

ALAN
PASCO
ARAUCO

DERECHOS REALES

ANÁLISIS
DE LA JURISPRUDENCIA
DE LA CORTE SUPREMA



G ACETA
JURIDICA

DERECHOS REALES
Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema

ALAN
PASCO
ARAUCO

DERECHOS REALES

ANÁLISIS
DE LA JURISPRUDENCIA
DE LA CORTE SUPREMA



GACETA
JURIDICA

Av. Angamos Oeste N° 526, Urb. Miraflores
Miraflores, Lima - Perú / ☎ (01) 710-8900
www.gacetajuridica.com.pe

BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ
Centro Bibliográfico Nacional

346.4 Pasco Arauco, Alan, 1987-
P27 Derechos reales : análisis de la jurisprudencia de la Corte
Suprema / Alan Pasco Arauco.-- 1a ed.-- Lima : Gaceta Jurídica,
2017 (Lima : Impr. Edit. El Búho).
414 p. ; 18 cm.

Incluye referencias bibliográficas.
D.L. 2017-06966
ISBN 978-612-311-465-7

1. Derecho civil (Derechos reales) - Perú 2. Propiedad
(Derecho civil) - Perú 3. Prescripción (Derecho civil) -
Perú I. Título

BNP: 2017-1974

DERECHOS REALES

Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema

© Alan Pasco Arauco
© Gaceta Jurídica S.A.

Primera edición: Julio 2017
4040 ejemplares
Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú
2017-06966
ISBN : 978-612-311-465-7
Registro de proyecto editorial
31501221700634

Prohibida su reproducción total o parcial
D.Leg. N° 822

Diagramación de carátula: Martha Hidalgo Rivero
Diagramación de interiores: Karinna Aguilar Zegarra

GACETA JURÍDICA S.A.

AV. ANGAMOS OESTE N° 526, URB. MIRAFLORES
MIRAFLORES, LIMA - PERÚ
CENTRAL TELEFÓNICA: (01)710-8900
E-mail: ventas@gacetajuridica.com.pe / www.gacetacivil.com.pe

Impreso en: Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto N° 201, Surquillo
Lima - Perú
Julio 2017

Agradecimientos

Este libro es el resultado de muchas cosas: horas de lectura, horas de enseñanza y horas de trabajo como abogado.

Lo primero se lo debo agradecer a todos aquellos que, de alguna forma, contribuyeron en mi formación académica durante los años que pasé por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, entre ellos, principalmente, el profesor Juan Espinoza Espinoza.

Lo segundo –las horas de dictado de clase– se las debo en gran medida a los profesores Moisés Arata y Guillermo García Montufar, quienes me abrieron las puertas de la cátedra universitaria. Asumir el rol de docente me ha permitido –y me sigue permitiendo– intercambiar opiniones y absolver consultas de los alumnos durante el desarrollo de las clases. Ellos –los alumnos de las distintas universidades, cursos y diplomados en los que me ha tocado participar– son coautores involuntarios de este libro, pues muchas veces una pregunta bien planteada es más importante que la respuesta misma. Afortunadamente para mí, preguntas de ese tipo han abundado en los distintos lugares en los que me ha tocado compartir lo poco que sé.

Finalmente, pero no por ello menos importante, debo agradecer a Jorge Reátegui, socio del estudio donde me desempeño como abogado y quien en algún momento fue mi profesor en la maestría. Trabajar con él en el día a día me ha permitido, los últimos cuatro años, ver el Derecho desde una perspectiva y lógica que muchas veces escapa de los libros. Una lógica que obliga al abogado a contrastar lo que estos nos ofrecen con los problemas cotidianos y reales. Es en el día a día, en la solución de los conflictos reales, que estamos “obligados” a interpretar la norma e ir más allá de su mecánica aplicación, tratando de encontrarle un sentido común y una lógica subyacente.

Este libro, al ser el resultado de tales fuentes, toma un poco de cada una. Precisamente por eso, más que innumerables citas de libros y autores nacionales y extranjeros que se han ocupado de cada uno de los temas que abordo en este libro, lo que he tratado de hacer (sin omitir las citas cuando resultaban necesarias) es aportar una solución personal e ingeniosa a cada uno de los problemas que la

Corte Suprema, en sus distintos fallos, ha tratado de resolver (muchas veces de una manera que no comparto).

He escogido estas veinte sentencias porque considero que reflejan perfectamente el estado actual de los derechos reales en nuestro país: una materia en la que aún está pendiente muchísimo por producir, por proponer y, sobre todo, por esclarecer.

Este libro de análisis y crítica busca ser un humilde y pequeño esfuerzo en dicho sentido.

INTRODUCCIÓN

Los derechos reales han sido materia de análisis y debate en seis de los nueve plenos casatorios que hasta la fecha se han desarrollado en nuestro país. Esto es una muestra más que del interés de nuestros magistrados en esta rama del Derecho Civil, en la relevancia que la misma asume en la vida diaria (los plenos –y en general la jurisprudencia– no son sino un reflejo de lo que ocurre en la realidad).

Motivado por ello es que decidí iniciar un trabajo en donde el análisis doctrinario de las distintas instituciones que conforman los derechos reales pueda ser confrontado con la manera en que son aplicadas por nuestros jueces en la solución de los casos diarios.

Más que “fuente del Derecho”, en nuestro país la función de la jurisprudencia es crear tendencias, delineando el camino para la solución de futuros casos. Es por ello que siempre he considerado que antes que una imposición dictada de arriba hacia abajo (que es precisamente lo que sucede con los plenos casatorios, en donde la decisión se impone desde la Corte Suprema hacia los magistrados de menor jerarquía), lo que se debe buscar es convencer, a través de un razonamiento sin fisuras y sustentado en un análisis inteligente de la norma, cuál es la interpretación que debe primar para la solución de los casos más controvertidos. Este “convencimiento” permite la creación de consensos que finalmente se materializarán en tendencias. Pero para lograr ello es imprescindible conocer no solo las fuentes de nuestras instituciones y el desarrollo de las mismas a nivel doctrinario, sino también aplicar esas instituciones proveídos de una lógica y racionalidad que invite a los magistrados a adherirse a la solución propuesta. El presente libro busca contribuir –en la medida de lo posible– a ello.

Las veinte sentencias cuyos comentarios conforman el presente trabajo han sido escogidas por tres razones. La primera, porque abordan temas conflictivos que, en su gran mayoría, no tienen una solución explícita en nuestro Código Civil o, teniéndola, exigen de parte del operador una labor interpretativa acuciosa. La segunda, porque se trata de temas que si bien han sido –aun cuando no en todos los casos– analizados por nuestra doctrina, está pendiente su materialización a nivel jurisprudencial. Muchos de estas sentencias resuelven casos que podrían denominarse “de libro” o “de laboratorio”, pero que afortunadamente han llegado a hacerse “realidad”,

lo cual es una muy buena excusa para aterrizar del texto (doctrina) a la solución del conflicto (jurisprudencia).

Finalmente –y tal vez sea esta la razón principal por las que fueron escogidas– estas veinte sentencias –en su mayoría– o han sido resueltas con base en razones con las que discrepo o contienen decisiones con las que no estoy de acuerdo (aun cuando en su desarrollo las instituciones jurídicas involucradas hayan sido correctamente identificadas). Escribir sobre una sentencia con la cual uno está de acuerdo tanto en su fundamentación como en su decisión permite reforzar el adecuado desarrollo y entendimiento de una institución o un concepto; por el contrario, comentar una sentencia con la que uno discrepa, más que una labor de reforzamiento representa un borrón y cuenta nueva: destruir (en el mejor sentido de la palabra) lo que se hizo mal y a partir de ello construir adecuadamente la institución jurídica o el concepto involucrado en el caso.

Y es que a veces la mejor forma de entender algo es viéndolo desde su aspecto patológico o negativo: cómo no debe ser entendida una institución o cómo no debe ser aplicada. Si partimos por identificar los errores, el paso inmediato es detallar cómo es que debe entenderse y aplicarse dicha institución. Trabajar sobre decisiones con las que uno discrepa permite precisamente ello: obliga al autor a identificar qué se hizo mal y a partir de ello lo invita a proponer lo que considera correcto. Esto beneficia al lector, quien se lleva una imagen más completa de la institución. Uno aprende de sus errores, se suele decir. El Derecho y sus instituciones no son ajenos a esta lógica. La mejor forma de aprender y aprehender el Derecho es a través de los errores en su interpretación, entendimiento y aplicación práctica.

En lo que se refiere a los temas desarrollados en cada una de estas sentencias, si bien todos ellos están comprendidos dentro del rubro de los “derechos reales”, ello de ninguna manera significa que otras ramas del Derecho Civil estén ausentes en el libro. Probablemente, los Derechos Reales (como rama) sea la mejor simbiosis de las instituciones del Derecho Civil. Dado que en la mayoría de casos los derechos reales nacen como consecuencia del ejercicio de la autonomía privada, quien quiera estudiarlos deberá tener conocimientos sólidos sobre el negocio jurídico y contratos, que son precisamente las herramientas de dicha autonomía.

Asimismo, la materialización de los derechos reales depende muchas veces del cumplimiento de ciertas obligaciones que los sujetos asumen voluntariamente. Por ejemplo, el propietario no puede ejercer las facultades de uso y disfrute si el vendedor no cumple con su obligación de entrega del bien. Es recurrente que cada vez que un derecho real no puede ser ejercido a satisfacción es porque alguien incumplió con determinada obligación. Por ello, el análisis de los derechos reales exige el conocimiento de las denominadas relaciones jurídicas obligatorias a efectos de comprender cuál es el ligamen entre aquellos y estas.

Por ello, aun cuando el libro está enfocado en los Derechos Reales en su aplicación práctica, a lo largo de los comentarios a las sentencias el lector podrá toparse con el análisis de instituciones que integran otras ramas del Derecho Civil, como ocurre con los contratos, las obligaciones, la responsabilidad civil y el Derecho Registral.

En lo que se refiere a las instituciones que propiamente forman parte de los derechos reales (transferencia de propiedad, tutela de la propiedad, prescripción adquisitiva, posesión precaria, fe pública registral, etc.), el lector encontrará en el índice un agrupamiento de las sentencias con base en las instituciones que principalmente son abordadas en ellas.

Dicho agrupamiento resulta por demás arbitrario. Algunas de las sentencias que conforman el rubro “Defensa de la propiedad” tranquilamente podrían haber formado parte de un grupo distinto, titulado “Fe pública registral” o “Los grandes principios registrales en los Derechos Reales”. Del mismo modo, las sentencias agrupadas dentro del “Derecho de superficie” podrían haber integrado un subgrupo titulado “Partes integrantes y accesorias”; algo similar ocurre con las sentencias del grupo “Transferencia de la propiedad”, que podrían haberse agrupado bajo el rótulo “Fe pública registral”.

¿Qué significa esto? Que los temas no son estáticos. Los reagrupamientos se han establecido por cuestiones de orden, pero en ningún caso porque formen parte de un compartimento estático e inmutable. No hay una sola sentencia que integre este libro que se enfoque exclusivamente en una institución del Derecho Civil o en un único tema de los derechos reales. Confluyen, en cada una de dichas sentencias, diversos tópicos, lo cual hace más productivo el análisis.

No es mi intención realizar un resumen de cada uno de los grupos de sentencias comprendidas en el presente trabajo, cada lector podrá hacerlo en su momento. Sí quisiera referirme muy brevemente a algunos de ellos.

Dentro del grupo “Ocupación precaria”, el lector podrá encontrar una sentencia que se ocupa de un caso recurrente y delicado: el desalojo entre familiares. La relevancia social del tema tendría que haber llevado a la Corte Suprema a incorporarlo dentro del Cuarto Pleno Casatorio. Dado que ello no ocurrió, la Corte debe ahora crear, a través de sus reiterados fallos, una tendencia que invite a comprender —tal como desarrollo en el comentario respectivo— que la sola existencia de una relación de parentesco entre las partes de un proceso de desalojo no es razón suficiente para que la demanda no llegue a buen puerto.

El otro gran rubro que integra el presente libro es el de la “Prescripción adquisitiva”. De todos los plenos casatorios, siempre he considerado que el segundo —que es el que se ocupó precisamente de la usucapión— es el más inocuo: ni bueno ni malo, simplemente irrelevante (una muestra de ello es que se trata del pleno

menos estudiado y citado). La mayoría de plenos son comentados en un sentido crítico (el Primer Pleno es un claro ejemplo de ello). En otras ocasiones —excepciones a la regla, valgan verdades— sus aciertos son aplaudidos (el Noveno Pleno, por ejemplo, respondió adecuadamente ante la duda de si en un proceso de otorgamiento de escritura pública se debía analizar la validez del contrato que se buscaba formalizar). El Segundo Pleno rompe con esta dicotomía, en tanto no deja nada para el análisis, habiéndose limitado a concluir algo que ya estaba claro *ex ante*: si dos o más personas coposeen un bien cumpliendo con los requisitos del artículo 950 del Código Civil, entonces se convierten en copropietarios.

¿Qué acaso no habían otros temas más relevantes y controvertidos vinculados con la prescripción? Un sinnúmero: ¿es lo mismo la pacificidad que la continuidad como requisitos de la prescripción?; ¿cuándo se afecta uno y otro requisito?; ¿es lo mismo dejar de poseedor como propietario que reconocer a otro como dueño?; ¿es lo mismo reconocer a otro como dueño que reconocerse uno mismo como un “no propietario”?; ¿el envío de comunicaciones extrajudiciales —cartas notariales, por ejemplo— afectan el requisito de la pacificidad?

Todos estos temas brillan por su ausencia en el Segundo Pleno Casatorio. Tratando de suplir esta falta de pronunciamiento, muchos de ellos han sido abordados —aunque no siempre de forma adecuada— en varias de las sentencias incluidas en el presente trabajo. El análisis y la crítica están en el comentario respectivo a cada una de ellas.

El tercer gran grupo está conformado por la denominada “Defensa de la propiedad”. Aquí no solo me enfoco en el típico supuesto de la acción reivindicatoria, en donde el propietario no poseedor se enfrenta al poseedor no propietario, sino en aquellos casos en donde la pretensión reivindicatoria va acompañada de otras instituciones, tales como el principio de oponibilidad, la fe pública registral, la nulidad de acto jurídico, la prescripción consumada o en vías de consumación, el mejor derecho de propiedad, etc. Usualmente —tal como se refleja en las sentencias que conforman este grupo—, el demandado tiene un título que busca oponer al demandante; en otras ocasiones, el demandante sustenta su reivindicatoria en la nulidad del título del demandado y este se defiende invocando la fe pública registral. Igual de controversial es la “acción” reivindicatoria planteada por el propietario afectado con una falsificación documentaria, contra aquel que precisamente adquirió ese mismo bien de la mafia que falsificó el título. ¿Vence la acción reivindicatoria o cede frente a la tutela de la buena fe que invoca el demandado?

El mensaje de fondo, cuando entran a tallar los principios registrales, es que la propiedad sí es un derecho vulnerable: el propietario puede perder lo que creía suyo porque otro contrató sobre el mismo bien, pero sí inscribió de buena fe; o un título de transferencia nulo —que en teoría no debería servir para que alguien pierda

su propiedad— puede ser la base de una transferencia eficaz si el bien cae en manos de un tercero de buena fe que actúa confiando en el Registro.

Esto es algo que muy pocas veces se dice con la contundencia que se merece y que he tratado de reflejar en los comentarios a las distintas sentencias que tocan este tema. Puede sonar duro que la propiedad, más que un derecho inviolable, es absolutamente vulnerable, pero no porque sea duro debe ser obviado. La mejor forma de prevenir esto es señalando cuándo es que así sucede, para que los propietarios tomen las medidas de precaución que los dejen a buen recaudo.

Es así como el presente libro busca aproximarse analítica y críticamente a alguno de los más importantes fallos expedidos por la Corte Suprema en los últimos dos años en materia de derechos reales, con la finalidad no solo de abordar aquellos tópicos que por lo controversial que resultan merecerían un desarrollo más profundo tanto por parte de la doctrina como de la propia jurisprudencia, sino incluso respecto de aquellos temas que, habiendo sido ya materia de plenos casatorios, en su aplicación práctica siguen generando dudas y controversias.

Finalmente, y a modo de consejo, cabe señalar que el presente trabajo no necesariamente tiene que ser leído en el orden en que los comentarios y las sentencias han sido propuestos. Usted, amable lector, puede comenzar en perfecto desorden con cualquiera de los temas que sea de su conveniencia, agrado y/o necesidad. En cualquier caso, si en el comentario que se está revisando se toca un tema o institución que ya fue materia de análisis en otro comentario, la remisión al mismo está hecha en el pie de página respectivo.

Espero que el presente libro sea de utilidad para los lectores. Más que un trabajo enfocado en el análisis dogmático de las instituciones involucradas que busque pulir los conceptos hasta llegar a su pureza o estado natural, he tratado de llevar cada uno de los casos planteados en las sentencias a sus últimas posibilidades, jugando con hipótesis o escenarios eventuales para hacer así más acuciosa la aplicación práctica de dichas instituciones.

Sin embargo, no quisiera que se vea en este libro un esfuerzo meramente pragmático (entendiendo por “pragmático” aquello que carece de una estructura y base conceptual). Una de las grandes razones —considero— por las que el Derecho ha sido poco desarrollado en nuestro país —solo por poner un ejemplo: Colombia, un país con el que limitamos y que ni siquiera forma parte de los países históricamente exportadores de producción jurídica, nos lleva desde hace algún tiempo una gran ventaja— es el hecho de que se ha creído que la formación teórica y su aplicación práctica están escindidos. En el Derecho, la relación entre lo teórico y lo práctico es, como en la vida, la relación entre el pasado y el presente: el pasado no pasa nunca —lo dijo Faulkner—, y no puede pasar porque ni siquiera es pasado; el

pasado es solo una dimensión del presente. El pasado y el presente solo se entienden cuando se miran en conjunto.

En este mismo sentido debe entenderse la relación entre la teoría y la práctica en el ámbito jurídico: la teoría sin práctica es mera especulación, y la práctica sin teoría es una absurda divagación. La teoría y la práctica deben dialogar mirándose a los ojos. Esa es precisamente la relación que he tratado de reflejar en cada uno de los comentarios que integran el presente libro. Usted, amable lector, juzgará si acaso lo he logrado.

CAPÍTULO I

OCUPACIÓN PRECARIA

Cuando el amor es precario: ¿procede el desalojo entre familiares?

COMENTARIO A LA CASACIÓN N° 1784-2012-ICA

I. LOS HECHOS DE LA SENTENCIA

En la Cas. N° 1784-2012-Ica se resolvió la demanda de desalojo por ocupación precaria interpuesta por Dora Isabel Huarcaya Toledo (en adelante la demandante) contra Jessica Yanina Saravia Trillo (en adelante la demandada) respecto del inmueble ubicado en la calle San Clemente número setecientos nueve, provincia de Pisco, departamento de Ica (en adelante el inmueble), inscrito a favor de la demandante en la Partida Registral N° 02006765 del Registro de Propiedad Inmueble de Pisco.

La demandante sustentó su pretensión en su condición de propietaria registral del inmueble. La demandada, por su parte, sostuvo que vivía en el inmueble en su condición de conviviente y madre de los hijos del señor Robin Fausto Bendezú Huarcaya (hijo de la demandante), a quien esta última le había otorgado un derecho de uso y habitación sobre el inmueble. En la medida que el derecho de uso y habitación se extienden a favor de la familia del titular⁽¹⁾, la demandada –en su condición de conviviente– consideraba tener derecho a ocupar el predio.

En primera instancia se declaró fundado el desalojo, pues mientras la demandante había acreditado su condición de propietaria del inmueble, la demandada no había presentado título que legitime su posesión, habiéndose limitado a adjuntar el acta de nacimiento de sus menores hijos y la partida de nacimiento de su conviviente.

La Sala Superior confirmó el fallo de primera instancia, ya que si bien la demandada señalaba que poseía el inmueble en compañía de su conviviente y sus dos menores hijos, no había presentado medio probatorio que acredite ello, con lo cual no estaba probado que contara con un título que justifique su posesión.

En su recurso de casación la demandada insistió en que su derecho a estar en el inmueble derivaba de su condición de conviviente del hijo de la demandante, a

(1) Artículo 1208 del Código Civil.- “Los derechos de uso y habitación se extienden a la familia del usuario, salvo disposición distinta”.

quien esta le había otorgado un derecho de uso, el cual le era extensible en aplicación del artículo 1208 del CC.

La Corte Suprema –por mayoría– declaró fundado el recurso de casación y en consecuencia nula la sentencia de vista, y actuando como sede de instancia revocó la sentencia de primera instancia y reformándola declaró improcedente el desalojo.

Los fundamentos del fallo de la Corte fueron los siguientes:

- Si bien el artículo 1028 del CC hace extensible el derecho de uso a favor de la familia del beneficiario directo (en el presente caso el hijo de la demandante era el beneficiario directo y su familia estaba integrada por su conviviente –la demandada– y sus dos menores hijos), ello no implica la creación de un derecho independiente del otorgado a aquel (beneficiario directo) sino solo la extensión del mismo, de manera tal que el derecho de uso no pierde su carácter de derecho personalísimo.
- La familia del titular del derecho de uso podrá beneficiarse del mismo mientras este se encuentre vigente; una vez extinguido el derecho a favor del beneficiario directo concluye también el de sus familiares.
- La demandante otorgó un derecho de uso a favor de su hijo, quien es conviviente de la demandada, por lo que tal derecho de uso beneficia a esta última.
- No se acreditó en autos que la demandante haya extinguido el derecho de uso otorgado a favor de su hijo.
- El hecho de que la demandante haya exigido la restitución del inmueble solo a la demandada, permitiendo que el conviviente de esta, así como sus menores hijos, permanezcan en posesión del predio, tendría como única finalidad quebrar la unidad familiar, algo que no puede ser admitido en tanto la misma encuentra protección en la Constitución Política del Perú.

Este caso contó con dos votos en discordia:

Por un lado, los vocales supremos Rodríguez Mendoza, Valcárcel Saldaña y Cunya Celi votaron porque se declare infundado el recurso de casación y en consecuencia no se case la sentencia de vista, pues –desde su punto de vista– no se había acreditado en autos: i) el otorgamiento de un derecho de uso por parte de la demandante a favor de su hijo; y ii) la convivencia entre el hijo de la demandante y la demandada, pues durante la audiencia única la demandante sostuvo desconocer si su hijo vivía en el inmueble.

Por ende, al no haberse acreditado la existencia del derecho de uso en beneficio del hijo de la demandante, la demandada no tenía en qué sustentar su posesión.

El otro voto en discordia fue el del vocal Ticona Postigo, quien optó por que se declare fundado el recurso de casación y se case la resolución impugnada, declarando nula e insubsistente la sentencia de primera instancia y ordenando al juez de primera instancia que actúe de oficio los medios probatorios (inspección judicial al inmueble, ampliación de la declaración de la demandante y la demandada, la declaración del conviviente), que permitan crear convicción sobre si la demandante otorgó a favor de su hijo un derecho de uso sobre el inmueble que se hiciera extensible a favor de la demandada.

Antes de analizar la forma (correcta o incorrecta) en que se resolvió el caso materia de comentario, es importante realizar algunas precisiones sobre la posesión precaria.

II. LA POSESIÓN LEGÍTIMA E ILEGÍTIMA

La posesión legítima es sinónimo de posesión conforme a derecho, es decir, una posesión que se sustenta en una causa o razón justificante, que ha sido valorada y es admitida por el sistema jurídico. Esta causa o razón justificante, que le otorga legitimidad a la posesión, se conoce como “título”. Poseer con título, entonces, equivale a poseer con derecho.

El propietario es un poseedor legítimo porque posee en base a un derecho: la propiedad. El usufructuario, por su parte, sustenta su posesión en el llamado “derecho de superficie”. Quienes poseen el bien en virtud de un derecho de uso son también poseedores legítimos. El arrendatario sustenta su posesión en el derecho de crédito nacido de su contrato de arrendamiento celebrado con el propietario. Todos ellos son poseedores legítimos porque cuentan con un derecho o título que respalde su posesión. Cada vez que deseemos determinar si alguien es o no un poseedor legítimo tendremos que preguntarnos: ¿cuenta con un derecho (título) que respalde su posesión?

Este derecho puede derivar de dos fuentes: la voluntad de las partes o la ley. En el primer caso estamos ante el denominado “título negocial”; en el segundo se trata de un “título legal”. Piénsese en el propietario poseedor de un bien: el derecho que le otorga legitimidad a su posesión es la “propiedad”, pero esta podría haber derivado de la compraventa celebrada con el anterior dueño (título negocial) o de un proceso de prescripción adquisitiva (título legal).

En el caso del título negocial existe un acuerdo entre las partes interesadas, en virtud del cual quien tiene el derecho a poseer transfiere o cede este derecho a favor de su contraparte. Es lo que en la doctrina se conoce como “adquisición

derivada”⁽²⁾: alguien adquiere un derecho (comprador) gracias a que otro se lo transfiere (vendedor). Existe una cadena de transferencias, en donde el derecho de uno encuentra como causa o antecedente el derecho de otro, que se lo cede. Por ejemplo, el comprador de un bien deriva su derecho de la propiedad que le es transferida por el vendedor; el arrendatario deriva su derecho del propietario que, en calidad de arrendador, autoriza su estancia en el bien; el derecho del usufructuario deriva de las facultades de uso y disfrute que le son cedidas por el propietario. Propietario, arrendatario y usufructuario son poseedores legítimos gracias a un título negocial.

En el título legal, por el contrario, el derecho que respalda a la posesión deriva directamente de la ley, sin necesidad de un acuerdo o intercambio de voluntades. Es lo que se conoce como “adquisición originaria”: el derecho lo otorga la ley directamente, sin que guarde conexión con el derecho previo de otra persona; no existe aquí una cadena de transferencias en donde un derecho le sirva como antecedente a otro. Imaginemos a aquel que va caminando por la playa y toma con sus manos una piedra que llamó su atención: automáticamente se convierte en propietario de la piedra, pues de conformidad con el artículo 929 del CC⁽³⁾, los bienes sin dueño (*res nullius*) se adquieren mediante la apropiación.

Lo mismo sucederá en el caso de la prescripción adquisitiva de dominio: de la posesión pública, pacífica, continua y como propietario que una persona ejerce por el plazo de 10 años, la ley automáticamente “construye” un derecho de propiedad a favor de dicho poseedor. La propiedad del prescribiente no deriva de la propiedad del anterior titular; por el contrario, estamos ante una nueva propiedad (por eso se llama “adquisición originaria”) que niega precisamente la anterior.

En síntesis, la posesión legítima es aquella que se respalda en un derecho, el cual puede derivar de un título negocial o legal. No obstante, si bien la sola existencia de un título legal determina la legitimidad en la posesión, en el caso del título negocial no basta su sola existencia para generar tal “legitimidad”.

III. LOS TRES SUPUESTOS DE POSESIÓN ILEGÍTIMA

Imaginemos a un niño de 9 años que es propietario de un inmueble y lo transfiere a favor de alguien mediante compraventa. El comprador pasa inmediatamente a tomar posesión de bien. ¿Ante qué tipo de poseedor estamos? Aun

(2) Aun cuando la doctrina suele usar este término para hacer referencia a una forma en particular de adquirir el derecho de propiedad, considero que puede hacerse extensible para englobar cualquier supuesto en donde alguien adquiere una justificación (sea o no la propiedad) para estar en posesión de un bien.

(3) Artículo 929 del Código Civil.- “Las cosas que no pertenecen a nadie, como las piedras, conchas u otras análogas que se hallen en el mar o en los ríos o en sus playas u orillas, se adquieren por la persona que las aprehenda, salvo las previsiones de las leyes y reglamentos”.

cuando el comprador cuente con un título negocial (el contrato de compraventa), su posesión será ilegítima: un contrato de compraventa celebrado con un menor de edad (agente incapaz) no “sirve” para transferir la propiedad a favor del adquirente, con lo cual la posesión ejercida por el comprador no se sustentará en un derecho.

No debemos olvidar que el título negocial deriva de un acuerdo de voluntades (un contrato), por lo que, como todo acto de autonomía privada, debe cumplir con requisitos de validez y eficacia.

Entonces, a efectos de poder generar una posesión legítima, el título negocial deberá ser, en primer lugar, válido, es decir, no estar incurrido en ninguna de las causales de nulidad detalladas en el artículo 219 del CC. Adicionalmente a ello, el segundo análisis que exige el título será el de eficacia. El típico ejemplo de título negocial válido pero ineficaz es aquel en donde alguien busca transferir un derecho que no tiene: si le compro el bien a quien, sin serlo, se hace pasar como propietario, tendré un contrato válido pero no idóneo para transferirme la propiedad (vicio de ineficacia).

Lo mismo sucederá en caso A (sujeto capaz y propietario de un bien) celebra una compraventa a favor de B, pero en el contrato las partes incorporan una condición suspensiva y acuerdan que la entrega de la posesión se producirá una vez cumplida dicha condición. Luego de ello A viaja al extranjero y en el ínterin B decide tomar posesión del predio. Esta posesión será ilegítima, pues en tanto no se cumpla la condición suspensiva B contará con un título negocial válido pero ineficaz, lo cual impide que la propiedad haya quedado transferida a su favor.

En síntesis, para estar frente a una posesión legítima el poseedor deberá acreditar que cuenta con un título legal o negocial, y en este último caso deberá acreditar que el mismo es válido y eficaz. Y de esto último se desprende que la posesión será ilegítima en tres supuestos: i) ausencia de título; ii) contar con un título negocial inválido (una compraventa nula, por ejemplo); y iii) contar con un título negocial válido pero ineficaz (por ejemplo, una compraventa válida pero que ha quedado resuelta por haberse incumplido con el pago del precio).

IV. LA BUENA Y LA MALA FE EN LA POSESIÓN ILEGÍTIMA

Si bien estos 3 supuestos generan una posesión ilegítima, la ley no trata igual a todos los poseedores sin derecho. No es lo mismo un usurpador que, con conocimiento de causa, invade una propiedad ajena (en este caso su ilegitimidad deriva de la ausencia absoluta de un título), que el adquirente de un bien que lo compra creyendo, de buena fe, que quien se lo vende es el propietario (en este caso su ilegitimidad deriva de contar con un título negocial válido pero ineficaz).

El distinto estado subjetivo con el que actúa cada poseedor ilegítimo ha llevado a la ley a distinguir entre el poseedor (ilegítimo) de buena y mala fe⁽⁴⁾, asignándole a cada uno distintas consecuencias:

- i) El de buena fe se queda con los frutos que el bien produce; el de mala fe devuelve los frutos percibidos o paga el valor estimado de aquellos que debió percibir.
- ii) El de buena fe no responde por la destrucción del bien por hechos que no le son imputables, mientras que el de mala fe solo se libra de responsabilidad si acredita que el bien se hubiese destruido aun estando en posesión del propietario.
- iii) El de buena fe puede acceder a un régimen de prescripción adquisitiva más beneficioso (5 años para inmuebles y 2 para muebles); el de mala fe debe cumplir con plazos prescriptorios más largos (10 años para inmuebles y 4 para muebles).

Vistas las diferencias, queda claro que siendo un poseedor ilegítimo es mejor ser considerado como uno de “buena fe”. ¿Pero qué se requiere para tener esta condición?

De forma muy genérica podemos decir que el poseedor de buena fe es aquel que cree equivocadamente en su legitimidad, es decir, incurre en un error que lo lleva a creer que tiene derecho a estar en el bien. El ilegítimo de mala fe, en cambio, es consciente que no tiene un derecho que respalde su posesión. Sin embargo –y como resulta obvio– para ser calificado como un poseedor ilegítimo de buena fe no basta con que alguien diga “yo creí que tenía un derecho a estar en el bien”. Esta “creencia” que se invoca –y que es el fundamento de la buena fe –tiene que cumplir con ciertas condiciones:

- i) Debe respaldarse en “algo”: piénsese en el usurpador que invade una propiedad y que pretende sustentar su buena fe diciendo que él creía tener derecho a estar en el bien. ¿En qué podría sustentar esta creencia? En nada. La creencia que se invoca (o lo que es lo mismo, el error en el que se dice haber incurrido) debe recaer en algo, y ese algo es precisamente el título.

(4) Es por eso que, dentro de la posesión legítima, no cabe hablar de buena o mala fe. ¿Cómo sería un poseedor legítimo de mala fe? ¿Aquel que, erróneamente, cree que posee de forma ilegítima cuando, en realidad, sí cuenta con un derecho que respalda su posesión? Cuando estamos ante una posesión legítima, el estado subjetivo es irrelevante: si el poseedor tiene un derecho que respalda su posesión basta con ello, y ninguna consecuencia tendrá el que crea que no tenía tal derecho. La “buena” y “mala” fe en la posesión son categorías creadas sobre la base de la posesión ilegítima, en donde sí resulta importante determinar si alguien poseía sabiendo que no tenía derecho o si existían motivos razonables y atendibles que lo podrían haber llevado a creer que su posesión estaba respaldada por un derecho.

El primer requisito, entonces, es la creencia de que el título en base al cual se posee es válido y eficaz. O lo que es lo mismo, el error en el que se dice haber incurrido debe recaer sobre el título que ostenta el poseedor: el poseedor creyó erróneamente que su título era válido, cuando en realidad no lo era; o el poseedor creyó erróneamente que su título era eficaz, cuando en realidad no lo era.

Si no se tiene título no hay nada sobre lo cual pueda recaer el “error”, con lo cual la posesión de buena fe queda absolutamente descartada. Por ello, siempre que la ilegitimidad derive de la ausencia de título, la posesión además de ilegítima será de mala fe.

Esta conclusión encuentra apoyo normativo en el artículo 906 del CC, según el cual el poseedor ilegítimo de buena fe es aquel que confía en la legitimidad de su título. Entonces, si no cuenta con un título el poseedor no podrá invocar confianza, creencia o error (es decir, no podrá sustentar buena fe).

- ii) El error en que incurre el poseedor respecto de su título debe ser un error excusable de acuerdo a las circunstancias. No bastará con decir “yo creía que mi título era legítimo”, pues tal creencia deberá estar sustentada en ciertas circunstancias que permitan concluir que aquella no responde al capricho o negligencia del poseedor, sino que se trata de una situación que habría generado error en un poseedor promedio.

Pensemos en un menor de edad propietario de un inmueble, quien sin la participación de sus padres celebra un contrato de compraventa. El comprador toma posesión del bien y al cabo de 1 año es demandado por los padres del menor, quienes exigen la restitución del bien (invocando la nulidad de la compraventa) y el reembolso de los frutos generados durante el año de posesión. ¿Podrá el comprador invocar su condición de poseedor ilegítimo de buena fe para evitar la restitución de frutos? Sin duda alguna podrá sostener que su error consistió en “creer” que la persona a quien le compró el bien era mayor de edad, pero la pregunta es si se trata de un error excusable. Cualquier comprador habría exigido a su contraparte la presentación de su DNI, con lo cual, claramente, estamos ante un error que resultaba superable por cualquier persona promedio.

Pensemos ahora en B, quien acaba de adquirir un inmueble y ha inscrito su derecho en el Registro. En la compraventa se acordó que A (vendedor) conservaría la posesión por 1 mes, antes de entregársela a B. En ese ínterin A transfiere por segunda vez el inmueble a favor de C, quien inmediatamente pasa a ocuparlo. Transcurrido el mes B va a tomar posesión del bien y se encuentra con C, quien invocando ser el propietario del bien se niega a abandonarlo. B interpone demanda

de reivindicación y solicita accesoriamente el pago de los frutos que se generen hasta la efectiva restitución del bien, dada la evidente mala fe de C. ¿Qué clase de poseedor es C? Al contar con un título negocial (compraventa) válido pero ineficaz (contrató con A, quien no era titular del derecho de propiedad) es un poseedor ilegítimo. ¿De buena o mala fe? Si bien C podría sostener que “creía” en la legitimidad de su título, pues desconocía (error) que quien le vendía (A) no era el propietario, no se trataría de un error excusable: de haber revisado la información registral se habría percatado que el propietario real era B⁽⁵⁾.

Entonces, para que una posesión ilegítima sea de buena fe, el poseedor deberá acreditar: i) que cuenta con un título; ii) que creyó en la legitimidad de su título, señalando para ello en qué consistió el error respecto de la validez y/o eficacia de dicho título; y iii) que el error en que incurrió es “excusable”, lo cual deberá ser evaluado teniendo en cuenta las circunstancias particulares que rodean al caso.

V. LA POSESIÓN PRECARIA COMO UNA VARIANTE DE LA POSESIÓN ILEGÍTIMA: ENTRE LA POSICIÓN AMPLIA Y RESTRIC-TIVA DEL “PRECARIO”

El artículo 911 del Código Civil (en adelante CC) define a la posesión precaria como aquella que “se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido” (el segundo supuesto no es sino una variante del primero, pues “título fenecido” equivale a “título no vigente”, es decir, carencia del mismo).

Tal como ya se dijo, la ausencia de título en la posesión determina dos cosas: i) que estamos ante una posesión ilegítima: si el poseedor no cuenta con título entonces no existe una causa o razón justificante de la posesión, con lo cual se trata de una posesión sin sustento jurídico; y ii) que estamos ante una posesión de mala fe: la ausencia de título impide invocar error o creencia en la legitimidad, pues este error debe recaer, precisamente, sobre un título (sin título de por medio el poseedor no puede sustentar una creencia en su legitimidad: ¿sobre qué recaería esta creencia?).

Entonces, si la posesión precaria es aquella que se ejerce sin título, el poseedor precario es un poseedor ilegítimo de mala fe: tanto el usurpador que ingresa a un inmueble sin el permiso de nadie (ausencia de título) como aquella persona que en algún momento tuvo una razón que lo autorizaba a estar en el bien (por ejemplo, un contrato de arrendamiento, usufructo, comodato, uso, habitación, etc.) pero dicha razón ya desapareció (vencimiento del título).

(5) Más aún si en nuestro sistema jurídico no es posible invocar el desconocimiento de la información registral: “Se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones” (art. 2012 del CC).

Frente a esta posición “amplia” de lo que debe entenderse por posesión precaria, existe un sector minoritario de la doctrina nacional⁽⁶⁾ según el cual la posesión precaria solo se presenta en los casos de “mediación posesoria”, es decir, cuando una persona (poseedor mediato) otorga a otra (poseedor inmediato), de forma voluntaria y por un tiempo limitado, el uso del bien, estando este último en la obligación de restituir la posesión al vencimiento del plazo. De acuerdo con este sector doctrinario, el poseedor inmediato (el obligado a la devolución) vendría a ser el poseedor precario.

La secuencia que sigue este sector minoritario para arribar a tal conclusión es la siguiente:

- i) De acuerdo con el artículo 586 del Código Procesal Civil (CPC) el desalojo tiene como finalidad la **restitución** del bien a favor del demandante por parte del poseedor precario;
- ii) El término “restitución” significa “devolver” algo a quien antes nos lo había entregado voluntariamente;
- iii) De acuerdo con tal significado, el desalojo solo funcionaría en los supuestos de mediación posesoria, ya que solo en estos casos alguien está obligado a “restituir” lo que previamente había recibido de parte de quien hoy exige la devolución. Por ejemplo, A, propietario de un bien, se lo entrega en usufructo a B por el plazo de 1 año. Al vencimiento del mismo B está obligada a **RESTITUIR** la posesión, lo cual la configura como un poseedor precario.

En palabras textuales de este sector minoritario:

“En un proceso de desalojo, un demandante (con derecho a pedir la devolución de la cosa) que se enfrenta a un poseedor precario (con el deber de restituirla), solo puede significar que estamos en presencia de la hipótesis que vincula al poseedor mediato con el inmediato, pues efectivamente el desalojo sirve para hacer efectivo ese tipo de posesión (...) El término “restitución” tiene un significado jurídico muy preciso: consiste en la obligación de devolver algo que anteriormente se había recibido. La única categoría posesoria en la cual existe entrega temporal de un bien por medio de un título, y luego derecho de exigir la restitución, es en la posesión mediata (art. 905 del CC)”⁽⁷⁾.

(6) GONZALES BARRÓN, Gunther. *La posesión precaria*. Jurista Editores, Lima, 2011. No cito los artículos publicados en revistas especializadas porque el libro en buena cuenta es una recopilación de todo lo escrito por el autor en tales trabajos.

(7) GONZALES BARRÓN, Gunther. “El poseedor precario en su hora definitiva: Una visión desde todas las perspectivas”. En: *Actualidad Jurídica*. N° 214, Gaceta Jurídica. Lima, setiembre, 2011, p. 54.

Suelo denominar a esta posición doctrinaria como la “posición restrictiva” del poseedor precario, en tanto al reducir su ámbito de aplicación a los casos de mediación posesoria, excluye como poseedores precarios a los usurpadores, ladrones, personas que falsean títulos de transferencia a su favor, etc. Todos ellos son poseedores que, al no tener ningún vínculo de mediación posesoria con el propietario, quedarían fuera de la condición de “precarios” y por ende no podrían ser demandados por desalojo.

Esta posición no solo trae consecuencias negativas a nivel práctico (pues reduce considerablemente el ámbito de aplicación del desalojo) sino que tampoco se sustenta en una base conceptual sólida⁽⁸⁾. En efecto, si analizamos adecuadamente el término “restitución”, este admite (según la RAE) tres acepciones: i) volver algo a quien lo tenía antes; ii) restablecer o poner algo en el estado que antes tenía; iii) dicho de una persona: volver al lugar de donde había salido.

En ninguna de sus acepciones la palabra “restituir” presupone o da a entender que entre quien exige la restitución (demandante) y el obligado a la misma (demandado) haya existido previamente una relación de mediación posesoria. En su primera acepción, “restitución” significa “volver algo a quien lo tenía antes”. Imaginemos que A, propietario de un inmueble, es despojado violentamente por parte de B; quien pasa a tomar control del predio. ¿A podrá exigirle la “restitución” a B? ¿B está obligado a “restituir” el bien a favor de A? Por supuesto, ya que –de acuerdo con la definición brindada– “restituir” es simplemente entregar algo a quien antes lo tenía, y en este caso, antes que B usurpara el predio la posesión la tenía A.

Ahora imaginemos que es A quien cede voluntariamente el bien a favor de B como consecuencia de un contrato de usufructo, y al vencimiento del plazo B se niega a devolvérselo. ¿A podrá exigir la “restitución” a B? ¿B está obligado a tal “restitución”? Nuevamente la respuesta es afirmativa. “Restituir” significa hacer entrega de algo a quien antes lo tenía, y en este caso, antes de que B recibiera el bien de manos de A este ejercía la posesión.

Si en ambos casos existe una obligación de restitución (tanto por parte del usurpador como por parte de quien mantenía una mediación posesoria con el propietario), entonces en ambos casos estamos ante un poseedor precario. ¿Por qué razón este sector minoritario reduce el ámbito del precario únicamente para el segundo supuesto? Se trata de una inconsistencia lógica que este sector minoritario no logra justificar.

(8) Los errores en que incurre este sector de la doctrina los he expuesto en detalle en mis trabajos: “Sobre la posesión precaria, el desalojo y los intolerantes. Analizando al analizador: una tesis sugestiva pero poco recomendable”. En: *Actualidad Jurídica*. Gaceta Jurídica, Lima, febrero 2012; y “Hacia un correcto entendimiento de la finalidad restitutiva del desalojo contra el precario”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 225, Gaceta Jurídica, Lima, agosto 2005.

Con esto queda superada la concepción restrictiva del precario en su aspecto pasivo (quién es un poseedor precario): es poseedor precario (y por ende está obligado a la “restitución”) no solo el poseedor inmediato cuyo plazo para devolver el bien ya venció, sino también todo aquel que accedió al bien sin ninguna causa justificante (título) y se niega a hacer entrega del bien a quien tiene el derecho sobre el mismo.

Sin embargo, queda por analizar –y desbaratar– la concepción restrictiva del precario en su aspecto activo (quién puede demandar el desalojo). De acuerdo con esta posición restrictiva, solo puede accionar el desalojo por precario el poseedor mediato, es decir, alguien que en algún momento estuvo en posesión del bien e hizo entrega del mismo por un tiempo determinado con cargo a su devolución.

Si bien –como ya se dijo– el término “restitución” no implica necesariamente una relación de mediación posesoria entre quien exige la restitución y el obligado a la misma, sí presupone que algo vuelva a manos de quien lo tuvo **previamente** (“volver algo a quien lo tenía **antes**”). Atendiendo a ello, solo podría exigir la restitución (y por ende demandar el desalojo por precario) aquel que en algún momento fue poseedor del bien.

Imaginemos que alguien compra un inmueble sabiendo que el mismo se encuentra en posesión de un usurpador. ¿Podría el comprador demandar el desalojo por precario y exigir la restitución? Si seguimos al pie de la letra la definición de “restitución”, dado que el comprador nunca antes había estado en posesión del bien, no podría exigirse la restitución (devolución) de la posesión. Por ello, cuando uno se ciñe a la definición de “restitución” concluye que solo podrán demandar el desalojo por precario quienes estuvieron en algún momento previo en posesión del bien⁽⁹⁾. ¿Cómo sorteamos este escollo?

Las normas del Código Civil nos permiten “elaborar” un concepto amplio de “restitución”: i) el poseedor tiene derecho al valor actual de las mejoras necesarias y útiles existentes al tiempo de la **restitución** (art. 917 del CC); ii) se pierde el derecho de separación una vez que el bien fue **restituido** (art. 919 del CC).

En ambos casos la palabra “restitución” se emplea como sinónimo de “entrega”, no de “devolución”: el usurpador que ha realizado mejoras sobre el bien y que decide entregarle el bien al nuevo propietario que acaba de comprarlo (y que por ello nunca antes había estado en posesión del predio), tiene derecho a que este propietario le pague el valor de las mejoras necesarias y útiles existentes al momento de la “restitución” (así lo llama el Código Civil). Sin embargo, técnicamente esto no es una “restitución”, porque dicho propietario a quien se le

(9) Este no es un caso aislado, pues son frecuentes los denominados “contratos de compraventa con precario”, en donde el comprador adquiere el bien asumiendo el costo de recuperar la posesión de manos de un precario. Para todos estos compradores, que nunca antes estuvieron en posesión del bien, el desalojo por precario quedaría vetado. Por eso es importante ver la manera de superar una aplicación literal del término “restitución”.

“restituye” el bien nunca antes lo había poseído, con lo cual técnicamente no es una “restitución”. Estamos simplemente ante una “entrega” del bien que hace el poseedor a favor del nuevo propietario.

Lo mismo sucede con lo dispuesto por el artículo 919 del CC: si en este mismo caso el poseedor hubiera realizado mejoras de recreo (por ejemplo colocó cuadros en las paredes del inmueble), tendrá derecho a retirarlos hasta antes de “restituir” (así lo llama el Código Civil) el inmueble al nuevo propietario. Pero nuevamente: si este propietario nunca antes había estado en posesión del bien, no estamos formalmente ante una “restitución”, sino simplemente ante una “entrega del bien”.

Esto me lleva a la conclusión que nuestro sistema jurídico emplea el término “restitución” como sinónimo de “entrega”, y por ello los artículos 917 y 919 del CC deben ser leídos del siguiente modo: i) el poseedor tiene derecho al valor actual de las mejoras necesarias y útiles existentes al tiempo de la **entrega** (art. 917 del CC); ii) se pierde el derecho de separación una vez que el bien fue **entregado** (art. 919 del CC).

