es el “elemento mágico” que modifica las situaciones jurídicas. Lo que ocurre es que existen múltiples circunstancias que el ordenamiento valora como apariencias socialmente significativas (el registro es una de ellas, aunque jurídica y no de hecho) para efecto de proteger a un tercero de buena fe que confía en dicha apariencia. Entonces no es que se trate de una particularidad del registro, ni mucho menos, sino de un fenómeno legal en orden a la protección con seguridad y justicia de los actos de circulación de la riqueza. Por ejemplo, el art. 152 CC protege a aquellos que contratan con apoderados no-inscritos, y con una tutela mayor pues se exige que el poderdante haya comunicado a los terceros la revocatoria a efecto de que ésta sea oponible. Pues bien, ¿qué relación tiene el registro con el art. 152 CC? Ninguna, lo cual demuestra que el registro no es una situación aislada y única del ordenamiento, sino que existen múltiples casos en los cuales la protección del tercero es extraregistrarial. Siendo ello así, no puede sostenerse que exista “modificación de la situación jurídica” por obra y gracia del registrador y su “labor técnica” de extracción del contenido valioso para terceros y que se plasma en el asiento. Si ello fuera así, ¿cómo se explicarían los artículos 152, 912, 948, 1542, entre muchos otros en los cuales hay protección al tercero sin la “función técnica de un profesional especialmente preparado”? Conclusión: el registro es una de las apariencias que la ley considera relevante, dentro de ciertas circunstancias y límites, para tutelar a los terceros. Nada cambia en orden al negocio jurídico, que tiene la misma naturaleza.
- En cuarto lugar, si bien no viene al tema, debemos llamar la atención respecto del error grosero, sostenido en el ejemplo citado, de sustentar la protección del tercero en el principio de legitimación, al que se denomina de “validez y exactitud”, cuando en realidad estamos claramente ante la hipótesis de tutela general

del registro, esto es, de primacía del acto inscrito sobre el no-inscrito (principio de inoponibilidad de los títulos, regulado en este caso en el art. 2038 CC). Por lo demás, el principio de legitimación no hace presumir la “validez”, como equivocadamente sostiene el contradictor, pues en tal caso, los actos no-inscritos debieran suponerse inválidos, lo que simplemente es absurdo.

Es cierto que se pueden producir algunas consecuencias jurídicas especiales por causa de la inscripción (por ejemplo: lo inscrito es preferente a lo no-inscrito), pero eso en ningún modo cambia la naturaleza del hecho jurídico, que sigue siendo exactamente el mismo (un poder). La publicidad no puede tener vida propia, pues se refiere siempre a un hecho; sin éste no hay publicidad. Por tanto, la inscripción no crea una nueva situación jurídica que sea distinta, lo cual significa que la publicidad no tiene la fuerza de originar por sí sola un hecho que no existe.

También se dice que el sistema peruano de inscripción es uno propiamente de “extracción”, es decir, el registrador estaría en la obligación de extraer del título únicamente el derecho relevante para terceros, y ese derecho es el que se publica en el asiento. En tal sentido, se afirma que si el Registro ha realizado una labor compleja de extracción, entonces no es lógico que el tercero tenga que remitirse nuevamente al título archivado¹⁷⁹. En similares términos se dice que: *“esto es así porque existe un filtro técnico, registrador público, que luego de un estudio minucioso determina qué situaciones merecen ser publicitadas”*¹⁸⁰. Si fuera cierto que solo existe la obligación de consultar los asientos, entonces la conclusión lógica sería que los títulos archivados no necesitan verificarse. Por vía indirecta, pues, se llegaría a sostener la primacía del asiento.

Sin embargo, esta postura se desmorona enseguida por virtud de los siguientes fundamentos:

- Los sujetos tienen el derecho fundamental de autorregular sus intereses privados a través de contratos o negocios jurídicos, lo que incluye disponer de sus bienes; sin embargo, con el sistema propuesto un funcionario del Estado tendría la potestad, a través

¹⁷⁹ Por ejemplo: DELGADO SCHEELJE, Álvaro. “Hacia la reforma del Libro IX de los Registros Públicos del Código Civil Peruano de 1984”. EN: *Folio Real, Revista Peruana de Derecho Registral y Notarial*, No. 2, Lima agosto 2000, pág. 70.