Entonces, el Código Civil no encasilla el término “restitución” a los supuestos de mediación posesoria, con lo cual se descarta que solo el poseedor mediato e inmediato puedan ser los sujetos activo (demandante) y pasivo (demandado) de un desalojo por ocupación precaria.

A nivel jurisprudencial se ha reconocido la prevalencia de la tesis amplia del precario, tanto en su aspecto activo (quién puede plantear el desalojo por precario) como pasivo (quién puede ser desalojado). En efecto, en la sentencia del Cuarto Pleno Casatorio la Corte Suprema concluyó que:

- i) El término “restitución” del bien se debe entender como **entrega** de la posesión que protege el artículo 911 del CC, para garantizar al sujeto a quien corresponde dicho derecho a ejercer el pleno disfrute del mismo, independientemente si es que es propietario o no.
- ii) El sujeto que goza de legitimación para obrar activa no solo puede ser el propietario, sino también el administrador y todo aquel que se considere tener derecho a la restitución [entrega] de un predio (independientemente de si en algún momento se ejerció la posesión).
- iii) En lo que atañe a la legitimación para obrar pasiva se debe comprender dentro de esa situación a todo aquel que ocupa el bien sin acreditar su derecho a permanecer en el disfrute de la posesión, porque nunca lo tuvo o el que tenía feneció.

Entonces, de acuerdo con el Pleno: i) la obligación de “restitución” debe tomarse como “obligación de entrega”; ii) para exigir esta entrega no es necesario

haber estado previamente en posesión del bien; y iii) puede demandarse por desalojo (y por ende exigírsele la entrega del bien) a cualquier persona que no ostente un título, independientemente de si previamente se tuvo con esta una relación de mediación posesoria (con lo cual un usurpador sí podría ser demandado por desalojo).

VI. LAS VARIANTES DE LO QUE SE ENTIENDE POR “TÍTULO” EN LA POSESIÓN PRECARIA

Antes del IV Pleno Casatorio la Corte Suprema había venido considerando que “la precariedad a que se refiere el artículo 911 del CC no se determina únicamente por la falta de título de propiedad o posesión de quien ocupa el bien, sino que para ser considerado como tal debe darse la ausencia absoluta de cualquier circunstancia que justifique el uso y disfrute (la posesión) del mismo”⁽¹⁰⁾.

Dos casos servirán para graficar ello:

- i) En el caso tramitado como Exp. N° 2446-2008, la Sala Superior consideró debidamente justificada la posesión de la conviviente del causante (y por ende infundada la demanda de desalojo interpuesta por los hijos de este último) no obstante que a la fecha de interposición de la demanda no había sentencia firme que reconociera la existencia de una unión de hecho entre el finado y la demandada. Según la Corte no se había acreditado la “ausencia absoluta de circunstancias que justifiquen la posesión” a favor de la demandada.
- ii) En la Cas. N° 1643-2003-Tumbes una pareja de esposos demandó por desalojo al Comisario de la Policía Nacional de Aguas Verdes. El demandado logró acreditar que se encontraba en posesión del bien hace varios años (no se indica cuantos), lo cual llevó a la Corte a concluir que existían circunstancias que justificaban la posesión del demandado, por lo que la demanda de desalojo fue desestimada.

Nótese que aquello que la Corte denomina “circunstancias que justifican la posesión del bien” no es otra cosa que lo que aquí hemos denominado “título legal” para poseer:

- i) En el primer caso se desestimó el desalojo porque se consideró que la demandada resultaba beneficiada por el régimen patrimonial de sociedad de gananciales generado como consecuencia de la unión de hecho mantenida con el causante (padres de los demandantes); es decir, el

(10) Cas. N° 1147-2001-La Libertad, *El Peruano*, 01/10/2002, p. 8883; Cas. N° 2016-97-Lima, *El Peruano*, 01/03/2001, p. 7009.

título legal que la legitimaba a estar en el bien era su condición de “cónyuge” (a efectos patrimoniales).

- ii) En el segundo caso, aunque la Corte no lo dijo expresamente, se consideró que el tiempo durante el cual el demandado había estado en posesión del predio en litigio lo había convertido en propietario por prescripción, y precisamente este sería el título legal que lo autorizaba a permanecer en el bien.

Si el “título” es precisamente aquella “circunstancia⁽¹¹⁾ que justifica la posesión”, ¿por qué razón la Corte los diferencia diciendo que para ser “precario” no basta con no tener “título”, sino que no deberá contarse con “circunstancias que justifiquen la posesión”?

Lo que sucede es que la Corte le ha dado a la palabra “título” el significado de “documento formal”. Bajo esta lógica sí se justificaría la distinción: aun cuando el demandado no cuente con un documento en donde conste su derecho a poseer, podría acreditar que existen ciertas circunstancias (derivadas de la ley) que se configuran como un “título no documentario” (que sería el equivalente a lo que yo he denominado “título legal”) que justifican su posesión: por ejemplo, ser el conviviente del padre de los demandantes, ser un poseedor prescribiente, ser heredero no reconocido con derecho sobre el bien en litigio, ser titular de un derecho de retención sobre el bien respecto del cual se le quiere lanzar, ser conviviente del titular de un derecho de uso, etc.

Por el contrario, si le damos al término “título” —como considero debe ser— un significado amplio (cualquier razón o causa justificante, sea de fuente legal o negocial, que legitima a alguien a estar en el bien), entonces no sería correcto diferenciar el “título” de las “causas o circunstancias que justifican la posesión”.

Pero más allá del término empleado, lo importante era el reconocimiento de la Corte respecto de la existencia de ciertas circunstancias que, derivadas de la ley, permiten justificar la posesión e impedir el desalojo.

Lamentablemente, esto ha cambiado con el IV Pleno Casatorio, en donde se indica que el “título” del demandado solo puede ser de fuente negocial:

“Cuando se hace alusión a la carencia de título o al fenecimiento del mismo, no se está refiriendo al documento que haga alusión exclusiva al título de propiedad, sino a **cualquier acto jurídico que le autorice a la parte demandada a ejercer la posesión del bien**, puesto que el derecho en disputa no será la propiedad sino el derecho a poseer” (el resaltado es nuestro).

(11) De naturaleza negocial o legal.

Lo que ha hecho la Corte, siguiendo la lógica del artículo 225 del CC⁽¹²⁾, es diferenciar el acto jurídico del documento que lo contiene. Así, se sostiene que el demandado podrá sustentar su posesión no solo en un documento formal (un papel donde conste la compraventa o el arrendamiento), sino en cualquier **acto jurídico**, aun cuando este no esté materializado en un documento (piénsese en un derecho de uso o habitación otorgado de forma verbal entre familiares).

El problema es que con esta definición de “título” quedan excluidas aquellas razones o circunstancias que derivan de la ley y que sí permiten justificar una posesión.

Entonces, a nivel jurisprudencial hemos pasado de un reconocimiento implícito de la suficiencia del título legal (bajo la denominación de “circunstancias que justifican el uso y disfrute del bien) para evitar un desalojo, a la negación absoluta de su valor, al haberse reconocido dentro del concepto “título” únicamente a aquellos de fuente negocial (“actos jurídicos”). Esto es algo que debería ser corregido en el mediano plazo.

VII. ANÁLISIS DEL CASO: EL TÍTULO “LEGAL” INVOCADO POR LA DEMANDADA PARA EVITAR EL DESALOJO

En el caso planteado la controversia giró en torno a determinar si la demandada contaba o no con un título que sustente su posesión. Por mayoría, la Corte Suprema dio por acreditados los siguientes hechos: i) que la demandante había constituido a favor de su hijo (conviviente de la demandada) un derecho de uso; ii) que la demandada y el hijo de la demandante mantenían una relación de convivencia.

Si damos por ciertos tales hechos, entonces la consecuencia indefectible es la aplicación del artículo 1028 del CC: el derecho de uso otorgado por la demandante a su hijo beneficia a la familia de este, es decir, a la demandada. Esta precisamente fue la conclusión de la Corte, lo cual la llevó a desestimar la demanda.

¿Qué tipo de título constituye esta “extensión” del derecho de uso? Sin duda alguna no es un título negocial, pues la demandante y la demandada nunca celebraron un acuerdo en tal sentido. Muy por el contrario, la pretensión planteada por la demandante dejaba en claro que su intención nunca había sido que la demandada permaneciera en el inmueble. Sin embargo, es la ley la que acudió en auxilio de la demandada, otorgándole un derecho de uso que no solo no

(12) Artículo 225 del Código Civil.- “No debe confundirse el acto con el documento que sirve para probarlo. Puede subsistir el acto aunque el documento se declare nulo”.

requería el asentimiento de la demandante, sino que incluso no le permitía a esta dejarlo sin efecto (salvo que previamente hubiese dejado sin efecto el derecho de uso otorgado a su hijo).

Al haberle reconocido suficiencia a este título legal, la Corte Suprema –aun cuando no lo haya mencionado expresamente –contradijo el concepto de “título” elaborado por el IV Pleno, en donde se limita esta figura a los casos de posesión sustentadas en un acto jurídico.

El problema fue que para no contradecirse con lo señalado en el IV Pleno, la Corte incurrió en una contradicción manifiesta: partió por reiterar que el “título” solo puede emanar de un “acto jurídico”:

“Sétimo.- El artículo 911 del Código Civil exige que se prueben dos condiciones copulativas: Primero: Que la parte demandante sea la titular del bien cuya desocupación pretende; y, Segundo: Que la parte emplazada ocupe el mismo sin título o cuando el que tenía ha fenecido. El ‘Título’ a que se refiere la segunda condición copulativa es el que emana de un acto jurídico por el que se otorga al poseedor la propiedad, arrendamiento, usufructo, uso, comodato, superficie, anticresis, entre otros, del bien que detenta, y no nace del solo estado o condición familiar del ocupante, como sería el ser hermano, padre, hijo, primo o cónyuge –entre otros –del actual propietario del bien, o del anterior, inclusive” (el énfasis es agregado).

Sin embargo, luego sostiene que la demandada tenía a derecho a estar en el bien porque la ley le hacía extensible el derecho de uso otorgado a favor de su conviviente:

“Décimo Primero.- (...) no obstante el carácter personal del derecho de uso, la ley permite una excepción: El derecho de uso puede extenderse a la familia del usuario, salvo disposición distinta, a tenor de lo prescrito en el artículo 1028 del Código Civil (...) de lo expuesto se puede advertir que el derecho de uso y habitación que otorgó la demandante a su hijo se extiende por excepción, a la familia de este, es decir, a su conviviente (la demandada) y a sus menores hijos” (el énfasis es agregado).

Si es la “ley” la que hace extensible el derecho de uso a favor de la demandada, entonces no estamos ante un título derivado de un acto jurídico (título negocial), sino ante un título legal. El problema es que la Corte, para no contradecir al IV Pleno, parte de una premisa (solo califican como “títulos” aquellos derechos que se sustentan en un acto jurídico) que se contradice con la conclusión (el “título” de la demandada que la legitima a estar en el bien deriva de la ley).

Aun cuando la Corte se enrede en sus fundamentos, su conclusión es clara: el título de un demandado por desalojo puede derivar ya sea de un acto jurídico o de la ley. Y en el caso puntual del derecho de uso, siempre que se pueda

acreditar su otorgamiento a favor de alguien, tal derecho beneficia a la familia de este (entre ellos la conviviente), salvo que el demandante pueda acreditar que el título habilitante (derecho de uso) ya no está vigente. Por ejemplo si el derecho de uso se concedió por un periodo determinado de tiempo y este ya transcurrió, y a su vez esto puede ser acreditado en el proceso, el desalojo procederá tanto contra el original titular como contra su familia.

Lo mismo sucederá si el derecho de uso se concedió unilateralmente por un plazo indeterminado y se estableció que el título fenecería al solo requerimiento de los concedentes (los padres, por ejemplo). En este escenario, solo procederá el desalojo siempre que previamente se haya procedido a revocar el título de acuerdo con lo establecido en su acto de constitución (comunicación de los padres informando al hijo la revocación del derecho).

Lo que no podría suceder es que los padres mantengan vigente el derecho a favor del hijo pero pretendan revocarlo solo contra la conviviente a efectos de desalojarla⁽¹³⁾. En el caso materia de comentario la carta notarial requiriendo la desocupación del inmueble fue dirigida únicamente a la conviviente, de lo cual se desprende que la intención de la demandante era mantener vigente el derecho de uso a favor del hijo pero desconocerlo frente a dicha conviviente, algo que —como acabo de señalar— no es posible.

La regla, entonces, es que el derecho de uso o está vigente para todos o se extingue para todos. Estando vigente, beneficia por igual (y puede ser invocado como mecanismo de defensa frente a un desalojo) tanto al hijo directamente favorecido como a su conviviente. Fenecido el título, el desalojo debería proceder sin problemas tanto contra el hijo como contra su conviviente. No se puede considerar vigente el título (legal) a favor de uno, pero extinto en perjuicio del otro (salvo, como ya se dijo, que en el acto de constitución se haya establecido que el derecho de uso no se extiende a la familia del beneficiario directo).

VIII. ANÁLISIS DEL CASO: LA “UNIDAD FAMILIAR” Y LA RELACIÓN DE PARENTESCO COMO “CIRCUNSTANCIAS” QUE IMPIDEN EL DESALOJO

Sin perjuicio de lo hasta aquí señalado, quisiera centrarme ahora en el argumento de la “protección de la unidad familiar” que la Corte invocó para rechazar el desalojo. De acuerdo con lo señalado por la Corte, el hecho de que la demandante pretendiese desalojar solo a la demandada, permitiendo que la posesión del inmueble la sigan ejerciendo su hijo y nietos, tenía como única finalidad “quebrar

(13) Salvo que en el mismo acto de constitución del derecho de uso se haya establecido que el derecho de uso no se hacía extensible a la familia del beneficiario directo, lo que no había sucedido en el presente caso.

la unidad familiar”, algo que no debía ser admitido pues dicha “unidad” encontraba reconocimiento y protección en la Constitución.

Desde mi punto de vista el argumento resulta peligroso, pues su aplicación de forma genérica podría llevar a una inadecuada solución de las demandas de desalojo: si realmente existe una “unidad familiar” que proteger, entonces deberíamos rechazar de antemano cualquier desalojo que se promueva entre hermanos, o entre padres e hijos o viceversa.

Sobre la base de la “unidad familiar” se podrían crear indebidamente una serie de vínculos y restricciones al ejercicio de la propiedad (quien acciona por desalojo siendo propietario está naturalmente ejerciendo su derecho de propiedad). Es más, la Corte no ha meditado qué sucede si esta “unidad familiar” que busca proteger, en realidad nunca existió o habiendo existido ya no se presenta más. ¿Qué tal si el padre que pretende ser desalojado por su hijo nunca se hizo cargo de este? ¿Y qué pasa cuando entre los hermanos que litigan nunca existió comunión, sino rivalidad? ¿Y si el hijo (hoy demandado por precario) toda su vida deshonró a su padre (demandante)? ¿Tendrá sentido hablar, en estos casos, de una “unidad familiar”? O en el mismo caso que vengo comentando, ¿qué habría pasado si se acreditaba que el hijo de la demandante ya no vivía en el inmueble junto con la demandada y sus hijos? ¿Se puede hablar en estos casos de una “unidad familiar” que deba ser protegida? Todas estas son circunstancias que la Corte no puede llegar a conocer y que niegan la idea de “unidad familiar” que se busca proteger.

Este argumento de la “unidad familiar” va de la mano con otro: la sola existencia de un vínculo familiar entre las partes impide el desalojo.

Con relación a esto último, considero que la Corte acertó parcialmente cuando en su considerando octavo sostuvo que:

“El ‘título’ a que se refiere el artículo 911 del Código Civil (...) no nace del solo estado o condición familiar del ocupante, como sería el ser hermano, padre, hijo, primo o cónyuge –entre otros– del actual propietario del bien, o del anterior, inclusive”.

El problema con la sentencia que vengo comentando es que por un lado la Corte rechaza que la sola condición de ser familiar constituya un “título” para evitar el desalojo (**Criterio 1**), pero por otro lado considera a la “unidad familiar” como una razón que legitimaría a un familiar a evitar el desalojo (**Criterio 2**). Es contradictorio que por un lado se diga que la sola relación de parentesco no califica como título para poseer, y por el otro se le otorgue a la “unidad familiar” la condición de causa justificante para poseer.

Pensemos en el siguiente caso: A es propietario de un inmueble de dos pisos. En el primero vive con sus dos menores hijos y en el segundo vive su hermano B.

B tiene 35 años, no padece ningún tipo de incapacidad pero aun así ocupa (con la venia de A) el primer piso. A acaba de contraer matrimonio así que le pide a B que busque otro lugar donde vivir. Ante la negativa de B, A lo demanda por desalojo.

Si seguimos el Criterio 1, el solo hecho de que B sea hermano del demandante no lo legitima a estar en el bien, con lo cual el desalojo debería proceder. Sin embargo, siguiendo el Criterio 2, podría sostenerse que como B se lleva muy bien con sus sobrinas (hijas de A), sacarlo del inmueble podría romper la unidad familiar.

Una de dos: o se admite que la sola existencia de un vínculo familiar, y por ende la necesidad de proteger la “unidad familiar”, constituyen un “título” que legitima la posesión, o se rechazan ambas como razones justificantes de la posesión.

Es cierto que en la vida diaria se dan muchos casos de desalojo que, ante la opinión pública, pueden resultar condenables: nietos que buscan desalojar a sus abuelos; hijos que demandan a sus padres ancianos; hermanos que litigan entre sí por un inmueble, sin importarles que ello implique dejar a su contraparte sin un lugar donde vivir. Casos como estos podrían invitar a plantear la existencia de un “vínculo familiar” como causa que impida, en todos los supuestos, el desalojo. Sin embargo, considero que no es necesario recurrir a una figura tan abstracta para proteger intereses superiores.

Voy a analizar dos casos que podrían ser resueltos de forma adecuada sin la necesidad de recurrir al argumento de la “unidad familiar” y sin llegar al extremo de plantear de forma general la improcedencia del desalojo cada vez que se busque el desahucio de un familiar:

1. Desalojo contra padres o abuelos que no pueden valerse por sí mismos

Es usual que los familiares se otorguen gratuitamente el uso de ciertos bienes. En estos casos la relación familiar coincide con una relación obligacional (contrato de comodato). Lo mismo pasa cuando un familiar otorga a otro, unilateralmente, un derecho de uso o habitación. En todos estos casos, más allá de la relación familiar que vincule a las partes, aquello que justifica la posesión es el título negocial (comodato, uso, usufructo o habitación) que existe entre ellas.

Sin embargo, este título, al haber sido otorgado de forma unilateral, también podría ser dejado sin efecto del mismo modo. Ejemplo: el padre que ha tolerado que su hijo de 35 años viva en el segundo piso de su casa, se cansó de mantenerlo y le ordena que se retire. En caso se dé esta “revocación” del título, el hijo no podrá valerse de su vínculo familiar para evitar el desalojo. La única razón para que no proceda el desalojo es la existencia de un título vigente (negocial o legal) a favor del demandado.

Una vez revocado el título negocial, los familiares mantienen recíprocamente la obligación de proporcionarse “alimentos”, y ello incluye la “habitación” (un lugar dónde vivir). Esta obligación alimentaria es exigible entre cónyuges, ascendientes, descendientes y hermanos (art. 474 del CC). Quien siendo mayor de edad alegue su condición de “alimentista” (beneficiario), deberá acreditar su incapacidad física o mental para atender a su propia subsistencia. Por ende, no cualquier persona demandada por desalojo podrá alegar su condición de padre, hijo o hermano del demandante para impedir el desalojo. Deberá primero acreditar dicha incapacidad y por ende la necesidad de mantenerse en posesión del bien materia de desalojo.

Pero esto todavía genera un problema: la obligación alimentaria no se cumple permitiendo que el alimentista viva en la casa del obligado, sino exigiéndole a este el pago de una suma dineraria que le permita al alimentista satisfacer su necesidad de habitación (art. 472 del CC). ¿Pero qué pasa si el alimentista no recibe tal pensión? ¿Podrá pedir que el “pago” se haga efectivo permitiéndosele permanecer en el bien de propiedad del obligado? En principio no, pues si bien el Código Civil permite que los alimentos sean prestados en una forma distinta al pago de una pensión, solo otorga esta posibilidad de elección al obligado y no al alimentista (art. 484 del CC)⁽¹⁴⁾.

Entonces, ¿qué puede hacer el juez para proteger al alimentista cuando, estando acreditado su estado de necesidad, no recibe una pensión de parte del obligado pero sí vive u ocupa el inmueble de propiedad de este último? Aquí estamos frente al titular de un derecho de crédito insatisfecho, con la particularidad que este acreedor alimentista posee el bien de propiedad de su deudor. Siendo ingeniosos, podríamos argumentar que el título del alimentista, que lo faculta a permanecer en el bien, es el **derecho real de retención**⁽¹⁵⁾: derecho que legitima al acreedor insatisfecho a retener el bien de su deudor si su crédito no está garantizado, siempre que haya conexión entre el crédito y el bien que se retiene. La conexión en este caso podría ser acreditada alegando que por medio del uso del inmueble el alimentista satisface directamente su necesidad de habitación, necesidad que podría satisfacer sin necesidad de ocupar el inmueble siempre que reciba la pensión correspondiente (lo que en los hechos no ocurre). Esta es solo una idea para impedir desalojos en donde el proceso se lleva a cabo entre familiares y en donde uno de ellos (el demandado) puede acreditar que no se encuentra en la capacidad de sostenerse por sí mismo.

Entonces, ni la sola relación de parentesco ni la “unidad familiar” justifican la permanencia en el bien y no bastan para impedir el desalojo. La causa

(14) Artículo 484 del Código Civil.- “El obligado puede pedir que se le permita dar los alimentos en forma diferente del pago de una pensión, cuando motivos especiales justifiquen esta medida”.

(15) Artículo 1123.- “Por el derecho de retención un acreedor retiene en su poder el bien de su deudor si su crédito no está suficientemente garantizado”.

justificante de la posesión no será la relación de parentesco *per se*, sino: i) la existencia de un título negocial entre los familiares; o ii) en caso el título negocial nunca haya existido o habiendo existido, haya sido revocado, un título de fuente legal, que para el caso de las relaciones entre familiares sería un derecho de retención derivado del incumplimiento de la pensión alimentaria a favor del demandado.

Si no existe la condición de alimentista en el demandado, no importará que este tenga la condición de hermano, padre, madre o abuelo del demandante a efectos de impedir el desalojo. Estoy completamente de acuerdo con que aquel hijo que desaloja a sus padres o abuelos comete una falta ética, y el reproche de su conducta debe venir de parte de la sociedad y de su propia conciencia, pero es aquí donde resulta importante distinguir el ámbito de actuación de la norma jurídica, la norma social y la norma moral. Jurídicamente, la razón le podría asistir al demandante. Social y moralmente, deberá ser condenado.

2. El desalojo entre convivientes o contra ellos

Imaginemos una pareja que luego de 10 años de convivencia decide comprar un inmueble, el cual es registrado a nombre de uno solo de ellos. ¿Qué pasará cuando, una vez finalizada la relación, el conviviente que tiene el derecho inscrito a su favor demande por desalojo a su expareja? O piénsese el supuesto en el cual el conviviente que figura como propietario registral fallece, y sus hijos demandan por desalojo a la conviviente supérstite. ¿Qué podría invocar la demandada para evitar ser desalojada? ¿Es necesario que la unión de hecho esté reconocida judicialmente para que pueda ser invocada como “título” ante estas demandas de desalojo?

Según el Pleno Jurisdiccional de Familia de 1998, para el caso de alimentos o indemnización por ruptura unilateral de la relación, la prueba de la existencia de la unión de hecho puede actuarse dentro del mismo proceso en el que se ejercitan tales pretensiones, sin necesidad de contar con el previo reconocimiento judicial. En cambio, cuando uno de los convivientes pretende hacer valer frente a terceros los derechos derivados de su unión de hecho, sí necesitaría contar previamente con el reconocimiento de su unión de hecho (es decir, la conviviente supérstite que se enfrenta a los hijos de su expareja tendría que obtener primero una sentencia que reconozca su convivencia).

Considero que esta interpretación contravendría la lógica impuesta por el IV Pleno Casatorio, en donde la Corte estableció que el demandado puede alegar su condición de propietario por prescripción adquisitiva (aun sin sentencia que así lo reconozca) para impedir el desalojo (todo dependerá de si con las pruebas que aporte genera en el Juez una duda razonable respecto de la ausencia del título que invoca el demandante). Partiendo de ello, no resulta descabellado plantear una solución similar para aquellos desalojos en donde el demandado

busca acreditar que, aun sin sentencia que lo declare, existe una unión de hecho que generó una sociedad de gananciales, a la cual pertenece el inmueble materia del desalojo. ¿Por qué la prescripción sin sentencia sí puede ser valorada dentro del desalojo y no el reconocimiento de la unión de hecho? Considero que no hay razón para la distinción.

Esta solución resulta incluso más atendible si se tiene en cuenta que para los efectos del reclamo de alimentos entre convivientes, la prueba de la existencia de la unión de hecho sí puede realizarse dentro del mismo proceso en que se ejercita dicha pretensión. ¿Por qué entonces no se puede hacer lo mismo a efectos de impedir el desalojo? ¿Es más atendible una pretensión de alimentos que la lucha por no verse despojado del inmueble en donde uno vive? Considero que no.

En este último caso, el título con el cual deberá defenderse el conviviente demandado es la condición de “bien social” que le corresponde al inmueble del cual se le busca desalojar. Siendo un bien social la conviviente supérstite tiene un derecho sobre el mismo.

El análisis de estos dos casos ratifica lo que señalé hace un momento: el “título” para poseer no nace de la relación parentesco ni de la “unidad familiar” que se buscaría preservar, sino de la ley: i) es la ley la que reconoce a favor de los padres o abuelos a quienes se busca desalojar un derecho de alimentos que justificaría que ellos se mantengan en posesión del bien; ii) es la ley la que considera que a partir de cierto momento se genera, entre los convivientes y respecto del patrimonio compartido, un régimen similar al de la sociedad de gananciales que permite considerar a la pareja en su conjunto como titular de dicho patrimonio.

IX. CONCLUSIÓN

La posesión precaria debe ser entendida de forma amplia, tanto en su aspecto pasivo (quién es un poseedor precario) como en su fase activa (quién puede demandar el desalojo contra el precario). Lo mismo sucede con el término “restitución”, que debe ser entendido simplemente como la “entrega” que exige el demandante en el desalojo, aun cuando nunca antes haya tenido la posesión del bien en litigio. Estas conclusiones, además de encontrarse respaldadas por las normas del Código Civil, han sido reconocidas en la Sentencia del IV Pleno Casatorio.

El precario solo se salvará del desalojo en tanto pueda acreditar que cuenta con un título, es decir, alguna razón o circunstancia, derivada de la ley o de la voluntad del concedente, que justifique su posesión. El “título” no puede limitarse a tener como fuente la voluntad de las partes (acto jurídico), pues con ello se niega relevancia a los títulos de fuente legal, tales como la prescripción adquisitiva, el derecho de retención, el derecho de uso extensible a la familia del beneficiario directo, la condición “social” del bien, etc.

Lamentablemente en el IV Pleno Casatorio la Corte Suprema cometió el error de reducir la figura del “título” al ámbito negocial. De este modo, a nivel jurisprudencial hemos pasado de un reconocimiento implícito de la suficiencia del título legal (bajo la denominación de “circunstancias que justifican el uso y disfrute del bien) para evitar un desalojo, a la negación absoluta de su valor, al haberse reconocido como “título” únicamente a los “actos jurídicos”.

Afortunadamente la Corte Suprema –aun cuando se contradiga en sus argumentos– viene alejándose del concepto de “título” fijado en el IV Pleno, y una muestra de ello es el caso que acaba de ser materia de comentario, en donde se desestimó el desalojo por considerar que el título de la demandada estaba representado por el derecho de uso otorgado a favor de su conviviente, el cual por disposición legal se hacía extensible a favor de ella. Entonces, este título de fuente legal descartaba su condición de poseedora precaria.

¿Es precario quien posee el bien mediante un compromiso de compraventa cuyo plazo ya venció? Un error supremo

COMENTARIO A LA CASACIÓN N° 1741-2014-LIMA

I. LOS HECHOS DEL CASO

En la Cas. N° 1741-2014-Lima se resolvió la demanda de desalojo interpuesta por Sara Tenorio Torres (la demandante) contra Francis Juana Garamendi Chuchón (la demandada), respecto del inmueble ubicado en manzana B, lote 13, frente a la calle B (hoy Conde de Castellar), urbanización Los Carrizales, distrito de Surco, Lima (en adelante el inmueble).

La demandante sostuvo que era propietaria registral del inmueble al haberlo adquirido mediante contrato de compraventa del 19 de setiembre de 2011. Por su parte, la demandada sostuvo que poseía el bien en virtud del contrato privado de compromiso de compraventa” (en adelante el “compromiso de compraventa”) celebrado el 23 de marzo de 1989 con Jorge Preciado Gutiérrez y su cónyuge Anita Ávalos (anteriores propietarios del inmueble).

Si bien la demandada accionó en su momento contra los anteriores propietarios para que le otorguen la escritura pública de compraventa definitiva sobre el inmueble, la demanda fue desestimada porque el plazo que se pactó en el compromiso de compraventa para la suscripción del contrato definitivo (1 año) había vencido.

En primera instancia el juez declaró fundada la demanda de desalojo porque: i) la demandante había acreditado su derecho de propiedad sobre el inmueble; y ii) el compromiso de compraventa presentado por la demandada, si bien calificaba como justo título, ya había vencido, con lo cual se trataba de un título fenecido.

La decisión del juez fue confirmada por la Sala Superior por las siguientes consideraciones:

- i) Si bien es cierto el título de la demandante era del posterior al Compromiso de Compraventa, este (de acuerdo con el art. 1414 del CC)⁽¹⁶⁾ genera solamente una “obligación de hacer”, consistente en que las partes celebren el contrato de compraventa definitivo dentro del plazo establecido (el cual puede ser fijado por las partes o en su defecto es de 1 año);
- ii) Una vez vencido el plazo del compromiso para contratar, este se extingue. Entonces, al no haberse renovado el plazo del compromiso de compraventa ni haberse celebrado la compraventa definitiva, el título de la demandada ha fenecido, por lo cual su posesión deviene en precaria de conformidad con el artículo 911 del CC.

En su recurso de casación la demandada sostuvo que los fallos emitidos por las instancias de mérito adolecían de una adecuada motivación, por lo que debían ser anulados.

La Corte Suprema consideró que las instancias de mérito habían emitido sus respectivos fallos detallando sus consideraciones de hecho y de derecho en forma ordenada y coherente, dando estricto cumplimiento al deber de motivación contenido en el artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política del Perú, concordante con el artículo 139 inciso 3 del mismo cuerpo normativo, así como en los artículos 50 inciso 6 y 122 incisos 3 y 4 del Código Procesal Civil, por lo que correspondía declarar infundado el recurso de casación invocado por la demandada.

II. CONDICIONES QUE DEBE CUMPLIR EL DEMANDADO PARA EVITAR EL DESALOJO

Si bien estoy de acuerdo con que se haya desestimado el recurso de casación y se haya amparado la demanda de desalojo, discrepo con ciertas afirmaciones realizadas por la Sala Superior –y validadas por la Corte Suprema–, las cuales, desde mi punto de vista, merecían un pronunciamiento por parte de esta última.

Una posesión es ilegítima en cualquiera de los siguientes supuestos: i) ausencia de título (tanto legal como negocial); ii) contar con un título negocial inválido (una compraventa nula, por ejemplo); o iii) contar con un título negocial válido pero ineficaz (por ejemplo, contar con una compraventa válida pero que ha quedado resuelta por haberse incumplido con el pago del precio o una compraventa que ha sido otorgado por quien no es el propietario).

(16) Artículo 1414 del Código Civil.- “Por el compromiso de contratar las partes se obligan a celebrar en el futuro un contrato definitivo”.

A la posesión ilegítima que deriva de la ausencia de título nuestro Código Civil la ha denominado “posesión precaria”. La “sanción” frente a esta clase de poseedor ilegítimo es el desalojo.

Para que el juez del desalojo pueda amparar la demanda, deberá constatar dos situaciones: i) que el demandado, en efecto, se encuentra en posesión del bien en litigio; y ii) que el demandado no ostenta ningún título (ni legal ni negocial) que lo autorice a ejercer la posesión.

Por ello, aquel que es sindicado como un poseedor precario solo podrá evitar el desalojo si acredita que cuenta con un título (que no es sinónimo de “documento”), es decir, si prueba que existe alguna circunstancia de índole negocial (una compraventa o un arrendamiento otorgados a su favor) o legal (por ejemplo el demandado prueba haberse convertido en propietario por prescripción adquisitiva o justifica su posesión en el ejercicio del derecho de retención derivado de la deuda que mantiene a su favor el propietario, al no haberle pagado las mejoras introducidas en el bien) que justifican su posesión.

Si el demandado presenta un medio probatorio que acredita su condición de poseedor, ello no bastará para impedir el desalojo. Probar la “posesión” sin acreditar el título en el cual ella se sustenta solo contribuye a que el desalojo sea amparado.

Por ejemplo, en la Cas. N° 417-2009-Ica, que versó sobre una demanda de desalojo por posesión precaria, el demandado se defendió mostrando un certificado de posesión expedido por la Municipalidad Distrital de Sunampe - Chincha.

Tanto en primera como en segunda instancia se declaró a fundada la demanda, y al momento de resolver el recurso de casación planteado por el demandado, la Corte Suprema señaló que este no había cumplido con acreditar el título que justificaba su posesión, ya que “el Certificado de posesión N° 374-2007-DS/A expedido por la Municipalidad Distrital de Sunampe - Chincha no genera vínculo jurídico entre el recurrente y el demandante, que pueda justificar de alguna manera la posesión del inmueble” (considerando décimo segundo)⁽¹⁷⁾.

Es decir, con dicho certificado el demandado acreditaba que ejercía la posesión, mas no el soporte jurídico (título) con el cual lo hacía.

En el caso que será analizado a continuación la controversia gira en torno a determinar si un compromiso de compraventa califica como “título” a efectos de impedir el desalojo. ¿Lo es?

(17) Este caso lo he comentado en: PASCO ARAUCO, Alan. “La defensa del poseedor precario en el proceso de desalojo. ¿El certificado de posesión constituye título que justifique la permanencia en el bien? La Corte Suprema se reivindica”. En: *Revista Jurídica del Perú*. Gaceta Jurídica, Lima, enero 2011.

III. ANÁLISIS DEL CASO: EL “COMPROMISO DE COMPRAVENTA” COMO TÍTULO PARA IMPEDIR EL DESALOJO

El compromiso para contratar es un contrato preparatorio mediante el cual las partes se obligan a firmar en el futuro un contrato definitivo. Dependerá del contrato definitivo que las partes se obliguen a celebrar, el “nombre” que recibirá el compromiso para contratar. Si aquello que las partes se obligan a celebrar es una compraventa o un arrendamiento, el contrato preparatorio se denominará “compromiso de compraventa” o “compromiso de arrendamiento”, respectivamente.

A diferencia de un contrato de opción, en donde una de las partes (aquella a quien se le otorga la opción) puede, con su sola decisión, dar por celebrado el contrato definitivo (por eso la doctrina señala que producto de un contrato de opción el titular de la misma obtiene, más que un derecho de crédito, un “derecho potestativo”⁽¹⁸⁾), en el compromiso de contratar el contrato definitivo solo quedará celebrado una vez que las partes manifiesten nuevamente su voluntad dándolo por celebrado.

Así por ejemplo, si A y B celebran un compromiso de compraventa y establecen el plazo de 1 año, lo que están haciendo es obligarse a celebrar, dentro de dicho año, la compraventa definitiva. B solo se convertirá en nuevo propietario del bien una vez celebrada la compraventa.

En el caso materia de comentario, la Corte Superior –con el aval de la Corte Suprema– sostuvo que:

“El contrato de promesa de compraventa que ostenta la demandada ha fenecido, pues no ha sido renovado ni se ha extendido el contrato definitivo; por lo que la posesión de esta deviene en precaria, de conformidad con el artículo 911 del Código Civil”.

Entonces, según la Corte, si B posee el bien amparado en una promesa de venta cuyo plazo ya venció, es un poseedor precario (**primer error**). De esto se deduciría que si la promesa de venta está vigente, tal contrato sería un “título” que legitimaría a B como poseedor y permitiría evitar el desalojo (**segundo error**).

Me parece conveniente distinguir dos situaciones, para analizar por separado cada una de ellas: i) cuando el que demanda el desalojo es quien otorgó el compromiso de venta a favor del demandado; ii) cuando el que demanda el desalojo no fue parte en el compromiso de venta.

(18) El derecho potestativo se caracteriza por permitir la modificación de la esfera jurídica ajena mediante una conducta unilateral.

IV. CUANDO EL DEMANDANTE POR DESALOJO ES QUIEN OTORGÓ EL COMPROMISO DE COMPRAVENTA

Imaginemos que A (propietario del inmueble X) y B (comprador interesado) suscribieron un compromiso de contratar (contrato preparatorio) por el cual se obligaron a celebrar en el futuro un contrato de compraventa (contrato definitivo) sobre el inmueble X. El plazo para celebrar la compraventa fue de 3 años. Adicionalmente a ello las partes acordaron que: i) B estaría en posesión del inmueble mientras se encuentre vigente el plazo para la celebración del contrato definitivo; y ii) en caso venza dicho plazo sin que se haya celebrado la transferencia definitiva B deberá devolver el inmueble a favor de A.

Imaginemos que luego de transcurrido 1 mes desde la firma del compromiso de compraventa A exige la restitución de la posesión, y ante la negativa de B, aquel interpone una demanda de desalojo por ocupación precaria. ¿Podrá defenderse B presentando como “título” su compromiso de compraventa? Considero que no.

¿Qué derecho adquiere B sobre el bien como consecuencia del compromiso de compraventa? Ninguno. Tal compromiso solo genera la obligación de las partes de firmar el contrato definitivo (obligación de hacer)⁽¹⁹⁾, pero no transfiere la propiedad ni ningún derecho real sobre el bien a favor del futuro adquirente (B) que lo legitime a estar en el bien.

¿Significa eso que la demanda de A debe prosperar? No. B sí tiene derecho a estar en el bien, pero ese derecho no deriva del compromiso de compraventa. En dicho contrato las partes incorporaron un acuerdo en virtud del cual B se mantendría en posesión durante el plazo del compromiso de compraventa. Este acuerdo podría tomarse o bien como un contrato de comodato⁽²⁰⁾ o bien como la constitución de un derecho de uso a favor de B⁽²¹⁾: en cualquiera de estos supuestos B queda legitimado para ocupar el inmueble. Entonces, al ser un acuerdo de partes, ni el comodato ni el derecho de uso podría ser dejado sin efecto de manera unilateral por A, por lo que la demanda de desalojo deberá ser desestimada.

Naturalmente, si se llega a suscribir el contrato definitivo el título de posesión a favor de B cambiará: ya no poseerá en virtud de un contrato de comodato o un derecho de uso (incluidos en el compromiso de compraventa), sino en base

(19) Así lo reconoce la propia Corte en su sentencia: “El compromiso de contratar genera solamente una obligación de hacer, vale decir, dicha prestación consiste en celebrar el contrato definitivo dentro del plazo fijado por las partes o dentro del máximo legal de un año”.

(20) Artículo 1728 del Código Civil.- “Por el comodato, el comodante se obliga a entregar gratuitamente al comodatario un bien no consumible, para que lo use por cierto tiempo o para cierto fin y luego lo devuelva”.

(21) Artículo 1206 del Código Civil.- “El derecho de usar o de servirse de un bien no consumible se rige por las disposiciones del usufructo, en cuanto sean aplicables”.

al derecho de propiedad adquirido como consecuencia de la celebración del contrato definitivo.

¿Y qué sucederá si vence el plazo del compromiso de compraventa y el contrato definitivo no se ha llegado a celebrar por culpa de A? Aparentemente ahora sí A quedaría legitimado para demandar el desalojo, más aún si tenemos en cuenta que el propio compromiso de compraventa indicaba que, vencido el plazo sin que se hubiese firmado el contrato definitivo, B debía devolver el inmueble. Sin embargo, considero que incluso en este caso B mantiene a su favor un derecho a poseer el bien.

¿Cuál sería, en este caso, el título que legitimaría la posesión de B? Tengamos en cuenta que A se ha negado a celebrar el contrato definitivo, con lo cual ha incumplido con su “obligación de hacer”, derivada del compromiso de compraventa. Si bien es cierto que B queda autorizado para demandar a A el cumplimiento de tal obligación (demanda que dará lugar a la celebración “forzosa” del contrato de compraventa definitivo), también está legitimado para “garantizarse” dicho cumplimiento “reteniendo” el inmueble a su favor.

En efecto, de conformidad con el artículo 1123 del CC⁽²²⁾, el derecho de retención autoriza al acreedor insatisfecho (B) a conservar la posesión del bien de su deudor (A) siempre que el crédito (celebración del contrato definitivo) no esté lo suficientemente garantizado (B corre el riesgo de que mientras demanda la celebración de la compraventa definitiva A transfiera el bien a un tercero, lo cual frustraría su pretensión de hacerse con la propiedad del bien).

Entonces, en este caso el título que autoriza a B a poseer el inmueble (y por ende a rechazar la demanda de desalojo) es el derecho de retención (título legal), derivado del incumplimiento de A de su obligación de celebrar el contrato definitivo de transferencia.

Si no admitimos que B pueda ejercer sobre el bien un derecho de retención se le podría generar un perjuicio irreparable: si B es declarado precario y se ordena la restitución a favor de A, este podría vender el bien a un tercero, quien al inscribirlo a su favor de buena fe se convertiría en un tercero registral inatacable.

Esto se podría evitar inscribiendo el compromiso de compraventa en la partida del inmueble, sin embargo, por alguna razón (que no corresponde analizar en este punto) la ley no permite la inscripción de un compromiso de contratar.

(22) Artículo 1123.- “Por el derecho de retención un acreedor retiene en su poder el bien de su deudor si su crédito no está suficientemente garantizado”.

Por ello, la única forma que tiene B para publicitar su condición de potencial comprador es a través de la posesión, pero si la Corte lo considera un precario y ordena el desalojo le quita toda posibilidad de publicidad y por ende toda forma de desvirtuar la buena fe del tercero adquirente. Es cierto que B podría inscribir su demanda en la partida, pero esta anotación podría darse una vez que A ya vendió el bien, por lo que el perjuicio ya estaría consumado.

Entonces, en síntesis, el título posesorio de B va variando de acuerdo a las circunstancias (contrato de comodato, derecho de uso, derecho de propiedad, derecho de retención), pero en ningún caso el “compromiso de compraventa” (aun estando vigente) es la circunstancia que legitima la posesión, con lo cual no califica como un “título” que justifica la posesión e impide el desalojo.

Y precisamente por esto es un error el que la Corte haya considerado que la “ausencia de título” por parte de la demandada lo determina el hecho de que el compromiso de compraventa haya vencido. Lo correcto era señalar que, independientemente de si tal compromiso está o no vigente, en ningún caso constituye un título que justifique la posesión (sin perjuicio de lo cual, particulares circunstancias –distintas al compromiso de compraventa, como lo es un acuerdo de comodato, un derecho de uso o un derecho de retención– sí podrían legitimar la posesión).

Por ende, si la demanda de desalojo la interpone aquel que otorgó el compromiso de compraventa, el juez no debe limitarse a ampararla bajo el argumento que “un compromiso de compraventa no es título para poseer”. Deberá analizar el contrato preparatorio a efectos de determinar en base a qué el demandado entró en posesión del bien. Por ejemplo:

- i) Si concluye que el compromiso de compraventa autorizaba la posesión u otorgaba un derecho de uso a favor del promitente comprador, entonces su posesión estará justificada y la demanda deberá ser desestimada;
- ii) si se concluye que, como consecuencia de la suscripción del compromiso de compraventa, las partes llegaron a celebrar la compraventa definitiva, entonces la posesión estará justificada y la demanda deberá ser desestimada;
- iii) si el plazo del compromiso de compraventa ya venció y el contrato definitivo no se suscribió por culpa del promitente vendedor, la posesión de parte del promitente comprador estará legitimada en base al derecho de retención, por lo que la demanda deberá ser desestimada;
- iv) si no estamos ante ninguna de las opciones anteriores y se acredita que lo único con que cuenta el poseedor para justificar su permanencia en el bien es el compromiso de compraventa, entonces no habrá acreditado que cuenta con un título para poseer, por lo que la demanda de desalojo deberá ser amparada.

V. CUANDO EL DEMANDANTE POR DESALOJO ES ALGUIEN DISTINTO A AQUEL QUE OTORGÓ EL COMPROMISO DE COMPRAVENTA

Es posible que la demanda de desalojo la interponga no aquel que otorgó el compromiso de compraventa, sino un tercero (por ejemplo, aquel que adquiere la propiedad del bien). Esto precisamente sucedió en el que caso materia de comentario: el compromiso de compraventa a favor de la demandada no fue otorgado por la demandante, sino por los anteriores propietarios del inmueble. ¿Podrá el demandado justificar su posesión frente al nuevo propietario (demandante) sobre la base de este compromiso de compraventa?

Ya se dijo que el compromiso de compraventa, *per se*, no constituye un título que justifique la posesión. Atendiendo a ello, la respuesta a la pregunta planteada parece obvia: si el demandado no puede valerse de dicho compromiso frente a la parte que se lo otorgó, tampoco podría hacerle frente a un tercero.

Si bien ello es cierto, habría que agregar un argumento trascendental: el compromiso de compraventa, al ser un contrato, solo vinculada a las partes que lo celebran⁽²³⁾, por lo que si el tercero no participó en su celebración, no tendría por qué quedar vinculado con el mismo.

En el caso materia de análisis, el error de la Corte Superior (validado por la Corte Suprema) consistió en haber considerado a la demandada como poseedora precaria frente a la demandante (que era un “tercero” respecto del compromiso de compraventa) porque el plazo de este había vencido. En realidad, aun estando vigente el plazo del compromiso de compraventa la demandada hubiese tenido la condición de poseedora precaria frente a la demandante, pues dicho compromiso no le era oponible a esta última.

Y esto genera, en comparación con el supuesto anterior, (cuando quien demanda el desalojo fue parte del compromiso de compraventa) consecuencias muy distintas en aquellos casos en donde del compromiso de compraventa se deriva un derecho de uso, una cláusula de comodato o un derecho de retención a favor del poseedor, tal como paso a detallar.

1. ¿Un derecho de uso o una cláusula de comodato justifican la posesión frente a quien no suscribió el compromiso de compraventa?

Imaginemos que A y B suscriben un compromiso de compraventa y acuerdan que durante su vigencia B (futuro comprador) mantendrá la posesión del bien. Luego de ello (estando vigente el plazo del compromiso de compraventa),

(23) Artículo 1363 del Código Civil.- “Los contratos solo producen efectos entre las partes que lo otorgan y sus herederos, salvo en cuanto a estos si se trata de derechos y obligaciones no transmisibles”.

A vende el bien a C, quien en su condición de propietario decide demandar el desalojo contra B. ¿Podrá este defenderse invocando el derecho de uso que le fue otorgado en el compromiso de compraventa?

Si A no hubiese vendido el bien y la demanda la hubiese interpuesto él, sin duda alguna aquella sería desestimada, pues el título de posesión de B sería el derecho de uso (o la cláusula de comodato) otorgado por A en el compromiso de compraventa. Pero ahora el escenario es distinto: ¿puede este derecho de uso o cláusula de comodato vincular a un tercero (C)?

Un repaso por las normas del Código Civil nos permite concluir que tales circunstancias no pueden serle opuestas a C, por lo cual la demanda de desalojo tendría que ser amparada. La lógica es la misma que se aplica cuando el bien que está arrendado es transferido a favor de un tercero. ¿Este nuevo propietario debe esperar que venza el plazo del arrendamiento o puede ponerle fin al contrato y exigir la entrega del bien? El artículo 1708 del CC da las siguientes soluciones ante un caso de enajenación de bien arrendado:

- i) Si el arrendamiento estaba inscrito, el adquirente deberá respetar el contrato, quedando sustituido desde el momento de su adquisición en todos los derechos y obligaciones del arrendador.
- ii) Si el arrendamiento no estaba inscrito, el adquirente puede darlo por terminado.

Como en el presente caso estamos ante un compromiso de compraventa, el cual no se inscribe en el Registro, el comprador del bien (C) quedaría legitimado para exigir la devolución del bien, sin que el derecho de uso o la cláusula de comodato (no inscritas) otorgados a favor de B puedan serle opuestas.

Así ha sido reconocido además en la Sentencia del IV Pleno Casatorio:

“5.4. La enajenación de un bien arrendado, cuyo contrato no estuviera inscrito en los registros públicos, convierte en precario al arrendatario, respecto del nuevo dueño, salvo que el adquirente se hubiere comprometido a respetarlo, conforme a lo dispuesto por el artículo 1708 del Código Civil”.

De ello se concluye que para impedir el desalojo el título del demandado, además de justificar su posesión, debe poder serle opuesto al demandante. Entonces, aun cuando estemos ante un derecho de uso o una cláusula de comodato incluidos en un compromiso de compraventa, los mismos no le son oponibles (al no estar inscritos) al tercero que compra el bien y que no intervino en la celebración del contrato preparatorio.

2. ¿Un derecho de retención justifica la posesión frente a quien no suscribió el compromiso de compraventa?

Imaginemos ahora que el plazo del compromiso de compraventa ya venció y el contrato definitivo no se suscribió por culpa del promitente vendedor (A). Como consecuencia del incumplimiento de esta obligación, el promitente comprador (B) retiene el bien en garantía de que su contraparte firme la transferencia definitiva.

Si luego de ello A transfiere el bien a favor de un tercero (C) y este demanda el desalojo contra B, ¿podrá B defenderse invocando su derecho de retención?

Si A no hubiese vendido el bien y la demanda la hubiese interpuesto él, sin duda alguna la misma sería desestimada, pues el título de B sería precisamente el derecho de retención que ejerce como garantía del cumplimiento de la obligación de A de celebrar la compraventa definitiva. Pero ahora el escenario es distinto, pues se involucra un tercero que compró el bien: ¿le es oponible el derecho de retención? La respuesta es no.

El artículo 1128 del CC se encarga precisamente del supuesto en donde el bien sobre el cual se ejerce la retención es transferido a favor de un tercero:

“Para que el derecho de retención sobre inmuebles surta efecto contra terceros, debe ser inscrito en el registro de la propiedad inmueble.

Solo se puede ejercitar el derecho de retención frente al adquirente a título oneroso que tiene registrado su derecho de propiedad, si el derecho de retención estuvo inscrito con anterioridad a la adquisición”.

Entonces, salvo que el derecho de retención se hubiese inscrito, el mismo no podrá serle opuesto al comprador del bien (C) y por ende no servirá como un título oponible que impida el desalojo.

Y aprovecho este espacio para hacer una crítica respecto a la forma como el Código Civil ha regulado el derecho de retención, y que precisamente genera que este no pueda ser opuesto, en la gran mayoría de los casos, al tercero que compra el bien y demanda el desalojo.

El artículo 1127 del CC señala que el derecho de retención se puede hacer valer de dos formas: i) extrajudicialmente, rehusando la entrega del bien hasta que no se cumpla con la obligación por la cual se invoca (que es precisamente lo que hace B en el ejemplo planteado); y ii) judicialmente, como **excepción** que se opone a la acción destinada a conseguir la entrega del bien.

Tal como ya indiqué, la condición para que el derecho de retención ejercido por B sea oponible a C, es que aquel se encuentre inscrito. Mientras la retención se ejerza de forma extrajudicial no podrá acceder al Registro, en tanto el

registrador siempre exigirá que el derecho conste en un instrumento público⁽²⁴⁾, por ejemplo, una escritura pública (otorgada por un notario) o una sentencia judicial que reconozca tal derecho.

Entonces, si bien el ejercicio extrajudicial del derecho de retención es garantía suficiente frente al deudor que incumple con su obligación (A), mientras tal derecho no se “formalice” en un instrumento público y se inscriba, no podrá serle opuesto al tercero adquirente del bien (C).

Como resulta obvio, obtener una “escritura pública de constitución del derecho de retención” no es una posibilidad real, en tanto requeriría del asentimiento del propietario (A), que es precisamente contra aquel que se ejerce el derecho. Es altamente (por no decir absolutamente) improbable que A acceda a suscribir esta escritura pública a favor de B para que este pueda registrar su retención.

La única posibilidad, entonces, sería demandar judicialmente el reconocimiento de este derecho, para que con la respectiva sentencia el mismo pueda acceder al Registro. El inconveniente con esto es que el artículo 1127 del CC expresamente señala que, judicialmente, el derecho de retención solo puede ser hecho valer como excepción frente a aquel que exige la devolución del bien. Es decir, el derecho de retención no puede ser hecho valer como “acción” (B demanda a A para que un juez reconozca que sobre el inmueble viene ejerciendo un derecho de retención), sino que quien lo ejerce debe esperar a ser demandado para recién allí invocar la retención (como defensa o excepción) y neutralizar la demanda mediante la cual se le exige la devolución.

Esto no representaría ningún problema si quien demanda la restitución del bien es el deudor incumplidor (A), frente a esta demanda B opondría (como excepción) su derecho de retención, y por ende lograría quedarse con el bien hasta que A no cumpla con su respectiva obligación (que en este caso sería celebrar la compraventa definitiva). La sentencia mediante la cual se desestime la demanda por haberse reconocido que el demandado (B) ejerce un derecho de retención podría ser inscrita, con lo cual el derecho de retención quedaría publicitado.

Sin embargo, los problemas se presentan cuando quien exige la restitución no es A, sino el tercero que compró el bien (C). ¿Podrá B oponer su derecho de retención? El citado artículo 1128 del CC señala que únicamente podrá oponerlo si su retención estaba inscrita antes que el bien fuese transferido. La pregunta es, ¿cómo va a lograr inscribir B su derecho de retención antes de la transferencia

(24) De acuerdo con el principio de titulación auténtica, regulado en el artículo III del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos: “Los asientos registrales se extienden a instancia de los otorgantes del acto o derecho, o de tercero interesado, en virtud de título que conste en instrumento público, salvo disposición en contrario”.

a favor de C sí, precisamente, lo que necesita para hacer tal inscripción es que C primero lo demande? Esto determina que en la gran mayoría de los casos la retención que B invoque contra el tercero comprador será una retención no inscrita, con lo cual no podrá serle opuesta al nuevo propietario.

¿Cuál sería el **único** escenario en donde B podría oponer su derecho de retención a C? Para que ello ocurra tendría que darse la siguiente secuencia de hechos:

- i) B comienza a ejercer extrajudicialmente su derecho de retención contra A;
- ii) A demanda a B exigiéndole la restitución del bien, y frente a esa demanda B invoca su derecho de retención;
- iii) El juez falla a favor de B reconociendo en su sentencia la existencia de un derecho de retención a favor de B sobre el inmueble en disputa;
- iv) La sentencia es enviada a Registros Públicos para que se inscriba, con lo cual el derecho de retención de B queda registrado;
- v) A transfiere el inmueble a favor de C y este lo inscribe a su favor, luego de lo cual demanda a B la restitución del bien;
- vi) B se defiende invocando su derecho de retención, el cual quedó inscrito antes de la transferencia a favor de C.

En este caso la retención sí podría ser invocada contra C, pero para que ello suceda B tuvo que haber inscrito su derecho de retención, lo cual presupone que, antes que C lo adquiriese, A inició un proceso para recuperar el bien, el cual terminó con una sentencia que reconocía el derecho de retención de B y que permitió su inscripción.

¿Pero qué sucede si A no demandó en su momento a B, sino que la primera demanda exigiendo la devolución del bien la planteó directamente el comprador (C)? B no tendrá forma de oponer su retención, pues no esta no habrá podido ser inscrita.

¿Qué genera esta situación? Crea incentivos para que cada vez que alguien ejerce derecho de retención, su deudor transfiera la propiedad a favor de un tercero para que sea este quien interponga la demanda encaminada a lograr la recuperación del bien. Y al no serle oponible a este adquirente el derecho de retención no inscrito, el mismo termina siendo burlado.

Por ello sería importante una modificación en el segundo párrafo del artículo 1127 del CC, a efectos de que no se limite el ejercicio judicial del derecho de retención en la forma de “excepción”, sino que el mismo pueda ser hecho valer como “acción”. Así, quien ejerce la retención podrá, en cualquier momento,

demandar el “reconocimiento” de su derecho, lo cual derivará en una sentencia cuyo acceso al Registro permitirá la inscripción del derecho de retención, haciéndolo inmune frente a posteriores transferencias del bien.

3. **¿Un contrato definitivo de compraventa justifica la posesión frente a quien no intervino en su celebración?**

¿Y qué sucedería en caso A hubiese cumplido con celebrar el contrato definitivo de compraventa a favor de B? ¿Podría B oponer ese contrato a C (también comprador del bien)? Acá la cuestión es un poco más complicada, porque formalmente el demandado (B) sí cuenta con un título (compraventa), el mismo que deberá ser confrontado contra el título de C (propietario con derecho inscrito, por ejemplo).

Se produciría, entonces, una confrontación de los títulos de las partes: por un lado el demandante (C) con su derecho inscrito y por el otro el demandado (B) con una compraventa definitiva derivada de un compromiso de compraventa celebrado con A. ¿Cuál de los títulos debe prevalecer? Esta, probablemente, es una pregunta que no corresponda ser respondida dentro de un proceso de desalojo, pues si lo que se va hacer es una confrontación de títulos, el escenario idóneo es el proceso de reivindicación, cuya amplitud le permitirá al juez confrontar los títulos y concluir cuál de ellos es “oponible” al otro, para en función de eso determinar si corresponde o no la restitución de la posesión a favor del demandante.

VI. NO DEBE CONFUNDIRSE EL “TÍTULO” PARA POSEER CON EL “JUSTO TÍTULO”

Queda pendiente de aclarar uno de los argumentos empleados por el juez en primera instancia para amparar la demanda:

“La sentencia que desestimó la demanda de Otorgamiento de Escritura Pública instaurado por la demandada consideró que el contrato presentado por esta es uno preparatorio y que caducó al vencer el plazo de un año de vigencia; por tanto, **si bien es cierto que la demandada ha venido ocupando el inmueble con justo título, este ha fenecido conforme lo declaró la citada sentencia; en consecuencia, la demandada deviene en precaria y corresponde el desalojo**” (el énfasis es agregado).

Me interesa centrarme en lo que el juez optó por denominar “justo título”. No se debe confundir el “justo título” con el “título que justifica la posesión” y que permite defenderse de un desalojo.

Si bien nuestro Código Civil no ha definido al “justo título”, la doctrina nos dice lo siguiente: “El justo título es un acto jurídico. Contrariamente a lo que el término sugiere, no se trata, pues, de un escrito o documento, sino de un negocio

jurídico, de un *negotium*. Ese acto jurídico debe ser un acto cuya finalidad consista en transmitir la propiedad u otro derecho real: un acto traslativo. La venta, la permuta, la dación en pago, la donación, son actos traslativos (...). Así, el justo título, requisito de la usucapión, es un acto jurídico cuya finalidad consiste en transmitir a título singular un derecho real”⁽²⁵⁾.

Este justo título si bien tiene como finalidad transmitir un derecho sobre el bien (la propiedad, por ejemplo), no logra hacerlo, pues le falta un requisito de eficacia: quien lo ha otorgado no es el titular del derecho que se busca transmitir.

Entonces, el justo título es un acto que si bien tiene la vocación de transferir un derecho sobre el bien, no logra cumplir su finalidad porque quien lo otorgó carece de la denominada “legitimidad para contratar”. Es por ello que la ley priva a este justo título de su efecto típico (lograr la transferencia de un derecho), aunque le reconoce otro: permitir la usucapión abreviada a favor de quien lo ostente⁽²⁶⁾.

¿Un compromiso de compraventa califica como “justo título”? Considero que no, por dos razones.

En el caso materia de comentario, el compromiso de compraventa celebrado entre la demandada y los anteriores propietarios del inmueble era perfectamente válido y eficaz. A dicho contrato no le faltaba ningún requisito de eficacia; una prueba de ello es que, si su plazo de vigencia no se hubiese vencido, cualquiera de las partes habría podido exigir la celebración del contrato definitivo. El justo título, por el contrario, hace referencia a un contrato válido pero ineficaz.

En segundo lugar, el justo título implica un acto con “vocación” de transferencia de un derecho sobre el bien, finalidad que no logra ser concretada porque el disponente (vendedor, por ejemplo) no tiene el poder de disposición sobre el bien. A diferencia del justo título, un compromiso de compraventa no es un acto con “vocación” de transferir propiedad ni ningún derecho sobre el bien. Este contrato preparatorio únicamente crea la obligación de las partes de celebrar una transferencia definitiva, pero por sí mismo no constituye un acto de transferencia (las partes que suscriben un compromiso de compraventa podrían dejar que venza el plazo de su vigencia sin haberse preocupado por exigir la celebración del contrato definitivo).

(25) MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, José. “La prescripción y la seguridad jurídica”. En: *Revista crítica de Derecho inmobiliario*. N° 702, Año LXXXIII, julio-agosto, 2007, pp. 1603-1643.

(26) HENRY, LEÓN Y JEAN MAZEAUD. *Lecciones de Derecho Civil. Derechos Reales*. Traducción de Luis Alcalá Zamora y Castilla. Volumen IV, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960, p. 213. En esto coincide unánimemente la doctrina, por lo que carece de sentido hacer un listado interminable de autores cuyas opiniones coincidirán.

Y en el caso puntual de la casación que vengo comentando, existe una tercera razón para rechazar lo afirmado por el juez: el compromiso de compraventa ya había vencido, por lo cual formalmente ni siquiera existía un “título”. Un contrato preparatorio con plazo vencido equivale a un contrato inexistente, con lo cual tampoco tenía calificarlo como “justo título”.

Por todas estas razones considero un error que el juez le haya dado al compromiso de compraventa la calificación de “justo título”. Tal compromiso no es ni “justo título” ni título que justifique la posesión a favor del demandado.

VII. CONCLUSIÓN

La decisión de la Corte Superior (validada por la Corte Suprema) es correcta, pero los considerandos que llevaron a la misma no fueron los adecuados. Si bien es cierto aquel que posee en base a un compromiso de compraventa vencido es un poseedor precario, dicha condición no deriva de la falta de vigencia del contrato preparatorio, sino del solo hecho de que este no genera a favor del eventual adquirente ningún derecho a estar en el bien.

Por el contrario, la posesión solo quedará justificada si: i) además del compromiso de compraventa se le otorga al promitente comprador un derecho de uso o se incluye en el contrato preparatorio una cláusula de comodato; o ii) el promitente comprador ejerce la posesión como garantía (derecho de retención) de que el promitente vendedor cumplirá con celebrar el contrato definitivo a su favor; o iii) se llega a celebrar el contrato definitivo dentro del plazo acordado.

La Corte no solo se equivoca por considerar que el compromiso de compraventa es el título para poseer que excluye la precariedad (en realidad ese “título” no otorga ningún derecho), sino que partiendo de ello concluye erróneamente que una promesa de venta con plazo vencido convierte indefectiblemente al poseedor (futuro comprador) en precario. Es todo lo contrario: si el plazo del compromiso de compraventa ha vencido porque el promitente vendedor se negó a firmar el contrato definitivo, este incumplimiento autoriza al promitente comprador a retener el bien en garantía de que se cumpla con tal obligación.

El razonamiento que ha seguido la Corte Superior (y que ha sido validado por la Corte Suprema) deja al promitente comprador en un callejón sin salida cada vez que el plazo para la celebración del contrato definitivo vence por culpa del promitente vendedor, dada su negativa a celebrarlo. Para evitar ello es que debe reconocerse al derecho de retención como un título legal que justifica la posesión del promitente comprador en tanto no se otorgue a su favor el contrato definitivo de transferencia.

Finalmente, un escenario totalmente distinto se abre cuando quien demanda el desalojo no es aquel que celebró el compromiso de compraventa, sino el tercero

que compró el bien. En este caso la defensa del poseedor (promitente comprador) se hace aún más complicada, pues al no haber participado el demandante en la celebración del contrato preparatorio, las cuestiones derivadas de este (como por ejemplo el ejercicio del derecho de retención) no podrían serle opuestas, con lo cual las posibilidades del demandado de salir airoso del proceso de desalojo se reducen a su mínima expresión.

CAPÍTULO II

PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA

La sentencia en el proceso de prescripción adquisitiva: ¿constitutiva o declarativa? La Corte Suprema en su laberinto

COMENTARIO A LA CASACIÓN N° 3332-2013-LA LIBERTAD

I. INTRODUCCIÓN

En la Cas. N° 3332-2013-La Libertad (en adelante me referiré a ella como la casación) la Corte Suprema sostuvo que la prescripción adquisitiva de dominio produce efectos únicamente cuando existe una sentencia que, de manera firme, se pronuncie sobre ella.

Antes de analizar los hechos que dieron lugar a la casación, haré algunas precisiones sobre la prescripción adquisitiva.

II. LA USUCAPIÓN DENTRO DEL GÉNERO DE LA PRESCRIPCIÓN

La prescripción, en su doble modalidad –adquisitiva o extintiva–, consiste en la transformación, reconocida por ley, de un estado de hecho en un estado de derecho, como consecuencia del transcurso del tiempo. Esta transformación puede derivar en la constitución o en la extinción de derecho, lo cual determina que se denomine prescripción adquisitiva (para ser más precisos: *usucapión*⁽²⁷⁾) o prescripción extintiva⁽²⁸⁾.

(27) La palabra “prescripción” no manifiesta suficientemente, a nuestro parecer, la especialidad y el carácter de esta institución. En cambio, “usucapión” indica ya la finalidad del instituto a través de su propia etimología, porque proviene del verbo *capere*, que significa “adquirir algo” y del término *usus*, que significaba “uso” (incluso en época arcaica designaba la posesión). No obstante, por lo común que resulta en nuestro medio el uso de la palabra “prescripción”; emplearemos ambos términos de miera indistinta.

(28) En un inicio ambos tipos de prescripción compartieron el mismo régimen normativo (situación que se mantiene hasta hoy en el Código Civil español). Esta opción legislativa es criticada dado lo “impertinente” que podría resultar reunir en una única definición instituciones claramente distintas: de un lado la usucapión, como modo de adquirir una categoría especial de derechos (algunos derechos reales); y del otro la prescripción extintiva, como modo general de extinción de los derechos. En este sentido: BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco; NATOLI, Ugo. *Derecho Civil*. Tomo I, volumen 1. Traducción de Fernando Hinestrosa. Editorial Universidad Externado de Colombia, 1992, p. 488. En nuestro país un interesante trabajo sobre la prescripción en su versión extintiva de situaciones jurídicas puede verse en: MERINO ACUÑA, Roger. “Algunos apuntes en torno a la prescripción extintiva y la caducidad”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 104, Año 12, Gaceta Jurídica, Lima, 2007.

La idea de cambio y de transcurso del tiempo son las claves para definir esta situación⁽²⁹⁾. Sin embargo, en la prescripción adquisitiva se le unirá como característica determinante la posesión, de forma tal que “el núcleo o la esencia del instituto de la usucapión se encuentra indisolublemente ligado con la disciplina de la posesión. La usucapión funciona *favore possessionis* y es fundamentalmente un efecto de la apariencia jurídica. Significa que la apariencia jurídica se transforma en realidad jurídica cuando ha tenido una prolongada duración temporal. Es el final del camino de la legitimación que la posesión otorga. Con ella no solo se protege al titular aparente en general y, en especial, a los adquirentes a *non domino*, sino que se llega a la conclusión de que la continuada posesión debe transformarse en real titularidad”⁽³⁰⁾.

Es esta posesión la que, sumada a otros requisitos exigidos por nuestro Código Civil (en adelante, Código Civil), permite la adquisición del derecho de propiedad a favor del prescribiente.

El debate en este caso se centra en determinar el momento en que se produce la adquisición de la propiedad como consecuencia del fenómeno prescriptorio. Así, surge la interrogante de si el poseedor prescribiente se vuelve propietario cumpliendo con los requisitos señalados por la ley durante el plazo establecido en la misma, o si se requiere la intervención judicial para que mediante sentencia constitutiva se declare como propietario por prescripción al poseedor que interpuso la demanda.

La norma aplicable para dirimir la controversia sería el artículo 952 del CC según el cual “quien adquiere un bien por prescripción puede entablar juicio para que se le declare propietario. La sentencia que accede a la petición es título para la inscripción de la propiedad en el registro respectivo y para cancelar el asiento a favor del antiguo dueño”.

La doctrina que en nuestro país se ha pronunciado sobre el particular se inclina por considerar que la prescripción se produce con el solo paso o transcurso del tiempo, siempre que durante el mismo se hayan cumplido con los requisitos legales (pacificidad, publicidad, continuidad, posesión como propietario), sin que resulte necesario contar con una sentencia que reconozca la condición de nuevo propietario al prescribiente.

(29) “La prescripción es un instituto de orden jurídico que estabiliza las relaciones del derecho, tornándolas inatacables con el andar del tiempo (...) es manifiesta la justicia de convertir en titular del derecho a quien durante el transcurso de muchos años se ha conducido como si realmente le correspondiera; la de acordar validez y seguridad a las situaciones de hecho que se dan a través del tiempo, fomentando el trabajo y el mejoramiento de los bienes”: LAFAILLE, Héctor. *Derecho Civil. Tratado de los Derechos Reales*. Volumen II, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1994, p. 581.

(30) DíEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Las relaciones Jurídico-Reales. El registro de la propiedad. La posesión*. 4ª edición, volumen III, Civitas, Madrid, 1995, p. 696. En igual sentido: HERNÁNDEZ GIL. *La posesión*. Espasa-Calpe Editores, Madrid, 1980, p. 345.

Por ello, la sentencia que se pronuncie sobre la prescripción tendría naturaleza declarativa:

“En doctrina, se discute si la usucapión surte efectos de manera automática con el solo transcurso del plazo posesorio establecido en la ley, o si más bien se requiere la declaración constitutiva que deba ser pronunciada por autoridad judicial o funcionario administrativo (...). De los artículos 950 y 951 de nuestro Código Civil existe cierta base para resolver la cuestión a favor de la primera postura, en tanto dichos preceptos establecen que la propiedad se adquiere con la posesión cualificada y por el término legal, sin necesidad de exigencia o investidura formal por parte de autoridad o funcionario público”⁽³¹⁾.

En el mismo sentido se había venido pronunciado la Corte Suprema. Solo por citar un ejemplo:

“(...) de autos fluye que la pretensión contenida en la demanda de la recurrente es que se le declare propietaria del inmueble sito en el lote uno-A de la manzana C de la calle Los Virreyes, urbanización El Manzano, del distrito del Rímac, identificado actualmente con el número trescientos setentinueve, provincia y departamento de Lima, argumentando que viene poseyéndolo en forma pacífica, pública, continua y a título de propietaria por más de cuarenta años conforme lo acredita con las instrumentales anexadas al escrito de su propósito (...). De dicho tenor se desprende que el cumplimiento de facto de los requisitos contemplados en la ley transforma la calidad de poseedor en la condición de propietario a condición de acreditar que efectivamente se han satisfecho tales exigencias”⁽³²⁾.

Sin embargo, con la casación que a continuación paso a analizar, se trastoca completamente esta posición primigenia y se termina afirmando, de forma contundente y expresa, que para convertirse en propietario por prescripción no basta con acreditar haber poseído cumpliendo con los requisitos durante el tiempo que establece la ley, sino que se requiere una sentencia que se pronuncie sobre tal prescripción con carácter constitutivo. Para emplear las palabras de la Corte: “solo a partir de la sentencia firme que se genera una nueva situación jurídica respecto de la propiedad del bien y su titular”.

III. LOS HECHOS DE LA SENTENCIA

Los hechos que dieron lugar a la casación fueron los siguientes:

(31) GONZALES BARRÓN, Gunther. *La usucapión. Fundamentos de la prescripción adquisitiva de dominio*. Jurista Editores, Lima, 2010, pp. 208-210.

(32) Casación N° 2161-2003-LIMA, del 5 de noviembre de 2004, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 28 de febrero de 2005.

- i) A interpone demanda de prescripción adquisitiva sobre un bien inmueble (en adelante el inmueble) respecto del cual contaba con un contrato de compraventa (en adelante la compraventa) otorgado a su favor en el año 1989 con B (quien desde el año 1970 tenía registrado el bien junto a su cónyuge, es decir, se trataba de un bien social).
- ii) Al momento de la firma de la compraventa la cónyuge de B había fallecido, por lo que el contrato fue firmado solo por B.
- iii) En Registros Públicos se observó la compraventa, en tanto el inmueble le pertenecía registralmente a una sociedad conyugal, sin embargo el acto de transferencia había sido otorgado solo por uno de los cónyuges (B).
- iv) Mientras B estuvo con vida A pudo ejercer la posesión del inmueble sin inconvenientes. Sin embargo, una vez muerto B sus herederos demandaron a A por reivindicación, la cual fue amparada en las dos primeras instancias. En simultáneo con el proceso de reivindicación A vino siguiendo el proceso de prescripción adquisitiva que concluyó con la casación.

En primera instancia el juez declaró fundada la demanda de prescripción, alegando que si bien la compraventa no acreditaba que A fuese propietario del inmueble, sí estaba acreditado el tiempo durante el cual ejerció posesión (desde el año 1989), con lo cual ya se había convertido en propietario por prescripción adquisitiva.

Interpuesto el recurso de apelación, la Sala Superior revocó la sentencia del *a quo* y reformándola declaró infundada la demanda. La sala sostuvo que, paralelamente al proceso de prescripción, se siguió el proceso de reivindicación contra A, el cual ya contaba con dos sentencias que reconocían el derecho de propiedad a favor de los herederos de B.

Atendiendo a ello la Corte Superior consideró que no bastaba con alegar el cumplimiento de los requisitos de la prescripción, sino que además era indispensable contar con una declaración judicial que reconociera ello. Al no contar A con dicha sentencia, la prescripción no se había consumado y por ende correspondía otorgarle la razón a los demandados.

Al resolver el recurso de casación planteado por A, la Corte Suprema sostuvo que:

- i) La concurrencia de los requisitos de continuidad, pacificidad y publicidad de la posesión deben configurarse dentro del periodo de tiempo establecido para la prescripción.

- ii) Cumplidos estos requisitos se genera un derecho expectatio sobre el derecho de propiedad, el cual necesariamente debe ser declarado por la autoridad competente y mediante sentencia firme que declare propietario al beneficiario.
- iii) No basta con que el poseedor acredite, que ha ejercido su derecho de posesión por el periodo de tiempo previsto en la norma sustantiva, para concluir que adquiere la propiedad por su simple transcurso, pues es a partir de la sentencia firme que se genera una nueva situación jurídica respecto de la propiedad del bien y su titular.
- iv) Es necesaria una sentencia judicial firme para que el derecho de propiedad pueda ser plenamente ejercido y sea oponible a terceros, dado que mientras subsista la inscripción del derecho del propietario original –en el caso de bienes registrables– este puede ejercer los atributos que otorga el artículo 923 del CC, dentro de los que se encuentra la reivindicación como la acción real por excelencia.
- v) Esta interpretación busca dotar de seguridad jurídica al periodo de tiempo entre el cumplimiento del plazo y la invocación de la prescripción, tiempo en el cual el derecho de propiedad del inmueble se encontraría sometido a una condición suspensiva, ya que de no ser invocada por el beneficiario no producirá ninguna consecuencia jurídica.
- vi) En tanto no exista una sentencia judicial que disponga la cancelación de los derechos registrales del propietario original, este no encuentra limitación en su derecho a solicitar la entrega del inmueble.

IV. ¿SENTENCIA CONSTITUTIVA O “PRESENTACIÓN DE DEMANDA” CONSTITUTIVA?

En su postulado i) la Corte señala que los requisitos de la prescripción deben cumplirse dentro del plazo de 10 años. De esto se desprende que para la Corte la prescripción adquisitiva produce efectos (la transferencia de propiedad) de forma automática, sin necesidad de ningún hecho posterior (obtención de una sentencia judicial, por ejemplo). Y es que si los requisitos deben cumplirse únicamente dentro del plazo de 10 años, es porque todo lo que venga después carece de relevancia a efectos de entender producida la prescripción. En efecto, si la Corte hubiese querido decir que solo con la sentencia se entiende producida la prescripción, entonces habría establecido que los requisitos deben cumplirse hasta que se obtenga dicho fallo judicial, pues antes del mismo ningún efecto jurídico se ha producido.

Sin embargo, en los postulados siguientes (i, ii, y iii) la Corte sostiene que mientras no exista sentencia que reconozca como nuevo propietario al

prescribiente, entonces la usucapión solo habrá producido la expectativa del prescribiente de hacerse dueño, mas no habrá adquirido aún la condición de nuevo propietario. Es decir –y a diferencia de lo señalado en el punto i)– la sentencia que se pronuncia sobre la prescripción de manera firme (con calidad de cosa juzgada) es constitutiva.

Entonces, ¿no basta con que se cumpla con el plazo legal para que el poseedor se convierta en propietario? No. ¿No bastará que el prescribiente presente su demanda solicitando ser declarado como propietario? Tampoco. Se necesitará sentencia firme. Mientras ello no ocurra el prescribiente solo será titular de un “derecho expectatio”⁽³³⁾ (la Corte debió decir simplemente “expectativa”⁽³⁴⁾) de hacerse propietario.

Y a partir de aquí se genera la segunda contradicción: en su quinto postulado v) la Corte señala que su posición sobre el particular busca “dotar de seguridad jurídica al periodo de tiempo entre el cumplimiento del plazo y la invocación de la prescripción, tiempo en el cual el derecho de propiedad del inmueble se encontraría sometido a una condición suspensiva, ya que de no ser invocada por el beneficiario no producirá ninguna consecuencia jurídica”.

Es decir, esta condición suspensiva de la que habla la Corte se produce durante el periodo de tiempo que abarca desde el cumplimiento del plazo prescriptorio hasta la “invocación” de la prescripción (es decir, hasta presentación de la demanda), lo cual significa que la condición suspensiva se cumpliría (y el

(33) La doctrina distingue al derecho subjetivo de las “expectativas”, que vienen a ser unas situaciones de entidad inferior, que suponen solo la vocación más o menos insegura, verosímil o condicionada a una titularidad futura. Se dice que “Constituyen derechos *in fieri*, a falta de algún requisito para su nacimiento, o perspectivas de adquisición de derechos” (LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho Civil. I. Parte General*. Volumen tercero. *Derecho Subjetivo*. Negocio Jurídico. Revisada y puesta al día por Jesús Delgado Echeverría. Dykinson, Madrid, 1999, p. 76; Cfr. también MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Tomo II. Doctrinas Generales. Traducción de Santiago Sentis Melendo, EJEA, Buenos Aires, 1954, pp. 12 y 13. Para un estudio más amplio de las expectativas, cfr. MATEO SANZ, Jacobo. *El retracto convencional: relación jurídica y derecho subjetivo*. Dykinson, Madrid, 2000, p. 249 y ss.). La máxima diferenciación, por tanto, respecto de los derechos subjetivos se encuentra en el hecho de que son situaciones en curso de formación (“derechos subjetivos en formación”: ALPA, Guido. *Istituzioni di Diritto Privato*. 1ª edición, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1994, p. 183), que en algunos casos llegarán a ser derechos subjetivos en sentido propio una vez cubiertas las lagunas o extinguidas las limitaciones que les impedirían alcanzar tal categoría. (Cfr. MONATERI, Pier Giuseppe. *Voce Diritto soggettivo. Digesto delle Discipline Privatistiche*. Cuarta Edizione, volumen VI, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1990, p. 421). De este modo, frente al derecho subjetivo aparecen unas figuras –expectativa de hecho, de derecho y derecho expectante– que tendrán como común denominador el hecho de la pendencia (Cfr. IGLIASIAS CUBRIA, Manuel. *Los derechos patrimoniales eventuales. Estudio de las situaciones jurídicas de pendencia*. Volumen I, Librería Ojanguren, Oviedo, 1961, p. 9).

(34) Aun cuando la mayoría de la doctrina opta por el término “expectativa” no falta quien, a esas situaciones de pendencia, les atribuye otra denominación: “situaciones jurídicas interinas sin calificación especial”, “situaciones jurídicas carentes de firmeza”, “situaciones jurídicas de pendencia”, “titularidades temporalmente limitadas” o “derechos eventuales”. A su vez, los distintos tipos de expectativas –expectativa de hecho, de derecho y derecho expectante– se distinguen entre sí atendiendo a su posible tutela por parte del ordenamiento jurídico. Este desarrollo puede ser visto en: MATEO SANZ, Jacobo. “Cuestiones sobre la expectativa del poseedor”. En: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Nº 670, marzo-abril, 2002, pp. 423-508.

poseedor dejaría de tener una “expectativa para convertirse en propietario) desde el momento en que se presenta la demanda, aun cuando no se cuente con una sentencia que resuelva esta.

Si seguimos el argumento de la Corte en este v) punto, antes que una “sentencia constitutiva” tendríamos una “presentación de demanda constitutiva”, lo cual produciría una consecuencia inaudita: el derecho de propiedad se ganaría en la mesa de partes, con la presentación de la demanda (ojo que la Corte Suprema ni siquiera exige la admisión de la misma) y no con la sentencia que resuelve el fondo de la controversia.

Llevando al extremo esta posición, habría que preguntarse qué sucedería si luego de presentada la demanda (y “ganado” el derecho) el demandante se desiste del proceso o incluso de la pretensión. ¿Pierde el derecho que ya había ganado? O en un escenario incluso más confuso, ¿qué pasa si la sentencia no le da la razón y desestima la demanda? ¿Pierde el derecho que ya había ganado con la presentación de su demanda? Entonces, de darse este caso, ¿habría dos decisiones contradictorias “emitidas” en un mismo proceso? ¿Qué incentivos generaría esto en el prescribiente? Para él, naturalmente, lo más recomendable sería presentar su demanda, ganar el derecho y luego desistirse del proceso. De este modo no se expondría a la posibilidad de que mediante sentencia que declare infundada su demanda, se le “quite” el derecho que ya había previamente “ganado” con la presentación de esta.

Como se puede ver, la propia Corte se enreda en su laberinto de inconsistencias. Primero plantea la idea de una prescripción que se produce con el solo transcurso del tiempo, sin necesidad de sentencia alguna; luego sustenta la fuerza de la sentencia para convertir al prescribiente en propietario, y finalmente olvida la importancia de dicha sentencia y se limita con la “invocación” de la demanda para que el prescribiente deje de tener una expectativa y se convierta en propietario.

Como estos tres postulados son contradictorios (o sentencia declarativa, o sentencia constitutiva o presentación de demanda constitutiva), y el tercero de ellos resulta el más inconsistente (por las razones que acabamos de señalar), voy a considerar que lo señalado por la Corte en su considerando octavo⁽³⁵⁾ (en donde

(35) Octavo: Que, la interpretación efectuada precedentemente encuentra su fundamento además en la necesidad del poseedor de invocar en juicio el efecto adquirido con el propósito de obtener una sentencia que constituya título inscribible de su derecho y que le permita al mismo tiempo probar su derecho en virtud a la publicidad registral, ello se desprende de la norma antes glosada que prevé sustitución de la titularidad que surge de la declaración judicial; asimismo de dotar de seguridad jurídica al periodo de tiempo entre el cumplimiento del plazo y la invocación de la prescripción, tiempo en el cual el derecho de propiedad del inmueble se encontraría sometido a una condición suspensiva, ya que de no ser invocada por el beneficiario no producirá ninguna consecuencia jurídica al descansar la prescripción adquisitiva en la conducta activa del poseedor, quien se conduce como propietario respecto del bien, y de otro lado, la conducta omisiva del afectado con la prescripción quien durante el periodo de tiempo establecido legalmente no reclama la restitución de su derecho.

menciona a la presentación de la demanda como circunstancia determinante a efectos de entender producida la prescripción) no fue más que un desliz, y lo que en realidad quiso decir (tal como parecería desprenderse de una lectura integral de la Casación) fue que la “sentencia firme” (con calidad de cosa juzgada) convierte al prescribiente en propietario, cumpliéndose solo en este momento con la condición suspensiva, “transformando” la expectativa del prescribiente de hacerse con la propiedad en una realidad.

El problema es que, como se verá a continuación, incluso asumiendo esta posición (sentencia constitutiva), las inconsistencias brotan en cuanto la misma es sometida a análisis.

V. LA CORTE SUPREMA HA CREADO UN PLAZO INDEFINIDO PARA LOGRAR ADQUIRIR POR PRESCRIPCIÓN

Llevando a sus lógicas consecuencias el criterio de la Corte, la prescripción no se produciría a los 10 años sino dentro de un plazo futuro e incierto. En efecto, la Corte no solo exige del prescribiente cumplir con el plazo de 10 años y presentar la demanda, sino que, para convertirse en propietario, debe esperar a que haya una sentencia que así lo declare. La conclusión de ello es que la prescripción se logrará a los 10 años, mas todo el tiempo que le tome al Poder Judicial amparar la demanda mediante un fallo definitivo.

¿Y qué pasa durante el tiempo que va desde el cumplimiento de los requisitos legales hasta la emisión de la sentencia firme? Existirá una expectativa. ¿Significa eso que el derecho no es de nadie? No, en absoluto. Lo que significa es que el derecho seguirá siendo de la persona contra la cual se quiere prescribir (en el caso que vengo comentando la propiedad seguiría siendo de los hijos del titular registral). No en vano la Corte hace referencia a una “condición suspensiva”: el prescribiente solo será propietario cuando se cumpla el hecho futuro e incierto de la emisión de una sentencia que en última instancia ampare la demanda. Entonces, cuando se nos pregunte, ¿cuál es el plazo para adquirir un inmueble por prescripción? La respuesta será 10 años (o 5, en caso se cuente con justo título y buena fe) más lo que tome el proceso judicial. Es decir, ahora, gracias a la Corte Suprema, el plazo para prescribir es indefinido o incierto.

¿Y qué pasará si durante el lapso de tiempo que va desde el cumplimiento del plazo hasta la obtención de la sentencia, el (aún) propietario busca interrumpir la prescripción? Piénsese en el supuesto en que A viene poseyendo el bien 20 años y recién hoy demanda la prescripción. ¿Podrá el propietario interrumpir esta prescripción luego de interpuesta la demanda y en tanto no haya sentencia firme? En principio, y siguiendo la lógica de la Corte Suprema, no habría ningún problema con que la interrupción se consiga luego de interpuesta la demanda. No tendría sentido que la Corte Suprema diga, por un lado, que el prescribiente aún no es propietario si no tiene sentencia a su favor, y por el otro restrinja las

posibilidades del demandado de interrumpir el plazo prescriptorio. Si en tanto no haya sentencia la prescripción aún no está consumada, ¿qué impide que esta pueda ser interrumpida?

Entonces, el propietario no solo tiene 10 años para interrumpir el plazo, sino que además cuenta con todo el tiempo que dure el proceso judicial. La razón (siguiendo la lógica de la Corte) es la misma que vengo señalando: si no hay sentencia, no hay prescripción concluida; ergo, habiendo prescripción en trámite, esta aún puede ser interrumpida.

¿Se podría salvar este problema aplicando las normas sobre “condición suspensiva” que establece el Libro II del Código Civil?

Por ejemplo, en caso el propietario quiera interrumpir la prescripción luego de haberse cumplido los diez años pero estando pendiente la sentencia, ¿podrá sostenerse que está impidiendo de mala fe el cumplimiento de la condición y, en aplicación del artículo 176 del CC⁽³⁶⁾, se debería dar por cumplida la condición, considerándose en consecuencia al prescribiente como nuevo propietario aun cuando no exista sentencia firme?

Considero que no. Esta “condición suspensiva” de la que habla la Corte Suprema vendría a ser una “condición legal” o *conditio iuris*. La “condición” suele ser clasificada en mixta, potestativa, meramente potestativa, causal, propia, impropia, hasta llegar a una de las categorías más importantes: las condiciones voluntarias y las condiciones legales.

La doctrina afirma que las condiciones legales son aquellas impuestas por ley, es decir, aquellas en donde la eficacia del negocio jurídico sometido a condición depende de la ocurrencia de un evento futuro e incierto impuesto por la ley. Se ponen como ejemplos de este tipo de condición a la compraventa de bien futuro, la adquisición de derechos patrimoniales por parte del *nasciturus*, etc. Las condiciones voluntarias, por su parte, son aquellas impuestas por los particulares en ejercicio de su autonomía privada: ellos voluntariamente deciden suspender o cesar la eficacia del negocio celebrado a la ocurrencia de un evento futuro e incierto.

Como se puede apreciar, el criterio clasificatorio presentado obedece a la fuente del cual depende la eficacia del negocio celebrado: en el caso de las condiciones legales, su fuente es la ley expresada mediante una norma jurídica, y en el caso de las condiciones voluntarias, su fuente es la autonomía privada. En el caso de la prescripción adquisitiva en trámite, claramente no se trataría de una condición voluntaria o negocial.

(36) Artículo 176 del Código Civil.- “Si se impidiese de mala fe el cumplimiento de la condición por la parte en cuyo detrimento habría de realizarse, se considerará cumplida”.

En estricto, las denominadas condiciones legales no son condiciones⁽³⁷⁾, en tanto no cumplen con las características de exterioridad y accidentalidad que sí tienen las condiciones voluntarias, configurándose más bien como un presupuesto de eficacia dentro de una *fattispecie* (supuesto de hecho) de formación sucesiva o compleja.

Así, los ejemplos que usa la doctrina para justificar la categoría de las condiciones legales, son aquellos que revelan un hecho impeditivo⁽³⁸⁾ prefijado por la ley para que no se desencadene la consecuencia jurídica. Por ejemplo, en el contrato de compraventa de bien futuro, su eficacia se encuentra subordinado a la existencia del bien, supuesto que se encuentra previamente señalado por una norma jurídica y que revela que el mismo se encuentra dentro del concepto o *nomen iuris* de lo que se entiende por compraventa de bien futuro⁽³⁹⁾. La incerteza de la existencia del bien, está previamente determinada por ley, configurándose como una modalidad de la compraventa. De la misma manera, en la compraventa a satisfacción⁽⁴⁰⁾, la condición de conformidad por parte del comprador del bien contratado es un supuesto previamente regulado, que forma parte del concepto y de los elementos esenciales de dicha clase de compraventa.

Vistas las diferencias estructurales entre la condición voluntaria y legal, cabe preguntarnos si existen entre ellas también diferencias de carácter funcional. Al respecto, la doctrina se ha preguntado si es que es justificable o no apostar por una categoría unitaria de la condición, que englobe dentro de ella a la condición voluntaria y a la condición legal⁽⁴¹⁾, de tal forma que las reglas establecidas para

(37) Dicha afirmación es compartida también por: FLUME, WERNER. *El Negocio Jurídico*. Trad. José María Miquel Gonzáles y Esther Gómez Calle. 4ª edición, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, p. 794: "Los presupuestos de eficacia del negocio jurídico necesarios conforme a derecho, las llamadas condiciones legales, no son ninguna condición en el sentido del concepto de condición negocial. No sin razón, en las fuentes romanas se dice de las condiciones legales que son condiciones *quae extrinsecus veniunt*. La vigencia del negocio jurídico se vincula al cumplimiento de la condición legal desde fuera no en virtud de una disposición del negocio jurídico (...) Aunque se determine en un negocio jurídico que solo vale si se dan sus presupuestos legales de eficacia, no es la disposición de autonomía privada sino la ley la que decide sobre la eficacia del negocio. Ya Savigny había dicho sobre las condiciones legales que ellas son simplemente repeticiones superfluas de aquello que de todos modos vale, por tanto inofensivas pero también inútiles y carentes de efecto".

(38) El hecho impeditivo viene a ser un presupuesto de eficacia que aún no se cumple dentro de la estructura de una *fattispecie*, por lo que el proceso de calificación jurídica de dicha *fattispecie* no se cumple. A fin de indagar en torno al tema, ver: FALZEA, Angelo. *Il Soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1939, pp. 3-38.

(39) Su propia definición legislativa lo señala, artículo 1534.- "En la venta de un bien que ambas partes saben que es futuro, el contrato está sujeto a la condición suspensiva de que llegue a tener existencia" (el resaltado es nuestro).

(40) Artículo 1571.- "La compraventa de bienes a satisfacción del comprador se perfecciona solo en el momento en que este declara su conformidad. El comprador debe hacer su declaración dentro del plazo estipulado en el contrato o por los usos o, en su defecto, dentro de un plazo prudencial fijado por el vendedor".

(41) Al respecto: MAIORCA, Sergio. "Condizione". En: *Rivista di Diritto Civile*. Año XXXV, N° 2 marzo-aprile, CEDAM - Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1989, pp. 207-210.

el Código Civil para las condiciones voluntarias le sean aplicables a las condiciones legales⁽⁴²⁾.

Para responder al cuestionamiento trazado, es menester revisar las normas sobre la condición y analizar si cabe o no su aplicación a los supuestos catalogados como condiciones legales.

Una de las normas que ha merecido la atención de la doctrina en torno al tema, es precisamente la que ha regulado la denominada ficción de cumplimiento de la condición, la cual, en nuestro Código Civil se encuentra regulada en el ya citado artículo 176 Código Civil, que establece el efecto jurídico de: i) tener por cumplida la condición cuando la parte en cuyo detrimento habría de realizarse lo impidiese de mala fe (por ejemplo: X y Z celebran un contrato sometido a condición suspensiva, en donde X será deudor de Z, y X impide el cumplimiento del evento señalado como condición); o ii) se considerará como no cumplida la condición cuando la parte beneficiaria de su cumplimiento hace todo lo posible para que la misma se cumpla (en el ejemplo anterior, Z hace todo lo posible para que la condición se cumpla).

La norma antes señalada es de dudosa aplicación a los supuestos denominados como condiciones legales. En efecto, la citada regla no se podría aplicar a la denominada compraventa sobre bien futuro, compraventa a satisfacción, así como tampoco al supuesto de atribución de derechos patrimoniales para el *nasciturus*.

En efecto, no es entendible cómo una de las partes en el contrato de compraventa sobre bien futuro podría coadyuvar al cumplimiento de la condición cuando esta es absolutamente incierta para ambas partes, no dependiendo en absoluto de su esfera de acción y además, siendo el bien un elemento esencial para la viabilidad del negocio (¿cómo se consideraría cumplida la condición con la pretendida inexistencia o destrucción del bien?). De la misma manera en la compraventa a satisfacción, la condición está sujeta a la conformidad del comprador, no pudiendo aplicarse la regla mencionada, puesto que la misma presupone una ajenidad en torno al evento condicional. Y ni qué decir de su inaplicación al supuesto de sujeción de los derechos patrimoniales atribuidos al *nasciturus* (en donde su estructura hace imposible la aplicación de las reglas mencionadas).