¹⁸⁰ MENDOZA DEL MAESTRO, Op. Cit., pág. 79.

de un error suyo o de una mala interpretación, de CAMBIAR EL CONTRATO O MODIFICAR UNA ADQUISICIÓN O VARIAR EL CONTENIDO DE UNA SENTENCIA JUDICIAL, y solo por el hecho de redactar en mala forma un asiento de inscripción. Ese sistema no existe, ni puede existir, pues atenta contra las bases fundamentales del sistema jurídico que regula a los particulares, y contraviene la misma función del Estado.

- El sistema propuesto sería CONTRARIO A LA CONSTITUCIÓN, pues atenta contra la libertad de contratación, contra la propiedad privada y contra la obligatoriedad de las sentencias judiciales. En efecto, la Carta Fundamental no puede ser compatible con un sistema que permite modificar los acuerdos privados, no por las partes sino por obra de funcionario; o despojar de la propiedad a un titular, que inscribió su título pero el asiento dice otra cosa; y hasta alterar el contenido de una sentencia, pues “el asiento es preferente”. **Por tanto, no solo se trata de un sistema irracional e inmoral, sino claramente inconstitucional a la luz de nuestro ordenamiento.**
- También cabe preguntarse lo siguiente: si el asiento registral contiene toda la información relevante, entonces ¿para qué se archiva el título si no cumple ninguna función de oponibilidad? A veces se ha criticado esta postura señalando que la publicidad sustantiva no tiene relación con la publicidad formal, pero la mejor doctrina está de acuerdo en que solo puede haber oponibilidad (publicidad sustancial) cuando la información sea susceptible de ser conocida de manera efectiva (publicidad formal); de lo contrario estaríamos ante una ficción intolerable. Se dice que uno de los tres principios fundamentales del registro (en este caso se refiere al de empresas, pero la conclusión puede perfectamente generalizarse) es el de RELACIÓN ENTRE Oponibilidad Y COGNOSCIBILIDAD: *“la tutela de los terceros exige que a ellos puedan ser opuestos solo aquellos hechos de los cuales ellos mismos puedan procurarse el conocimiento a través de la consulta del instrumento publicitario, o sea del registro”*¹⁸¹.

Si realmente existiese un sistema de “extracción” con efectos sustantivos, esto es que la inscripción, sin el título, bastara para sustentar una adquisición, entonces ello debería estar señalado por normas legales expresas que reconozcan ese inédito sistema de atribuciones patrimoniales. Para lograr dicho fin no basta la descuidada redacción de un reglamento, sino de todo un conjunto de instituciones civiles que

¹⁸¹ IBBA, Carlo. *La pubblicità delle imprese*, Op. cit., pág. 4.

respondan a ese criterio. Por ejemplo: si la inscripción deroga el título, y lo único que importa es aquella, entonces debería haber un mecanismo procesal que permita al adquirente de un derecho tomar conocimiento previo de la redacción del asiento a efectos de que pueda impugnarlo. La razón es obvia: si un funcionario público, por dolo, culpa o ignorancia, tiene la potestad de abrogar un negocio jurídico adquisitivo por el solo hecho de redactar una inscripción, ¿qué remedios da el ordenamiento para impugnar esa decisión? Obligatoriamente debería otorgarse la posibilidad de “conocer anteladamente el contenido del asiento” para que el interesado se oponga; o una vez extendido el asiento, el usuario debería tener la opción de “apelar la inscripción” con el fin de tutelar el derecho de propiedad reconocido en la Constitución, o cualquier otro derecho sustentado en la autonomía privada, pues con ello se evitaría que se consumen los mayores despojos. Demás está decir que nada de esto existe, por cuanto la inscripción no es más que un resumen del título, un mero extracto formal con fines simplificadores, y que no se encuentra regulado en las leyes sustantivas, sino en reglamentos registrales.