(42) RESCIGNO, Pietro. "Condizione" (dir. vig.). En: *Enciclopedia del Diritto*. Giuffrè, 1961, p. 770: "En orden a la *condicio iuris*, de la cual se ha dado una primera noción, y se ha indicado el campo de aplicación, se proponen para el intérprete tres preguntas: a) si se justifica conceptualmente una categoría unitaria, comprensiva de la *condicio iuris* y de la *condicio facti*; b) si al menos sea legítimo un concepto unitario de *condicio iuris*; c) si la *condicio iuris* deba ser reputada distinta de otros elementos del negocio, que a la par de la condición legal, incidan sobre la eficacia del acto".

Esto confirma lo que la doctrina ha venido señalando: es inaplicable la denominada “ficción de cumplimiento de la condición” para las condiciones legales⁽⁴³⁾. Entonces, en la condición suspensiva que la Corte ha creado para el caso de la prescripción adquisitiva, no será posible aplicar el artículo 176 del CC, con lo cual el propietario afectado con la prescripción, en tanto no exista sentencia que la declare, podrá interrumpirla libremente.

VI. LA CASACIÓN CONTRADICE AL CUARTO PLENO CASATORIO

¿Para qué el Pleno de la Corte Suprema se “esfuerza” en organizar Plenos Casatorios y emitir “sentencias vinculantes”, si ella misma termina contraviniéndolos? En la sentencia expedida con ocasión del Cuarto Pleno Casatorio (Cas. N° 2195-2011-Ucayali), la Corte le reconoció relevancia jurídica a la prescripción, aun sin que medie sentencia firme que la reconozca como tal. Así, en el punto VI) del Considerando 63, la Corte Suprema sostuvo lo siguiente:

“La mera alegación del demandado, en el sentido de haber adquirido el bien por usucapión, no basta para destruir la pretensión de desalojo y declarar la improcedencia de la demanda, correspondiendo al juez del desalojo valorar las pruebas en las cuales sustenta el demandado su derecho invocado, sin que ello implique que está facultado para decidir sobre la usucapión; por lo tanto, se limitará a establecer si, de la valoración de las pruebas, surge en él la convicción de, si corresponde o no, declarar el derecho de poseer a favor del demandante o del demandado. Es decir, el juez no debe ingresar a verificar si es que la parte demandada adquirió o no el bien por usucapión, sino que debe limitarse a verificar si del análisis de los hechos y de la valoración de las pruebas presentadas por la parte emplazada surge en él la convicción de la existencia de lo que viene considerándose como un título suficiente que enerve el derecho que esgrime el demandante”.

De acuerdo con este pronunciamiento, aun cuando no exista sentencia que reconozca la prescripción, el poseedor prescribiente demandado en un proceso de desalojo está facultado para generar en el juez la convicción de que ha cumplido con los requisitos para ser propietario por prescripción, de cara a lograr que la demanda sea desestimada. Es decir, el Pleno Casatorio le otorga relevancia a la prescripción adquisitiva como mecanismo adquisitivo de propiedad, aun cuando no exista sentencia al respecto.

Algo totalmente distinto ha dicho la Corte en la sentencia que vengo analizando: si antes de la sentencia firme el prescribiente solo es titular de una

(43) RESCIGNO, Pietro. “Condizione” (dir. vig.). En: *Enciclopedia del Diritto*. Giuffrè, 1961, p. 775: “La doctrina está generalmente orientada en el sentido de la inaplicabilidad a la *condicio iuris* de la llamada ficción de cumplimiento”.

expectativa mas no de un derecho, entonces esta expectativa no podría servir para paralizar una demanda de desalojo planteada por el propietario. A diferencia de lo resuelto en la Casación materia de análisis, para la sentencia del Cuarto Pleno la prescripción adquisitiva, aun sin un fallo definitivo que la reconozca, tiene eficacia y vinculatoriedad, al punto que permite en algunos casos hacer frente a una demanda de desalojo.

VII. LA CASACIÓN MODIFICA EL ARTÍCULO 927 DEL CÓDIGO CIVIL

Aun cuando la Corte Suprema no lo señale expresamente en sus considerandos, producto de esta Casación el artículo 927 de Código Civil –según el cual la acción reivindicatoria “no procede contra el que adquirió el bien por prescripción”– queda “reescrito”: “No procede reivindicación contra el que cuenta con sentencia que lo declara como propietario por prescripción”.

Esto significa que en una demanda de reivindicación el demandado no podrá defenderse alegando haber adquirido el bien por prescripción, si es que no cuenta con una sentencia que así lo reconozca. Sin embargo, cuando la demanda sea de desalojo –y siguiendo con lo establecido en el IV Pleno–, no sería necesaria la sentencia para que el demandado que alega ser prescribiente pueda defenderse y lograr que el desalojo sea desestimado.

Nótese por ello la absoluta paradoja que la Corte ha creado con esta Casación: ante una demanda de reivindicación, el prescribiente sin sentencia estará condenado a fracasar; por el contrario, ante una demanda de desalojo dicha condición sí podría permitirle mantenerse en posesión del bien (IV Pleno). ¿Qué justifica que el juez de la reivindicación no pueda analizar la prescripción invocada por el demandada y sí lo pueda hacer el juez del desalojo?

VIII. ¿HA CREADO LA CORTE DOS TIPOS DE PRESCRIPCIÓN DEPENDIENDO DE SI EL INMUEBLE ESTÁ O NO INSCRITO A FAVOR DEL DEMANDADO?

Otro punto que merece ser analizado es el considerando Sétimo de la Casación, en el cual la Corte sostuvo lo siguiente:

“(…) es necesaria una sentencia judicial firme para que el derecho de propiedad pueda ser plenamente ejercido y sea oponible a terceros, dado que **mientras subsista la inscripción del derecho del propietario original –en el caso de bienes registrables– este puede ejercer los atributos que otorga el artículo 923 del Código Civil, dentro de los que se encuentra la reivindicación como la acción real por excelencia**” (el énfasis es agregado).

¿Qué ha querido decir con esto la Corte? ¿Acaso significa que el criterio de la sentencia constitutiva (sin sentencia no hay prescripción) solo aplica para los

bienes que están inscritos registralmente a nombre del propietario a quien se busca afectar con la prescripción? ¿Cambia el criterio (sentencia declarativa) en caso el inmueble que se busca prescribir no está inmatriculado o, estándolo, no se encuentra registrado a favor del demandado en la prescripción? Si la Corte sostiene todo su argumento sobre la base de que el demandado tiene la condición de propietario registral, entonces todas sus conclusiones (sentencia constitutiva, derecho expectatio a favor del prescribiente, propiedad sometida a condición suspensiva, etc.) solo aplicarían para este caso en particular.

Si esto es así, entonces la Corte Suprema habría creado dos tipos de prescripción, dependiendo de si el inmueble se encuentra o no inscrito a nombre del demandado.

Así, la prescripción sobre bienes inscritos a favor del demandado tendría las siguientes características:

- i) Se requiere de sentencia firme para que el prescribiente se convierta en propietario.
- ii) El plazo prescriptorio es indefinido (diez años más el tiempo que tome el proceso judicial hasta obtenerse sentencia firme).
- iii) Posibilidad de interrumpir la prescripción transcurridos los 10 años y en tanto no haya sentencia firme.
- iv) Propiedad sometida a condición suspensiva (“expectativa” de convertirse en propietario) luego de transcurrido el plazo prescriptorio pero antes de obtener sentencia.

Por su parte, la prescripción sobre bienes que no están inscritos a favor del demandado tendría las siguientes características:

- i) El solo paso del tiempo convierte al prescribiente en propietario.
- ii) La sentencia que se emite en el proceso de prescripción es declarativa.
- iii) El plazo prescriptorio es fijo e invariable: 10 años (o 5 siempre que medie justo título y buena fe).
- iv) Solo se puede interrumpir el plazo dentro de los 10 años, vencido este plazo y aun cuando no haya sentencia, ya no hay nada que interrumpir.

Diferenciar el régimen y las consecuencias de la prescripción adquisitiva, en función a si el inmueble se encuentra o no inscrito a nombre del demandado, es algo que no encuentra sustento legal ni sentido común. Lamentablemente los considerandos de la Corte no otorgan claridad sobre este punto.

IX. CONCLUSIÓN

La Casación que acabo de analizar no solo da pie a todas las críticas recién desarrolladas, sino que deja una serie de dudas sobre el real sentido de aquello que la Corte quiso establecer: i) ¿para consumir la prescripción se requiere sentencia firme o basta con presentar/invocar la demanda?; ii) ¿los considerandos expuestos en la sentencia aplican solo para aquellos casos en donde el inmueble se encuentra inscrito a favor del demandado?

Adicionalmente a ello preocupa sobremanera que la propia Corte no se percate que su fallo, contradice aquello que ha sido previamente establecido en un Pleno Casatorio. La naturaleza (constitutiva o declarativa) de la sentencia que se pronuncia sobre la prescripción adquisitiva, si bien no ha sido resuelta de manera categórica y expresa en ninguno de los Plenos Casatorios, al menos se desprendía de lo señalado en el IV Pleno (a favor de la sentencia declarativa).

Lamentablemente, con lo señalado por la Corte en esta Casación no solo se rompe con aquello que parecía desprenderse del IV Pleno, sino que las dudas se ahondan: ahora la pregunta ya no solo es ¿sentencia constitutiva o declarativa?, sino más bien ¿sentencia constitutiva, sentencia declarativa o presentación de demanda constitutiva?

Si el prescribiente compra el bien, ¿se interrumpe la prescripción o se deja de poseer como propietario?

COMENTARIO A LA CASACIÓN N° 2153-2014-HUÁNUCO

I. LOS HECHOS QUE DIERON LUGAR A LA SENTENCIA

En la Cas. N° 2153-2014-Huánuco se resolvió la demanda de prescripción adquisitiva planteada por Benigno Ramírez Julca (en adelante A) contra Félix Cantones Chang Espinoza (en adelante B) a efectos de que se le declare propietario del inmueble urbano de 237.15 m² ubicado en el Jirón Monzón N° 145, inscrito en la Partida N° 11000329 del Registro de Propiedad Inmueble de Tingo María (en adelante el inmueble). Asimismo solicitó la cancelación del asiento registral donde estaba inscrito B como propietario y la inscripción del bien a su favor.

Los hechos del proceso judicial fueron los siguientes:

- i) A sostuvo que el 16 de agosto de 1991 tomó posesión del inmueble –en ese momento de propiedad de B– y desde esa fecha se mantuvo en control ininterrumpido por más de 10 años, cumpliendo con los requisitos del artículo 950 del CC (posesión pública, pacífica, continua y como propietario).
- ii) Lo particular del caso es que el 7 de abril de 1999 A y B suscribieron una escritura pública de compraventa (en adelante la compraventa), mediante la cual B transfirió la propiedad del inmueble a A. ¿Por qué razón A habría “comprado” el bien si en ese momento ya le faltaba poco tiempo para consumir la prescripción? Cabe señalar que dicha compraventa no se inscribió.
- iii) Ello no fue lo único extraño del caso. Con posterioridad a la celebración de la compraventa, sobre el inmueble se anotó una medida cautelar de embargo a favor de Carmen Rosario Revilla viuda de Carrión (en adelante C), quien tenía la condición de acreedora de B, quien al momento de la inscripción del embargo seguía figurando como titular registral del inmueble.

- iv) A efectos de impedir que el embargo sea ejecutado y el inmueble rematado, con fecha 18 de mayo de 1999 A interpuso demanda de tercería de propiedad, invocando su condición de propietario del inmueble. El argumento de A para sustentar su tercería fue antes de que se inscribiera el embargo a favor de C, aquel ya había adquirido la propiedad del inmueble mediante documento del cierta (la compraventa).
- v) La demanda de tercería fue amparada, con lo cual A impidió que el inmueble fuese rematado y el embargo se levantó de la partida registral.
- vi) Posteriormente, con fecha 23 de junio de 1999 C interpuso acción pauliana⁽⁴⁴⁾ a efectos de que se declare la ineficacia de la compraventa. De este modo, C reconocía que si bien la transferencia de propiedad se produjo antes de la anotación de su embargo (razón por la cual la demanda de tercería fue amparada), dicha transferencia se hizo con la única finalidad (previo acuerdo entre A y B) de impedirle que rematara el inmueble para cobrarse lo que B le adeudaba.
- vii) Mediante resolución judicial del 31 de octubre de 2000, la acción pauliana fue amparada y se declaró ineficaz la compraventa. No obstante, A se mantuvo en posesión del inmueble y luego de haber cumplido 10 años (contados desde 1991) demandó la prescripción adquisitiva.

En primera instancia el juez declaró infundada la demanda de prescripción, pues —argumentó— si bien A había venido actuando como propietario gracias a la compraventa suscrita en 1999 con B, esta condición se vio “interrumpida” el 31 de octubre de 2000, cuando la compraventa fue declarada ineficaz producto de la acción pauliana planteada por C. Entonces, habiéndose “interrumpido” el plazo prescriptorio, a partir de dicha fecha (octubre de 2000) comenzó a correr un nuevo plazo, el cual al momento en que se demandó la prescripción no había llegado a 10 años.

En su recurso de apelación A (demandante) sostuvo que si bien con la sentencia que amparó la acción pauliana, perdió su derecho de propiedad sobre el inmueble, ello no afectaba en nada su posesión, por lo que su plazo prescriptorio no debía considerarse interrumpido.

La Sala Superior, a diferencia de lo señalado por el juez, consideró irrelevante el hecho de que la compraventa entre A y B haya sido declarada ineficaz, en tanto si bien ello generó la “pérdida” de la propiedad a favor de A, no afectó su posesión sobre el inmueble, por lo que el plazo prescriptorio siguió corriendo sin sufrir ningún tipo de interrupción.

(44) Nótese que todo ocurre en el año 1999: la compraventa a favor de A (abril), la demanda de tercería de propiedad (mayo) y la acción pauliana planteada por C (junio).

Pese a ello, la Sala confirmó la decisión de primera instancia y declaró infundada la demanda, en tanto consideró que si bien la posesión de A se inició el 16 de agosto de 1991, la misma no se desarrolló de manera pacífica, toda vez que el inmueble se vio inmerso en tres procesos judiciales: i) el embargo trabado por C cuando el inmueble figuraba registralmente a nombre de B; ii) la tercería de propiedad planteada por A para evitar que el embargo a favor de C pueda conllevar a la ejecución y remate del inmueble, valiéndose para ello de la compraventa otorgada a su favor; y iii) la acción pauliana interpuesta por C, que concluyó con la declaración de ineficacia respecto de la compraventa celebrada entre A y B.

Entonces, a criterio de la Sala Superior, al haberse desarrollado la posesión de A en torno a una serie de procesos judiciales, aquella no cumplía con el requisito de la pacificidad.

En su recurso de casación A sostuvo que el criterio de la Sala Superior respecto de su falta de pacificidad resultaba erróneo. Además, consideró que el haberse declarado ineficaz la compraventa celebrada con B no interrumpía su posesión, por lo cual no se había interrumpido su plazo prescriptorio.

La Corte Suprema declaró infundado el recurso de casación interpuesto por A, por lo que la demanda fue definitivamente desestimada. Los argumentos de la Corte fueron los siguientes:

- i) La concurrencia de los requisitos de continuidad, pacificidad y publicidad de la posesión debían cumplirse dentro del periodo de tiempo establecido para la prescripción, esto es, dentro de un lapso mínimo de diez años, cumplidos los cuales se genera un derecho expectatio sobre el derecho de propiedad, que necesariamente debe ser declarado por autoridad competente mediante sentencia firme que ampare la prescripción.
- ii) Con el embargo sobre el inmueble y la demanda de tercería de propiedad planteada por A para impedir el remate, se acredita que antes de la prescripción el inmueble venía siendo objeto de reclamaciones, lo que determinaba que no se cumplió con el requisito de “pacificidad”.
- iii) En cuanto al argumento de A, en el sentido de que era un error de la Sala Superior considerar que su posesión se había interrumpido al haberse declarado ineficaz la compraventa celebrada con B, dicho argumento no fue empleado por la Sala Superior para desestimar la demanda, por lo que la Corte no requiere pronunciarse sobre dicho punto.

II. SÍNTESIS DEL CASO Y LAS PREGUNTAS FUNDAMENTALES

Nótese que en el caso planteado A inició su posesión el 16 de agosto de 1991, con lo cual el plazo prescriptorio se habría cumplido en agosto de 2001 (10 años por ser una posesión sin justo título ni buena fe). El dato particular del caso es que en el año 1999, cuando A tenía casi 8 años de posesión ininterrumpida, le compró el inmueble a B, en ese entonces todavía propietario.

Adicionalmente a ello, antes de que se cumpliesen los 10 años de posesión, el inmueble se vio envuelto en 3 litigios: i) el embargo efectuado por C en su condición de acreedor de B (anterior propietario); ii) la tercería de propiedad planteada por A para levantar dicho embargo e impedir el remate judicial; y iii) la demanda de acción pauliana planteada por C para que se declare ineficaz la compraventa celebrada entre A y B.

Estos tres procesos judiciales “afectaron” al inmueble en el periodo comprendido entre agosto de 1991 y agosto de 2001, es decir, antes de que A cumpliera con el plazo prescriptorio de 10 años.

La Corte Suprema (ratificando lo señalado por la Sala Superior) consideró que la existencia de estos tres procesos judiciales afectaba la “pacificidad” de la posesión, por lo que al no cumplirse con uno de los requisitos exigidos por el artículo 950 del CC⁽⁴⁵⁾ debía desestimarse la demanda.

Pero al margen de lo dicho con relación a la pacificidad, hay tres temas de particular relevancia que no fueron debidamente analizados por ninguna de las instancias, y que voy a tratar de responder a lo largo del presente comentario:

- i) ¿Qué efectos genera respecto de la prescripción de A el hecho de que haya comprado el inmueble? ¿Significa que A dejó de poseer como propietario? ¿Significa que se produjo una interrupción de la prescripción? ¿Significa que reconoció a B como propietaria? ¿Cuándo el prescribiente compra el bien antes de consumir su prescripción se entiende que deja de poseer como propietario?
- ii) ¿Qué efectos genera el que la referida compraventa celebrada entre A y B haya sido posteriormente declarada ineficaz?
- iii) ¿De qué manera afectan a la “pacificidad” los procesos judiciales en los cuales se vio involucrado el inmueble?

(45) Artículo 950 del Código Civil.- “La propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años”.

III. ERRORES DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En primera instancia el juez sostuvo lo siguiente:

“Tratándose de un proceso de prescripción adquisitiva de dominio el demandante debe probar la posesión, es decir, ser un poseedor continuo durante el plazo que señala la ley, y no un propietario; y siendo así y conforme a la escritura pública de compraventa, el demandante [A] adquirió la calidad de propietario hasta el 30 de octubre de 2000 [fecha en la que se declaró ineficaz la compraventa suscrita con B]; en ese sentido, **el demandante interrumpió el plazo de prescripción**, por lo que en aplicación del artículo 953 del Código Civil el nuevo plazo del poseedor no propietario correría a partir del 31 de octubre de 2000 [cuando el contrato de compraventa suscrito con B había dejado de ser eficaz], lo que implicaría que el plazo de prescripción no se había cumplido”.

Aquí hay 3 puntos por analizar:

- i) Según el juez el propietario no puede adquirir por prescripción [“el demandante” debe ser un poseedor y no un propietario].
- ii) El prescribiente interrumpió el plazo al haber comprado el inmueble en el año 1999.
- iii) Al haberse declarado ineficaz la compraventa (30 de octubre de 2000), el plazo prescriptorio se reinició, corriendo un nuevo plazo a partir del 31 de octubre de 2000.

Para rebatir la primera afirmación debe tenerse en cuenta que la prescripción no solo cumple una función adquisitiva de propiedad (por ejemplo, el usurpador que invade el bien y lo posee por determinado tiempo cumpliendo con ciertos requisitos adquiere la propiedad) sino también “saneadora” (por ejemplo, alguien que compra un bien y para evitar cualquier controversia que pueda existir sobre su título de adquisición solicita la prescripción). Por ello, incluso el propietario que adquirió por “contrato” puede solicitar la prescripción, para obtener así una especie de blindaje de su contrato.

Con relación a los puntos ii) y iii), el juez incurrió en una confusión evidente. Por un lado sostiene que la compraventa (1999) generó la interrupción del plazo, y por el otro afirma que el plazo se reinició luego de que se declaró ineficaz tal compraventa (2000). Si tenemos en cuenta que el efecto inmediato de la interrupción es el reinicio del plazo prescriptorio, entonces lo afirmado por el juez constituye una clarísima contradicción: i) si consideró que la interrupción se produjo con la celebración de la compraventa, entonces el plazo debió reiniciarse al día siguiente de firmado el contrato; en cambio ii) si consideró

que la interrupción se produjo con la resolución judicial que declaró ineficaz la compraventa, entonces el plazo debió reiniciarse al día siguiente de emitida tal resolución.

El problema es que, según lo señalado por el juez, la interrupción se produjo con la celebración de la compraventa, pero el plazo recién se reinició luego de emitida la resolución judicial que dejó sin efecto tal compraventa. El juez debió optar por alguna de las dos opciones ya detalladas: i) o consideraba que la interrupción se produjo con la celebración de la compraventa y al día siguiente se reiniciaba el plazo; o ii) consideraba que la interrupción se produjo con la resolución que declaró ineficaz la compraventa y al día siguiente se reiniciaba el plazo.

Entonces, no queda claro si para el juez lo que generó la interrupción fue uno u otro evento. Pero en cualquiera de los dos casos el juez habría incurrido en un error, porque –tal como a continuación paso a demostrar– ninguna de las dos circunstancias genera la interrupción de la prescripción.

IV. LA DECLARACIÓN DE INEFICACIA DE LA COMPRAVENTA NO INTERRUMPE LA PRESCRIPCIÓN

Es un error considerar que el hecho de que la compraventa haya sido declarada ineficaz (lo cual determinó que A, en su condición de comprador, perdiera la propiedad) generó la interrupción de su prescripción. Aquello que afecta la continuidad del plazo prescriptorio y que por ende determina su interrupción, son hechos que repercuten sobre la **posesión**, ya sea de manera fáctica (el prescribiente es despojado del bien y no lo recupera luego de pasado un año) o jurídica (el prescribiente es demandado para que restituya la posesión del bien).

Por el contrario, si bien la ineficacia de la compraventa por la cual el prescribiente adquirió la propiedad, determina que aquel pierda el dominio, bajo ningún circunstancia ello repercute sobre su posesión, pues al ser esta un hecho fáctico no se ve perjudicada por declaraciones de índole jurídico (como lo es una “declaración” de ineficacia). Es por ello que tal ineficacia no genera ningún efecto sobre el plazo prescriptorio.

Voy a tratar de graficar esto con algunos ejemplos, alguno de los cuales guardan cierta similitud con el caso materia de comentario:

- i) A toma posesión de un inmueble el día 1 y se mantiene 10 años cumpliendo con los requisitos de la prescripción. Luego de ello llega a un acuerdo con el anterior propietario– quien aún se mantiene en el Registro como titular del derecho– para que este otorgue a su favor un contrato de compraventa que le permita a A inscribir su derecho de propiedad.

Luego de firmada la compraventa e inscrito A como nuevo propietario, un juez declara la ineficacia del contrato.

¿Esto afectará la prescripción de A? En absoluto, porque antes de que se celebrara la compraventa y antes de que la misma fuese declarada ineficaz, A ya había adquirido la propiedad por prescripción, por lo que dichas circunstancias resultan inocuas frente al plazo prescriptorio ya consumado a favor de A.

¿Se podría decir que como consecuencia de la declaración de ineficacia A perdió la propiedad del bien? No, porque la propiedad A ya la había adquirido por prescripción y no por el contrato de compraventa (cuya celebración lo único que buscaba era facilitar el saneamiento registral de la propiedad).

- ii) A compra un inmueble el día 1 y toma inmediatamente posesión. Luego de 7 años un juez declara ineficaz la compraventa, no obstante lo cual A se mantiene en posesión del bien y logra acumular 10 años. ¿A se habrá convertido en dueño por prescripción o debe considerarse que la declaración de ineficacia interrumpió su plazo prescriptorio?

El hecho de que la compraventa haya devenido en ineficaz no generó que A pierda la posesión y mucho menos que esta deje de cumplir con los requisitos de la prescripción (tanto antes como después de la declaración de ineficacia A ejerció la posesión de forma pública, pacífica, continua y como propietario). Por ello, tal declaración de ineficacia ningún efecto negativo produce sobre la prescripción.

Alguien podría argumentar que al haberse declarado ineficaz la compraventa A dejó de poseer como propietario, en tanto tuvo conocimiento de que la propiedad retornaba a la esfera jurídica de su transferente. Afirmar esto sería un error, pues el requisito de “poseer como propietario” se afecta cuando el prescribiente “reconoce a otro como propietario”⁽⁴⁶⁾, y no cuando dicho prescribiente “reconoce que él no es el propietario”.

El que el prescribiente se reconozca como un “no propietario”, de ninguna manera afecta su usucapión. Uno puede poseer perfectamente como propietario y a la vez reconocerse (subjetivamente) como alguien que, en ese momento, no tiene ningún derecho sobre el bien. De lo contrario un usurpador jamás podría prescribir: el usurpador sabe (estado subjetivo) que no es el propietario, pero actúa como si lo fuese, es decir, posee como propietario (estado objetivo)⁽⁴⁷⁾.

(46) En el punto 5 desarrollaré qué debe entenderse por “no reconocer a otro como propietario”.

(47) Este punto lo desarrollaré al detalle en el numeral 5 del presente comentario.

En conclusión, el hecho de que la compraventa otorgada a favor de A haya sido declarada ineficaz no genera que el plazo prescriptorio se interrumpa, por lo tanto luego de transcurridos 3 años desde la declaración de ineficacia (y 10 desde el momento en que se inició la posesión) A se habrá convertido en propietario por prescripción.

- iii) A invade un predio y se mantiene en posesión del mismo 6 años. En ese momento llega a un acuerdo con el propietario para que este le venda el bien. Luego de celebrado el contrato A se mantiene en posesión 3 años más (9 en total), momento en el cual un juez declara ineficaz dicha compraventa. Luego de ello A se mantiene en posesión del bien por 1 año más. En total A ha acumulado 10 años de posesión. ¿A se convirtió en propietario por prescripción? Este es precisamente el caso que ha dado lugar a la sentencia que vengo comentando.

El juez consideró que la declaración de ineficacia (que se produjo cuando aún no se habían cumplido 10 años) “interrumpió” el plazo prescriptorio y por ende debía reiniciarse dicho plazo. Esto –tal como detallé previamente– es un error, pues la ineficacia repercute sobre la propiedad adquirida mediante la compraventa, mas no sobre la posesión ni sobre sus requisitos (pública, pacífica, continua y como propietario).

¿Eso significa que A, al haber logrado completar los 10 años de posesión, se convirtió en propietario? Para poder responder satisfactoriamente esta pregunta debemos responder primero la siguiente: ¿Qué efectos genera sobre la prescripción la compra del bien que hace el prescribiente A antes de haber completado el plazo? ¿Determina que el prescribiente deje de poseer como propietario? ¿Ello genera una interrupción del plazo prescriptorio?

La respuesta es más que relevante, pues si se considera que tal adquisición interrumpe la prescripción, entonces el plazo de A se reiniciaría, con lo cual perdería sus 6 primeros años de posesión y los 4 años restantes no le alcanzarían para consumar la usucapión.

Considero un error sostener que cuando el prescribiente compra el bien reconoce a otro como propietario y por ende deja de poseer como tal, lo cual a su vez genera una interrupción de la prescripción. Y considero que es un error porque en realidad: i) la compra del bien por parte del prescribiente no determina que aquel deje de poseer como propietario; ii) aun si el prescribiente deja de poseer como propietario ello no genera una interrupción del plazo prescriptorio.

A continuación voy a analizar cada uno de estos puntos.

V. ¿QUÉ SIGNIFICA POSEER COMO PROPIETARIO?

De cara a la prescripción el artículo 950 del CC exige que la posesión se ejerza como propietario. ¿Qué se busca con este requisito? Desde mi punto de vista, con ello se busca que la prescripción sea tanto un premio para el prescribiente como un castigo para el propietario afectado. Me explico:

No tendría sentido que el ordenamiento jurídico decida quitarle la propiedad a una persona para dársela a otra. Debe haber alguna razón para ello, pues de lo contrario entraríamos al reino de la arbitrariedad. Es por eso que solo por una razón justificada el Estado permite este traslado forzoso de la propiedad, de la esfera jurídica de un sujeto (propietario que no ejerce sus facultades) a la esfera de otro (prescribiente). Esta razón, que le sirve de justificación a la usucapión, es que el prescribiente hace precisamente aquello que el propietario omite: ejercer las facultades de la propiedad, léase uso, disfrute, explotación, edificación, etc.

Es por eso que se le exige al prescribiente actuar como un propietario, lo cual implica ejercer de manera fáctica los atributos de la propiedad. Por ejemplo: no pagar renta, no recibir órdenes, no actuar de manera dependiente, abonar los impuestos municipales, realizar construcciones en el bien, establecerse en el mismo con toda la familia, etc.

Esto es lo que yo llamo la “fase objetiva” del requisito de la “posesión como propietario”, que es una fase pensada para justificar el premio del prescribiente.

Pero así como el sistema premia al prescribiente, la usucapión también encierra un elemento de sanción frente al propietario contra quien aquella se consume. Pero para poder aplicar esta sanción primero debe haber una conducta reprochable a dicho propietario. ¿Cuál es esa conducta? Haber permitido que el prescribiente consuma la prescripción pese a haberlo podido evitar. Y es que no tendría sentido sancionar al propietario si es que nunca estuvo en condiciones de saber que alguien estaba tratando de prescribirlo.

Por ejemplo, si el propietario da en arrendamiento el bien por 10 años y durante dicho periodo de tiempo permite que el arrendatario ejerza sin ningún obstáculo o impedimento la posesión, ello no podría generar que el arrendatario se convierta en dueño por prescripción, en tanto no habría razón para reprocharle nada al propietario: dado el contrato celebrado, el propietario sabía (y confiaba en) que el poseedor debía, en algún momento, restituirle la posesión.

Por ello, en su fase subjetiva, el requisito de la “posesión como propietario” va muy ligado con el hecho de que el prescribiente no haya reconocido a otro como propietario, obligándose a restituir la posesión en algún momento. Así, el que el prescribiente haya celebrado un contrato de mediación posesoria (arrendamiento, usufructo, superficie, comodato, etc.) en donde asume la condición de

poseedor inmediato, con la obligación de restitución el bien en algún momento, determina que aquel no se comporte (subjctivamente) como propietario.

En conclusión, el requisito de la “posesión como propietario” debe ser analizado y cumplido en sus dos niveles o fases: un nivel objetivo (pensado como un justificativo del premio que significa para el prescribiente hacerse con la propiedad) y un nivel subjetivo (pensado como un justificativo del castigo que significa para el anterior propietario el perder el bien a manos del prescribiente).

Y a tal punto se pueden distinguir estas dos fases que es posible identificar casos en donde el requisito de la “posesión como propietario” se cumple en su fase objetiva mas no en su etapa subjetiva, y viceversa.

Un ejemplo de lo primero sería el siguiente: A celebra con B un contrato de arrendamiento por el plazo de 1 año y con una renta mensual de 500 dólares. Al vencimiento del año B (arrendatario) se mantiene en posesión del bien y deja de pagar la renta. Adicionalmente a ello B comienza a poseer el bien incumpliendo con el tipo de uso que se había pactado en el contrato de arrendamiento: B lleva a sus mascotas, se muda con toda su familia, pinta la casa de un color distinto (cuestiones todas ellas que estaban prohibidas en el contrato de arrendamiento que firmó).

Todo esto se da sin que A (el propietario) formule una sola queja ni exija el pago de la renta atrasada. Transcurren 10 años y B solicita se le declare propietario por prescripción. ¿Deberá ampararse la demanda? ¿B poseyó todo ese tiempo el bien como propietario?

Desde un punto de vista objetivo sí, en tanto no cumplió ningún tipo de orden (por el contrario, vulneró todas las prohibiciones contenidas en su contrato de arrendamiento) e incluso no pagó ningún tipo de renta ni contraprestación a favor del propietario. Sin embargo, desde un punto de vista subjetivo no cumplió con el requisito: el tener celebrado un contrato de arrendamiento con el propietario implicaba reconocer a este como dueño, situación que “teñía” la posesión del prescribiente y le daba la confianza al propietario en que en algún momento debía devolver el bien⁽⁴⁸⁾.

Pero también puede ocurrir lo contrario: cumplir con el requisito en su fase subjetiva pero en ausencia del nivel objetivo: imaginemos que durante 10 años A se apersonó todas las mañanas a un inmueble para regar el jardín y darle mantenimiento al mobiliario. ¿Ha adquirido la propiedad por prescripción? Aquí, si bien es cierto se cumple con el requisito de la “posesión como propietario” en su

(48) Sin perjuicio de ello, podría ser que el arrendamiento no se haya suscrito con el propietario sino con alguien que se hizo pasar como tal. La conclusión sería la misma: el prescribiente habría reconocido la (aparente) propiedad ajena, con lo cual no se estaría cumpliendo con el requisito de la “posesión” como propietario.

fase subjetiva (A no reconoce a nadie como propietario; él actúa de forma voluntaria y sin recibir órdenes de ningún tipo) no se podrá decir lo mismo de su fase objetiva: no ha habido una posesión del bien que demuestre fácticamente una conducta típica de propietario, por lo que no se puede considerar satisfecho el referido requisito.

Entonces, ante la pregunta ¿qué significa poseer como propietario?, la respuesta es: i) actuar fácticamente como propietario (fase objetiva); y ii) no reconocer a otro como propietario (fase subjetiva).

VI. ¿LA COMPRA DEL BIEN POR PARTE DEL PRESCRIBIENTE DETERMINA QUE ESTE DEJE DE POSEER COMO PROPIETARIO?

La pregunta debe ser respondida en sentido negativo por 2 razones:

i) Primera razón:

Se suele asimilar la idea de “poseer como propietario” con “no reconocer a otro como propietario”. Así, el ejemplo típico que emplea la doctrina para graficar a aquel que “reconoce a otro como propietario” (y que por ende no “posee como propietario”) es el del poseedor inmediato (léase arrendatario, usufructuario, comodatario, superficiario, etc.). ¿Por qué razón se le niega al poseedor inmediato la posibilidad de prescribir?

Nótese que el poseedor inmediato, en los hechos, puede terminar comportándose como un propietario: usa y disfruta el bien, construye sobre el mismo, realiza mejoras, percibe las ganancias que genera el bien y asume los costos de su mantenimiento, etc. Entonces, ¿por qué razón se le ha negado la posibilidad de prescribir? Porque no cumple con la fase subjetiva de “poseer como propietario”, es decir, reconoce a otro como propietario.

Esta fase subjetiva está pensada para la contraparte del prescribiente: el propietario que otorga el bien en arrendamiento o en usufructo o que simplemente permite (tolera) el uso del bien por parte del prescribiente.

¿Qué sucedería si el poseedor inmediato pudiese prescribir? Naturalmente ningún propietario suscribiría contratos de arrendamiento, pues correría el riesgo de que al cabo de 10 años el arrendatario se convierta en propietario. Para evitar ello se ha proscrito que los poseedores inmediatos prescriban. Entonces, los propietarios que mantienen algún tipo de mediación posesoria con los actuales poseedores podrán quedarse tranquilos: saben que aun cuando pasen los años la prescripción nunca se consumará, pues el poseedor ha asumido la obligación de devolver el bien.

Y lo mismo sucederá en caso el poseedor no suscriba un contrato de mediación posesoria pero sí reconozca frente al propietario que el derecho le asiste a este. Si a pesar de tal reconocimiento el poseedor se mantiene en el uso del bien, es porque existe –implícitamente –una autorización de dicho propietario para que la situación posesoria se mantenga. Pero al igual que en el caso de la mediación posesoria, la conclusión es la misma: el bien no podrá ser ganado por usucapión porque ello implicaría traicionar el mensaje que previamente se le había dado al propietario, en el sentido de que el bien le sería devuelto en algún momento.

Entonces, aquel poseedor que mantiene una relación de mediación posesoria o que reconoce la propiedad ajena le está dando un mensaje al propietario: “quédate tranquilo, no voy a prescribir lo que te pertenece”. Permitirles a estos poseedores prescribir, implicaría quebrantar la confianza depositada por los propietarios en el cumplimiento de la obligación de restitución del bien asumida por los poseedores.

¿Y qué pasa si el poseedor compra el bien? ¿También deja de poseer como propietario? Considero que este caso es muy distinto a los supuestos previamente analizados (mediación posesoria). Si bien al comprar el bien, el poseedor reconoce a su contraparte como propietario (el poseedor que compra declara adquirir la propiedad porque reconoce que esta le “pertenece” a quien le vende), dicho reconocimiento no implica, frente a su contraparte, un compromiso de devolución del bien, por lo que no hay ninguna confianza que proteger, y ello genera que la prescripción siga siendo perfectamente posible.

En efecto, el vendedor permite que el bien salga de su patrimonio, renunciado así al mismo y manifestando su falta de interés en él. Por ello, si luego de la compraventa el poseedor (ahora propietario) busca prescribir el bien, ello en nada afecta a quien se lo vendió, pues ninguna confianza se traiciona: en ningún momento el reconocimiento de la propiedad del vendedor implicó obligarse frente a él a devolver el bien. Por el contrario, el reconocimiento de la propiedad de dicho vendedor se hizo con la finalidad de declarar que aquel perdía absoluto interés en el bien.

En conclusión:

- a) La fase subjetiva de “poseer como propietario” no significa “no reconocer a otro como propietario”, sino “no haber asumido el compromiso (explícito o implícito) de restituir la posesión como consecuencia de haber reconocido a otro como propietario”;
- b) Para ponerlo en otros términos: uno deja de “poseer como propietario” no cuando “reconoce a otro como propietario”, sino cuando

“asume el compromiso (explícito o implícito) de restituir la posesión como consecuencia de haber reconocido a otro como propietario”;

- c) Por el contrario, cuando el prescribiente compra el bien “reconoce al vendedor como propietario”, pero “no se obliga a restituirle la posesión como consecuencia de haberlo reconocido como propietario”, con lo cual el prescribiente que compra el bien sí posee como propietario.

ii) **Segunda razón:**

Existe una segunda razón para descartar que la compra del bien determine que el prescribiente deje de poseer como propietario: la compraventa “tiñe” favorablemente la posesión del prescribiente.

Si el prescribiente suscribe un contrato de arrendamiento, entonces queda obligado a restituir la posesión. Podrá mantenerse en posesión del bien pero el contrato celebrado “tiñe” la forma en que ejerce posesión.

Por el contrario, cuando el prescribiente compra el bien no asume ninguna obligación de devolución frente a nadie. Luego de haber comprado el bien el prescribiente asume más que nunca una condición de “poseedor como propietario”.

En el caso materia de análisis, A (prescribiente) poseyó 8 años el bien hasta que decidió comprarlo. Luego de adquirirlo mantuvo la posesión, hasta que un año después la compraventa fue declarada ineficaz. Pese a ello A se mantuvo en posesión hasta que decidió demandar la prescripción.

En todo momento A se mantuvo en posesión, pero bajo circunstancias distintas: a) los primeros 8 años poseyó sin título alguno; b) 1 año poseyó al amparo de su contrato de compraventa; y c) los años posteriores volvió a poseer sin título al haberse declarado ineficaz la compraventa.

En los momentos a) y c) A fue un poseedor ilegítimo que poseyó como propietario, en tanto no solo ejecutó actos posesorios (usó y disfrutó) sino que además mantuvo el control del bien pese a saber que la propiedad le pertenecía a otro (es similar al caso del invasor, que es el “poseedor como propietario” por excelencia: sabe que el bien que ocupa no le pertenece y aun así se mantiene en posesión).

En el momento b) A fue un poseedor legítimo que poseyó (también) como propietario, pues se mantuvo en el bien con base en una compraventa.

Esto quiere decir que en todo el tiempo que el prescribiente poseyó, lo hizo como propietario, tanto en su fase objetiva (¿cómo se comportó?) como subjetiva (¿cómo se relacionó con anterior propietario?). Algo totalmente distinto ocurre con el prescribiente que celebra un contrato de arrendamiento, pues a partir de ese momento posee como arrendatario y esta situación “tiñe” su posesión hacia el futuro.

Quien insista en que comprar el bien implica dejar de poseer como propietario, está diciendo que poseer con base en un contrato de arrendamiento es equivalente a poseer basándose en un contrato de compraventa. Como es obvio, las diferencias son manifiestas, lo cual imposibilita que de tales situaciones se deriven conclusiones idénticas.

En síntesis, el hecho de que el prescribiente compre el bien no implica que deje de poseer como propietario, por lo cual queda plenamente legitimado para continuar con su plazo posesorio de cara a consolidar su prescripción.

Adicionalmente a todo lo ya señalado, en el caso particular que vengo analizando, las propias circunstancias en que el prescribiente (A) compró el inmueble acreditan que en todo momento se comportó como propietario.

Así, del análisis del caso resulta claro que el prescribiente compró el bien con la finalidad específica de evitar que el mismo fuese rematado por la acreedora (C). Es decir, más que un acto de reconocimiento de la propiedad ajena (B), lo que buscó el prescribiente con la compraventa fue poner a buen recaudo el bien (que aspiraba a adquirir en el mediano plazo) frente al eventual remate judicial (algo que finalmente consiguió, pues su tercería de propiedad fue amparada, lo cual hubiese sido imposible de lograr si es que esperaba pacientemente a completar su prescripción).

Y todo esto queda acreditado con el hecho de que posteriormente la compraventa a favor de A fue declarada ineficaz como consecuencia de la acción pauliana planteada por C. En efecto, el que se haya amparado tal demanda acredita que la intención de las partes al momento de celebrar la compraventa (B como vendedor y el prescribiente A como comprador) fue proteger el bien (lo cual beneficiaba exclusivamente al prescribiente) e impedir que C pudiera embargarlo para luego ejecutarlo y hacerse cobro de lo adeudado.

Por tales consideraciones, no solo existen razones teóricas para descartar que el propietario que compra el bien pierde su condición de poseedor como propietario, sino que además el desarrollo del propio caso lleva a concluir que la compraventa celebrada por el prescribiente (por las circunstancias particulares en que se celebró) lo ratifica su condición de “poseedor como propietario”.

VII. RECONOCER A OTRO COMO PROPIETARIO TAMPOCO INTERRUMPE EL PLAZO PRESCRIPTORIO

Debemos partir por diferenciar tres situaciones que se pueden presentar en el prescribiente: i) “poseer como propietario”; ii) “no reconocer a otro como propietario”⁽⁴⁹⁾; y iii) “reconocer que uno mismo no es el propietario”.

Recordemos lo que ya señalé en el punto 5) del presente análisis: “poseer como propietario” exige “no reconocer a otro como propietario” (el prescribiente que celebra un contrato de arrendamiento automáticamente deja de poseer como propietario en tanto ha reconocido a otro como propietario), sin embargo la regla no se cumple en sentido inverso: el poseedor puede “no reconocer ninguna propiedad ajena” pero aun así no califica un “poseedor como propietario”. Pensemos en el invasor que no ha celebrado ningún contrato de mediación posesoria sobre el bien (con lo cual no reconoce a ningún tercero como propietario) pero ejerce la posesión como alguien que no es propietario (por ejemplo, solo se apersona al inmueble durante las mañanas para regar el jardín).

Ahora, ¿es igual que el prescribiente “no reconozca a otro como propietario” que “no se reconozca él mismo como propietario? No. Lo primero está vinculado con la fase subjetiva del requisito de la “posesión como propietario” y busca ser el justificativo para sancionar al propietario contra quien se invoca la prescripción. Lo segundo, por el contrario, no trae ninguna implicancia jurídica sobre la prescripción.

En efecto, el hecho de que el prescribiente se reconozca como un “no propietario” no solo no afecta a la prescripción, sino que es un estado subjetivo presente en la mayoría de las prescripciones. El mejor ejemplo es el invasor, quien actúa con la clara intención de apropiarse de algo que sabe perfectamente no le pertenece.

Hechas estas aclaraciones, corresponde preguntarse: en el supuesto que el prescribiente (antes de consumar la usucapión) sí reconozca a otro como propietario (o para ser más precisos, se ha obligado a restituir el bien como consecuencia de haber reconocido a otro como propietario), ¿dicho reconocimiento genera una interrupción del plazo prescriptorio?

1. Primera interpretación: reconocer a otro como propietario⁽⁵⁰⁾ afecta la continuidad e interrumpe, por ende, el plazo prescriptorio

Debemos partir por reconocer que no existe ninguna norma dentro del Código Civil que señale que la prescripción adquisitiva se interrumpe cuando el prescribiente “reconoce a otro como propietario”.

(49) Entiéndase que cuando hago referencia a “no reconocer a otro como propietario” me refiero a no haberse obligado a restituir el bien como consecuencia de haber reconocido a otro como propietario.

(50) Ídem.

Sin embargo, para el caso de la prescripción extintiva sí está regulada como causa de interrupción el “reconocimiento de la obligación”. Es decir, si A es deudor de B y le debe \$ 100 mil, y ya han transcurrido 9 años y 6 meses sin que B haya interpuesto ninguna demanda, si por alguna razón A (deudor) reconoce la deuda, ello automáticamente interrumpe el plazo prescriptorio, con lo cual se borra todo el tiempo que hasta ese momento había corrido y el plazo prescriptorio reinicia el día 1.

¿Es posible aplicar por analogía dicha norma para la prescripción adquisitiva, de tal forma que la obligación cuyo reconocimiento implicaría una interrupción del plazo prescriptorio sería el reconocimiento de la obligación del usucapiente de restituir la posesión del bien? Este reconocimiento se daría, por ejemplo, cada vez que el prescribiente celebra un contrato de mediación posesoria (por ejemplo un arrendamiento).

Aparentemente sí, y por ello se consideraría que a partir de dicho reconocimiento de la propiedad ajena (lo cual no sería sino un “reconocimiento de la obligación de devolver el bien) el plazo quedaría interrumpido, es decir, el prescribiente perdería todo el plazo acumulado hasta antes de haber celebrado el contrato de mediación posesoria.

2. Segunda interpretación: reconocer a otro como propietario⁽⁵¹⁾ no afecta la continuidad sino que determina que el prescribiente deje de poseer como propietario

Permitir la aplicación analógica del inciso 2 del artículo 1996 del CC generaría una confusión respecto de los requisitos de la usucapión. Para la prescripción adquisitiva se distingue la “continuidad en la posesión” de la “posesión como propietario”. Atendiendo a ello, el reconocer a otro como propietario, antes que afectar el requisito de la continuidad y generar una interrupción del plazo y la pérdida de todo lo ganado, lo que generaría sería un cambio en la calidad posesoria: simplemente se deja de poseer como propietario.

Esto parecería tener sentido, pues mientras que en la prescripción extintiva el único requisito para el cumplimiento del plazo es que este sea continuo (es decir, que no se presente ninguna causa de interrupción), la prescripción adquisitiva exige varios requisitos (pública, pacífica, continua y como propietario), lo cual determina que todo aquello que en la prescripción extintiva se considera como afectación de la continuidad (y que por ende determina una interrupción y reinicio del plazo) no pueda aplicarse por igual en la prescripción adquisitiva.

(51) Ídem.

Ahora bien, ya sea que consideremos que al suscribir un contrato de arrendamiento el prescribiente afecta su continuidad (y por ende interrumpe su prescripción) o que consideremos que ello implica que deja de poseer como propietario, la conclusión siempre será que dicho prescribiente no podrá consumir su usucapión. Entonces, ¿cuál es la consecuencia práctica de optar por una u otra interpretación? La consecuencia práctica está en poder o no sumar el plazo prescriptorio acumulado hasta antes de la suscripción de dicho contrato de arrendamiento.

En efecto, imaginemos que luego de haber poseído el bien por 8 años cumpliendo con los requisitos del artículo 950 del CC, el prescribiente suscribe un contrato de arrendamiento. Si se considera interrumpida la prescripción entonces, automáticamente, el plazo se reinicia y se pierde todo lo ganado hasta ese momento. Por el contrario, si se considera que la “continuidad” no queda afectada por la celebración de dicho arrendamiento, el prescribiente podría usar con posterioridad dicho plazo acumulado.

Alguien podría preguntarme de qué le servirá al prescribiente ese tiempo de posesión acumulada si, finalmente, al haber celebrado un contrato de arrendamiento, el tiempo que se mantenga en posesión no le servirá para prescribir, pues poseerá como un “no propietario”.

Esa pregunta puede ser respondida con una palabra: interversión. La interversión es el cambio de la calidad posesoria. Es decir, una persona que hasta el momento poseía como un no propietario, pasa a poseer como propietario, o viceversa, quien al inicio posee como propietario, luego de ello pasa a poseer como un no propietario.

En el caso recién planteado, luego de haber celebrado el contrato de arrendamiento podría volver a poseer como propietario. Por ejemplo, el prescribiente podría “renegar” del arrendamiento y negar la condición de propietario de su contraparte. Pero también podría suceder que el arrendamiento sea declarado nulo o dejado sin efecto por las propias partes. Si luego de producidas algunas de estas circunstancias, el prescribiente se mantiene en posesión del bien y objetivamente le da un uso típico de propietario, entonces su posesión habrá dejado de ser en concepto de “no propietario” y habrá pasado a ser “como propietario”, pues el título (arrendamiento) que teñía su posesión ha desaparecido, con lo cual vuelve a poseer sin reconocer a nadie como propietario.

En este caso (y en general en todos aquellos en los que el prescribiente haya reconocido a otro como propietario⁽⁵²⁾) el tiempo de posesión acumulada hasta antes de haber reconocido la propiedad ajena, podrá sumarse al tiempo de posesión que se ejerza luego de producida la interversión.

(52) Ídem.

Particularmente me inclino por esta segunda interpretación, en tanto que: i) permite diferenciar los requisitos de la prescripción adquisitiva; y ii) favorece la prescripción adquisitiva en tanto evita que el tiempo sumado hasta antes del reconocimiento de la propiedad ajena se pierda.

VIII. ¿PUEDE EL PRESCRIBIENTE INTERRUMPIR SU PROPIA PRESCRIPCIÓN? DIFERENCIAS IMPORTANTES ENTRE INTERRUPCIÓN DEL PLAZO Y PÉRDIDA DE LA POSESIÓN

Considero que existe una razón adicional para no considerar a la compra del bien por parte del prescribiente como una causa de interrupción de la usucapión: la interrupción de la prescripción (es decir, la afectación del requisito de la “continuidad”) se produce por hechos de terceros (distintos al prescribiente), ya sea por un despojo de la posesión en perjuicio del prescribiente (interrupción física, regulada en el art. 953 del CC⁽⁵³⁾), o ya sea, por ejemplo, porque alguien exige judicialmente la restitución de la posesión (art. 1996 inc. 3⁽⁵⁴⁾, aplicable por analogía a la usucapión).

La “interrupción” de la prescripción queda absolutamente desnaturalizada cuando se considera que el prescribiente puede ser el “culpable” de ella. El prescribiente es el principal interesado en que no se produzca una interrupción de su prescripción, ¿cómo podría considerársele causante de la misma?

Alguien podría pretender objetar esta afirmación, sosteniendo que si el prescribiente abandona la posesión, entonces interrumpe su prescriptorio, con lo cual no sería cierto que el prescribiente no pueda interrumpir su propia usucapión.

Esta eventual objeción resulta errónea, pues el abandono no genera una interrupción del plazo prescriptorio. Las razones las detallo a continuación:

De acuerdo con el artículo 922 del CC, la posesión se extingue por:

1. Tradición
2. Abandono
3. Ejecución de resolución judicial
4. Destrucción total o pérdida del bien

(53) Artículo 953 del Código Civil.- “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”.

(54) Artículo 1996 inciso 3 del Código Civil.- “Se interrumpe la prescripción por citación con la demanda o por otro acto con el que se notifique al deudor, aun cuando se haya acudido a un juez o autoridad incompetente”.

Por su parte, el artículo 953 del CC señala que el plazo prescriptorio se interrumpe si el poseedor: i) **pierde la posesión**; o ii) es privado de ella. Cesa el efecto interruptivo si el prescribiente recupera la posesión antes de un año o si por sentencia se le restituye.

¿Es posible sostener que cuando el artículo 953 del CC menciona a la “pérdida de la posesión” como una causa de interrupción, se refiere al abandono? Es decir, ¿es lo mismo el “abandono” que la “pérdida de la posesión”? Por las razones que a continuación detallo, considero que no:

- i) En primer lugar debo aclarar que no es lo mismo la “pérdida de la posesión” (de la que habla el art. 953 del CC) que la “pérdida del bien”. Cuando nuestro Código Civil hace referencia a la “pérdida del bien” se refiere a su destrucción o desaparición. Véase el inciso 4 del artículo 922 del CC, en donde se habla de “destrucción total o pérdida del bien”, como si fueran sinónimos. En el mismo sentido el artículo 1138 del CC, que regula la teoría del riesgo (la cual aplica cuando el bien se destruye), hace referencia a la “pérdida del bien”, con lo que nuevamente se asimila la “pérdida del bien” con su “destrucción”.

Además, el artículo 953 del CC no podría hacer referencia a la “pérdida (destrucción) del bien” como una causa de interrupción de la prescripción, porque ello hace imposible que dicha posesión se pueda recuperar, tal como lo establece la segunda parte de la norma (en efecto, si el bien se destruyó ya no cabe posesión alguna pasible de ser “recuperada”).

Por ello, y como primera conclusión, la “pérdida de la posesión” no es sinónimo de “pérdida (destrucción) del bien”.

¿Qué significa entonces “perder la posesión”? ¿Es posible entenderla como sinónimo de “extravío del bien”?

- ii) “Perder” significa –de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua– “Dejar de tener, o **no hallar**, aquello que poseía, **sea por culpa o descuido del poseedor, sea por contingencia o desgracia**”. Esto podría llevar a pensar que cuando el artículo 953 del CC habla de “pérdida de la posesión” se refiere al extravío del bien por culpa o negligencia del prescribiente. Si esto es correcto, eso significaría que el prescribiente sí podría interrumpir su propia prescripción como consecuencia de haber perdido o extraviado el bien. De ser esto exacto, se desmoronaría la premisa de la cual partí: “El prescribiente no puede interrumpir su propia prescripción”.

Considero que esta premisa se mantiene en pie, en tanto no es posible –desde mi punto de vista– sostener que cuando el artículo 953 del CC habla de “pérdida de la posesión” se está refiriendo a “extravío del bien”.

Y ello por una sencilla razón: los bienes inmuebles no se extravían (a diferencia de los bienes muebles), pues uno siempre sabe dónde están ubicados. Entonces, si se quiere sustentar que “pérdida de la posesión” equivale a “extravío del bien”, ello implicaría que el artículo 953 del CC está pensado únicamente para bienes muebles. Esta conclusión es inadmisibles en tanto el régimen de prescripción adquisitiva, con sus requisitos, causales de interrupción y demás, aplica por igual tanto a los bienes muebles como inmuebles.

Por ello, la duda se mantiene: si “pérdida de la posesión” no significa destrucción ni extravío del bien, ¿qué significa? ¿Es un sinónimo de “abandono” del bien?

- iii) No se puede identificar la “pérdida de la posesión” con el abandono del bien por una sencilla razón: el abandono implica un acto voluntario; la “pérdida”, por el contrario –de acuerdo con su propia definición– hace referencia a hechos ajenos a la voluntad del sujeto (ya sea por su culpa o por contingencias externas). Y esto queda clarísimo cuando se tiene en cuenta que nadie pierde voluntariamente un bien. El abandono es voluntario, la pérdida es involuntaria, por lo cual el abandono y la pérdida no pueden emplearse como sinónimos.

Pero entonces la duda se mantiene: ¿Qué significa “pérdida” de la “posesión”?

- iv) Habiendo descartado como sinónimos de “pérdida de posesión” la destrucción, el extravío y el abandono del bien, solo queda por considerar que el artículo 953 del CC ha empleado como sinónimos los términos “pérdida” y “privación” de la posesión. En tal sentido, la interrupción natural del plazo prescriptorio que regula el artículo 953 se producirá únicamente por la intervención física de un tercero, que determinará que el prescribiente pierda el bien o sea privado de este.

Adicionalmente a todo ello, existe una razón adicional para descartar que tanto la destrucción, como el abandono o el extravío del bien puedan calificarse como actos que “interrumpen” el plazo prescriptorio: estas tres circunstancias determinan, más que una pérdida de la posesión, la negación misma de la posesión.

En efecto, si el bien se destruye será imposible seguir ejerciendo posesión. Lo mismo pasa con el abandono y el extravío: no solo uno deja de ser poseedor, sino que nadie asume la condición de nuevo poseedor: el bien queda a la deriva sin que sobre el mismo se ejerza algún acto posesorio. Por eso, todos estos son supuestos de “extinción” de la posesión, es decir, se niega la idea misma de posesión.

Por el contrario, la idea de “pérdida” o “privación” presupone que existe aún un poseedor, es decir, la posesión no se extingue, sino que pasa de manos de uno (el prescribiente) a favor de otro (el tercero que arrebató el bien).

Por ello se podría considerar técnicamente un error que los incisos 2 y 4 del artículo 922 del CC regulen como causas de “extinción de la posesión” al “traspaso posesorio”, ya sea que este se dé por “tradición” (por ejemplo, el vendedor que entrega la posesión en ejecución del contrato de compraventa) o por “ejecución de resolución judicial (por ejemplo el perdedor en un interdicto de recobrar que restituye el bien porque así se lo exige una sentencia).

Sin perjuicio de que esto constituya un error, lo cierto es que al haberse considerado que la tradición extingue la posesión, se ha equiparado dicha figura —en sus efectos— con el abandono, la destrucción y el extravío del bien⁽⁵⁵⁾.

Entonces, ¿qué efectos generan sobre la prescripción el hecho de que se haya producido la destrucción, abandono, extravío o tradición del bien?

Partamos por recordar que el presupuesto de la prescripción es la posesión, la cual deberá reunir cuatro requisitos: pública, pacífica, continua y como propietario.

Cuando se produce la interrupción de la prescripción se afecta el requisito de la continuidad. En cambio, cuando se produce la destrucción, el extravío, el abandono y/o la tradición del bien (todas ellas causales de extinción de la posesión), no se afecta un requisito de la prescripción, sino que se niega su presupuesto mismo: la posesión, la cual (tal como el Código Civil lo dice, queda extinguida).

Para que haya interrupción del plazo primero debe existir la “posesión”, es decir, la interrupción del plazo prescriptorio presupone que aún existe un poseedor. Precisamente por ello, cuando se presenta alguna causa natural de interrupción de la prescripción (un tercero le arrebató el bien al usucapiente), este puede impedir que se concrete la interrupción recuperando el bien antes de que transcurra un año. Es posible “recuperar” la posesión porque esta todavía exista. Por el contrario, si la posesión ya se extinguió (por ejemplo, el bien se destruyó) no hay forma de recuperarla, lo cual solo es una prueba más de que el artículo 953 del CC no considera como causal de interrupción a ninguno de los hechos

(55) Sin perjuicio de ello, la “tradición” no determinará la extinción de la posesión cuando el prescribiente entregue el bien producto de haber creado una relación de mediación posesoria (por ejemplo, el prescribiente alquila el bien o lo da en usufructo). En estos casos el prescribiente mantendrá la condición de poseedor mediato, y el tiempo que se desenvuelva como tal sumará para el plazo prescriptorio. Por ello, debe entenderse a la tradición como causa de extinción de la posesión siempre que aquella no sea consecuencia de la creación de una relación de mediación posesoria. ¿Cuándo sí calificaría la tradición como causa de extinción de la posesión? Por ejemplo, cuando el prescribiente venda el bien o celebre sobre el mismo un “contrato” de transferencia de posesión.

que generan una extinción de la posesión (abandono, extravío, destrucción o tradición).

Y esta lógica también aplica para la prescripción extintiva: imagínemos que Ricardo me debe mil soles desde hace 9 años y aún no le he cobrado. ¿Cómo impido que se consume la prescripción extintiva de mi derecho de crédito? Demando a Ricardo para que me pague. Con esta demanda interrumpo el plazo prescriptorio y logro que empiecen a correr nuevamente los 10 años para cobrar lo adeudado. Pero supongamos que hace una semana firmé un documento mediante el cual condonaba la deuda, con lo cual la daba por extinguida. ¿Se podrá decir que esta situación genera una interrupción del plazo prescriptorio? Por supuesto que no: si el crédito, cuya existencia es presupuesto para que se pueda hablar de prescripción extintiva, desaparece, entonces ya no corresponde hablar de “interrupción del plazo prescriptorio”, sino simplemente de extinción del crédito.

En conclusión, si la posesión (que es el presupuesto para que se dé la prescripción adquisitiva) se extingue, no cabe hablar de interrupción del plazo prescriptorio. Lo que se ha afectado (no interrumpido) es la posesión misma.

Las consecuencias prácticas de tal distinción están en función de la posibilidad de recuperar la posesión acumulada hasta antes del evento extintivo interrumpitivo: si se considera al “abandono” como una causa de interrupción, entonces el prescribiente podrá “recuperar” la posesión dentro del año y hacer como que nunca pasó nada. Por el contrario, si se considera al abandono como causa de extinción de la posesión, no habrá nada que “recuperar”, por lo que en caso el prescribiente vuelva a ejercer actos posesorios sobre el bien –y aun cuando estos se den dentro del año de producido el abandono– no podrá sumar a su nueva posesión el tiempo acumulado hasta antes del abandono.

IX. EL PRONUNCIAMIENTO DE LA CORTE SUPREMA

La sentencia casatoria mediante la cual la Corte Suprema resolvió el caso materia de análisis, contiene un error (que resultó determinante en tanto llevó a que la demanda fuese finalmente desestimada), una confusión y una omisión manifiesta.

A continuación se analizará cada una de ellas.

1. La confusión: ¿sentencia constitutiva o declarativa?

La Corte, de manera contradictoria, sostuvo: i) que los requisitos de la prescripción debían cumplirse únicamente dentro del plazo de 10 años (con lo cual daría a entender que transcurrido dicho plazo la prescripción ya surtió efectos y por ende lo que venga después resulta inocuo frente al prescribiente); y ii) que

mientras no se emita sentencia a favor del prescribiente este únicamente cuenta con una expectativa de hacerse propietario (con lo cual da a entender que la sentencia es constitutiva de cara a convertir al prescribiente en propietario).

Así, por un lado, en la primera parte de su considerando sétimo la Corte señaló:

“**Sétimo:** El primer párrafo del artículo 950 del CC, regula la llamada prescripción larga u ordinaria, en que se sustenta la demanda, la cual establece que la propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años. Interpretando teológicamente los alcances de la citada norma, es evidente que la concurrencia de los requisitos de continuidad, pacificidad y publicidad de la posesión que allí se detallan deben configurarse dentro del periodo de tiempo establecido para la prescripción, esto es, dentro de un lapso mínimo de diez años” (el énfasis es agregado).

Hasta aquí el pronunciamiento era favorable a reconocer a la sentencia carácter meramente declarativo. Sin embargo, a continuación, en el mismo considerando sétimo sostuvo que:

“(…) cumplidos los diez años se genera un derecho expectatio sobre el derecho de propiedad que necesariamente debe ser declarado por autoridad competente, y en el presente caso, mediante sentencia firme que declare propietario al beneficiario” (el énfasis es agregado).

De acuerdo con esta parte de la sentencia, transcurrido el plazo prescriptorio el usucapiente no adquiere la propiedad, sino una expectativa de convertirse en propietario, la cual se concretará una vez obtenida la sentencia judicial. Es decir, en este punto el pronunciamiento es favorable a reconocer a la sentencia carácter constitutivo.

Lo más preocupante es que ambas afirmaciones (contradictoria) no solo se encuentran en la misma sentencia, sino en el mismo considerando sétimo. ¿Cuál fue la real intención de la Corte Suprema? ¿Es un pronunciamiento favorable hacia la prescripción automática (con el solo transcurso del plazo y sin necesidad de sentencia) o debe tomarse como un manifiesto en favor de la sentencia constitutiva (con lo cual sin ella el prescribiente aún no es propietario)? La confusión de la Corte genera una incertidumbre en los justiciables.

2. El error: confundir la pacificidad de la prescripción con su continuidad

En su considerando octavo la Corte sostuvo lo siguiente:

“**Octavo:** Conforme señala la Sala Superior, en el sentido que en el Exp. N° 41-1991, sobre pago de dólares, que se encontraba en la etapa de ejecución

de sentencia, se ordenó sacar a remate el bien inmueble materia de litis y que el propio demandante en el Exp. N° 125-1999, sobre tercería de propiedad, con su demanda del dieciocho de mayo de mil novecientos noventa y nueve que obra a fojas dieciséis solicitó la suspensión del remate, esto es, antes de la interposición de la presente acción de prescripción adquisitiva, **con lo que se advierte que el bien sublitis ya era objeto de reclamaciones y por tanto no cumplía con el requisito de pacificidad**” (el énfasis es agregado).

Como se aprecia, para la Corte el hecho de que en torno al bien materia de prescripción se hayan generado una serie de procesos judiciales (entre ellos el embargo por una deuda dineraria, una tercería de propiedad y una acción pauliana) afectaba la pacificidad de la posesión, lo cual imposibilitaba que se consuma la prescripción.

Aquí el error consiste en confundir el requisito de la pacificidad (que no está vinculado con la existencia de procesos judiciales en torno al bien) con el requisito de la continuidad, el cual sí se ve interrumpido por la existencia de determinados procesos judiciales (no cualquiera tipo de proceso). Solo aquellos procesos judiciales en los que se le exige al prescribiente la restitución de la posesión (ya sea una reivindicación o un desalojo) logran el efecto interruptivo de la prescripción, siempre que las respectivas demandas hayan sido notificadas al prescribiente antes de que este consuma a su favor la prescripción⁽⁵⁶⁾.

En el presente caso, si bien hubo procesos judiciales en torno al bien, en ninguno de ellos (embargo, tercería de propiedad y acción pauliana) se discutía la propiedad del bien ni se le exigía al prescribiente la restitución de la posesión. Por ende, la existencia de tales procesos no afectaban la prescripción de A.

Este punto lo analizaré en extenso en mi comentario a la Cas. N° 2434-2014-Cusco⁽⁵⁷⁾, incluido también en el presente libro. Remito al lector a la revisión de tal comentario a efectos de ahondar en la diferencia entre “pacificidad” y “continuidad”, así como el tipo de eventos que afectan a cada uno de dichos requisitos (“violencia”, en el caso de la pacificidad y “causales de interrupción” en el caso de la continuidad).

3. La omisión manifiesta: no señala qué efectos genera sobre la prescripción el que la compraventa se haya declarado ineficaz

En su considerando décimo la Corte sostuvo lo siguiente:

(56) Aplicación analógica del inciso 3 del artículo 1996 del Código Civil.- Se interrumpe la prescripción por: (...) 3. Citación con la demanda o por otro acto con el que se notifique al deudor, aun cuando se haya acudido a un juez o autoridad incompetente.

(57) Que es el que sigue al presente comentario.

“Décimo: En cuanto al argumento de que se interrumpió la posesión continúa del accionante porque pasó de ser posesionario a ser propietario por existir un proceso judicial de ineficacia de contrato (Exp. N° 125-1999), proceso en el cual no hubo despojo de la posesión, debe señalarse que la Sala Superior, no ha señalado dicho argumento, ya que ha establecido que el accionante viene poseyendo el bien desde el año mil novecientos noventa y uno; sin embargo, no se ha realizado dicha posesión en forma pacífica, pero en ninguno de sus fundamentos señala respecto a la interrupción de la posesión alegada por el recurrente; en consecuencia, la denuncia debe desestimarse”.

La Corte, de manera consciente, omitió pronunciarse respecto de los efectos que generaba sobre la prescripción el hecho de que el contrato de compra-venta otorgado a favor de A (demandante) haya sido declarado ineficaz. Tal como señalé en el punto 4) del presente comentario, tal declaración de ineficacia resulta inocua de cara a la prescripción.

Hubiera sido importante conocer la opinión de nuestros vocales supremos, pues aun cuando el tema ya no repercutía sobre la decisión de fondo, casos similares se producirán en el futuro. Además, no hubiera sido la primera vez que la Corte aprovechaba un recurso de casación para desarrollar ciertos conceptos o instituciones que, aun cuando no repercutían sobre la decisión de fondo, resultaban controvertidas tanto en la doctrina como en la misma jurisprudencia.

Pero esta no es la omisión que más me preocupa: ¿Qué efectos genera sobre la prescripción el hecho de que el usucapiente compre el bien? El que la Corte no haya abordado esta pregunta –que desde mi punto de vista resulta trascendental– genera una serie de interrogantes vinculadas a la prescripción: ¿Si el prescribiente compra el bien interrumpe su prescripción? ¿Si el prescribiente compra el bien deja de poseer como propietario? ¿Si el prescribiente compra el bien reconoce a otro como propietario? ¿Poseer como propietario es equivalente a no reconocer a otro como dueño? ¿Son lo mismo o cada una de ellas genera consecuencias distintas?

Todas estas preguntas han sido abordadas en el presente comentario. Hubiera sido ideal conocer la opinión de la Corte sobre cada una de ellas.

X. CONCLUSIÓN

El caso que acabo de analizar es importante en tanto engloba una serie de cuestiones que, no obstante ser controvertidas, pocas veces son abordadas con rigurosidad por nuestra doctrina y jurisprudencia. Así por ejemplo el correcto entendimiento de lo que significa “poseer como propietario”, las consecuencias que se generan por no cumplir con dicho requisito, la delimitación de las causas de interrupción de la prescripción, la compra del bien por parte del prescribiente

y lo que ello genera sobre la usucapión, las conductas desarrolladas por el prescribiente que pueden perjudicar su propia prescripción, entre otras.

Es importante generar una tendencia jurisprudencial que reconozca que la interrupción de la prescripción la producen terceros (distintos al prescribiente); el prescribiente no puede interrumpir su propia prescripción. Si el prescribiente, en algún momento del ejercicio posesorio, se obliga a restituir la posesión como consecuencia de haber reconocido a otro como dueño (que no es igual a simplemente “reconocer a otro como propietario”), lo que se genera es una “degradación” de la posesión, es decir, se deja de poseer en condición de propietario, lo cual imposibilita que se consuma la prescripción. Sin embargo, ello no genera una “interrupción” de la prescripción.

Alguno de estos temas –como por ejemplo, las consecuencias que se generan en caso el prescribiente compre el bien– fueron abordados erróneamente por el juez, y lamentablemente no quisieron ser abordados por la Corte Suprema.

Muchos de los temas abordados en este comentario no son analizados a profundidad por nuestra doctrina, lo cual genera que nuestra jurisprudencia no se anime a desarrollarlos y, cuando lo hace, el análisis no es el más adecuado.

La Corte Suprema debió aprovechar la oportunidad para sentar posición sobre mucho de los temas que rodeaban al caso –y que tenían particular relevancia–, a partir de lo cual se habría podría generar un debate interesante. Sin embargo, si la Corte ni siquiera da el primer paso, la consecuencia lógica es que nos mantengamos en un silencio que no beneficia a nadie: ni a los justiciables pues no saben qué esperar ni a los mismos magistrados, pues cada quien seguirá interpretando y resolviendo los casos de prescripción como mejor la parezca. El resultado no podría ser sino el caos y la inseguridad jurídica. Por ello, en este caso, habría sido preferible un error antes que el silencio supremo.

¿La posesión deja de ser pacífica cuando existen cartas notariales o demandas dirigidas al poseedor? Un nuevo criterio de la Corte

COMENTARIO A LA CASACIÓN N° 2434-2014-CUSCO

I. LOS HECHOS DE LA SENTENCIA

En la Cas. N° 2434-2014-Cusco se resolvió la demanda de prescripción adquisitiva planteada por Justina Raquel Tacona Cardenoso y Braulio Villasante Figueroa (en adelante los demandantes) en contra de Cristina Bueno de Callaña, Simón Miranda Bueno y Alberto Miranda Bueno (en adelante los demandados) sobre el cincuenta por ciento (50 %)⁽⁵⁸⁾ del lote de terreno, ubicado dentro del Lote N° N-9 de la Urbanización Amadeo Repeto del distrito de Santiago, provincia y departamento del Cusco (en adelante el terreno).

Los demandantes sostuvieron que mediante “contrato de compraventa y compromiso de formalización de transferencia de derechos y acciones de otro coheredero” del 10 de marzo de 1995 (en adelante la compraventa), adquirieron de los demandados, por la suma de \$ 5,000.00, el 50 % del terreno, habiéndose mantenido en posesión desde dicha fecha por 12 años ininterrumpidos y de forma pública, pacífica y como propietarios.

El demandado Alberto Miranda contestó la demanda señalando que la compraventa solo fue suscrita por sus hermanos (también demandados), por lo cual dicho acto de transferencia no resultaba eficaz. Los otros dos codemandados negaron dicha afirmación, pues –según sostuvieron– aquel sí intervino representado por su hermana Cristina Condori Bueno.

En primera instancia el juez amparó la demanda por las siguientes consideraciones:

- i) Producto de la compraventa (la misma que fue calificada como “justo título”) los demandantes adquirieron el 50 % del terreno, con lo cual se convirtieron en copropietarios del predio.

(58) En la parte introductoria de la sentencia materia de comentario se indica expresamente que la prescripción se demandaba sobre un porcentaje de participación (50 %) y no sobre una parte física del terreno. En el desarrollo de mis comentarios abordaré este punto.

- ii) En la cláusula sexta de la compraventa se declaró expresamente que Cristina Condori actuaba en representación de su hermano Alberto Miranda Bueno⁽⁵⁹⁾.
- iii) En el numeral d) de la cláusula sexta de la compraventa⁽⁶⁰⁾ las partes declararon que los demandantes pasaban a tomar posesión del 50 % del terreno, con lo cual quedó acreditado que su posesión se inició en el año 1995.
- iv) Para dar por acreditada la posesión ejercida por los demandantes el juez valoró la constancia emitida por la Municipalidad Distrital de Santiago donde se indica que los demandantes se encuentran registrados como contribuyentes para el pago de impuesto predial desde el año 1996 hasta el 2006.

En su recurso de apelación los demandados dieron cuenta de la existencia de dos procesos civiles que se venían tramitando ante el Juzgado Mixto y Juzgado Civil del Distrito de Santiago, en los que estaba involucrado el derecho de los Demandantes sobre el terreno.

La Sala Superior revocó la sentencia de primera instancia y declaró infundada la demanda por las siguientes consideraciones:

- i) No se estableció la fecha exacta ni la forma en que los demandantes entraron en posesión del terreno, en tanto la compraventa no contaba con fecha cierta.
- ii) Los comprobantes de pago de los tributos que presentaron los demandantes no corresponden al terreno, sino al predio del Centro Comercial El Molino 1, Stand Y-11, el cual no guarda relación con el predio materia de prescripción.
- iii) El Sr. Alberto Miranda Bueno, a diferencia de sus codemandados, ha negado haber transferido su parte alícuota sobre el terreno a favor de los demandantes, con lo cual no habría intervenido en la compraventa, situación que se viene discutiendo en dos procesos judiciales, lo cual afecta la pacificidad de la posesión ejercida por los demandantes.
- iv) Esta pacificidad también queda afectada como consecuencia que en el año 2007 los demandantes fueron denunciados por el delito de usurpación agravada, luego de lo cual recién interpusieron la demanda de prescripción.

(59) “Doña Cristina Condori [representante del demandado] asume la obligación de formalizar bajo las sanciones penales que les corresponden la transferencia en los derechos y acciones de su hermano Alberto Miranda Bueno [demandado]”.

(60) “Que como los compradores [Demandantes] se encuentran en posesión del bien, a partir de la fecha les corresponde el pago de los impuestos y tributos que le afecte”.

En su recurso de casación los demandantes invocaron la infracción normativa del artículo 950 del CC.

La Corte consideró que la interpretación de la Sala Superior había vulnerado el artículo 950 del CC, principalmente en lo referido al correcto entendimiento del requisito de la “pacificidad”, por lo que declaró fundado el recurso de casación y en consecuencia nula la sentencia de vista, y actuando en sede de instancia confirmó la sentencia del juez mediante la cual se había declarado fundada la demanda de prescripción adquisitiva.

Los argumentos de la Corte fueron los siguientes:

- i) El requisito de la pacificidad no repercute sobre la forma como se accedió al bien (si se hizo con violencia o no), sino en la forma como uno permanece en el mismo, por lo que aun cuando el poseedor haya ingresado violentamente al predio que pretende prescribir, la posesión pasa a ser pacífica una vez que cesa la violencia inicial.
- ii) Está acreditado que los demandantes iniciaron su posesión sobre el bien en litigio en el año 1995, al momento de la suscripción de la compraventa. Ello se acredita no solo con lo señalado en la compraventa, sino también con el pago del impuesto predial por parte de los demandantes, el certificado de posesión y el plano de alineamiento municipal.
- iii) Con relación a la compraventa, la controversia en torno a si en dicho contrato intervinieron o no todos los demandados resulta intrascendente, en tanto los demandantes no están utilizando dicho título para solicitar la prescripción corta, sino que únicamente se emplea como medio de prueba para acreditar el “ánimo de propietario” de los demandantes así como su ingreso al bien materia de prescripción.
- iv) Con relación a la “pacificidad”, si bien es cierto que existieron tres procesos vinculados al terreno (un proceso penal por delito de usurpación agravada y dos procesos civiles respecto de la validez de la compraventa), también es cierto que el proceso penal de usurpación fue sobreseído mientras que los procesos civiles versaron sobre ineficacia de acto jurídico y reivindicación, procesos que además de no contar con sentencia tienen un contenido distinto al de la prescripción adquisitiva.

II. ACLARACIONES IMPORTANTES SOBRE LA COMPRAVENTA

Hay un tema muy importante que no queda del todo claro luego de leer la sentencia: ¿la compraventa tuvo como objeto el 50 % de acciones y derechos sobre el terreno o la mitad física de este?

Nótese que son dos cosas diametralmente distintas. Si los demandantes adquirieron el 50 % de acciones y derechos sobre el terreno entonces se convirtieron en copropietarios con los demandados, por lo que no sería factible interponer una demanda de prescripción de acuerdo con el artículo 985 del CC:

“La acción de partición es imprescriptible y ninguno de los copropietarios ni sus sucesores pueden adquirir por prescripción los bienes comunes”.

Es decir, si la compraventa implicó una transferencia de acciones y derechos sobre el terreno, queda descartada cualquier posibilidad de demandar la prescripción. De este modo, aun cuando los demandantes hayan logrado poseer de forma pública, pacífica, continua y como propietarios una parte o la totalidad del terreno, jamás podrían convertirse en propietarios por prescripción.

Considero importante esta prohibición de prescripción entre copropietarios por dos razones:

- i) Económicamente es eficiente, en tanto “invita” a que los copropietarios encarguen el uso exclusivo del bien a uno solo de ellos, sin temor a terminar perdiendo su propiedad. De no existir esta regla, los copropietarios no podrían delegar el uso exclusivo a favor de uno de ellos, pues habría el temor de que el que ejerza la posesión termine prescribiendo la totalidad del bien a su favor. Para evitar ello todos los copropietarios tratarían, en lo posible, de ejercer directamente el control del bien. ¿Se imaginan un inmueble con 10 copropietarios siendo usado y explotado por todos de forma simultáneo?
- ii) Desincentiva a los copropietarios a tratar de excluir a sus condóminos en el uso del bien, en tanto independientemente del tiempo que dure tal exclusión, el copropietario que posea de manera exclusiva jamás se convertirá en propietario por prescripción; por el contrario, dicho uso exclusivo lo obligará a indemnizar a sus condóminos⁽⁶¹⁾.

Por ello, no era un tema menor analizar si la compraventa efectivamente se había celebrado sobre el 50 % de acciones y derechos del terreno, pues de ser así habría quedado cerrada cualquier posibilidad de demandar la prescripción adquisitiva.

Ahora, en caso la compraventa se hubiese celebrado sobre la mitad física del terreno, la prescripción debió solicitarse no sobre el 50 % (porcentaje de acciones y derechos) del predio, sino sobre la mitad física respecto de la cual los demandantes ejercieron posesión.

(61) Artículo 975 del Código Civil.- “El copropietario que usa el bien parcial o totalmente con exclusión de los demás, debe indemnizarles en las proporciones que les corresponda”.

El porcentaje de acciones y derechos no tiene una materialidad física pasible de ser poseída y por ello no puede ser adquirido por prescripción. La relación que une a una persona con determinada cuota de participación sobre un bien no es la “posesión”, sino la “titularidad”. Alguien es titular del 20 % o 30 % de acciones y derechos sobre un bien, mas no es poseedor de dicho porcentaje.

Es por eso que, en la copropiedad, ser titular del (por ejemplo) 50 % de acciones y derechos sobre el inmueble no equivale a tener derecho a poseer la mitad del predio. El porcentaje de acciones y derechos respecto del cual uno ejerce titularidad no tiene vinculación con la cantidad de área física a la que tiene derecho a poseer. Uno podría ser titular del 1 % de acciones y derechos sobre un bien y ello lo autoriza, en su condición de copropietario de la totalidad del bien, a usarlo de manera íntegra y en las mismas condiciones en las que lo usa el copropietario titular del 99 % restante.

Naturalmente, los copropietarios podrán acordar delimitar el uso del bien en función de los porcentajes que cada uno ostenta, pero ello es algo que, de no ser acordado, no se desprende directamente de la ley, en tanto para esta la cuota de participación no determina en cuanto un copropietario puede usar el bien. Lo que sí determina la cuota es la proporción en la que cada copropietario percibe los beneficios y asume las cargas que genera el bien⁽⁶²⁾.

Ahora, ¿qué es lo que fue materia de la compraventa? ¿Un porcentaje de participación sobre el terreno o una parte física de este?

En la sentencia casatoria se indica que la pretensión de los demandantes fue adquirir el 50 % de acciones y derechos sobre el “inmueble” (algo que causa extrañeza, pues de ser así no se podría haber planteado una demanda de prescripción):

“Por escrito de página veintitrés Justina Raquel Tacona Cardeñoso y Braulio Villasante Figueroa interponen demanda de prescripción adquisitiva de dominio de bien inmueble, en contra de Cristina Bueno de Callapiña, Simón Miranda Bueno y Alberto Miranda Bueno, solicitando ser declarados propietarios del cincuenta por ciento del lote de terreno”.

Si al hacer referencia al “cincuenta por ciento” la Corte se estaba refiriendo a la mita (física) del terreno, entonces ha incurrido en una confusión entre el “porcentaje de participación” y el “área física”. Me parece que la Corte se refería a la

(62) Artículo 970 del Código Civil.- “El concurso de los copropietarios, tanto en los beneficios como en las cargas, está en proporción a sus cuotas respectivas”.
Artículo 981 del Código Civil.- “Todos los copropietarios están obligados a concurrir, en proporción a sus partes, a los gastos de conservación y al pago de los tributos, cargas y gravámenes que afecten al bien común”.

“mitad física” del predio, lo cual quedaría corroborado con aquello que fue fijado como punto controvertido del proceso:

“Se fijó como punto controvertido establecer si los señores Braulio Villasante Figueroa y Justina Raquel Tacona Cardeñoso se encuentran en posesión pacífica, pública, continua y con ánimo de propietario desde marzo de mil novecientos noventa y cinco en el inmueble número N-9-A de la urbanización Amadeo Repetto de 80.375 m²”.

En adelante, a efectos de seguir con el análisis de la sentencia, voy a asumir que:

- i) La compraventa tuvo como objeto la mitad física del inmueble y no el 50 %, con lo cual no se generó entre las partes un régimen de copropiedad que hiciera inviable cualquier pretensión de usucapión; y
- ii) Los demandantes solicitaron que se les declare propietarios no del 50 % del terreno (algo inviable, en tanto —como ya se dijo— el porcentaje o cuota de participación no es pasible de posesión) sino de la mitad física del predio.

III. LOS ERRORES DEL JUEZ

El juez amparó la demanda y declaró dueños por prescripción a los demandantes, sustentando su fallo en lo siguiente:

“La sentencia considera que con el documento de compraventa y compromiso de formalización de transferencia del diez de marzo de mil novecientos noventa y cinco, queda acreditado que los demandantes adquieren el cincuenta por ciento del inmueble en litigio, determinándose así que a partir de la fecha de suscripción del documento referido los demandantes son copropietarios de derechos y acciones del predio matriz, en una proporción del cincuenta por ciento, considerando que el documento antes referido constituye un justo título, al cumplir con las características que lo distingue como tal, por contener un acto traslativo de dominio y no estar incurso en ninguna causal de nulidad”.

Aquí el error es manifiesto, en tanto el juez parte por reconocer que la compraventa tuvo como objeto la transferencia de acciones y derechos sobre el inmueble, producto de lo cual “los demandantes son copropietarios de derechos y acciones del predio matriz [terreno] en una proporción del cincuenta por ciento”.

La pregunta es obvia: si los demandantes se convirtieron en copropietarios con los demandados, y existe una norma expresa del Código Civil que proscribela prescripción entre copropietarios, ¿cómo es que se declara la prescripción a favor de los demandantes en perjuicio de los demandados?

Y el segundo punto que preocupa es que el juez le otorgue a la compraventa la calificación de “justo título”: “Considerando que el documento antes referido constituye un justo título, al cumplir con las características que lo distinguen como tal”.

La existencia de un “justo título” dentro del ámbito de la prescripción es importante para que el poseedor pueda consumir la usucapión dentro de un plazo más corto: 5 años si se trata de inmuebles y 2 si estamos ante bienes muebles. Sin embargo, para poder aplicar a estos plazos más cortos no basta con el justo título, sino que además el poseedor debe tener buena fe: “Se adquiere a los cinco años [la propiedad por prescripción] cuando mediante justo título y buena fe”.

Entonces, si el juez valoró la existencia de un justo título es porque consideraba que al caso materia de análisis le era aplicable el régimen corto de la prescripción (5 años), sin embargo no consideró en ningún momento el requisito de la buena fe. Si el prescribiente tiene justo título y buena fe entonces aplica para la prescripción corta; si le falta alguno de esos requisitos (o los dos) deberá aplicar al régimen de la prescripción extraordinaria (plazo largo).

Por eso de nada sirve que el juez considere la existencia de un “justo título” si no hay buena fe, pues ello obliga a recurrir a la prescripción larga. ¿Cuál fue la intención del juez al señalar la existencia de un justo título? ¿Pretendía aplicar la prescripción corta? ¿Olvidó que también se necesitaba buena fe? ¿O es que en todo momento consideró que el régimen aplicable era la prescripción larga y consideró (erróneamente) que incluso para aplicar dicho régimen era necesario que el poseedor cuente con un justo título?

Finalmente, el tercer error del juez consistió en no comprender el significado de “justo título”. El justo título es un negocio jurídico traslativo de propiedad (venta, permuta, donación) cuya finalidad no logra consumarse porque le falta un requisito de eficacia: quien lo ha otorgado no es titular del derecho que se busca transmitir. Por ello la ley priva a este justo título de su efecto típico (lograr la transferencia de un derecho), pero le reconoce otro: permitir la usucapión corta⁽⁶³⁾.

Si el juez calificó a la compraventa como “justo título” es porque consideraba que se trataba de un contrato ineficaz. ¿Cuál era el “vicio” de ineficacia que, según el juez, aquejaba a la compraventa?

No olvidemos que en el proceso se discutió si en la compraventa habían participado los 3 demandados en calidad de vendedores o solo dos de ellos. De

(63) HENRY, LEÓN Y JEAN MAZEAUD. *Lecciones de Derecho Civil. Derechos Reales*. Traducción de Luis Alcalá Zamora y Castilla. Volumen IV, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960, p. 213. En esto coincide unánimemente la doctrina, por lo que carece de sentido hacer un listado interminable de autores cuyas opiniones coincidirán.

acuerdo con lo que sostuvo el demandado Alberto Miranda, este no habría participado en la compraventa. Sus otros codemandados negaron ello, señalando que aquel actuó representado por su hermana Cristina Condori Bueno.

Si la compraventa se hubiese celebrado sobre una parte física del terreno, entonces el hecho de que uno de los demandados (copropietarios del terreno) no haya participado generaba la ineficacia de dicho contrato, de acuerdo con lo establecido en el artículo 978 del CC:

“Si un copropietario practica sobre todo o parte de un bien, acto que importe el ejercicio de propiedad exclusiva, dicho acto solo será válido [eficaz] desde el momento en que se adjudica el bien o la parte a quien practicó el acto”.

Sin embargo –como indiqué previamente –el juez consideró que la compraventa tenía como objeto no una parte física del terreno, sino el 50 % de acciones y derechos sobre el mismo. Si tenemos en cuenta que –de acuerdo con el artículo 977 del CC⁽⁶⁴⁾– cada copropietario puede transferir libremente su cuota de participación sin necesidad del asentimiento o participación de los demás copropietarios, aun en el supuesto que la compraventa solo hubiese sido celebrada por dos de los demandados, aquella no tendría ningún vicio, pues estos acumulaban el 66.6 % de las acciones y derechos sobre el terreno, y la compraventa –según sostuvo el propio juez– recayó sobre el 50 %. Es decir, los demandados sí eran titulares del porcentaje que estaban transfiriendo.

Entonces, aun siguiendo el razonamiento del juez –“la compraventa recayó sobre el 50 % de acciones y derechos sobre el terreno” –dicho contrato resultaba perfectamente válido y eficaz, por lo que no se entiende a razón de qué el juez le dio la calificación de “justo título”.

Como se ha podido apreciar, fueron tres los errores (manifiestos) en que el juez incurrió y que la Sala debió corregir. Lamentablemente la Sala no se pronunció sobre ninguno de estos puntos.

IV. ERRORES DE LA SALA SUPERIOR

La Sala Superior sostuvo que no estaba acreditada la fecha exacta en que los Demandantes entraron en posesión del inmueble, en tanto la compraventa no tenía “fecha cierta”. Aquí el error está en la relevancia que asume la “fecha cierta” de cara a probar el tiempo de posesión.

El tiempo en que los actos jurídicos se verifican constituye una circunstancia capital por las consecuencias que puede promover en la esfera jurídica (por

(64) Artículo 977 del Código Civil.- “Cada copropietario puede disponer de su cuota ideal y de los respectivos frutos. Puede también gravarlos”.

ejemplo, en el caso de la concurrencia de acreedores, el que el documento de transferencia tenga fecha cierta da una ventaja frente a los demás acreedores en la disputa por el bien). De ahí la necesidad de la fecha cierta, que es la constancia auténtica del momento en que un acto jurídico se verificó.

A causa de que las partes intervinientes en un acto privado podrían fechar falsamente los documentos (cartas-órdenes, recibos, contratos, etc.), con propósitos de disimular la verdad de las situaciones o relaciones jurídicas, la fecha cierta es requisito importantísimo⁽⁶⁵⁾ cuando el acto busca vincular a terceros⁽⁶⁶⁾.

¿Cómo un documento adquiere fecha cierta? De acuerdo con el artículo 245 del Código Procesal Civil:

“Un documento privado adquiere fecha cierta y produce eficacia jurídica como tal en el proceso desde:

1. La muerte del otorgante.
2. La presentación del documento ante funcionario público.
3. **La presentación del documento ante notario público, para que certifique la fecha o legalice las firmas.**
4. La difusión a través de un medio público de fecha determinada o determinable.
5. Otros casos análogos” (el énfasis es agregado).

En lo que se refiere al caso puntual de una compraventa (que es lo que me interesa en tanto el caso materia de comentario involucra a este contrato), si bien la fecha cierta otorga cierta ventaja al adquirente, pues le permite (por ejemplo) estar en una mejor posición ante una eventual “concurrencia de acreedores”, aquella no contribuye en nada a efectos de determinar el inicio de la posesión.

Así, la fecha cierta da certeza sobre el momento en que se celebra el contrato, pero ello no implica una acreditación de las circunstancias fácticas que son declaradas en dicho contrato. Por ello, aun si la compraventa hubiese tenido fecha cierta, de ello no necesariamente se desprendería como “cierto” que al momento de su suscripción los compradores (demandantes) tomaron posesión del terreno. El notario que otorga fecha cierta al contrato (ya sea legalizando las firmas o elevándolo a escritura pública) se limita a constatar que la fecha puesta en

(65) ORGAZ, Arturo. *Diccionario de Derecho y ciencias sociales*. 3ª edición, Assandri, Córdoba, 1961, p. 157. También en: <<http://www.significadolegal.com/2009/11/que-significa-fecha-cierta.html>>.

(66) En este sentido LOBO, Teresa. “La fecha cierta de los documentos en relación con su eficacia probatoria”. En: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/5/jur/jur9.htm>>.

el contrato sea efectivamente la fecha de su suscripción, pero no da fe de los datos incluidos en el documento, como lo sería la transferencia de posesión que el contrato señala.

Por ello, la Corte se equivoca cuando sostiene que el inicio de la posesión no está acreditada porque la compraventa no tenía fecha cierta, pues ello llevaría a concluir (erróneamente) que si la compraventa sí hubiese tenido fecha cierta entonces sí estaría acreditado el momento en que los demandantes iniciaron su posesión.

Esto es un error porque –reitero– la fecha cierta de la compraventa no necesariamente otorga certeza a lo que en ella se declara. Podría ser que en una compraventa con fecha cierta se declare que al momento de su celebración el comprador accede a la posesión, pero realmente esta se inició mucho antes o mucho después.

La posesión constituye un dato fáctico (es un hecho jurídico) que debe ser acreditada no con simples declaraciones (como las que se incorporan a una compraventa) sino con otra clase de documentos, como por ejemplo la constancia de pago de los impuestos municipales, el pago de los servicios públicos correspondientes al predio, las boletas de pago por las mejoras y modificaciones realizadas en el inmueble, alguna constancia de posesión entregada por la municipalidad, etc.

V. LA IDEA DE “PACIFICIDAD” Y “CONTINUIDAD” EN LA CORTE SUPREMA: ACIERTOS, ERRORES Y SILENCIOS

Sobre el requisito de la “pacificidad” la Corte dio algunos alcances que me parecen oportunos analizar. Sin perjuicio de ello, omitió pronunciarse sobre otros aspectos vinculados con dicho requisito que no son menores. De estos “silencios” de la Corte también me voy a pronunciar en lo que viene.