Además, los citados reglamentos nada pueden regular en orden a los efectos jurídicos de los actos o negocios privados, su nulidad, los alcances de la nulidad, la protección a terceros y otros temas de orden sustantivo, exclusivamente reservados al Código Civil o ley expresa. Así pues, el art. 2009 CC señala que **LOS REGISTROS PÚBLICOS SE RIGEN POR SUS REGLAMENTOS ESPECIALES**; es decir, se trata de disposiciones de corte interno, organizativo, de técnica registral, de meras formas, pero nada más. Nótese que la norma legal en forma clara señala que dichos reglamentos solo regulan a la institución y, por ende, su actuación en el procedimiento. No permite que se regule los actos privados. En consecuencia, el tema se encuentra claramente resuelto a favor de la incompetencia absoluta de los reglamentos registrales para normar asuntos privados o de eficacia sustantiva.

Por tanto, si se quiere sostener que la “extracción” produce ese radical efecto adquisitivo (que no existe en el Derecho comparado), entonces primero hay que probar que ese sistema realmente existe; y como no es posible probarlo a falta de normas y antecedentes, entonces todo el argumento se cae por sí mismo.

Por lo demás, la labor “técnica” del registrador está severamente limitada pues se restringe al control formal de los actos contenidos en documento público. En tal sentido, se trata de un simple examen sobre el cumplimiento de algunos requisitos mínimos en orden a la inscripción, y nada más. La función del registrador no pasa de ser una evaluación

formal, documental, limitada, de carácter administrativa y que se realiza dentro de un procedimiento no contencioso. Pues bien, con tales notas distintivas, cabe preguntarse, ¿cómo sería posible que en un proceso limitado al examen de un documento público se delegue al registrador tamaña atribución de extraer lo que a él le parezca relevante en orden a los terceros? Eso solo podría hacerlo un juez en un proceso contencioso con todas las garantías del debido proceso. En consecuencia, es inaudito pensar siquiera que un funcionario administrativo pueda contar con tal potestad.

La técnica de extraer un resumen del título, o de transcribirlo, constituye un simple elemento facilitador de la publicidad formal, explicable bajo distintas perspectivas. Con la extracción se le da al público una visión resumida y rápida de la situación jurídica, sin perjuicio que ésta se produzca realmente en virtud de los negocios atributivos. Con la transcripción, por el contrario, se da al público un contenido completo de la información sin seleccionarlo. Optar por uno u otro es una simple cuestión de organización de la oficina registral, pero de allí no se puede avanzar hasta el punto de crear efectos mágicos a la inscripción, y que éstos lleguen hasta el punto de desconocer la realidad misma, que en este caso es el hecho jurídico adquisitivo.

En efecto, no es posible sacralizar la actividad del registrador hasta tal punto que su actuación errada o dolosa pueda tener la gravísima consecuencia de MODIFICAR O DEROGAR EL ACTO O NEGOCIO CELEBRADO POR LOS PARTICULARES, por el simple hecho que existe discordancia entre el título y el asiento. Un sistema así implica dar preferencia a la mera forma por el solo hecho de ser tal, o porque el Estado lo decretó de esa manera a través de un funcionario. Con ello solo se logra un ordenamiento formalístico irracional, y que está incluso en contradicción con los postulados liberales que subyacen en las tesis utilitarias, pues la arbitrariedad del Estado prevalece sobre los actos lícitos de los particulares. En efecto, aquí se prefiere la publicidad vacía, sin necesidad del hecho jurídico al cual debe necesariamente referirse.

El tema se encuentra resuelto con el ordenamiento vigente, no solo por la ordenación causalista de las atribuciones patrimoniales (art. 140 CC), sino por el propio ámbito de la calificación registral que expresamente incluye “los antecedentes registrales” (art. 2011 CC), esto es, los títulos que dan origen a las inscripciones. Por tanto, no existe autonomía entre ambos conceptos, sino lógica y necesaria dependencia. **En este punto no hay nada que reformar, más bien, defender lo que tenemos.**