1. La pacificidad no está determinada por la manera como se accedió a la posesión, sino cómo esta se ejerce

En su considerando cuarto la Corte sostuvo que:

“(…) con la pacificidad se expresa, no la forma cómo se ingresó a poseer sino cómo se permaneció en la posesión, de allí que el Segundo Pleno Casatorio Civil haya expuesto: ‘La posesión pacífica se dará cuando el poder de hecho sobre la cosa no se mantenga por la fuerza; por lo que, aún obtenida violentamente, pasa a haber posesión pacífica una vez que cesa la violencia que instauró el nuevo estado de cosas (f. j. 44)’”.

Esto es un acierto. La pacificidad no va de la mano con la forma en que uno accede al bien materia de prescripción. Si un grupo de invasores accede a un inmueble a través de la violencia contra sus actuales poseedores, tal hecho no

“tiñe” a la posesión durante todo su ejercicio y por ello no le otorga el calificativo de “no pacífica”. Si la violencia cesó inmediatamente luego de consumado el despojo, entonces la posesión de los nuevos ocupantes será “pacífica”.

Por ello, el requisito de posesión pacífica está referido a que la posesión no sea **mantenida** mediante violencia. Por ejemplo, una posesión que se encuentra inmersa en disputas constantes, las que determinan que el bien pase recurrentemente de manos de unos a favor de otros (quienes son despojados hoy recuperan el bien mañana y pasado mañana lo vuelven a perder), no es una posesión pacífica, por lo cual todo el tiempo durante el cual se desarrollen estos continuos despojos no sumarán para el plazo prescriptorio.

Si bien es cierto nuestro Código Civil no entra al detalle de cómo afecta a la pacificidad el hecho de que la posesión se haya iniciado de manera violenta, sí existe una norma en nuestro ordenamiento jurídico que —aun cuando muchas veces pasa desapercibida— se pronuncia sobre el particular.

Se trata del D.S. N° 032-2008-VIVIENDA, mediante el cual se aprobó el Reglamento del D.Leg. N° 1089, Decreto “Legislativo que establece el régimen temporal extraordinario de formalización y titulación de predios rurales”.

Al respecto, y en lo que se refiere al procedimiento administrativo de declaración de propiedad por prescripción adquisitiva de dominio sobre **predios rústicos**, el artículo 40 del referido decreto establece que:

“Para declarar la propiedad por Prescripción Adquisitiva de Dominio sobre los predios rústicos a que se refiere el presente capítulo, se debe cumplir con los siguientes requisitos, en forma concurrente:

(...)

2) Ejercer la posesión pacífica, es decir, exenta de violencia, de manera que la continuidad de la posesión se haya basado en circunstancias que no impliquen el uso de la coacción o la fuerza, independientemente de la forma como se originó la ocupación. Si la posesión se originó en forma violenta, el plazo prescriptorio comenzará a computarse desde la cesación de los actos violentos”.

Como se puede ver, la citada norma coincide con la idea sustentada por la Corte en el Segundo Pleno Casatorio así como en la sentencia materia de comentario, es decir, la pacificidad no viene determinada por la manera (violenta o no) en que se accedió a la posesión, sino por la forma en que esta se ejerce durante su desarrollo (lo opuesto a la pacificidad es la violencia en el “ejercicio” de la posesión, independientemente de cómo esta nació), por lo que si el poseedor accedió al bien de manera violenta, una vez cesada esta violencia la posesión se torna pacífica.

2. Las causas de interrupción afectan la continuidad, no la pacificidad

En su considerando cuarto la Corte señaló que:

“(…) la pacificidad no se afecta por la remisión de cartas notariales o el inicio de procesos judiciales, pues ellos no constituyen actos de violencia física o moral que supongan que el inmueble se retiene por la fuerza. Tales actos, por tanto, no perjudican la pacificidad; son, en cambio, actos de interrupción de la prescripción, y así deben ser entendidos”.

La Corte hace bien en sostener que la “interrupción” no afecta la “pacificidad”, sino la “continuidad”. En efecto, según el Diccionario de la RAE, “interrumpir” significa “cortar la **continuidad** de algo en el lugar o en el tiempo”.

Con este pronunciamiento la Corte se aleja de aquella reiterada posición, sustentada por última vez en la Cas. N° 3012-2015-Lambayeque, según la cual:

“(…) el inicio de procesos judiciales en que se discuta sobre la posesión del bien **rompe con el requisito de pacificidad**; siendo el caso precisar que tal exigencia no solo comprende los procesos que puedan haberse instaurado por el actual propietario a quien se demanda, sino también por los anteriores o posteriores a este o por aquellos con quienes pueda presentarse un conflicto respecto a la titularidad del dominio o posesión, pues por pacificidad deberá comprenderse la ausencia de oposición por quien entiende le asiste algún derecho” (el énfasis es agregado).

La interrupción de la prescripción (y que afecta el requisito de la “continuidad”) se puede producir por dos motivos: i) causas fácticas o naturales; y ii) causas civiles o jurídicas.

3. Primera forma de afectación de la continuidad: interrupción natural

La interrupción natural –que está regulada dentro de las normas que se ocupan de la “prescripción adquisitiva”– implica una desposesión en perjuicio del prescribiente. Así, el artículo 953 del CC señala que “Se interrumpe el término de la prescripción si el poseedor pierde la posesión o es privado de ella”.

Sin embargo, no cualquier pérdida de la posesión determinará que la prescripción se considere interrumpida. Este “despojo” deberá prolongarse por lo menos durante un año sin que el prescribiente haya recuperado la posesión o haya interpuesto la respectiva demanda de interdicto de recobrar.

En este sentido el artículo 953 del CC señala que: “Cesa ese efecto [el de la interrupción] si la posesión se recupera antes de un año o si por sentencia se le restituye”.

Es decir, si el prescribiente quiere evitar que se considere interrumpida su usucapación, tiene un año –contado desde que se produjo el despojo– para:

- i) Recuperar por la fuerza la posesión.
- ii) Interponer la demanda de interdicto de recobrar. Si transcurre dicho año sin haber planteado el interdicto prescribe la posibilidad de hacerlo⁽⁶⁷⁾.

La pregunta aquí es ¿qué sucede mientras dura el proceso judicial? Si la demanda es finalmente amparada y se le restituye la posesión al prescribiente, ¿se considera como parte del plazo prescriptorio el tiempo que duró el proceso judicial? Sí: si la demanda fue planteada dentro del plazo y la sentencia ordena la restitución del bien, entonces se considerará como jamás producida la interrupción, por lo cual todo el tiempo transcurrido hasta antes del despojo incluido el tiempo que duró el proceso judicial, se contará como parte del plazo prescriptorio.

4. Segunda forma de afectación de la continuidad: interrupción civil

Las causas civiles de interrupción de la prescripción no están reguladas en el Libro de Derechos Reales (Libro V) pero sí en el de Prescripción y Caducidad (Libro VIII). ¿Pueden ser aplicadas por analogía para la prescripción adquisitiva?

Debemos partir por entender que la prescripción adquisitiva y la extintiva mantienen un tronco común: en ambos casos el paso del tiempo determina una transformación jurídica de un estado de hecho o de derecho. En el caso de la prescripción adquisitiva la transformación se da sobre un estado de hecho y determina la constitución o nacimiento de un derecho (la propiedad, en la mayoría de los casos⁽⁶⁸⁾). En el caso de la prescripción extintiva la transformación se da sobre un estado de derecho (la existencia de un derecho de crédito), produciendo su extinción.

Para evitar la confusión en el uso de los términos, la prescripción adquisitiva es usualmente denominada “usucapación”, en tanto proviene del verbo *capere*, que significa “adquirir algo” y del término *usus*, que significa “uso”.

Sin embargo, y dado el tronco común que une a ambas instituciones, estas compartieron el mismo régimen normativo (incluso en la actualidad el Código Civil español mantiene esta estructura normativa). Nuestro Código Civil, por el contrario, ha optado por establecer un tratamiento normativo diferenciado para

(67) Artículo 601 del Código Procesal Civil: “La pretensión interdictal prescribe al año de iniciado el hecho que fundamenta la demanda”.

(68) Además de la propiedad, ciertos derechos reales menores también se pueden ganar mediante prescripción, como por ejemplo las servidumbres aparente (art. 1040 del CC).

cada una de ellas, pero ello no es óbice para integrar el régimen legal de la prescripción adquisitiva con las reglas establecidas para la prescripción extintiva.

Adicionalmente a ello, debe tenerse en cuenta que no es un impedimento para esta aplicación analógica el artículo IV del Título Preliminar, según el cual “La ley que establecen excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía”.

En efecto, así como la prescripción extintiva implica la pérdida de un derecho (un crédito, por ejemplo), en la prescripción adquisitiva alguien termina perdiendo su derecho: el propietario. Por eso, aquellos motivos que permitan evitar que esta prescripción se consuma (como lo son las “causas de interrupción”) deben considerarse como favorables a la “vigencia” del derecho: en el caso de la prescripción extintiva, interrumpirla implica poder hacer el cobro de la deuda; en el caso de la usucapión, evitar que esta se consuma evita que el propietario pierda su derecho.

En conclusión, en tanto las normas que establecen las causas de interrupción de la prescripción extintiva buscan la vigencia de un derecho, no existe obstáculo para su aplicación analógica a la prescripción adquisitiva.

El artículo 1996 del CC establece las siguientes causas (civiles) de interrupción:

1. Reconocimiento de la obligación
2. Intimación para constituir en mora al deudor
3. Citación con la demanda o por otro acto con el que se notifique al deudor, aun cuando se haya acudido a un juez o autoridad incompetente.
4. Oponer judicialmente la compensación.

Voy a centrarme en la causal de interrupción del inciso 3 (demandas y procesos judiciales) pues sobre esta la Corte Suprema se pronunció en la sentencia que vengo analizando. De dicho inciso podemos concluir algunas cosas:

- i) Aquello que genera que la prescripción se interrumpa no es la presentación de la demanda⁽⁶⁹⁾, sino su notificación al prescribiente. Por ello, si la demanda se presenta antes de producida la prescripción, pero es notificada luego de su consumación, entonces no se habrá producido la interrupción y el prescribiente habrá pasado a ser un propietario.

(69) Más adelante detallaré qué tipo de demanda debe ser.

- ii) No basta con cartas o comunicaciones informales en donde se le exija al prescribiente la devolución del bien. La norma es clara cuando exige una “demanda”, ya sea que esta llega a conocimiento del poseedor mediante citación o por cualquier otro acto de notificación (edictos, por ejemplo).

Entonces, si bien la Corte acertó al señalar que “la pacificidad no se afecta por la remisión de cartas notariales o el inicio de procesos judiciales”, el error estuvo en calificar a dichas circunstancias como actos de interrupción que afectan la continuidad: “Tales actos [las cartas notariales y los procesos judiciales] son, en cambio, actos de interrupción de la prescripción, y así deben ser entendidos”.

Y es un error no solo porque el inciso 3 del artículo 1996 del CC exige una “demanda”, sino porque incluso en el caso de los procesos judiciales, no cualquiera genera que la prescripción quede interrumpida. Va a depender mucho de la pretensión contenida en la demanda, el que se considere a esta última como causa de interrupción⁽⁷⁰⁾.

Pero al margen del error, el acierto de la Corte está en establecer que las causas de interrupción repercuten sobre la continuidad y no sobre la pacificidad.

5. ¿Qué efectos produce la interrupción?

¿Qué significa que la prescripción se interrumpa? Es decir, ¿qué efectos produce sobre la prescripción el hecho de que esta se entienda “interrumpida”? ¿Significa que todo el plazo prescriptorio acumulado hasta antes de la interrupción se pierde? ¿O acaso significa que mientras dure el efecto que generó la interrupción el plazo deje de correr, pero después se reanuda sin que el prescribiente pierda todo el plazo acumulado hasta antes de la interrupción?

Debemos partir por diferenciar la suspensión del plazo prescriptorio de su interrupción. La “suspensión” de la prescripción se produce por causas que se desarrollan o prolongan por un determinado periodo de tiempo, a diferencia de las causas de interrupción, que se caracterizan por ser instantáneas (nacen y mueren casi en simultáneo).

Véase las causas de suspensión establecidas en el artículo 1994 del CC:

“Se suspende la prescripción:

1. Cuando los incapaces no están bajo la guarda de sus representantes legales.

(70) Incluso en el caso de las cartas notariales, aun cuando se considere que estas encajan como causas de interrupción de acuerdo con el inciso 2 (ya no el 3) del artículo 1996 del CC, no cualquier carta notarial podrá producir tal efecto. Dependerá mucho del contenido de la carta y de lo que el remitente expresa en la misma.

2. Entre los cónyuges, **durante** la vigencia de la sociedad de gananciales.
3. Entre quienes mantienen una unión de hecho.
4. Entre los menores y sus padres o tutores **durante** la patria potestad o tutela.
5. Entre los incapaces y sus curadores, **durante** el ejercicio de la curatela.
6. **Durante** el tiempo que transcurra entre la petición y el nombramiento del curador de bienes, en los casos que procede.
7. Entre las personas jurídicas y sus administradores, **mientras** estos continúen en el ejercicio del cargo.
8. **Mientras** sea imposible reclamar el derecho ante un tribunal peruano (el énfasis es mío).

Como se puede ver, lo que genera que la prescripción quede suspendida son situaciones que se prolongan por determinado tiempo: “la prescripción se suspende **mientras** dure tal situación”, o “**durante** determinada periodo de tiempo”.

Por ello tiene mucho sentido que, en el caso de la suspensión, mientras esté vigente alguna de sus causas el plazo prescriptorio no corra, y recién una vez desaparecida dicha causa aquel retome su curso. Por ello hace bien el artículo 1995 del CC en señalar que “desaparecida la causa de la suspensión, la prescripción **reanuda** su curso **adicionándose** el tiempo transcurrido anteriormente”.

Por el contrario, en el caso de la interrupción, en tanto el evento que la genera nace y se extingue inmediatamente (la notificación de la demanda, por ejemplo), no tendría sentido señalar (como se hace para el caso de la suspensión) que “desaparecida la causa de la interrupción la prescripción reanuda su curso adicionándose el tiempo transcurrido anteriormente”. Piénsese en el poseedor que hasta las 3:00 p.m. del 8 de agosto de 2016 tenía 9 años de posesión, y a las 3:01 p.m. recibe la notificación de la demanda de reivindicación, con lo cual su prescripción queda interrumpida. ¿Alguien se animaría a sostener que a las 3:02 p.m. desapareció la causa de interrupción y, por ende, a partir de las 3:03 p.m., el prescribiente reanuda el plazo sumando a su favor los 9 años que tenía hasta antes de la notificación? Afirmar algo así conllevaría que pierda todo sentido para el propietario interrumpir el plazo prescriptorio.

Por ello, hace bien el artículo 1997 del CC en señalar (para el caso de la interrupción que se produce con la notificación de la demanda, aunque aplica a las demás causas de interrupción) que “la prescripción comienza a correr nuevamente desde la fecha en que la resolución que pone fin al proceso queda ejecutoriada”.

Cuando la norma emplea el término “nuevamente” hace referencia al “reinicio” del plazo prescriptorio, con lo cual una vez producida la interrupción el plazo comienza a correr desde el día 1, perdiendo el prescribiente todo lo ganado hasta ese momento⁽⁷¹⁾.

En conclusión, la suspensión y la interrupción no solo se diferencian por las distintas causas que las originan⁽⁷²⁾, sino también por los efectos que generan cada una de ellas: desaparecidas las causas de la suspensión, el plazo prescriptorio se reanuda, sumándosele el tiempo que hasta antes de la suspensión se había acumulado; en el caso de la interrupción, una vez producida esta, el plazo se reinicia desde el día 1, perdiendo el prescribiente todo lo que había ganado hasta antes de que se produjera tal interrupción.

Y esto también permite diferenciar los requisitos de “continuidad” y “pacificidad”. A diferencia de las causas que afectan (interrumpen) la continuidad, las cuales –como acabo de señalar– nacen y se extinguen casi en simultáneo, las causas que afectan la pacificidad (continuos despojos y recuperaciones del bien materia de prescripción) se prolongan por un determinado periodo de tiempo, con lo cual las causas que afectan a la pacificidad se acercan más a las causas de suspensión que a las de interrupción.

Por ello, y aplicando las consecuencias que genera la suspensión de la prescripción, considero que luego de superado el estado de violencia en el ejercicio de la posesión, que generó que esta pierda su pacificidad, el plazo deberá reanudarse, contando a favor del prescribiente el tiempo acumulado hasta antes de que se iniciara el periodo de violencia.

6. Precisiones sobre la demanda como una causa de interrupción civil

Corresponde hacer algunas precisiones sobre la notificación de la demanda como causa interruptiva de la prescripción⁽⁷³⁾. ¿Cualquier demanda interrumpe la prescripción? ¿Qué pasa si dicha demanda es finalmente desestimada? ¿Ello determina que el plazo se reinicie?

Dado el elemento de sanción presente en la prescripción (castigar al propietario por haber descuidado el bien), los actos interruptivos (ya sean naturales o civiles) constituyen el perdón al propietario, pues con ellos demuestra su interés en el bien. Es por eso que, tratándose de una demanda, esta debe reflejar el interés del propietario en recuperar aquello que le pertenece. Podría tratarse, por

(71) En el caso de que la interrupción se haya producido por la notificación de la demanda, el plazo no reinicia inmediatamente luego de hecha la notificación, sino una vez finalizado el proceso judicial al que dio lugar tal demanda. Es decir, el tiempo que dure el proceso no suma a favor del prescribiente.

(72) Mientras que las causas de interrupción están enumeradas en el artículo 1996, las de suspensión están en el 1994 del Código Civil.

(73) Me voy a centrar en esta causa en tanto la Corte incidió en ella.

ejemplo, de una demanda de reivindicación o desalojo, pues en ambos casos el propietario exige la restitución del bien.

En el caso materia de análisis los prescribientes habían sido denunciados por usurpación y demandados en dos procesos civiles: uno sobre ineficacia de la compraventa y otro sobre reivindicación. Si bien –de acuerdo con lo señalado por la Corte– todos estos procesos se iniciaron luego de que la prescripción ya había quedado consumada a favor de los demandantes, con lo cual ya no podían generar ninguna interrupción, no dejan de ser relevantes los argumentos empleados por la Corte para descartar que dichos procesos puedan constituir causas de interrupción:

“El proceso penal de usurpación fue sobreseído y los procesos civiles han sido formulados por ineficacia de acto jurídico (517-2010) y reivindicación (518-2010), cuyo contenido es distinto al de la prescripción adquisitiva, siendo además que no cuentan con sentencia”.

Sin duda alguna, la demanda de ineficacia de la compraventa así como la denuncia por usurpación no interrumpen la prescripción, pues con dichas acciones el propietario no busca la recuperación del bien. Sin embargo, lo señalado sobre la reivindicación sí es un error. La Corte descarta que dicha reivindicación pueda interrumpir la prescripción en tanto “tiene un contenido distinto a la prescripción adquisitiva”. ¿Qué quiere decir la Corte con esto? ¿Significa que la interrupción se producirá solo cuando el prescribiente sea demandado también por prescripción? Pero si quien pretende recuperar el bien es el propietario, ¿cómo demandaría él la prescripción? Es obvio que lo que tiene que plantear es una reivindicación. ¿Por qué razón la reivindicación –asumiendo que sea planteada antes de consumarse la prescripción– no interrumpe el plazo?

Afortunadamente, este error de la Corte no repercute sobre la decisión de fondo, en tanto –como ya señalé– la demanda de reivindicación fue notificada luego de que la prescripción ya había quedado consumada; sin embargo, no deja de ser preocupante, pues sienta un mal precedente de cara a futuros casos.

Por otro lado, si la demanda de reivindicación o desalojo es amparada, entonces la prescripción no llegará a consumarse. Esto no genera dudas. ¿Pero qué sucede si la demanda no llega a ser amparada? ¿Se considera interrumpida la prescripción?

El Código Civil únicamente regula este supuesto en caso de que la demanda no sea amparada por dos razones: desistimiento del demandante o abandono del proceso. Así, el artículo 1997 señala lo siguiente:

“Queda sin efecto la interrupción cuando:

(...)

2. El actor se desiste de la demanda o de los actos con los que ha notificado al deudor;

3. El proceso fenece por abandono”.

Entonces, solo en estos casos se considera como si la interrupción nunca se hubiese producido, con lo cual el plazo prescriptorio comprenderá todo el tiempo transcurrido antes de la notificación de la demanda así como el tiempo que haya tomado el proceso judicial (algo similar a lo que ocurre con la interrupción natural en caso de que el prescribiente recupere el bien antes de transcurrido un año).

Por ello, la Corte nuevamente se equivoca al considerar que la reivindicación planteada contra los prescribientes no podía interrumpir el plazo en tanto “no cuenta con sentencia”. Si durante el desarrollo del proceso de prescripción se acredita que el prescribiente –antes de consumada la usucapión– fue notificado con una demanda de reivindicación, ello automáticamente interrumpe el plazo, aun cuando no se hubiese expedido sentencia. Será el prescribiente quien deba probar que el proceso judicial de reivindicación concluyó por abandono o por desistimiento del demandante, pues, de lo contrario, dicha demanda –aun sin sentencia– habrá generado la interrupción del plazo prescriptorio.

Afortunadamente, este error de la Corte pasa nuevamente desapercibido gracias a que la reivindicación fue notificada luego de haberse consumado la prescripción. El problema, sin embargo, se genera para los futuros casos.

Finalmente, ¿qué sucede si la demanda –notificada antes de consumarse la prescripción– no es amparada por un tema de fondo, por ejemplo, se desestima la reivindicación porque el juez concluye que el demandante no era propietario del bien?

El Código Civil no dice nada al respecto, con lo cual solo queda aplicar la regla general: producida la interrupción, el plazo se reinicia. ¿Pero se reinicia desde que el prescribiente fue notificado o desde que finaliza el proceso judicial? De acuerdo con el artículo 1998 del CC, el plazo se reinicia una vez que el proceso concluye de manera definitiva. Es decir, ni siquiera el tiempo que dura el proceso judicial se contará a favor del prescribiente.

Esto puede resultar un exceso, pues significa que cualquier persona que demande al prescribiente sin ningún tipo de sustento logrará interrumpir su prescripción (salvo que dicho proceso termine por abandono o con el desistimiento del demandante).

Para evitar esto considero que debería modificarse la norma, de tal modo que en vez de que sea la notificación de la demanda la que genere la interrupción (y, por ende, el reinicio del plazo prescriptorio), se considere al proceso judicial como una causal de “suspensión” de la prescripción, de tal forma que una vez emitida

la sentencia que desestima la demanda el prescribiente pueda reanudar la usucapación adicionando todo el plazo acumulado hasta antes del inicio del referido proceso.

7. Confusiones en nuestra normativa

Por todo lo expuesto hasta este punto, considero que existe una confusión en el D.S. N° 032-2008-VIVIENDA (art. 40) al momento de distinguir la pacificidad de la continuidad. Dicha norma señala lo siguiente:

“No afecta el requisito de la posesión pacífica, la interposición de denuncias o demandas judiciales o administrativas contra el poseedor, siempre que en estas no se discuta el derecho de propiedad o posesión, o si estas hubieran concluido sin pronunciamiento sobre el fondo, tales como la declaración de improcedencia, abandono o desistimiento”.

Es decir, la pacificidad sí se afecta por la interposición de aquellas denuncias o demandas judiciales o administrativas que: i) discutan el derecho de propiedad o posesión; y ii) hayan concluido con un pronunciamiento sobre el fondo, independientemente de si se fueron amparadas o desestimadas.

En realidad, como ya detallé previamente, la pacificidad nunca se afecta por la interposición de denuncias o demandas, independientemente de si con estas se discute la propiedad o la posesión y al margen de cómo concluyen dichas demandas (con un pronunciamiento sobre el fondo o no). Todo esto está vinculado al requisito de la continuidad, no al de la pacificidad.

8. La Corte reconoce la eficacia inmediata o automática de la prescripción adquisitiva

En su considerando cuarto la Corte señaló:

“(…) teniéndolos como actos de interrupción, y siendo que los demandantes están en posesión del bien desde mil novecientos noventa y cinco con ánimo de propietarios, a la fecha de dichos procesos (dos mil ocho y dos mil diez) nada había que interrumpir en orden al tiempo de prescripción porque el demandante **ya había ganado su derecho para usucapir al haber poseído** de manera pública, pacífica, continua y con ánimo de propietario por más de trece años, siendo irrelevantes los actos posteriores que pudieran haber sido propiciados por los demandados” (el resaltado es mío).

Si la Corte sostiene que aquellas demandas notificadas luego de transcurrido el plazo prescriptorio (pero antes de que se emita sentencia) no logran ningún efecto interruptivo, es porque considera que lo importante, más que la sentencia, es el cumplimiento de los requisitos dentro del plazo legal. Entonces (y a

diferencia de la casación que fue materia de análisis anteriormente), la prescripción produce efectos de manera automática, y la sentencia que se pronuncia sobre la misma tendrá naturaleza meramente declarativa.

9. Innovaciones sobre la buena fe exigida al prescribiente

En su considerando tercero la Corte sostuvo que:

“En relación al tiempo de posesión, nuestro Código Civil señala, en relación a los inmuebles, que este es de cinco años cuando se tiene justo título y buena fe, y de diez años cuando se carece de dichos supuestos. El justo título es el acto jurídico válido, pero que no produce los efectos de transmisión, y **exige del poseedor no solo una buena fe-creencia, sino una buena fe-diligencia**” (el énfasis es agregado).

La doctrina ha hecho esta distinción entre buena fe-creencia y buena-diligencia con relación a la buena fe de quien actúa confiando en el Registro. Por ejemplo, A vende el bien a B y este no inscribe la propiedad a su favor. Luego de ello, valiéndose de que el Registro aún lo publicita (erróneamente) como propietario, A vende nuevamente el bien, pero esta vez a favor de C, quien, confiando en la información registral, adquiere e inscribe su derecho. Este caso dará lugar a una confrontación entre los dos compradores, el cual es resuelto a favor de quien inscribió primero su derecho (C), siempre que esta inscripción se haya hecho con buena fe. Y es aquí donde nace el debate sobre lo que implica la “buena fe” de C.

Un sector de nuestra doctrina ha planteado un concepto “negativo” de buena fe: esta se mantiene mientras no se pruebe que el tercero registral “conocía la inexactitud del Registro”. A esta forma de entender la buena fe se le denomina “buena fe-desconocimiento” o “buena fe-creencia”.

Según este estándar de buena fe, quien pretenda desvirtuar la buena fe del tercero registral (C) deberá acreditar que conocía (de manera efectiva, no potencial) que el Registro se disociaba de la realidad. Como consecuencia de ello, el tercero registral no tiene ninguna obligación de informarse sobre datos extrarregistrales. Según esta posición, entonces, la “buena fe” consiste en la ignorancia efectiva de que el Registro publicitaba algo erróneo, sin importar el esfuerzo (mucho o poco) que el tercero adquirente haya desplegado para salir de dicho estado de ignorancia.

Frente a esta forma de entender la buena fe se ha planteado una idea de buena fe-diligencia, es decir, ya no como un “desconocimiento de la inexactitud registral”, sino como un patrón de conducta que “obliga” al tercero a asumir una actitud diligente al momento de su adquisición, imponiéndosele deberes

elementales de verificación e información, conforme a los cánones mínimos de honestidad en la adquisición⁽⁷⁴⁾.

Así, la buena fe no podría ser equivalente a la simple ignorancia, pues aquella está envuelta en un ámbito de moralidad que la configura de forma decisiva. “Una buena fe sin diligencia tiene más de censurable ignorancia que de buena fe protegible. De igual modo, repárese en que el Registro es una verdad formal que no agota la realidad jurídica, y si esta se muestra accesible, por lo menos generando el estado de duda suficiente para reaccionar, entonces no existe razón alguna para que el hombre recto y prudente no deba avanzar hasta saldar la duda y obtener el conocimiento efectivo de la realidad, sin pretender cobijarse en el manto de la buena fe cuando estuvo a su alcance la realidad”⁽⁷⁵⁾.

En síntesis, según esta segunda posición, la buena fe es la ignorancia de que el Registro publicita algo erróneo, pese a haber realizado las labores encaminadas a conocer la verdad (realidad).

Nótese que ambas formas de entender la buena fe parten de la misma idea: desconocimiento o ignorancia de que el Registro publicita una información errónea. La diferencia es que en el primer enfoque (buena fe-creencia) la buena fe se mantiene pese a que el tercero no haya hecho nada por salir de su estado; en el segundo (buena fe-diligencia) el tercero debe haber agotado los medios para salir de su estado de ignorancia y, pese a ello, este se mantiene.

Como se puede apreciar, la distinción entre buena fe-creencia y buena fe-diligencia se ha planteado respecto del tercero que contrata sobre la base del Registro. Lo novedoso de la sentencia materia de comentario es que la Corte hace esta misma distinción en lo que se refiere a la actuación del prescribiente. Esto no es un tema menor, tal como paso a explicar con el siguiente ejemplo.

Imaginemos que se trata de un inmueble que no está inmatriculado (es decir, no cuenta con partida registral), cuya propiedad le corresponde a A, pero la posesión la ejerce B. Valiéndose de esta posesión, B se muestra ante C como propietario y le vende el bien. Al cabo de 6 años A demanda a C por reivindicación y este invoca a su favor la prescripción ordinaria (corta), en tanto cuenta con justo título (la compraventa celebrada con A y que es ineficaz en tanto este no era el propietario) y buena fe, pues confió en que el poseedor del bien (B) era el propietario, de acuerdo con el artículo 912 del CC⁽⁷⁶⁾.

(74) Contundentes argumentos a favor de esta posición, en: GORDILLO CAÑAS. “El principio de fe pública Registral”. Parte I. En: *Anuario de Derecho Civil*. Tomo LIX, Fascículo II, abril-junio, 2006, p. 587 y ss.

(75) GORDILLO CAÑAS, Antonio. *El principio de fe pública registral*. Biblioteca Moderna de Derecho Civil. N° 3, Jurista Editores, Lima, 2010, p. 123.

(76) Artículo 912 del Código Civil.- “El poseedor es reputado propietario, mientras no se pruebe lo contrario. Esta presunción no puede oponerla el poseedor inmediato al poseedor mediato. Tampoco puede oponerse al propietario con derecho inscrito”.

De acuerdo con el estándar de buena fe que la Corte ha fijado en la sentencia materia de comentario, ya no será suficiente para C sostener que “presumió” a B como propietario en tanto ejercía la posesión. Los deberes de diligencia en este caso mandaban, por ejemplo, que B exigiera a C la presentación de algún título que lo reconociera como propietario, como podría ser la compra-venta otorgada a su favor, un anticipo de legítima, una declaración de heredero de quien en vida fue antes propietario del predio, etc. De igual forma, la diligencia exigía a C hacer la consulta respectiva en la municipalidad, a efectos de comprobar si B estaba registrado como propietario (si bien los registros municipales son de tipo administrativo, sí son importantes, pues otorgan indicios respecto a si determinado poseedor tiene o no algún derecho sobre el bien que ocupa).

En conclusión, las precisiones que ha dado la Corte Suprema respecto de lo que debe entenderse por buena fe en el ámbito de la prescripción adquisitiva son importantes en tanto buscan estandarizar o unificar el concepto de buena fe aplicable tanto en sede registral (a favor del tercero registral) como fuera de ella (a favor del prescribiente).

VI. CONCLUSIONES

El acierto de la Corte ha sido distinguir adecuadamente la “continuidad” de la “pacificidad” como requisitos de la prescripción. Es importante, asimismo, que se haya descartado que las causas civiles de interrupción afectan a la pacificidad.

Sin embargo, los errores no han estado ausentes, sobre todo en lo que se refiere a la notificación de la demanda como una causa de interrupción de la prescripción.

Quedan, finalmente, muchos temas a la espera de un pronunciamiento y sobre los cuales la Corte guardó silencio: i) ¿el despojo del bien afecta la continuidad o la pacificidad?; ii) ¿qué tipo de pretensión debe contener la demanda a efectos de lograr que la prescripción quede interrumpida?; iii) ¿los reclamos de la propiedad que se hagan de manera extrajudicial afectan la continuidad?

El análisis que acabo de realizar no solo ha estado enfocado en comentar lo resuelto por la Corte, sino también sus silencios. Lamentablemente, cuando la Corte tuvo la oportunidad de analizar de manera prolija la “prescripción adquisitiva” (el Segundo Pleno Casatorio versó precisamente sobre esta materia), dejó pasar la oportunidad. Dicho pleno no ha servido para crear una tendencia jurisprudencial sobre cada uno de los temas señalados previamente.

Dada la frecuencia con que se presentan casos de prescripción, lo más probable es que en el mediano plazo tengamos un nuevo pleno casatorio abocado a resolver cada uno de los temas pendientes, los cuales, si bien se siguen debatiendo en nuestra doctrina (aunque muchas veces sin la rigurosidad debida), brillan por su ausencia en nuestra jurisprudencia.

¿Adquirir la posesión de quien estaba impedido de cederla impide la suma de plazos posesorios para consumir la prescripción?

COMENTARIO A LA CASACIÓN N° 160-2013

I. LOS HECHOS DE LA SENTENCIA

Mediante sentencia casatoria N° 160-2013 (en adelante, la casación) se resolvió la demanda de prescripción adquisitiva de dominio interpuesta por Enrique Maldonado Vásquez (en adelante, el demandante) sobre el inmueble (en adelante, el inmueble) que María Guadalupe Galarza Valenzuela (en adelante, la demandada) tenía inscrito originalmente a su favor tanto en el Registro como ante la municipalidad.

El demandante alegó que originalmente el inmueble lo había venido poseyendo Olga Marina Rojas Mendoza (en adelante, la Sra. Rojas) desde el 16 de setiembre de 1987, quien le transfirió la posesión mediante contrato privado de compraventa de los derechos de posesión y mejoras del 10 de agosto de 2002 por la suma de S/ 500.00. Es desde esta fecha que A habría ejercido la posesión, y sumando los más de 10 años de posesión que ejerció la Sra. Rojas, al momento de interponer la demanda (2011) ya tenía 24 años de posesión, con lo cual ya se había convertido en propietario.

Adicionalmente a ello, el demandante sostuvo que, ante la ausencia del demandado, la Municipalidad de Yarinacocha declaró el predio en abandono mediante Resolución de Alcaldía N° 262-2007-ALC-MDY.

Tanto en primera como en segunda instancia se declaró infundada la demanda de prescripción adquisitiva por considerar que no se había cumplido con el requisito de la pacificidad.

Al momento de resolver el recurso de casación, la Corte Suprema coincidió con las instancias de mérito, pues “se verificó que se han iniciado procesos judiciales y administrativos entre el recurrente y la demandada” (considerando octavo), lo cual afecta el requisito de pacificidad.

¿Cuáles fueron estos procesos que –según la Corte Suprema– habrían afectado la pacificidad?

- i) Demanda contencioso-administrativa (Exp. N° 2007-995-JMY) interpuesta por el demandante contra la Resolución de Alcaldía N° 1301-2007-ALC-MDY, que declaró nula la Resolución de Alcaldía N° 262-2007-ALC-MDY, mediante la cual se había declarado en abandono el inmueble.
- ii) Proceso de interdicto de retener (Exp. N° 096-2009-JMY) interpuesto por el demandante contra la demandada, el mismo que fue desestimado.

Sin embargo, esta no fue la razón determinante para que la demanda haya sido desestimada, pues estos procesos judiciales se iniciaron a partir del 2007, fecha para la cual –sumando el plazo posesorio de la Sra. Rojas– el demandante ya tenía 20 años de posesión, es decir, ya se habría convertido en propietario, resultando irrelevante el que recién en ese momento se afectara su pacificidad.

En efecto, el cumplimiento de los requisitos que establece el artículo 950 del CC debe verificarse dentro del periodo necesario para prescribir (10 o 5 años, dependiendo de si se cuenta con justo título y buena fe). Una vez cumplido dicho periodo, resulta irrelevante, de cara a consumir la prescripción, que la posesión sea vea interrumpida o se pierda la pacificidad.

Por ello, la razón determinante que llevó a la Corte a desestimar la demanda de prescripción fue la imposibilidad de que el demandante pudiera sumar a su favor el plazo prescriptorio de la Sra. Rojas:

“Décimo Cuarto: Que, se controla que las instancias de mérito han descrito y analizado los medios probatorios, y concluyeron que el recurrente ocupó el terreno sublitis desde el diez de agosto de dos mil dos, fecha en que adquirió la posesión, es decir, habrían transcurrido ocho años hasta la interposición de la presente demanda, el veinticinco de mayo de dos mil once. A los cuales, pretende que se le adicione el plazo de posesión de Olga Marina Rojas Mendoza, desde mil novecientos ochenta y siete, y así superaría los diez años que requiere la norma civil. Sin embargo, conforme al artículo 898 del Código Civil, dispone, reiteramos que: ‘El poseedor puede adicionar a su plazo posesorio el de aquel que le transmitió válidamente el bien’, pero, de forma palmaria se tiene que la transferencia de la posesión no fue válida, toda vez que Olga Marina Rojas Mendoza, estaba prohibida de transferir la posesión del inmueble sublitis a terceros (véase la prohibición expresa y literal contenida a fojas dos - reverso), por lo que la transferencia no es válida, en consecuencia no es factible adicionar o sumar el plazo de posesión de la anterior posesionaria, Olga Marina Rojas Mendoza, al del casacionista” (el resaltado es mío).

Es decir, el contrato en virtud del cual la Sra. Rojas entró en posesión del inmueble incluía una cláusula que expresamente le prohibía ceder la posesión a

favor de terceros. Entonces, el contrato de transferencia de posesión otorgado por la Sra. Rojas a favor del demandante —a criterio de la Corte— resultaba inválido, en tanto vulneraba dicho “compromiso de no transferencia”, y al ser un contrato inválido no le permitía al demandante sumar el plazo posesorio de la Sra. Rojas (en tanto el art. 898 del CC exige para la suma de plazos posesorios un acto de transmisión válido entre las partes).

Como consecuencia de ello, el demandante solo habría poseído el inmueble 5 años: desde el 2002 (fecha en que efectivamente lo recibió) hasta el 2007 (cuando se afectó su “pacificidad”), con lo cual no habría logrado consumir la prescripción.

A continuación analizaré si la decisión de la Corte fue correcta.

II. ¿QUÉ RELEVANCIA ASUME EL QUE SE HAYA DECLARADO QUE LA DEMANDADA ABANDONÓ EL INMUEBLE?

Si bien es cierto que el abandono es considerado en el artículo 922 del CC como una causa de extinción de la posesión, para los fines de la prescripción resulta irrelevante que el predio que se busca prescribir haya sido abandonado por su anterior propietario.

En tanto el abandono no está regulado como una causa de pérdida de la propiedad, el bien abandonado seguirá perteneciéndole a dicho propietario mientras no se acredite que otra persona asumió la posesión de forma pública, pacífica, continua y como propietario por el plazo de 10 años.

Una declaración municipal de abandono solo prueba el desinterés del propietario respecto del inmueble, mas no acredita a favor del prescribiente el cumplimiento de los requisitos que establece el artículo 950 del CC. Por ello, la resolución municipal que declaró el abandono nada suma a la pretensión prescriptoria planteada por el demandante.

III. SOBRE LA “PACIFICIDAD” COMO REQUISITO PARA USUCAPIR

Con los comentarios realizados a las sentencias casatorias N°s 2434-2014-Cusco y 2153-2014-Huánuco, ha quedado claro que la pacificidad no está vinculada con la existencia de litigios sobre el bien. Estos procesos judiciales repercuten sobre otro requisito de la prescripción: la continuidad.

Pero no cualquier proceso interrumpe la prescripción: solo aquellos mediante los cuales se le exige al prescribiente la devolución del bien. En el caso que vengo analizando, el proceso contencioso administrativo fue seguido por el prescribiente contra la municipalidad, y en el mismo no se discutió si el demandante debía o no devolver el inmueble, sino si la demandada había efectivamente abandonado

el predio. Es decir, este proceso no tenía ninguna relevancia de cara a afectar la prescripción del demandante.

Y algo similar pasa con el interdicto de retener interpuesto en su momento por el demandante. No fue al prescribiente (demandante) a quien se le exigió la devolución del inmueble, sino que fue aquel quien planteó la demanda para frenar los actos perturbatorios de su posesión que la demandada venía ejerciendo.

Entonces, aun dando por cierto que la existencia de procesos judiciales en torno al bien afectan la “pacificidad”, esto no se habría producido en el presente caso, pues en ninguno de los dos procesos judiciales se le exigió al prescribiente la devolución del bien, con lo cual aquellos no generaban ningún impacto sobre la prescripción.

IV. SOBRE LA SUMA DE PLAZOS POSESORIOS

La suma de plazos posesorios (conocida en la doctrina como “accesión de posesiones”) tiene su origen en el Derecho Romano⁽⁷⁷⁾ y ha sido reconocida en el artículo 898 del CC, exigiéndose como único requisito que entre aquel que aporta el plazo posesorio y quien lo adhiere a su favor exista un acto de transmisión válido. La norma no quiere que quien despoja violentamente a otro de la posesión o se apropia del bien sin su consentimiento pueda resultar beneficiado “endosándose” el tiempo ganado hasta el momento por el despojado.

Esta “transferencia válida” que menciona el artículo 898 del CC no es otra cosa que el denominado “justo título”: un contrato válido pero insuficiente para transmitir el dominio, en tanto quien lo otorga no ostenta el derecho de propiedad. Por ello, cuando el artículo 898 del CC establece como condición para la suma de plazos posesorios la “transmisión válida del bien”, le está exigiendo al prescribiente que cuente con un “justo título”.

Entonces, si un usurpador (o poseedor ilegítimo en general) vende el bien a favor de alguien, el adquirente no se convertirá en propietario (en la medida que está contratando con quien no es el dueño), pero sí podrá sumar a su favor el tiempo que su transferente estuvo en posesión del bien. ¿Y para qué le servirá esta suma posesoria? Precisamente, para lograr —a través de la prescripción adquisitiva— aquello que su contrato de compraventa no le permite: convertirse en propietario del bien.

La suma de plazos posesorios tiene su principal ámbito de aplicación en la prescripción adquisitiva⁽⁷⁸⁾. Con ella se le facilitan las cosas al prescribiente, per-

(77) HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *La posesión*. Civitas, Madrid, 1980, pp. 323-324.

(78) Sin perjuicio de ello, la suma de plazos posesorios no es exclusivo del ámbito de la prescripción. Por ejemplo, el poseedor que quiera repeler el interdicto que se interpone contra él podrá sumar a su favor el

mitiéndole completar el plazo y acceder a la propiedad (o, eventualmente, a la servidumbre⁽⁷⁹⁾).

Se trata de un premio que la ley concede, pero siempre y cuando el adquirente haya accedido al bien sin que medie violencia. El sistema jurídico, en su rol de garantizar una convivencia pacífica, califica de forma negativa el despojo y de manera positiva el acuerdo entre las partes para que uno haga entrega del bien voluntariamente al otro. Solo los segundos están premiados con la suma de plazos, pues, de lo contrario, en caso de que se llegase a permitir la accesión de posesiones cuando ha mediado despojo o violencia, el sistema entraría en una contradicción: estaría facilitando las prescripciones y con ello la prueba de la propiedad, pero en simultáneo estaría incentivando la violencia (cualquier persona que sabe que alguien está a punto de prescribir le arrebataría el bien, sumaría a su favor el plazo ganado, completaría el tiempo que falta y demandaría la prescripción).

Una pregunta muy frecuente es si para sumar plazos posesorios es necesario, además del justo título, que el poseedor haya actuado de buena fe.

Piénsese en el siguiente caso: A encuentra un inmueble desocupado y se introduce en él. Lo posee por el plazo de 3 años y luego de ello, estando próximo su viaje al interior del país, se hace pasar como propietario y se lo vende a B, quien, pese a saber que A no es el propietario, guarda silencio y lo adquiere. B ha actuado sabiendo que está comprando algo que no es de quien se lo transfiere. Existe entre ellos un contrato de transmisión válido, pero B ha actuado de mala fe⁽⁸⁰⁾. ¿Podrá sumar a su favor los 3 años de posesión de A?

En principio, el artículo 898 del CC solo exige la transferencia válida del bien, sin exigir buena fe de parte del adquirente. Si bien esto debiera bastar para descartar que la buena fe sea un requisito para aplicar la suma de plazos, existe

tiempo del anterior poseedor (siempre que este le haya hecho entrega del bien), para de este modo completar el plazo de un año que exige el artículo 921 del Código Civil para repeler un interdicto. Por ello discrepo de la siguiente opinión: “¿Qué utilidad tiene para el poseedor hacer alarde de mayor plazo de posesión? (...) “aunque la norma no lo dice expresamente, es evidente que semejante derecho **solo tiene utilidad** (por lo menos en el estado actual de la legislación peruana) para efectos de la prescripción adquisitiva” (el énfasis es mío): MEJORADA CHAUCA, Martín. “Adición del plazo posesorio”. En: *Código Civil comentado*. Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p. 85.

(79) Según nuestro Código Civil, tanto la propiedad como la servidumbre son susceptibles de ser adquiridas por prescripción. No obstante, en nuestro medio un sector minoritario sostiene que esta regulación positiva no es taxativa, motivo por el cual –según se dice– cualquier derecho real “poseible” sería pasible de ser adquirido por usucapión: “Resulta obvio que en relación a derechos no poseibles, como la hipoteca, no cabe la prescripción adquisitiva ya que faltaría la base que la sustenta, esto es, la posesión. Sin embargo, respecto a derechos reales poseibles no se advierte obstáculo alguno para admitirlo”: GONZALES BARRÓN, Gunther. *La usucapión. Fundamentos de la prescripción adquisitiva de dominio*. N° 2, Biblioteca Moderna de Derecho Civil, Jurista Editores, Lima, 2010, p. 196.

(80) Actúa de buena fe cuando desconoce de forma excusable (o lo que es lo mismo, cree legítimamente) que su transferente no es propietario del bien; y actúa de mala fe cuando sabe o está en posibilidades de saber (usando una diligencia que debe ser analizada en cada situación particular) que su transferente no es propietario del bien materia del contrato.

una razón teleológica: acabo de mencionar que la suma de plazos tiene como finalidad acceder a la prescripción adquisitiva, y la prescripción beneficia a cualquier clase de poseedor, sea de buena o de mala fe, con la única diferencia de que en el primer caso el plazo para usucapir se reduce a 5 años y en el segundo se exigen 10 (tratándose de inmuebles). Entonces, si la suma de plazos posesorios es un medio para acceder a la prescripción adquisitiva, y esta puede beneficiar a cualquier clase de poseedor (de buena o mala fe), la conclusión es que la suma de plazos posesorios beneficia a todo poseedor al margen de si cree obrar correctamente o de si sabe que con su accionar está lesionando el interés de un tercero.

La existencia del justo título es independiente de la buena o mala fe del adquirente. Buena fe y justo título habilitan al poseedor para valerse de la prescripción corta; justo título y ausencia de buena fe habilitan al poseedor para valerse de la suma de plazos posesorios y completar los 10 años que exige la ley (prescripción extraordinaria).

Así lo reconoce también la doctrina española, que exige como único requisito para la suma de plazos el que ambas posesiones (la del transferente y la del adquirente) se ejerzan en calidad de propietario: "(...) en la denominada accesión o unión, cada una de las dos posesiones, la del transmitente y la del adquirente, conserva su carácter, su naturaleza, y solo en el caso de que ambas sean del mismo carácter o naturaleza, se podrá lograr con plenitud de efectos su unión. Así, si el poseedor actual, en el sentido del artículo 1960⁽⁸¹⁾, ostenta por sí una posesión apta para la usucapión, porque lo sea en concepto de dueño, puede beneficiarse y unir esta posesión a la del causante, en tanto la de este fuera también posesión en concepto de dueño apta para la usucapión; de lo contrario no es posible"⁽⁸²⁾.

Sin embargo, si uno revisa los sistemas jurídicos extranjeros, se podrá percatar de que ellos no coinciden con lo que acabo de señalar.

Así, por ejemplo, en el caso de Alemania, el parágrafo 943 del BGB es el equivalente a nuestro artículo 898 del CC:

(81) Artículo 1960 del Código Civil español.- "En la computación del tiempo necesario para la prescripción se observarán las reglas siguientes:

1. El poseedor actual puede completar el tiempo necesario para la prescripción, uniendo al suyo el de su causante.
2. Se presume que el poseedor actual, que lo hubiera sido en época anterior, ha continuado siéndolo durante el tiempo intermedio, salvo prueba en contrario.
3. El día en que comienza a contarse el tiempo se tiene por entero; pero el último debe cumplirse en su totalidad".

(82) HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *La posesión*. Ob. cit., p. 324.

“Si la cosa pasa a ser poseída en concepto de dueño por un tercero por sucesión de derechos, el tiempo de usucapión transcurrido durante la posesión del anterior poseedor aprovecha al tercero”⁽⁸³⁾.

Comentando esta norma, la doctrina alemana señala que el nuevo poseedor no podrá sumar a su favor el plazo de usucapión del causante si aquel conocía la ajenidad del bien al momento en que le fue transferido. Es decir, la suma de plazos posesorios se trunca cuando dicho adquirente actúa de mala fe. Se pone como ejemplo que B adquiere de D un cuadro robado a E. En tanto B tome conocimiento de que dicho cuadro fue robado, no podrá sumar a su favor el tiempo que lo poseyó D⁽⁸⁴⁾.

Sin embargo, esta posición encuentra plena justificación dentro del BGB en la medida que este excluye cualquier posibilidad de que la usucapión beneficie a los poseedores de mala fe. Así, el parágrafo 937 segundo párrafo señala que:

“(2) La usucapión está excluida si el adquirente, al tiempo de obtener la posesión en concepto de dueño, no es de buena fe o si descubre posteriormente que la propiedad no le corresponde”.

Como se puede apreciar, el sistema alemán rechaza que la usucapión pueda beneficiar al poseedor de mala fe, limitando dicha figura únicamente para los poseedores de buena fe y exigiendo, además, que dicha buena fe se mantenga vigente durante todo el plazo de 10 años. Teniendo en cuenta ello, se entiende claramente la opción del legislador y de la doctrina en negarle al adquirente que actúa de mala fe la posibilidad de valerse de la suma de plazos posesorios. En cuanto los alemanes no regulan los dos tipos de usucapión (extraordinaria y ordinaria), limitándose a plantearla solo para los casos de buena fe, cualquier actuación de mala fe por parte del poseedor carece de relevancia jurídica en lo que respecta a la adquisición de propiedad por usucapión. Es más, en caso de que el adquirente actúe de buena fe, solo podría sumar a su favor el tiempo en que su transferente fue un poseedor de buena fe, excluyéndose el plazo posesorio en que aquel hubiese actuado sabiendo que no contaba con ningún derecho que sustente su permanencia en el bien.

(83) Si bien la doctrina alemana, comentando el parágrafo 943, hace referencia a la sucesión jurídica en la posesión (que para nosotros equivale a la accesión de posesión o suma de plazos), ella no debe ser confundida con la “transmisión posesoria mediante sucesión universal”, que nosotros hemos denominado “sucesión universal en la posesión” (sobre la diferencia entre una y otra figura puede verse: HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *La posesión*. Ob. cit., pp. 323-324). Que el parágrafo 943 regula la suma de plazos y no la sucesión universal en la posesión lo demuestra la siguiente cita: “Toda la doctrina dominante aplica el parágrafo 943 pero, no solo en un caso tan particular de sucesión en la posesión, sino también en los casos de transmisión posesoria mediante sucesión universal. Esta aplicación, ciertamente, no se deduce de la historia del precepto de forma inequívoca, pero hace posibles resultados adecuados”: WESTERMANN, Harry; WESTERMANN, Harm Peter; GURSKY, Karl - Heinz; EICKMANN, Dieter. *Derechos Reales*. 7ª edición, volumen I, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, pp. 701-702.

(84) WESTERMANN, Harry y otros. *Derechos Reales*. Ob. cit., p. 701.

Así lo reconoce autorizada doctrina alemana: “Debe computarse solo el periodo de usucapión (es decir, de buena fe), por tanto, no el tiempo en que el antecesor era de mala fe”⁽⁸⁵⁾.

Se justifica, entonces, que en el sistema alemán los adquirentes de mala fe no puedan sumar el plazo posesorio de su transferente. Es la propia regulación del BGB la que condiciona tal solución al proscribir la prescripción de los poseedores de mala fe, algo muy distinto a lo que ocurre en nuestro país, en donde se reconoce la usucapión a favor de cualquier poseedor⁽⁸⁶⁾.

Un tema aparte que merece análisis es qué tipo de contrato es necesario para que proceda la suma de plazos posesorios. En principio, la norma es muy escueta, pues únicamente hace referencia a una “transmisión válida” del bien.

Sin duda alguna, este tipo de transmisión podría tratarse de un acto de enajenación: compraventa, permuta, donación. ¿Pero qué sucede si lo que se firma es un contrato de transferencia de la nuda posesión? La pregunta no es baladí.

Si se sostiene que la posesión es un derecho —como la gran mayoría de autores en nuestro país lo hacen—, no habría problema en hablar de “transferencia de la posesión” por medio de un contrato, así como se habla de la transferencia de cualquier derecho: transferencia de la propiedad, de la servidumbre, del crédito, etc. No obstante, particularmente considero —como ya lo he sostenido en otra sede⁽⁸⁷⁾— que la posesión, antes que un derecho, es un hecho jurídico.

La posesión —ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad o, si se quiere, el “actuar como propietario”— es claramente un hecho jurídico. Los comportamientos de usar un vehículo o actuar como propietario de un predio son ambos sucesos que se producen en la realidad. Diferentes son los derechos que se originan en ese hecho, que pueden ser el derecho a usucapir, al reembolso de mejoras, a la defensa posesoria, etc. Todos estos derechos tienen una existencia abstracta que no depende de su ejercicio fáctico. Por ejemplo, el propietario puede no usar el bien y sigue siendo propietario; el usufructuario puede no disfrutar el bien por un tiempo y no deja de ser usufructuario; el que tiene

(85) Ídem.

(86) A esta diferencia entre nuestro Código Civil y el BGB habría que agregar otra de particular importancia: el sistema alemán solo reconoce la usucapión de los bienes muebles (parágrafo 937 primer párrafo: “Quien posee una cosa mueble en concepto de dueño durante diez años adquiere la propiedad”). Esta opción legislativa, como es obvio, responde a la particular regulación que tienen los alemanes en cuanto al mecanismo de transferencia de propiedad sobre bienes inmuebles: “La limitación a la usucapión de cosas muebles viene derivada de la conexión con las normas sobre posesión: solo es posible la posesión, en el sentido del parágrafo 90, sobre cosas; y solo sobre las cosas muebles, se produce el derecho al cambio posesorio, como parte del cambio de atribución. En el Derecho inmobiliario, por el contrario, el Registro ocupa el lugar de la posesión”: WESTERMANN, Harry y otros. *Derechos Reales*. Ob. cit., p. 699.

(87) PASCO ARAUCO, Alan. “Sobre la posesión precaria, el desalojo y los intolerantes”. En: *Actualidad Jurídica*. N° 219, Gaceta Jurídica, Lima, febrero, p. 70.

derecho a la defensa posesoria puede no ejercer ese derecho y eso no significa que no tuvo el derecho. En cambio, la posesión es, por definición, una situación fáctica, un ejercicio de hecho, una actuación como propietario.

Por ello no debe confundirse la posesión con el derecho que muchas veces le sirve de sustento. Cuando la posesión se ejerce en función de un derecho, aquella no es sino la puesta en práctica de tal derecho, pero no se confunde con este último. En el caso de quien posee el bien en condición de propietario o usufructuario, la posesión es la puesta en práctica del derecho de propiedad o del derecho de usufructo, etc., pero el título o justificación del comportamiento es el derecho de propiedad o el derecho de usufructo⁽⁸⁸⁾.

Si bien en la Edad Media, en los distintos sistemas jurídicos seculares, se habló de un “derecho de posesión”, ello fue una respuesta a las circunstancias particulares existentes en esa época, como bien lo explica Harold Berman: “El ensanchamiento de la posesión para incluir la posesión de derechos y no solo de tierra y bienes, y el ensanchamiento del remedio por desposesión para que incluyera la restitución, aun por el verdadero propietario, incluyó una transformación sutil pero importante del concepto mismo de posesión. Se encontró una nueva palabra para este concepto transformado, no solo en Inglaterra, sino por toda Europa occidental: *seisin* (en latín, *saisina*). La *seisin* era más que la ocupación o control fáctico; era un derecho de ocupar y controlar, un derecho de ‘ocupar’ tierras, cosas o derechos incorpóreos: se podía ‘ocupar’ un cargo o una libertad o un derecho de patronato o servicios feudales de varias clases. El alcance de este derecho era definido en parte por los remedios disponibles para aplicarlo, a saber, los remedios ‘posesorios’, uno de los cuales, la nueva *disseisin*, convertía en efecto la cuestión de la propiedad en una cuestión de daño. Que la *seisin* significaba más que la ocupación y el control físicos es evidente por el hecho de que un quejoso que fuera en peregrinación podía, mediante el escrito de ‘nueva *disseisin*’, recuperar su *seisin* contra alguien que hubiese ocupado injustamente sus tierras mientras él estaba ausente. A esto se le llamó *seisin animo* (‘*seisin*mental’), en contraste con la *seisin corpore* (‘*seisin*física’)”⁽⁸⁹⁾.

Según el citado autor, esta idea de “derecho de posesión” tampoco fue reconocida en el Derecho Romano: “En el Derecho Romano no había un equivalente al concepto europeo de *seisin*. El paralelo más cercano era la posesión, pero en el Derecho Romano era simplemente un hecho o un acto y que, en sí mismo, con raras excepciones, no generaba derechos. En el Derecho Romano, la fuente de derechos en tierras y propiedades, incluso el derecho de poseerlas, era la

(88) A tal punto la posesión es un hecho que solo entendiéndola así podemos hablar de “posesión legítima” y “posesión ilegítima”. Un derecho jamás podría ser ilegítimo (por ejemplo, no existen los propietarios ilegítimos).

(89) BERMAN, Harold. *La formación de la tradición jurídica de Occidente*. Traducción de Mónica Utrilla De Neira. Fondo de Cultura Económica, México, 2001, p. 477.

propiedad; sin propiedad o sin los derechos derivados de la propiedad (como en el caso de un alquiler) la posesión era, en el mejor de los casos, neutral, y en el peor, ilegal. En cambio, en Europa en las relaciones de propiedad tanto eclesiásticas como feudales, la propiedad quedó típicamente dividida, a menudo entre muchas partes. Los europeos crearon el concepto de *seisin* para establecer las propiedades del legítimo poseedor, quien no derivaba de la propiedad su derecho de posesión⁽⁹⁰⁾.

Esas fueron las circunstancias particulares por las que en la Europa de la Edad Media se comenzó a hablar de un “derecho de posesión”. Hoy en día –como ya indiqué– lo correcto es identificar a la posesión, antes que como un derecho subjetivo, como un hecho jurídico⁽⁹¹⁾ generador de derechos a favor de la persona que ostenta dicha situación fáctica.

Entonces, al no ser la posesión un derecho, podría resultar complicado hablar de un “contrato de transferencia de posesión”, pues aquellos tienen como contenido “situaciones jurídicas” y no hechos jurídicos. ¿Cómo sustentar la existencia de un acuerdo de transferencia de “nuda” posesión?

En Italia, la doctrina que comenta la denominada *Accessione del possesso* (art. 1146 del Codice: “El sucesor a título particular puede unir a su propia posesión aquella de su transferente para disfrutar de sus efectos”) pone el énfasis, antes que en el tipo de negocio (traslativo o no de propiedad) necesario para que se dé la suma de plazos, en el hecho fáctico de la toma de posesión por parte de aquel que pretende sumar a su favor el plazo del anterior poseedor⁽⁹²⁾.

Por su parte, la doctrina española tampoco reprueba los acuerdos de transferencia de nuda posesión:

“(…) hay diferentes maneras de enfocar o de concebir la *traditio*: como un mecanismo jurídico adquisitivo del dominio y constitutivo de los derechos reales y como un simple traspaso posesorio. La mayor parte de nuestra doctrina parece haber seguido fundamentalmente la primera línea al estudiar la tradición entre los modos de adquirir el dominio. Existe, sin embargo, una

(90) *Ibidem*, p. 478.

(91) “La posesión *per se* no aparece subordinada a los derechos –como emanada de ellos y formando parte de su contenido– ni queda circunscrita a requisito para la adquisición de los mismos. Aunque pueda ser lo uno y lo otro, mas no porque lo sea, la posesión en cuanto situación jurídica con significado propio, es aquella que se muestra sin otro soporte que su propia existencia o presencia. Esta posibilidad de aislamiento o de replegarse sobre sí, dota a la posesión de autonomía. A la realidad de que la posesión es una situación de hecho asociamos el valer como tal hecho desligada de otras determinaciones. La facticidad de la posesión estriba, tanto como en consistir en un hecho, en ser suficiente el hecho –con más exactitud, necesario y suficiente– para tener ingreso en la significación jurídica”: HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *La posesión*. Ob. cit., p. 34.

(92) “La ley pone su atención sobre aquel que haya tomado el poder de facto a título particular (...) Aquello que crea la sucesión es la entrega, es decir, la intención común de transferir y recibir la posesión”: SACCO, Rodolfo y CATERINA, Raffaele. *Il Possesso*. Seconda edizione. Dott. A. Giuffrè, Milano, 2000, p. 248.

segunda línea doctrinal, que considera la tradición como transmisión de la posesión o como toda adquisición derivativa de la posesión que se produce con la intervención del anterior poseedor. En este último caso, la tradición es fundamentalmente transmisión de la posesión, aunque puede servir también para obtener otros efectos jurídicos y singularmente la transmisión de la propiedad y de los derechos reales, cuando es consecuencia de ciertos contratos”⁽⁹³⁾.

Para poner un poco de claridad en la materia, el citado autor señala tres maneras de configurar la tradición:

- a) La tradición es un modo de adquirir el dominio o de adquirir y transmitir derechos reales que es derivativo y singular. Es un modo de adquisición o de transmisión que consiste, obviamente, en la entrega o transmisión de la posesión, pero la entrega o transmisión de la posesión no constituye la esencia del fenómeno, sino solo un mecanismo instrumental⁽⁹⁴⁾.
- b) La *traditio* es una entrega o transmisión de la posesión jurídica realizada con una estricta finalidad traslativa o con ánimo de transmitir la propiedad o el derecho real. Así, la *traditio* consiste en la entrega de la posesión de la cosa con ánimo del que la da (*tradens*) y del que la recibe (*accipiens*) de transmitir y adquirir respectivamente la propiedad o un derecho real sobre ella. A diferencia de la concepción anterior, en esta no se requerirá nunca como elemento esencial de la tradición que el tradente sea propietario ni que llegue a consumarse la adquisición⁽⁹⁵⁾.

Es la tercera acepción del término *traditio* la que me interesa:

- c) “La tradición se desvincula casi totalmente del campo de la transmisión de los derechos y la coloca en el terreno de la posesión. La tradición o entrega de la cosa es el modo de adquisición derivativa de la posesión, producida con la intervención del anterior poseedor. Es una entrega de la cosa para trasladar a quien la recibe la posesión que de la misma el *tradente* tenía. La naturaleza jurídica de la tradición estriba precisamente en esta transmisión de la posesión, con independencia de los efectos jurídicos o de las funciones que pueda cumplir. No es necesario el ánimo o el acuerdo para que se produzca la transmisión del derecho, sino únicamente el traspaso al adquirente de la misma posesión que tenía el *tradente*. Esta última manera de configurar la tradición, que amplía significativamente su campo, es a nuestro juicio la más exacta. La tradición es traspaso posesorio, con

(93) DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*. Volumen III. Las relaciones jurídico reales. El Registro de la propiedad. La posesión. 4ª edición, Civitas, Madrid, 1995, p. 623.

(94) Ídem.

(95) Ídem.

independencia de los efectos de uno u otro orden que pueda llegar a producir”⁽⁹⁶⁾ (el énfasis es agregado).

En conclusión, desde mi punto de vista, al amparo del artículo 898 del CC, el acuerdo de transferencia de la nuda posesión no estaría excluido como sustento para que el nuevo poseedor pueda valerse de la suma de plazos posesorios, en la medida que dicha norma no hace referencia a un contrato entre las partes, sino simplemente a un transferencia válida, y esta puede darse o bien en función de un contrato (categoría dentro de la que no encajaría un acuerdo de transferencia de nuda posesión) o bien en función de un acuerdo de partes que por más de no gozar de categoría contractual sí resulta jurídicamente relevante.

Finalmente, y más allá de las discusiones doctrinarias que se puedan generar sobre el particular, lo cierto es que nuestro sistema jurídico admite sin problemas el otorgamiento de escrituras públicas respecto de contratos de transferencia de nuda posesión, con lo cual se trataría de un acto plenamente válido que cuenta con respaldo jurídico.

V. IMPLICANCIAS DE LA PROHIBICIÓN DE TRANSFERIR POSESIÓN

Corresponde ahora entrar al punto central de la casación: ¿qué “sanción” le corresponde al contrato de transferencia de posesión otorgado por aquel poseedor que expresamente se había obligado a no ceder la posesión?

Voy a dividir el análisis dependiendo de a quién se le prohíbe transferir la posesión: al propietario, a un poseedor con derecho o a un poseedor ilegítimo.

1. ¿Se le puede prohibir a un propietario transferir la posesión del bien? ¿Se podría inscribir dicho pacto?

Son muchos los casos en donde la transferencia de posesión se produce como consecuencia de un acto de enajenación: por ejemplo, se entrega el bien como consecuencia de una compraventa, una donación, una permuta, un arrendamiento, un contrato de usufructo, superficie, etc. En estos casos, la transferencia de posesión viene como consecuencia de la transferencia de alguna situación jurídica sobre el bien.

¿Es posible que al propietario se le prohíba ceder la posesión? Imaginemos que A le vende el bien a B y en el contrato pactan que B no podrá enajenarlo. Con ello, indirectamente, se le está prohibiendo transferir la posesión producto de un acto de enajenación. Sin embargo, esta prohibición devendría en nula en

(96) *Ibidem*, p. 624.

aplicación del artículo 882 del CC: “No se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar, salvo que la ley lo permita”.

Ya que en este caso la prohibición de ceder la posesión va implícita en la prohibición de enajenar, al ser esta última una prohibición nula, entonces la transferencia de posesión que realice B no vulneraría ningún pacto vinculante.

¿Pero qué sucede si aquello que se le prohíbe al propietario es la transferencia de la nuda posesión⁽⁹⁷⁾? Es decir, se le prohíbe transferir la posesión aun cuando ello no implique un acto de enajenación (piénsese en el contrato de transferencia de nuda posesión).

Es cierto que el artículo 882 del CC solo prohíbe pactar la “no enajenación del bien”, pero no dice nada sobre la posibilidad de que el propietario se obligue a no transferir la nuda posesión. Particularmente, considero que este pacto tampoco sería válido, pues resultaría un contrasentido sostener que el propietario no pueda autolimitarse la facultad de enajenar, pero sí se pueda autorrestringirse la posibilidad de transferir la nuda posesión. Si el propietario, en cualquier escenario (y sin que pueda limitarse ni restringirse esta posibilidad), está facultado para transferir la posesión como consecuencia de un acto de enajenación (es decir, transferir la posesión con un derecho que la respalde), con mayor razón está facultado para entregar una posesión sin respaldo jurídico, sin que esta posibilidad le pueda ser proscrita.

Sin perjuicio de este análisis, no está de más decir lo poco frecuente que resultaría que se pretenda imponer al propietario una restricción de este tipo (prohibición de transferir la nuda posesión). Y ello por una sencilla razón: el propietario no suele realizar actos de transferencias de nuda posesión, pues al tener a su favor el máximo cúmulo de facultades posibles sobre el bien, lo normal es que si llega a transferir la posesión del bien lo haga como consecuencia de la transferencia de algún derecho sobre el mismo. Por ejemplo, el propietario hace entrega del bien porque lo vende (aquí la entrega se da en simultáneo con la transferencia de propiedad), porque lo da en usufructo (aquí la transferencia de posesión se da en simultáneo con la cesión de los derechos de uso y disfrute) o porque lo ha empleado como garantía para un financiamiento (la entrega del bien va de la mano con la constitución de una garantía mobiliaria). Es muy poco usual que el propietario transfiera la nuda posesión, por la sencilla razón de que no necesita recurrir a esta figura.

Quienes suscriben “contratos” de transferencia de posesión son aquellos que no tienen certeza sobre los derechos que ostentan sobre el bien. Por eso

(97) Entiéndase por “transferencia de nuda posesión” la entrega que se hace del bien sin que venga de la mano con la transferencia de ningún derecho sobre el mismo. Es decir, el “transferente” entrega la posesión, pero no se hace responsable de que mañana más tarde aparezca el propietario, arrendatario o usufructuario y accione contra el nuevo poseedor para la recuperación del bien.

contractualmente no se obligan a transferir ninguna titularidad, sino que únicamente reconocen una situación fáctica (“soy poseedor”) y la trasladan a favor de un tercero (“te dejo mi lugar como poseedor”). En el caso de un propietario carece de sentido la suscripción de un acto de transferencia de nuda posesión.

Algo muy distinto a todo lo que vengo analizando hasta aquí es la posibilidad de pactar contractualmente la prohibición de que el propietario use determinada parte del bien (por ejemplo, se establece que una de las habitaciones del inmueble deberá mantenerse clausurada) o que le dé al mismo determinado uso (por ejemplo, el comprador de unas hectáreas de cultivo se obliga a solo sembrar papas y no camotes). Estos son límites convencionales a la propiedad perfectamente entendibles y aplicables (de conformidad con el artículo 926 del CC⁽⁹⁸⁾), que incluso podrían ser inscritos para dotarlos de plena oponibilidad frente a aquel que adquiera en el futuro el inmueble.

2. ¿Se le puede prohibir al poseedor con derecho (distinto a la propiedad) que transfiera la posesión?

¿Y qué sucede con el usufructuario, arrendatario o superficiario? ¿Pueden obligarse a no transferir la posesión a favor de un tercero? Al igual que en el caso del propietario, estas personas podrían transferir la posesión conjuntamente con el derecho que ejercen sobre el bien. Por ejemplo, el arrendatario podría subarrendar, el superficiario dar en subsuperficie y el usufructuario otorgar un subusufructo.

En tanto esta situación sí podría afectar a su contraparte (el propietario que otorgó el arrendamiento, usufructo o superficie), sí resulta válido establecer un límite de este tipo. Es más, el propio Código Civil regula este tipo de situaciones.

Por ejemplo, tratándose del arrendamiento, el inciso 9 del artículo 1681 establece como una obligación del arrendatario “no subarrendar el bien, total o parcialmente, sin asentimiento escrito del arrendador”. Es decir, en estos casos ni siquiera sería necesario que el arrendador establezca en el contrato una cláusula prohibiendo al arrendatario la transferencia de la posesión mediante un subarrendamiento.

En el caso del usufructo, por el contrario, el artículo 1002 del CC sí es permisivo en tanto señala que el usufructo puede ser transferido a título oneroso o gratuito (es decir, la norma autoriza al usufructuario a constituir —ya sea onerosa o gratuitamente— un subusufructo a favor de un tercero), siempre que se respete su duración. Sin embargo, la norma se preocupa por señalar que este subusufructo se podrá constituir “siempre que no haya prohibición expresa”. Es decir, el propietario usufructuante podría establecer en el contrato una cláusula que

(98) Artículo 926 del Código Civil.- “Las restricciones de la propiedad establecidas por pacto para que surtan efecto respecto a terceros, deben inscribirse en el registro respectivo”.

prohíba al usufructuario transferir la posesión como consecuencia de la suscripción de un contrato de subusufructo. La misma regla aplicará cuando lo que se constituye no es un usufructo, sino un derecho de uso⁽⁹⁹⁾ o habitación⁽¹⁰⁰⁾.

En el caso de la superficie, el superficiario también está facultado legalmente para transferir la posesión del bien, constituyendo sobre el mismo una subsuperficie: “El derecho de superficie puede constituirse por acto entre vivos o por testamento y es transmisible” (art. 1031 del CC). Sin embargo, al igual que para el usufructo, el legislador estableció que esta situación es factible “salvo prohibición expresa”, con lo cual queda claro que el propietario podría establecer en el contrato de constitución de la superficie la prohibición de dar en subsuperficie el bien, limitando de este modo la posibilidad de que opere una transferencia de posesión a favor de terceros.

En todos estos casos, la obligación de no transferir la posesión que asume el poseedor mediato resulta plenamente válida. ¿Y qué sucede si aquello a lo que se obliga el poseedor mediato no es a crear relaciones de mediación posesoria (subusufructuar, subarrendar o constituir subsuperficie), sino simplemente transferir la nuda posesión, es decir, entregar el bien a favor de un tercero sin que ello implique la transferencia de ningún derecho? ¿Estos también serían acuerdos válidos?

Considero que entrar a este análisis carecería de relevancia por una razón fundamental: la suma de plazos posesorios asume importancia a efectos de acceder a la prescripción adquisitiva. Quien adquiera la posesión de manos de un poseedor inmediato (arrendatario, superficiario, usufructuario, etc.) no podría sumar el plazo posesorio de este último para efectos de la usucapión, en la medida que no habría sido una posesión en calidad de propietario (el poseedor inmediato reconoce a otro como dueño y, por ende, su posesión jamás se realiza “como propietario”). Es por eso que, de cara a la prescripción adquisitiva, no reporta ninguna utilidad el análisis que se haga de la “prohibición de ceder la nuda posesión” impuesta a los poseedores inmediatos.

3. ¿Se le puede prohibir al nudo poseedor (sin derecho sobre el bien) que transfiera la posesión?

Es en este punto en donde el tema asume plena relevancia, pues –tal como ya dije– si hay alguien que suele suscribir contratos de transferencia de nuda posesión, es el poseedor ilegítimo (sin derecho).

Imagínese que A, poseedor ilegítimo, suscribe con B un contrato de transferencia de posesión en virtud del cual le “vende” su posesión por un precio

(99) Artículo 1026 del Código Civil.- “El derecho de usar o de servirse de un bien no consumible se rige por las disposiciones del título anterior (usufructo)”.

(100) Artículo 1027 del Código Civil.- “Cuando el derecho de uso recae sobre una casa o parte de ella para servir de morada, se estima constituido el derecho de habitación”.

determinado. Ambas partes tienen perfecto conocimiento de que el transferente no es titular de ningún derecho sobre el bien, por lo que B es consciente de que no adquiere ninguna titularidad sobre el mismo y que únicamente se le está cediendo una situación fáctica. En el contrato de transferencia las partes acuerdan que B estará prohibido de suscribir un nuevo contrato de transferencia de nuda posesión a favor de un tercero (C). ¿Qué efectos genera esta prohibición sobre B? ¿Le resulta vinculante? ¿Y qué pasa si incumple con ella? ¿Qué repercusiones generará la inobservancia de la prohibición respecto del contrato de transferencia que suscriba el poseedor a favor de un tercero?

Partamos por algo muy básico: el mero poseedor no puede transferir un derecho que no tiene. Si este poseedor vende o dona el bien, pretendiendo transferir una propiedad que no le pertenece, entonces el contrato que suscriba estará afecto de ineficacia (será un contrato válido pero ineficaz), lo que no impedirá que el adquirente (quien le compre el bien a este poseedor) pueda sumar a su favor el plazo posesorio de este último.

Con la posesión sucede algo distinto: el poseedor sí tiene esta situación fáctica a su favor, la ejerce directamente, él controla el bien. La posesión es una situación fáctica que no admite punto intermedio: o se tiene o no se tiene. El poseedor que transfiere la nuda posesión (sin que ello implique la transferencia de ningún derecho de por medio) no realiza nada indebido⁽¹⁰¹⁾.

Es por ello que, en principio, el contrato entre B y C no presenta ningún inconveniente. Pero mi análisis va más allá: lo que me interesa determinar son las implicancias que genera sobre dicha transferencia el hecho de que B se haya obligado (frente a A) a no ceder la posesión del bien. ¿Incumplir con esta obligación afecta en alguna medida la validez del acuerdo celebrado entre B y C? Considero que desde un punto de vista estructural el contrato no presenta ningún vicio que afecte su validez:

- i) Los sujetos están presentes (B y C) y ambos manifiestan voluntad de forma libre y consciente.
- ii) El objeto es perfectamente posible tanto desde la perspectiva física como jurídica: no hay ningún impedimento físico para que B cese en el uso del bien y se lo traslade a C, y jurídicamente está admitido por nuestro propio ordenamiento jurídico.
- iii) El fin es lícito: alguien podría sostener que aquí hay un motivo ilícito común, en tanto ambas partes –B y C– con conocimiento de causa suscriben un acuerdo que lesiona una prohibición previa, afectando de este

(101) Y a tal punto es así que nuestra propia normativa (Ley N° 29824, Ley de Justicia de Paz) reconoce esta posibilidad.

modo la posición de aquel a favor de quien se había establecido dicha prohibición (A).

Sin embargo, en realidad, en nada se afecta al anterior poseedor del bien: si A era un poseedor ilegítimo, no tiene nada que reclamar a B por haber cedido la posesión; y si A era el propietario del bien, tampoco resultaría afectado, pues finalmente podrá recuperar el bien de manos de quien lo tenga, ya sea B o C (no olvidemos que A no está transfiriendo un derecho que no tiene; simplemente está cediendo la posesión sin que ello comprometa situaciones jurídicas de por medio).

- iv) No se incumple ninguna formalidad solemne porque para este tipo de acuerdos la ley no ha establecido una forma determinada.

Lamentablemente, la Corte Suprema se negó a analizar la estructura del contrato de transferencia de posesión celebrado entre la Sra. Rojas y el demandante, limitándose a señalar que no correspondía la aplicación de las reglas de acto jurídico:

“**Décimo quinto:** Que, finalmente al ser la presente materia sobre prescripción adquisitiva de dominio y no sobre acto jurídico, pues no se cuestiona la manifestación de voluntad, sino el plazo posesorio, resulta impertinente el análisis del artículo 141 del CC”.

Voy a poner un par de ejemplos similares para que el tema quede más claro:

Primer ejemplo: A le vende un inmueble a B y en el contrato pactan que B no podrá construir una chimenea en el jardín de la casa. Este límite a la facultad de uso de B se inscribe en la partida registral del predio (se trataría de un límite convencional a la propiedad de conformidad con el art. 926 del CC). Luego de ello B suscribe con C un contrato de obra para que este último se encargue de construir la chimenea en el jardín del predio. ¿Se podría decir que el contrato de obra es inválido porque vulnera la prohibición de no construir chimeneas que estaba incluida en el contrato por el cual B adquirió la propiedad?

Sin duda alguna la respuesta es no. A, que es el afectado con el incumplimiento, podrá accionar contra B para que este destruya la chimenea, exigiendo además –de ser el caso– el resarcimiento de los daños que se le hubiesen generado con la construcción, pero ello no repercute sobre la validez del contrato de obra suscrito con C.

Segundo ejemplo: A le vende a B un fundo de 10 hectáreas y en el contrato pactan que B no podrá sembrar en determinado sector del fundo. Se trataría de un límite a la facultad de disfrute que B deberá respetar. Sin embargo, incumpliendo con esta prohibición B siembra en el área no permitida y luego de ello vende toda la cosecha a favor de C. ¿Se podría decir que la compraventa entre B

y C es nula, pues tiene como antecedente la prohibición de una obligación de no hacer asumida a favor de A?

Al igual que en el anterior caso, la respuesta es negativa: A, que es el afectado con el incumplimiento, podrá accionar contra B para que este lo indemnice y no vuelva a sembrar en el área proscrita, pero de ninguna manera ello afectaría la validez del contrato de compraventa suscrito con C.

Algo similar ocurre en el caso del contrato de transferencia de posesión que vulnera un pacto prohibitivo asumido por una de las partes en un contrato previo: el afectado con la inobservancia de lo pactado podrá accionar contra su contraparte por el resarcimiento de los daños generados, pero dicho incumplimiento en nada afecta contra la estructura del contrato traslativo de posesión suscrito con posterioridad a favor de un tercero.

Finalmente, queda por determinar si resulta válido que el mero poseedor se autorrestrinja la posibilidad de ceder la posesión a un tercero. Particularmente no veo ningún inconveniente con que se celebren este tipo de acuerdos, independientemente de a quién busquen beneficiar (ya sea al propietario que cede el bien o a un poseedor ilegítimo que hace lo propio).

VI. CONCLUSIÓN

El contrato de transferencia de posesión celebrado entre la Sra. Rojas y el demandante fue perfectamente válido, pese a que la Sra. Rojas se había obligado frente al anterior poseedor a no transferir la posesión a favor de un tercero. El incumplimiento de esta “obligación de no hacer” no repercute sobre la estructura del contrato de transferencia otorgado a favor del demandante. Por ello, dicho contrato lo autorizaba a sumar el plazo posesorio de la Sra. Rojas.

Como consecuencia de esta suma de plazos, el demandante habría acumulado 20 años de posesión, suficientes para ser declarado dueño por prescripción. La demanda, por ende, debió ser amparada. Este es un error de la Corte Suprema que esperamos se corrija en el inmediato plazo, pues no son pocos los casos en donde los prescribientes buscan acceder a la propiedad valiéndose de contratos de “venta” de posesión.

CAPÍTULO III

TRANSFERENCIA DE LA POSESIÓN

¿Se puede demandar otorgamiento de escritura pública de un contrato de transferencia de posesión?

COMENTARIO A LA CASACIÓN N° 104-2016-SANTA

I. LOS HECHOS DE LA SENTENCIA

Los hechos que dieron lugar a la Cas. N° 104-2016-Santa fueron los siguientes:

- i) La Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador (en adelante, la empresa) era propietaria de un inmueble (en adelante, el inmueble).
- ii) Mediante documento privado de adjudicación el representante legal de la empresa transfirió la propiedad del inmueble a favor de B.
- iii) Posteriormente, B suscribió a favor de C un contrato de transferencia de posesión (en adelante, CTP) sobre el inmueble.
- iv) C interpuso contra B y la empresa una demanda de otorgamiento de escritura pública (EP) respecto del CTP.
- v) La empresa contestó la demanda señalando que el representante legal que suscribió el acto de adjudicación (transferencia) a favor de B no contaba con facultades de representación de acuerdo con el Estatuto, por lo que dicha transferencia era ineficaz y, en consecuencia, la empresa no estaba obligada a firmar la escritura pública del CTP otorgada por B a favor de C.

En primera instancia se declaró improcedente la demanda. El juez consideró que el contrato entre la empresa y B era ineficaz por ausencia de poder de representación, por lo que no habiendo ningún derecho de propiedad sobre el bien B no podía estar obligado a suscribir una EP a favor de C, más aún si lo único que se le transfirió a este último fue la posesión del inmueble.

Los vocales superiores confirmaron la sentencia, pues consideraron (al igual que el juez) que el contrato entre la empresa y B era ineficaz por “exceso de la facultad de representación”, y tratándose de un “vicio estructural del acto

jurídico” podía ser apreciado de oficio de acuerdo con el artículo 220 del CC⁽¹⁰²⁾. Como consecuencia de ello, el CTP entre B y C también devenía en ineficaz al haber sido otorgado por quien no era el propietario, por lo que no correspondía otorgar la EP.

Finalmente, la Corte Suprema declaró infundado el recurso de casación y, en consecuencia, no casó la sentencia de vista, con lo cual la demanda quedó definitivamente desestimada.

Los argumentos que llevaron a la Corte a fallar en ese sentido fueron los siguientes:

- i) Es posible exigir el otorgamiento de la escritura pública en un contrato de compraventa, pues así lo establece el artículo 1549 del CC, algo que no ocurre con los contratos traslativos de posesión. Es decir, la obligación del vendedor de perfeccionar la transferencia mediante la firma de la escritura pública solo está referida a la propiedad, mas no a la posesión.
- ii) El hecho de que quien transfirió la posesión (B) haya sido a su vez propietario del inmueble no cambia las condiciones del contrato traslativo de posesión suscrito con C ni lo convierte en un contrato de transferencia de propiedad.
- iii) La empresa (codemandada) no tuvo ningún vínculo con la parte demandante (C), por tanto no se le podía exigir escriturar un contrato en el cual no había intervenido (en efecto, el contrato traslativo de posesión solo fue otorgado por B y no por la empresa).

A continuación analizaré cada uno de los fallos expedidos por las instancias de mérito y la Corte Suprema.

II. NUESTRO SISTEMA JURÍDICO ADMITE LOS ACUERDOS TRASLATIVOS DE POSESIÓN

Es importante recurrir a lo que la doctrina señala:

“La pregunta ‘¿es un contrato o no es un contrato?’ puede suscitar respuestas perplejas frente a muchos otros acuerdos, en razón de su particular materia. Entre el ámbito de los acuerdos que son ciertamente contratos y la de los acuerdos que ciertamente no lo son, se extiende una amplia zona gris de acuerdos ‘paracontractuales’ o ‘semicontractuales’ que no se dejan calificar con facilidad y seguridad.

(102) Artículo 220 del Código Civil.- “La nulidad puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta”.

La exploración de la zona gris puede continuar. Bajo la premisa de que el contrato se refiere a una ‘relación jurídica’, desencadena el reflejo condicionado de que este se refiera a un derecho subjetivo (considerado, por costumbre, como término que no se puede eliminar de la relación). Y entonces, ¿son contratos los acuerdos que se refieren no a derechos sino a situaciones de hecho, como la posesión o la detentación (por ejemplo, el acuerdo con el que se establece que la posesión de la cosa –sin tocar el derecho correspondiente– pase de A a B en un determinado momento y en determinadas condiciones)?

(...)

Cuando la duda sobre la naturaleza del acuerdo (no ilícito) se resuelve en el sentido de su no configuración como contrato, surge otro dilema. ¿El acuerdo que no es contrato (ni corresponde a otro acto legalmente tipificado) cae por ello en el abismo de lo jurídicamente irrelevante? ¿O bien llega a crear entre las partes alguna relación (no contractual, pero) legalmente apreciable? La respuesta depende de las especificidades de los distintos casos concretos⁽¹⁰³⁾ (el énfasis es agregado).

Si bien el citado autor pone en duda la naturaleza contractual del pacto de “transferencia de nuda posesión”, no niega que esta se pueda dar por medio de un acuerdo celebrado entre las partes (antiguo y nuevo poseedor). Entonces, al amparo de dicha opinión no habría ningún problema en aceptar un acuerdo de partes (aun cuando este no tenga naturaleza “contractual”) en virtud del cual una de ellas haga entrega del bien a la otra, reconociendo ambas que tal entrega no implica el reconocimiento ni la transferencia de ninguna titularidad sobre el bien.

Esta opinión doctrinaria parece haber sido reconocida en nuestro sistema jurídico: la Ley N° 29824, Ley de Justicia de Paz (publicada el 3 de enero de 2012), establece en su artículo 17 la competencia del juez de paz para actuar como notario en ciertos actos, expidiendo escrituras públicas de “transferencia posesoria de bienes”:

“En los centros poblados donde no exista notario, el juez de paz está facultado para ejercer las siguientes funciones notariales:

1. Dar fe de los actos y decisiones que adopten en asamblea las organizaciones sociales o comunales dentro de su jurisdicción.
2. Certificar firmas, copias de documentos y libros de actas.

(103) ROPPO, Vincenzo. *El contrato*. Traducción de Nelvar Carreteros Torres. A cura de Eugenia Ariano. Gaceta Jurídica, Lima, 2009, pp. 41-43.

3. Escrituras de transferencia posesoria de bienes de un valor de hasta cincuenta (50) Unidades de Referencia Procesal y que se ubiquen dentro de su jurisdicción” (el énfasis es agregado).

III. EL CONTRATO DE TRANSFERENCIA DE POSESIÓN CELEBRADO ENTRE B Y C NO ADOLECÍA DE “INEFICACIA”

Es correcto que se haya calificado de “ineficaz” el contrato entre la empresa y B. Los actos celebrados por el falso representante a favor de terceros (B) son ineficaces (no nulos, tampoco anulables) frente al supuesto representado (empresa)⁽¹⁰⁴⁾.

Sin embargo, el primer error consistió en haber calificado este “exceso de representación” como un “vicio estructural del acto jurídico”: los vicios estructurales dan lugar a la nulidad o anulabilidad. El defecto en la representación genera una ineficacia en sentido estricto, que no es equivalente a un vicio estructural. Siendo así, el artículo 220 que la Corte invocó para sustentar la facultad de “apreciar de oficio” dicha ineficacia no resultaba pertinente. Pero ello no significa que la Corte no pueda apreciar dicha ineficacia de oficio; sí lo puede hacer, pero el sustento está en el artículo 1412 del CC y no en el artículo 220 del CC: en un proceso de otorgamiento de EP el juez debe apreciar de oficio que el acto cuya formalidad se exige no solo sea válido, sino también eficaz⁽¹⁰⁵⁾.

Un segundo error fue considerar que el CTP entre B y C era ineficaz porque B no era el propietario del bien. Cualquier poseedor, con o sin derecho sobre el bien, puede —eficazmente— transferir la posesión del predio que ocupa. Existe plena legitimidad para entregar posesión pese a que quien lo hace no es el propietario, siempre que en el contrato claramente se establezca que lo que se transfiere es la “nuda” posesión.

Por ello, no hay motivo para calificar dicho contrato como “ineficaz”. La ineficacia por falta de legitimidad aplica cuando alguien transfiere un derecho que no tiene sobre el bien: el invasor que vende el bien; el usufructuario que dona el predio; el arrendatario que permuta el bien. Todos estos son contratos ineficaces porque el invasor, el usufructuario y el arrendatario no son titulares del derecho (propiedad) que pretenden transmitir. El poseedor, independientemente de si cuenta o no con un derecho que respalde su posesión, ejerce de forma fáctica los atributos de la propiedad (usa y disfruta); es el titular “fáctico” del uso y disfrute.

(104) Artículo 161 del Código Civil.- “El acto jurídico celebrado por el representante excediendo los límites de las facultades que se le hubiere conferido, o violándolas, o sin tener la representación que se atribuye, es ineficaz con relación al representado”.

(105) Esto lo desarrollé en extenso en mi último trabajo: PASCO ARAUCO, Alan. “IX Pleno Casatorio y otorgamiento de escritura pública: mucho más que un análisis de validez y una posible rectificación suprema”. En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*. N° 37, Gaceta Jurídica, Lima, julio 2016.

Entonces, no hace nada indebido el poseedor que, de manera “fáctica”, transfiera el uso y el disfrute, haciendo hincapié en su respectivo contrato que se trata de una mera transferencia fáctica (traslado de posesión) que no implica la adjudicación de ningún derecho (propiedad, uso, disfrute) sobre el bien a favor del adquirente (tal como se hizo en el CTP celebrado entre B y C).

Por ello la Corte Suprema, con acierto, corrigió el error de las instancias previas y sostuvo que “el hecho de que los transferentes sean propietarios o no del inmueble sublitis, no cambia las condiciones del CTP celebrado entre C y B, ni lo convierte en uno de transferencia de propiedad, pues el referido contrato se rige de acuerdo a las cláusulas que en la misma se detallan, en las cuales, solo se hace alusión a la transferencia de la posesión”.

Corresponde ahora analizar si el transferente en el CTP está obligado a otorgar la EP de dicho acto.

IV. ¿EXISTE LA OBLIGACIÓN DE OTORGAR LA ESCRITURA PÚBLICA DE UN ACUERDO TRASLATIVO DE POSESIÓN?

La Corte Suprema sostuvo que:

“(…) el documento en el cual el demandante (C) sustenta el derecho de otorgamiento de escritura del bien inmueble es un contrato de traspaso de posesión (...) en ese sentido, el contrato cuya solemnidad se persigue, no es uno de transferencia de propiedad, sino uno donde únicamente se transfiera la posesión (...) teniendo en consideración que el otorgamiento de escritura pública constituye una formalidad del contrato de compraventa de propiedad, que en el presente caso no existe, entonces, mal puede pretenderse el otorgamiento de escritura pública, cuando no ha existido tal transferencia, pues de conformidad con el artículo 1549 del Código Civil, la obligación del vendedor de perfeccionar la transferencia solo está referida a la propiedad, mas no a la posesión”.

Como se puede ver, para la Corte no existe obligación de las partes que suscribieron un acuerdo de transferencia de posesión de otorgarse la respectiva escritura pública, en tanto esta obligación solo existe en los contratos que transfieren algún derecho real sobre el bien, y la posesión no tiene esta naturaleza.

Si bien estoy de acuerdo con lo resuelto por la Corte, existe un argumento adicional para negar la pretensión de otorgamiento de EP de un CTP: el poseedor no gana nada teniendo un contrato escriturado que lo reconoce como poseedor del bien.

Si la intención del poseedor es sumar el plazo posesorio de su transferente, no requiere de EP. El artículo 898 del CC exige únicamente un contrato de

transferencia válido entre las partes, y en la medida que el CTP no tiene una formalidad solemne, basta con que dicho contrato conste en documento privado para poder sumar el plazo posesorio y así acceder a la prescripción adquisitiva.

De igual forma, si la finalidad del poseedor es inmatricular el predio a su favor, un CTP no le es útil, al margen de que conste en documento privado o en un instrumento público. En efecto, cuando el artículo 2018 del CC exige la presentación de títulos por un periodo ininterrumpido de cinco años para poder inmatricular, se está refiriendo (aun cuando no lo diga expresamente) a títulos que acrediten el derecho de propiedad. Si se cuenta con títulos que acreditan solo la posesión (CTP), ellos no permiten inmatricular, aun cuando estuvieran contenidos en EP y tengan una antigüedad mayor a cinco años. Sobre esto último el artículo 2021 del CC es muy claro: “[L]os actos o títulos referentes a la sola posesión no son inscribibles”.

Pero con ello no pretendo negar la posibilidad de que las partes hayan acordado que elevarán a escritura pública el acuerdo traslativo de posesión. Lo que la Corte Suprema ha negado (con lo cual estoy de acuerdo) es que exista una obligación legal del transferente de firmar la EP del CTP. Por ello, si el transferente se niega a firmar la EP del CTP pese a que ello fue pactado como obligación en el mismo contrato, el adquirente podrá exigir judicialmente el cumplimiento de la formalidad (aquí la obligación tendría fuente contractual). Pero si en el CTP ello no fue pactado, no se podrá exigir la firma de la EP, en tanto no existe norma que obligue a ello al transferente de la posesión.

El artículo 1411 del CC es muy claro en este sentido: se puede demandar el otorgamiento de la EP cuando tal obligación tenga fuente contractual o legal, y siempre que la EP que se demanda no constituya formalidad solemne del acto jurídico. Para hacer un símil: si suscribo un contrato de obra en minuta y no establezco en el contrato la obligación de las partes de formalizar dicho contrato en EP, no puedo demandar a mi contraparte para que me firme dicho documento, en tanto no existe norma legal que obligue a las partes de un contrato de obra a suscribir la EP. Pasa lo mismo con el CTP: si el adquirente quería asegurarse de que contaría con una EP, debió establecer en el propio CTP que sería obligación del transferente otorgarla (contar con esta EP podría serle útil en caso de que el mismo transferente hubiese celebrado acuerdos traslativos de posesión a favor de más de una persona: contar con una EP podría dejarlo en una mejor posición de cara a la aplicación de las normas de concurrencia de acreedores)⁽¹⁰⁶⁾.

(106) Artículo 1135 del Código Civil.- “Cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en defecto de inscripción, al acreedor cuyo título sea de fecha anterior. Se prefiere, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua”.

En conclusión: i) el CTP no es ineficaz por haber sido otorgado por quien no es el propietario; ii) si en el CTP no se pactó como obligación de las partes firmar la EP, entonces no se puede demandar judicialmente la firma de dicho documento, pues no existe norma que obligue al transferente de la nuda posesión a formalizar el CTP en EP; iii) si en el CTP sí se estableció como obligación de las partes suscribir la respectiva EP, el cumplimiento de la formalidad sí podría exigirse a nivel judicial.

Finalmente, cabe aclarar que como consecuencia del IX Pleno Casatorio, la obligación de otorgar la escritura pública (aun cuando las partes no lo hayan establecido en su respectivo contrato) ya no solo existe en los contratos de compraventa, sino en cualquier acto que involucre la transferencia de derechos reales sobre el bien.

“88. Este Supremo Tribunal considera que en los contratos relativos a la transferencia de la propiedad, a la constitución de un derecho real y, en general, a la transferencia o constitución de cualquier derecho susceptible de acceder al Registro Público a los efectos de ganar mayor oponibilidad, la obligación de elevar a escritura pública el contrato, constituye, salvo pacto en contrario, una obligación principal, por aplicación analógica del artículo 1549 del Código Civil, por lo que el cumplimiento de tal obligación puede suspenderse legítimamente en caso de que la contraparte haya a su vez incumplido una obligación principal a su cargo”.

V. ¿DESDE CUÁNDO EL ACTO ADQUIERE FECHA CIERTA? ¿APLICACIÓN RETROACTIVA DE LA ESCRITURA PÚBLICA?

Hay un punto que, aun cuando no se encuentra directamente vinculado con el caso materia de análisis, alguna relación guarda: ¿desde cuándo la escrituración de determinado contrato produce fecha cierta?

Imagínese un inmueble agrícola que no está inscrito en Registros Públicos. En el año 2006 el propietario vendió el bien mediante minuta y ahora se niega a firmar la escritura pública. En el año 2015 ese mismo comprador interpuso una demanda de otorgamiento de escritura pública y acaba de obtener (en junio del 2016) la sentencia a su favor, la misma que ha llevado a Registros Públicos para que se proceda con la inmatriculación del predio a su favor.

El artículo 2018 del CC⁽¹⁰⁷⁾ exige que el documento por el cual se inscribe por primera vez un predio tenga un mínimo de 5 años de antigüedad. Esta antigüedad debe ser acreditada mediante un instrumento público (principio

(107) Artículo 2018 del Código Civil: “Para la primera inscripción de dominio, se debe exhibir títulos por un periodo ininterrumpido de cinco años o, en su defecto, títulos supletorios”.

de titulación auténtica). En el caso planteado, el comprador tiene una minuta del año 2006, pero su antigüedad no se encuentra acreditada en instrumento público. La escritura pública obtenida en el POEP en el año 2016 recién cumpliría 5 años de antigüedad el 2021. ¿Es posible sostener que la fecha de la escritura pública obtenida en el POEP opera de forma retroactiva desde el momento de la firma de la minuta (2006) y, por ende, es desde este momento que se deben contar los 5 años necesarios para inmatricular?

El 29 de febrero de 2016 el Tribunal Registral se pronunció sobre este caso en la Resolución N° 98-2016-SUNARP-TR-T, que dio lugar al precedente de observancia obligatoria aprobado en la Sesión Extraordinaria del Centésimo Cuadragésimo Quinto Pleno del Tribunal Registral. El caso trataba de una persona que pretendía inmatricular un predio agrícola sobre la base de una escritura pública del 31 de enero de 2013, obtenida en un proceso de otorgamiento de escritura pública (POEP). La minuta que dio lugar al POEP era del 15 de octubre de 2002.

El registrador se negó a la inmatriculación al advertir que la escritura pública no cumplía con la antigüedad requerida de cinco años (el plazo recién se cumpliría el 2018). Sostuvo además que al no ser la minuta un instrumento público no resultaba procedente considerar la antigüedad de la titulación desde la fecha de su suscripción (2002), sino desde que la escritura pública fue otorgada (2013).

En el recurso de apelación se argumentó que el registrador estaba desconociendo el valor probatorio de la minuta, que había sido analizada en sede judicial, con las garantías de un proceso, y declarada en una sentencia que goza de la autoridad de cosa juzgada. El apelante sostuvo, además, que se vulneraba lo resuelto en la Res. N° 162-2008-SUNARP-TR-L, del 14 de febrero de 2008, según la cual: “En un proceso judicial de otorgamiento de escritura pública, la minuta es valorada por el juez quien le otorga autenticidad al amparar la demanda, por lo que si la minuta tiene una antigüedad de 5 años a la fecha de presentación del título, sí cumpliría con lo dispuesto por el artículo 17 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios”.

El Tribunal Registral rechazó que el plazo de 5 años para la inmatriculación se cuente desde la fecha de la firma de la minuta, salvo que esta hubiese sido analizada y valorada (positivamente) de manera expresa en el POEP. Si esta valoración sí fue hecha en el proceso judicial, entonces –concluye el Tribunal– el plazo para la inmatriculación sí podría contarse de forma retroactiva desde la firma de la minuta:

“(…) este Tribunal entiende que la valoración de la fecha de la minuta a la que alude el precedente vinculante debe aparecer expresamente de los fundamentos de la sentencia, sea porque fue punto controvertido o porque –simplemente– el juez ha realizado un juicio de valor sobre tal extremo. En el presente caso, en el proceso de otorgamiento de escritura pública no se hizo

ninguna valoración de la fecha de la minuta (...) Por consiguiente, cuando la antigüedad del título de inmatriculación se funda en la fecha de la minuta formalizada luego de un proceso de otorgamiento de escritura pública, la valoración por parte del juez de la fecha de dicha minuta debe ser expresa. Lo cual no ha sucedido en el presente caso”.

Tomando como base este pronunciamiento se estableció como precedente de observancia obligatoria (publicado el 11 de marzo de 2016 en el diario oficial *El Peruano*) que:

“La fecha de la minuta formalizada luego de un proceso de otorgamiento de escritura pública es fecha cierta solo si el juez la valoró expresamente” (el énfasis es agregado).

¿Y qué implica que el juez “valore expresamente” la fecha de la minuta? Según el Tribunal, ello se producirá siempre que la validez del acto haya sido analizada en el POEP:

“Es preciso agregar que el apelante manifestó que la fecha de la minuta había sido merituada por el juzgador. Sin embargo, dicha afirmación es incorrecta, porque en el auto final de ejecución el juez dejó sentado que el proceso de otorgamiento de escritura pública solamente tiene como propósito dotar de formalidad pública al acto celebrado y que, de ningún modo, importa un examen relativo a la validez o no del acto jurídico, el que eventualmente podría ser objeto de revisión. Siendo así, queda claro que el juez no entró a evaluar la fecha del documento de compraventa celebrado entre el demandante y el demandado. Por lo tanto, se desestima su argumento”.

Entonces, según el Tribunal Registral, si en el POEP se analiza la validez de la minuta, la sentencia que otorgue la escritura pública permitirá dotar de fecha cierta a dicha minuta de manera retroactiva. En el ejemplo que pusimos al inicio, si la minuta es de 2006 y recién el 2013 obtengo por sentencia la escritura pública, si es que en el POEP se analizó la validez de dicha minuta, entonces esta gozará de fecha cierta desde que se firmó (2006), por lo que el plazo de 5 años se habría cumplido el 2011 y, por ende, el beneficiado podría inmatricular hoy el predio a su favor.

Este pronunciamiento del Tribunal Registral requiere ser analizado y validado por la Corte Suprema. ¿Estará de acuerdo con lo señalado por el Tribunal Registral? Es posible que la Corte concluya que aun cuando en el POEP el juez haya analizado la validez de la minuta, ello no implica que ella adquiera fecha cierta de manera retroactiva. ¿Qué pasará en este caso? ¿El Tribunal Registral tendrá que dejar sin efecto el precedente de observancia obligatoria? La adecuada interpretación de las normas del Código Civil (entre ellas el art. 2018 del CC) le corresponde al Poder Judicial, por lo que un pronunciamiento distinto al sustentado por el Tribunal Registral implicaría que este deba modificar su criterio.

Pero imaginemos por un momento que la Corte Suprema “ratifica” lo señalado por el Tribunal Registral y concluye que las escrituras públicas obtenidas en POEP otorgan, de forma retroactiva, fecha cierta a las minutas desde el momento de su suscripción. ¿No habría que aplicar la misma regla para las escrituras públicas otorgadas por notarios? ¿No se supone que, al igual que en los POEP, los notarios analizan la validez del acto que elevan a escritura pública? Permitir la aplicación retroactiva de la fecha cierta solo para los casos de escrituras otorgadas en procesos judiciales y no a las otorgadas por notarios pondría a estas últimas en una clara –e injustificada– posición de desventaja.

Y esto último generaría efectos también en lo que se refiere a la concurrencia de acreedores sobre inmuebles: según el artículo 1135⁽¹⁰⁸⁾, en un caso de concurrencia es preferido (en ausencia de inscripción) aquel cuyo título es de fecha cierta, y si los dos títulos en conflicto tienen fecha cierta, prima el de fecha más antigua.

Entonces, si A tiene una minuta del 2009 (no tiene fecha cierta) y B una escritura pública del 2014 (sí tiene fecha cierta), la concurrencia la ganaría B. Sin embargo, para darle vuelta a este resultado adverso A podría demandar el otorgamiento de la escritura pública y, de obtenerlo, exigiría que la fecha cierta de su título se considere retroactivamente desde la firma de la minuta, esto es, desde el 2009. Como se puede ver, no es poco lo que está en juego.

En síntesis, no basta que la Corte determine que en todo POEP se debe analizar la validez del acto que se busca escriturar. Se debe establecer si una vez amparada la demanda el acto adquiere fecha cierta de forma retroactiva desde que fue celebrado, o si la fecha cierta comenzará a correr (hacia el futuro) solo desde el momento en que el juez otorga la escritura pública.

Adicionalmente a ello, si la Corte establece la retroactividad, deberá señalar si ello aplica también para las escrituras otorgadas por notarios. Hay mucho en juego: no solo la posibilidad de agilizar las inmatriculaciones, sino también una correcta aplicación de las reglas sobre concurrencia de acreedores sobre bienes inmuebles.

VI. CONCLUSIÓN

El acierto de la Corte Suprema fue resolver correctamente el caso atendiendo a las razones adecuadas.

(108) Artículo 1135 del Código Civil.- “Cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en defecto de inscripción, al acreedor cuyo título sea de fecha anterior. Se prefiere, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua”.

A diferencia de las instancias de mérito, que desestimaron la demanda de otorgamiento de escritura pública por considerar (erróneamente) que el acto que el demandante pretendía escriturar presentaba problemas de eficacia o incluso de validez, la Corte Suprema desestimó la pretensión del demandante por la razón correcta: si bien el contrato traslativo de posesión celebrado entre B y C no presentaba ningún vicio de invalidez ni ineficacia, el mismo no genera *per se* la obligación de las partes de otorgarse la escritura pública, pues con dicho contrato no se transfieren derechos reales sobre el bien (en estos casos sí existe la obligación de las partes de otorgarse la escritura pública, en aplicación analógica del artículo 1549 del CC)⁽¹⁰⁹⁾.

Pero ello no implica que las partes que suscriben el acuerdo traslativo de posesión no puedan pactar la obligación de escriturar el acto. De haberlo hecho así, entonces sí habría legitimidad para que las partes se exijan judicialmente el cumplimiento de la respectiva formalidad.

(109) Esto último de acuerdo con el criterio fijado por la Corte Suprema en la sentencia del IX Pleno Casatorio.

CAPÍTULO IV

TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD

**“¿Firma mi escritura pública!”.
Sobre la compraventa con reserva de dominio
y la demanda de otorgamiento de formalidad**

COMENTARIO A LA CASACIÓN N° 2754-2013-LIMA NORTE

I. INTRODUCCIÓN

El sistema de transferencia de propiedad que nuestro Código Civil ha consagrado para los bienes inmuebles es el del consensualismo: el solo acuerdo de voluntades (momento que coincide con la celebración del contrato) convierte al comprador en propietario⁽¹¹⁰⁾. Una de las excepciones (convencionales) a dicha regla es el denominado pacto de reserva de dominio o reserva de propiedad⁽¹¹¹⁾:

“En la compraventa puede pactarse que el vendedor se reserva la propiedad del bien hasta que se haya pagado todo el precio o una parte determinada de él, aunque el bien haya sido entregado al comprador, quien asume el riesgo de su pérdida o deterioro desde el momento de la entrega” (art. 1583 del CC).

En virtud de este pacto, las partes acuerdan que el comprador solo se convertirá en propietario una vez cancelada la totalidad o una parte del precio de venta. Producida dicha cancelación, recién se entiende transferida la propiedad a favor del comprador.

El caso resuelto en la Cas. N° 2754-2013-Lima Norte⁽¹¹²⁾ está precisamente vinculado con la “reserva de dominio” y la posibilidad de demandar el otorgamiento de la escritura pública de una compraventa que incluye dicho pacto.

(110) Así lo establece el artículo 949 del Código Civil, aunque empleando una terminología confusa que en su momento generó interminables debates: “La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él”.

(111) Artículo 1583 del Código Civil.- “En la compraventa puede pactarse que el vendedor se reserva la propiedad del bien hasta que se haya pagado todo el precio o una parte determinada de él, aunque el bien haya sido entregado al comprador, quien asume el riesgo de su pérdida o deterioro desde el momento de la entrega.

El comprador adquiere automáticamente el derecho a la propiedad del bien con el pago del importe del precio convenido”.

(112) Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 3 de marzo de 2015.

II. LOS HECHOS DE LA SENTENCIA

Mediante contrato de compraventa de acciones del 1 de junio de 1978 y contrato de compraventa ampliatorio de acciones del 28 de febrero de 1982 (ambos documentos serán denominados en conjunto como la compraventa), la Asociación Centro Unión Distrital Musga (en adelante, la asociación) transfirió a favor del señor Aroldo Pretell Vega (en adelante, el demandante) un porcentaje de acciones y derechos sobre el terreno constituido por el lote N° 8 del Ex Fundo Chacra Cerro con frente a la avenida Héroes del Alto Cenepa N° 629, distrito de Comas, que cuenta con un área de 14 508 m², inscrito en la Ficha Registral N° 67362 del Registro de Propiedad Inmueble de Lima (en adelante, el inmueble)⁽¹¹³⁾.

La compraventa incluía una cláusula de reserva de dominio a favor de la asociación (en el documento se le denominó “retención de dominio”).

La demandante accionó contra la asociación a efectos de que le otorgue la escritura pública de la compraventa.

En su contestación de demanda la asociación sostuvo que:

- i) La compraventa fue otorgada por personas que, en ese momento, no contaban con poderes de representación para actuar en nombre de la asociación.
- ii) No es posible que el 1 de junio de 1978 la asociación haya suscrito la compraventa, pues en dicho momento no era propietaria del inmueble. La asociación recién adquirió el inmueble mediante minuta de compraventa del 12 de noviembre de 1980, elevada a escritura pública el 8 de mayo de 1984.

En primera instancia la demanda fue declarada infundada, en tanto el juez consideró que la compraventa que se buscaba formalizar no era válida: al no haberse establecido con precisión el área, linderos y medidas perimétricas del inmueble objeto de la compraventa, se trataba de un contrato con objeto indeterminado y, por ende, nulo⁽¹¹⁴⁾.

La Sala Superior revocó la decisión del juez y reformándola declaró improcedente la demanda, por considerar que:

(113) Posteriormente, mediante escritura pública de compraventa del 8 de mayo de 1984, la asociación transfirió al demandante, por el precio de 1 260 040.00 soles oro, el porcentaje de acciones y derechos restante, para que aquel pudiera consolidar a su favor la totalidad del dominio sobre el inmueble. Pero este contrato no forma parte de la controversia.

(114) Artículo 219 inciso 3 del Código Civil.- “El acto jurídico es nulo cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable”.

- i) La compraventa incluía una reserva de dominio a favor de la asociación, y al no haberse acreditado que el demandante cumplió con pagar la totalidad del precio no correspondía otorgarle la escritura pública.
- ii) En la compraventa se indicó que una vez cancelada la totalidad de las letras suscritas por el comprador (demandante), se le entregaría un certificado de acciones, que haría las veces de un “título definitivo de transferencia”. Es decir, de acuerdo con lo establecido en la propia compraventa, el demandante debió exigir la entrega de dicho certificado de acciones y no una escritura pública.

La Corte Suprema siguió el criterio de la Sala Superior, en el sentido de que habiéndose establecido una reserva de dominio (denominada en el documento como “retención de dominio”) a favor de la asociación, y no habiéndose acreditado la cancelación del precio de venta, no se podía obligar a la asociación a suscribir la escritura pública:

“Sexto: Que, de lo anteriormente expuesto, se puede colegir que si como consecuencia de un contrato de compraventa la transferencia de propiedad del bien queda reservada hasta el momento en que se efectúe la cancelación total del precio pactado (como en el caso sublitis), la obligación esencial del vendedor de perfeccionar dicha transferencia quedará también supeditada al pago del precio, por lo tanto, mientras no se cumpla esta obligación no podrá otorgarse la escritura pública que permita el perfeccionamiento de la transferencia”.

Entonces, obligar a la asociación a otorgar la escritura pública pese a haberse acreditado el incumplimiento por parte del demandante iría “contra la bilateralidad de los contratos, que conlleva que en un acuerdo de voluntades deben existir necesariamente obligaciones recíprocas de ambas partes, que en el caso de autos se traduce en la obligación del vendedor de entregar la cosa y la del comprador de pagar el precio, supuesto que en este último caso no se aprecia conforme ha quedado establecido en la presente resolución; por lo tanto la causal material debe igualmente ser desestimada” (considerando noveno).

Por tal razón la Corte declaró infundado el recurso de casación y la demanda fue finalmente declarada improcedente.

El caso presenta ciertas aristas que conviene analizar por separado: i) ¿estuvo bien que el juez, en primera instancia, rechazara la demanda por considerar que la compraventa era nula, aun cuando la “función” de un proceso de otorgamiento de escritura pública no es analizar la validez del acto que se busca formalizar?; ii) el argumento de la asociación, en el sentido de que ella jamás otorgó dicha compraventa, ¿podía servir para que la demanda sea desestimada?; iii) ¿la sola existencia de una reserva de dominio en el contrato que se pretende formalizar impide que la demanda de otorgamiento de escritura pública sea amparada?

III. EL PROCESO DE OTORGAMIENTO DE ESCRITURA PÚBLICA (POEP) Y LA SENTENCIA DEL IX PLENO CASATORIO

El caso materia de análisis se encuentra directamente vinculado con aquello que fue analizado en el IX Pleno Casatorio, cuyas conclusiones han sido recogidas en la Cas. N° 4442-2015-Moquegua (en adelante, la sentencia del IX Pleno), publicada en el diario oficial *El Peruano* el 18 de enero de 2017.

La finalidad del IX Pleno fue discutir acerca de la posibilidad de que el juez analice, dentro del proceso de otorgamiento de escritura pública (en adelante, POEP), la validez del acto que se busca formalizar⁽¹¹⁵⁾. Hasta ese momento la jurisprudencia era contradictoria: mientras que para algunos magistrados sí era posible realizar dicho análisis, para otros el POEP se limita al cumplimiento de una formalidad, por lo que no correspondía abordar cuestiones vinculadas a la validez del acto.

El debate asume particular relevancia en aquellos contratos que transfieren derechos reales sobre inmuebles (precisamente, en el caso materia de análisis el demandante buscaba formalizar una compraventa). Resulta poco usual que se demande el otorgamiento de la escritura pública de un contrato de obra, un mandato o uno de prestación de servicios. En estos casos, valgan verdades, la escritura pública que se podría obtener en la vía judicial poco o nada suma a la posición de la parte que exige el otorgamiento de la formalidad.

Cosa distinta sucede cuando se transfiere algún derecho real (no solo propiedad) o personal (particularmente aquellos que pueden ser inscritos, tales como el arrendamiento y la opción) sobre inmuebles. Para estos casos, contar con una escritura pública mejora sustancialmente la posición del adquirente, en la medida que le permite acceder al Registro (principio de titulación auténtica⁽¹¹⁶⁾) con todas

(115) Vale la pena mencionar que si bien la sentencia del IX Pleno dio respuesta a esta cuestión, no se limitó a ella, en tanto se abordó una serie de cuestiones sustanciales y procesales vinculadas al POEP, entre ellas: si cabe o no un control de legalidad del contrato que se pretende formalizar; si el referido control debe limitarse a la validez del contrato o si debe alcanzar también a la ineficacia del mismo; si dentro del control de validez podrá analizarse únicamente la nulidad manifiesta o también la nulidad no manifiesta y la anulabilidad; en qué consiste la nulidad manifiesta; qué supuestos podrían analizarse dentro de un eventual control de eficacia del contrato; en qué forma se debe actuar el poder que el artículo 220 del Código Civil confiere al juez; si la nulidad manifiesta debe ser analizada solo en la parte considerativa de la sentencia o si, además, debe ser declarada en la parte resolutive; qué principios procesales se pueden ver comprometidos por una eventual declaración de nulidad del contrato a pesar de que ninguna de las partes la haya alegado; la incidencia que podrían tener los lineamientos que se establezcan en la sentencia respecto de los precedentes fijados en anteriores plenos casatorios, etc.

(116) Artículo III del Título Preliminar del Texto Único Ordenado del Reglamento General de los Registros Públicos:

Principio de titulación auténtica:

“Los asientos registrales se extienden a instancia de los otorgantes del acto o derecho, o de tercero interesado, en virtud de título que conste en instrumento público, salvo disposición en contrario. La rogatoria alcanza a todos los actos inscribibles contenidos en el título, salvo reserva expresa”.

las ventajas que ello le genera (piénsese en la oponibilidad⁽¹¹⁷⁾ o la fe pública registral⁽¹¹⁸⁾).

El tema no es sencillo porque estamos ante dos intereses contrapuestos: ya sea que el juez otorgue (indebidamente) la escritura pública de un acto nulo o rechace (indebidamente) la escritura pública respecto de un acto perfectamente válido, alguien termina siendo afectado. Por ello es fundamental hilar fino en este problema para no generar un daño mayor al que precisamente se busca evitar.

El problema con que un juez otorgue la escritura pública de un acto nulo es que ello le permitiría al falso adquirente inscribir su derecho en el Registro, y gracias a la apariencia de propietario que le otorgaría el Registro podría transferir el derecho a un tercero de buena fe, quedando este último protegido frente al verdadero titular. En este caso se le genera una contingencia al verdadero titular: para evitar perder su derecho frente a un tercero adquirente de buena fe, tendrá que demandar la nulidad de la escritura pública (otorgada indebidamente) e inscribir dicha demanda antes de que el falso adquirente transfiera el bien a un tercero y este lo inscriba a su favor.

En sentido contrario, si el juez se niega a otorgar la escritura pública respecto de un acto que es perfectamente válido, el problema se le genera al adquirente, pues se verá imposibilitado de inscribir su derecho en el Registro, lo que no solo le generará problemas de acceso al crédito (si no tiene inscrito el inmueble a su favor, no podrá darlo en hipoteca, pues el acreedor no podría inscribir su garantía), sino que correrá el riesgo de que su transferente, valiéndose de la apariencia de propietaria que le otorga el Registro, venda el bien a favor de un tercero de buena fe.

Entonces, el análisis de validez que un juez deba hacer, dentro del POEP, sobre el acto que se busca formalizar tendrá que ser muy fino. Pero antes de analizar la forma en que dicho análisis debe ser hecho, es preciso determinar si el mismo puede ser realizado dentro de un POEP.

(117) Artículo 2022 del Código Civil.- “Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquel a quien se opone.

Si se trata de derechos de diferente naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común”.

(118) Artículo 2014 del Código Civil.- “El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda, cancele o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los asientos registrales y los títulos archivados que lo sustentan. La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro”.

1. Análisis de validez del acto que se busca formalizar dentro del POEP: ¿es posible?

En el caso materia de comentario, el juez desestimó la demanda por considerar que la compraventa que se buscaba formalizar era nula. ¿Estaba facultado el juez para analizar dentro del POEP la validez de la compraventa?

Tal como señalé en alguna oportunidad⁽¹¹⁹⁾, existen dos reglas que deben tomarse en cuenta para responder la pregunta planteada.

1.1. Primera regla: no existe ningún impedimento para que en un POEP se analice la validez del acto que se busca formalizar

El inciso d) del artículo 19 del D. Leg. N° 1049 (Ley del Notariado) reconoce como un derecho de los notarios “[n]egarse a extender instrumentos públicos contrarios a la ley, a la moral o a las buenas costumbres”. Es decir, los notarios analizan la validez de los actos que elevan a escritura pública. Lo mismo pasa con los registradores: de acuerdo con el artículo 32 del Texto Único Ordenado del Reglamento General de los Registros Públicos (Res. N° 126-2012-SUNARP-SN) “El Registrador y el Tribunal Registral, en sus respectivas instancias, al calificar y evaluar los títulos ingresados para su inscripción, deberán: (...) 3. Verificar la validez y la naturaleza inscribible del acto o contrato, así como la formalidad del título en el que este consta y la de los demás documentos presentados”.

Carecería de toda lógica un sistema jurídico que, por un lado, exige a notarios y registradores analizar la validez de los actos jurídicos que llegan a sus manos y, por el otro, permite a los jueces hacerse de la vista gorda frente a los vicios de invalidez que afectan a los actos respecto de los cuales se interponen demandas de OEP. Desde un punto de vista sustancial, entonces, no existe impedimento alguno para que un juez pueda (deba) analizar la validez del acto cuyo otorgamiento de escritura pública se demanda.

Afortunadamente, así fue reconocido en la sentencia del IX Pleno Casatorio:

“En un proceso de otorgamiento de escritura pública el juez puede declarar de oficio la nulidad manifiesta del negocio jurídico que se pretende formalizar, pero siempre que, previamente, haya promovido el contradictorio entre las partes. Si el juez considera que el negocio jurídico que se pretende formalizar es manifiestamente nulo, lo declarará así en la parte resolutive de la sentencia y declarará, además, infundada la demanda de otorgamiento de escritura pública. Si el juez considera que el negocio jurídico que se pretende formalizar no es manifiestamente nulo, expresará las razones de ello

(119) PASCO ARAUCO, Alan. “IX Pleno Casatorio y otorgamiento de escritura pública. Mucho más que un análisis de validez y una posible rectificación suprema”. En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*. N° 37. Gaceta Jurídica, Lima, julio 2016, pp. 95-115.

en la parte considerativa de la sentencia y en la parte resolutive únicamente se pronunciará sobre la pretensión de otorgamiento de escritura pública” (el énfasis es agregado).

Tampoco tienen sustento las objeciones de índole procesal (en las que muchas veces se amparaban los jueces para rehuir el análisis de validez) según las cuales al ser el POEP un proceso sumarísimo, no es factible analizar la validez del acto al interior del mismo.

Esto también ya fue debidamente aclarado en la sentencia del IX Pleno:

- i) Con relación al grado de cognición del juez, los procesos pueden ser plenarios o sumarios. Los plenarios son aquellos en donde las partes no encuentran restricción en torno a las alegaciones que podrían formular y a los medios probatorios que podrían aportar, lo que conlleva que la cognición del juez sobre la controversia sea plena o completa. Los procesos sumarios (o de cognición sumaria), por el contrario, son aquellos en donde, por disposición de la ley, se han limitado las alegaciones que podrían formular las partes o los medios probatorios que estas podrían aportar, lo que conlleva que la cognición del juez sobre la controversia sea también limitada, lo cual determina que esta clase de procesos se basen en un conocimiento no definitivo, parcial o superficial.
- ii) Dentro de los procesos plenarios cabe distinguir tres tipos: i) los más amplios, denominados **plenos** o **de conocimiento propiamente dicho**; ii) los intermedios, en donde la capacidad y tiempo se ha reducido, y que reciben el nombre de **plenarios rápidos** o **abreviados**; y iii) aquellos cuya discusión se reduce a la prueba de uno o dos hechos específicos, llamados **plenarios rapidísimos** o **sumarísimos**.
- iii) El POEP es un proceso plenario rápido y, por ende, distinto a un proceso sumario o de cognición sumaria. Tal como ya se indicó, en el primero no existen limitaciones relativas a las alegaciones ni a los medios probatorios que las partes podrían aportar; en el segundo sí. En el primero existe una cognición completa sobre la controversia; en el segundo la cognición es limitada, por ello la sentencia que se emita en el primero puede adquirir la calidad de cosa juzgada, mientras que la sentencia recaída en el segundo, no.

Entonces, de acuerdo con lo desarrollado en la sentencia del IX Pleno, no existen impedimentos de tipo “procesal” para realizar dentro del POEP un control de validez y eficacia del acto que se busca formalizar.

Adicionalmente a ello existía otra duda con relación al análisis de validez dentro del POEP: ¿qué alcances tiene la sentencia respecto de tal análisis? ¿Genera o no cosa juzgada respecto de la validez del acto? ¿El análisis de validez

podrá ser “reabierto” en un proceso posterior en donde la pretensión principal sea precisamente la nulidad del acto? Por ejemplo, si X demanda a Y para que le otorgue la escritura pública de una compraventa y un Juez falla declarando fundada la demanda, ¿Y ya no podrá demandar a X en un proceso de conocimiento para que se declare la nulidad de la compraventa? ¿El que se haya otorgado la escritura pública del contrato cierra cualquier posibilidad de que su validez sea analizada en un proceso posterior?

La sentencia del IX Pleno también ha dado una respuesta a estas interrogantes: el contrato debe ser declarado nulo en la parte resolutive de la sentencia. Antes del IX Pleno la duda era si el juez solo podía “valorar” dicha nulidad en los considerandos del fallo para estimar o desestimar la demanda, o si podía declararla como tal en la parte resolutive. La Corte se ha inclinado por esta última opción, amparándose para ello en la literalidad del artículo 220 del CC, según el cual “la nulidad puede ser **declarada** [en la parte resolutive] de oficio por el juez cuando resulte manifiesta”.

Entonces, en la medida que el POEP no deja de ser un proceso plenario, lo que se resuelva respecto de la validez del acto sometido a formalización genera cosa juzgada, con lo cual el debate en torno a esta validez no podrá ser reabierto en un proceso posterior.

Si tenemos en cuenta que el caso materia de comentario fue resuelto antes de que se emitiera la sentencia del IX Pleno, tiene mucho mérito el fallo emitido por el juez en primera instancia, ya que, anticipándose a lo que diría la Corte algunos años después, no se limitó a ordenar la formalización de la compraventa, sino que sometió dicho acto a un análisis de validez que lo llevó a concluir que la compraventa tenía un objeto indeterminado y, por ende, era nula⁽¹²⁰⁾.

Sin embargo, el juez omitió declarar en la parte resolutive de la sentencia la nulidad de la compraventa; es decir, si bien “valoró” en sus considerandos tal nulidad a efectos de desestimar la demanda de OEP, no la “declaró” como tal en el fallo. Hoy, en aplicación de la sentencia del IX Pleno, el juez no deberá limitarse a “valorar” la nulidad en los considerandos del fallo, sino que además deberá declararla en la parte resolutive.

1.2. Segunda regla: son las partes las que deberán invocar o alegar la presunta invalidez, el juez solo lo hace de oficio si la nulidad es manifiesta

Habiendo quedado claro que la invalidez del acto puede ser materia de análisis dentro del POEP, la pregunta siguiente es quién puede poner sobre el tapete

(120) Con ello no estoy diciendo que, en efecto, la compraventa era nula por tener un objeto indeterminado (por el contrario, el que el tema no haya sido mencionado ni por la Corte Superior ni por la Corte Suprema permitiría concluir que el referido contrato no adolecía de un vicio estructural). Lo que resalto (más allá de si la compraventa era efectivamente nula o no) es que se haya admitido que el análisis de validez pueda ser realizado dentro de un POEP.

esta invalidez para que sea analizada por el juez: ¿puede hacerlo el juez de oficio o necesariamente la cuestión deberá ser planteada por alguna de las partes?

Mi opinión, desde un inicio, fue que solo de manera **excepcional** el juez podía realizar de oficio dicho análisis, y siempre que la nulidad resultase manifiesta. Y es que si la invalidez no fue invocada por ninguna de las partes y no existe una nulidad manifiesta, ¿sobre qué podría sustentarse el juez para concluir que el acto es inválido y rechazar el otorgamiento de la escritura pública?

Esto encuentra sustento en el artículo 1412 del CC⁽¹²¹⁾, según el cual las partes pueden demandarse el otorgamiento de la escritura pública siempre que esta no constituya un requisito de validez del acto. Por ejemplo, si tengo una minuta de donación de inmueble y demando al donante para que firme la escritura pública y el demandado simplemente no contesta la demanda, ¿el juez debe otorgar la escritura pública? Naturalmente no, porque aun cuando ninguna de las partes haya planteado la nulidad de la donación, esta resulta manifiesta por haberse cumplido con la formalidad solemne⁽¹²²⁾.

El artículo 1412 expresamente proscribire a los jueces amparar demandas de otorgamiento de escritura pública allí cuando el acto resulte nulo por vulneración de la formalidad solemne. ¿Y qué pasa si el acto es nulo por cualquier otra causa que no sea el incumplimiento de la formalidad? ¿El juez no la podría apreciar de oficio? En realidad, el artículo 1412 del CC no es otra cosa que una aplicación específica de la regla general contenida en el artículo 202 del CC, según la cual “la nulidad puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta”.

Aun si el artículo 1412 del CC no existiera, el resultado sería el mismo: el juez que recibe una demanda en donde el donatario exige que se le otorgue la escritura pública de su minuta de donación debería declararla infundada pese a que la contraparte no haya alegado dicha nulidad, pues la misma resulta manifiesta. Lo que hace el artículo 1412 del CC es recoger el caso más típico y claro de “nulidad manifiesta”: cuando el acto incumple con la formalidad solemne. ¿Alguien tiene alguna duda de que una donación por minuta adolece de nulidad? No es necesario realizar ningún tipo de pericia o examen agudo para concluir ello.

La pregunta es qué sucede si el acto es nulo por una causal distinta al incumplimiento de la formalidad solemne, ¿será factible hablar de una “nulidad

(121) Artículo 1412 del Código Civil.- “Si por mandato de la ley o por convenio debe otorgarse escritura pública o cumplirse otro requisito que no revista la forma solemne prescrita legalmente o la convenida por las partes por escrito bajo sanción de nulidad, estas pueden compelerse recíprocamente a llenar la formalidad requerida”.

(122) Artículo 1625 del Código Civil.- “La donación de inmuebles debe hacerse por escritura pública (...) bajo sanción de nulidad”.

manifiesta”? El artículo 220 del CC le otorga al juez la prerrogativa de analizar de oficio la nulidad del acto independientemente de la razón o causa de la nulidad. Naturalmente –como acabo de señalar– el caso más claro de nulidad es aquel en donde se incumple con la formalidad solemne, pero no hay ninguna razón para limitar la apreciación de oficio de la nulidad a este caso puntual.

Piénsese, por ejemplo, en una minuta de compraventa a la que le falte el precio de venta o la firma del vendedor: si estas circunstancias no fueron advertidas por ninguna de las partes, podrá ser apreciada de oficio por el juez al amparo del artículo 220 del CC (independientemente de que para algunos estos sean casos de “inexistencia del contrato”⁽¹²³⁾ y no de “nulidad”).

Todos estos puntos fueron debidamente abordados en la sentencia del IX Pleno Casatorio, habiéndose concluido lo siguiente:

- i) Cualquier causal de nulidad que afecte al acto que se busca formalizar debe ser analizada en el POEP, siempre que la misma resulte manifiesta.
- ii) Se entiende por nulidad “manifiesta” aquella que resulta evidente, patente, inmediatamente perceptible; en suma, aquella que resulta fácil de detectar, ya sea porque se desprende del acto mismo o del examen de algún otro elemento de prueba incorporado al proceso.
- iii) Cualquiera de las causales de nulidad reguladas en el artículo 219 del CC puede ser manifiesta. Piénsese en un contrato que aparece firmado por una persona que ha fallecido antes de la fecha en que aquel supuestamente fue celebrado o un contrato que aparece firmado por una sola de las partes (causal de nulidad vinculada con la manifestación de voluntad); un contrato de compraventa en el que no se hace referencia al precio (causal de nulidad vinculada al objeto); una donación que no se hizo por escritura pública (causal de nulidad vinculada a la formalidad solemne).
- iv) Además de tratarse de una causal de nulidad manifiesta, otro requisito para que el juez pueda declarar tal nulidad dentro del POEP es que haya habido “contradictorio” entre las partes. Es decir, que la nulidad haya sido materia de debate entre las partes dentro del POEP.
- v) Este “contradictorio” debe realizarse antes del saneamiento del proceso, a efectos de permitirles a las partes formular excepciones procesales respecto de dicha nulidad: por ejemplo, una excepción de cosa juzgada o excepción de litispendencia. Si esta etapa ya pasó, el juez promoverá el

(123) Artículo 1359.- “No hay contrato [no existe] mientras las partes no estén conformes sobre todas sus estipulaciones, aunque la discrepancia sea secundaria”.

contradictorio y de ser necesario (a efectos de que se formulen excepciones o se presenten medios probatorios que deban ser actuados) se citará a las partes a una audiencia complementaria.

De este modo, la sentencia del IX Pleno sigue la lógica impuesta por el IV Pleno Casatorio, en donde se determinó que, dentro de un proceso de desalojo (que al igual que el POEP se tramita en la vía sumarísima), el juez sí puede apreciar de oficio la nulidad del acto (cualquiera fuese su causal, pero siempre que resulte manifiesta) con el cual se defiende el demandado:

“5.3. Si en el trámite de un proceso de desalojo, el juez advierte la invalidez absoluta y evidente del título posesorio, conforme lo prevé el artículo 220 del Código Civil, solo analizará dicha situación en la parte considerativa de la sentencia –sobre nulidad manifiesta del negocio jurídico– y declarará fundada o infundada la demanda únicamente sobre el desalojo, dependiendo de cuál de los títulos presentados por las partes es el que adolece de nulidad manifiesta”.

Llevando esta al caso materia de comentario, corresponde nuevamente resaltar lo hecho por el juez, pues, aun cuando la asociación no planteó la nulidad de la compraventa por vicios en su objeto (los cuestionamientos sobre la compraventa estuvieron referidos a defectos en la representación de la asociación, pero ello será materia de análisis más adelante), el juez de manera oficiosa realizó un análisis que le permitió concluir que el acto que se buscaba formalizar contenía un objeto indeterminado, por lo que al ser nulo no correspondía otorgar la escritura pública.

2. Análisis de eficacia del acto que se busca formalizar dentro del POEP: ¿es posible?

Es posible que en el POEP existan otras razones, distintas a la invalidez del acto, que justifiquen que la demanda sea desestimada. Por ejemplo, ¿qué pasa si el demandado en el POEP se defiende invocando no la invalidez del acto, sino la ineficacia del mismo? ¿El POEP admite un análisis de eficacia respecto del acto que se quiere formalizar?

Este punto guarda estrecha relación con el caso que vengo comentando, porque si bien en primera instancia la demanda de OEP fue desestimada por cuestiones referidas a la “validez” de la compraventa, tanto en segunda instancia como en sede casatoria el análisis se centró en la “eficacia” de la compraventa.

En efecto, tanto la Sala Superior como la Corte Suprema consideraron que al no haber cumplido el demandante con pagar el precio de venta, la reserva de propiedad no se había levantado, con lo cual la asociación seguía siendo propietaria de las acciones y derechos objeto de la compraventa. Por ende, al estar suspendida la eficacia de la transferencia hasta que el demandante pague el precio de

venta, la asociación no estaba obligada a otorgar la escritura pública de la transferencia definitiva.

La ineficacia como tal puede derivar de distintas causas, por ejemplo: que el acto haya sido celebrado por quien carece de la legitimidad para contratar; que el acto esté sometido a una condición o plazo suspensivo; que en el acto se haya establecido una reserva de dominio y el precio no haya sido aún cancelado; que el acto haya quedado resuelto por alguna de las partes; etc. ¿Pueden ser analizadas estas cuestiones dentro del POEP?

Desde mi punto de vista, dentro del POEP el análisis del juez no debe incidir en la validez del acto que se busca formalizar, sino que debe consistir en un examen general que permita concluir si existe alguna razón justificante para denegar la escritura pública, y esta razón podrá consistir en un vicio de nulidad, anulabilidad o ineficacia que afecte al acto que se quiere formalizar.

El tema ya ha sido resuelto en la sentencia del IX Pleno con base en los siguientes lineamientos:

- i) El juez está facultado para realizar dentro del POEP un control de eficacia del acto que se busca formalizar. Son diversos los supuestos en los que este control de eficacia podría darse, tal como a continuación se detalla.
- ii) Primer supuesto de eficacia: si la obligación de otorgar la escritura pública está sometida a condición o plazo suspensivo cuyo cumplimiento aún no se ha verificado, la demanda será declarada improcedente por falta de interés para obrar del demandante. Por ejemplo, cuando las partes han condicionado el otorgamiento de la escritura pública a la cancelación del precio de venta (condición suspensiva), o han acordado que solo quedarán obligadas a firmar la escritura pública a partir del 1 de diciembre de 2018 (plazo suspensivo), el comprador no podrá demandar la formalización de su contrato si es que no acredita haber cancelado el precio de venta (cumplimiento de la condición) o que el plazo ya transcurrió (cumplimiento del plazo).
- iii) Segundo supuesto de eficacia: si la eficacia total del acto que se quiere formalizar está sometida a condición o plazo suspensivo cuyo cumplimiento aún no se ha acreditado, la demanda deberá ser amparada, pero la escritura pública que otorgue el juez dará cuenta de que la condición o el plazo suspensivo aún no se ha cumplido. Es decir, la escritura pública que se otorgue contendrá un acto ineficaz.

Nótese que este caso es distinto al planteado en el punto precedente. En el caso del punto ii) el contrato (una compraventa, por ejemplo) ya ha producido efectos (el comprador ya se convirtió en propietario), pero

se ha acordado que la obligación de formalizar dicha transferencia en una escritura pública solo surgirá una vez se acredite el cumplimiento de cierta condición o plazo. En el presente caso, en cambio, la compraventa aún no produce efectos (el vendedor sigue siendo propietario), ya que las partes han suspendido la eficacia total al cumplimiento de cierta condición o plazo. Por ende, si la demanda de OEP es amparada, el comprador tendrá una escritura pública de compraventa que diga que aún no es propietario del bien.

- iv) Tercer supuesto de eficacia: si existe una obligación principal a cargo de quien demanda el OEP, su contraparte puede invocar la excepción de incumplimiento, de tal forma que mientras el demandante no acredite que cumplió con dicha obligación, el demandado no está obligado a otorgar la escritura pública, por lo que la demanda deberá ser desestimada.
- v) Cuarto supuesto de eficacia: cuando el demandado acredita que el acto que se pretende formalizar ha quedado resuelto mediante sentencia judicial firme expedida en otro proceso. En este caso la demanda de OEP será declarada infundada.
- vi) Quinto supuesto de eficacia: cuando el demandado se defiende señalando que el acto que se pretende formalizar ha quedado resuelto de forma extrajudicial. Será labor del juez analizar si dicha resolución extrajudicial ha sido efectuada conforme a ley y cumpliendo con sus respectivos requisitos.
- vii) Cualquiera de estas causales de ineficacia que se invoquen deben ser planteadas por la parte interesada antes del saneamiento del proceso. Si esta etapa ya pasó, el juez promoverá el contradictorio y de ser necesario (a efectos de que se formulen excepciones o se presenten medios probatorios que deban ser actuados) se citará a las partes a una audiencia complementaria.

Lamentablemente, en la sentencia del IX Pleno no se analizó una causal de ineficacia en particular (y que es la que nos interesa en tanto fue la invocada por la asociación): la ineficacia por “falta de legitimidad para contratar”, es decir, cuando alguien pretende transferir un derecho que no tiene. Precisamente, esta fue la ineficacia que invocó la asociación en el caso que vengo comentando, al sostener que la compraventa había sido otorgada por personas que no tenían las facultades de representación (es decir, alguien que no era titular de los derechos sobre el inmueble pretendió transferírselo al demandante).

Genera muchas dudas el hecho de que la Corte no haya analizado esta causal de ineficacia, y no solo por la frecuencia con que se presenta, sino porque el caso que dio lugar a la sentencia del IX Pleno fue precisamente uno de este tipo: un inmueble que le pertenecía a una sociedad conyugal fue vendido por uno solo

de los cónyuges a espaldas del otro. Ante la demanda de OEP, el cónyuge que no intervino en la compraventa sostuvo que la misma no debía ser formalizada, pues en su celebración no intervino el verdadero propietario (la sociedad conyugal representada por los dos cónyuges).

Particularmente, considero que esta circunstancia debe ser analizada en el POEP, siempre que la causa de ineficacia se desprenda con claridad del acto que se busca formalizar. Por ejemplo, imagínese que se solicita el otorgamiento de la escritura pública de una compraventa en donde interviene como vendedor una persona que, si bien figura en el Registro como único propietario del bien, adquirió el inmueble estando casado, por lo que la verdadera propietaria era la sociedad conyugal y, por ende, el contrato debió ser firmado por los dos cónyuges.

Si esta compraventa fuese presentada ante un notario para ser elevada a escritura pública, y el DNI del vendedor indica que se trata de una persona casada, sin duda alguna el notario se negará a otorgar la escritura pública, porque, de lo contrario, estaría permitiendo que un acto ineficaz llegue al Registro. ¿Por qué razón un juez no podría hacer un análisis con esa amplitud? Si las partes invocan el vicio de ineficacia o sin que ninguna de ellas lo haga, tal ineficacia resulta manifiesta para el juez, este podrá valorarla de cara a determinar si otorga o no la escritura pública.

En el caso que vengo comentando las instancias de mérito no llegaron a analizar si, en efecto, la asociación no había participado en la compraventa a través de sus verdaderos representantes. Este punto pasó a un segundo plano, pues la demanda fue desestimada por la existencia del pacto de reserva de propiedad. Es decir, la “ineficacia” que detectó la Corte Superior y que validó la Corte Suprema (y que sirvió para que la demanda fuese desestimada) estaba vinculada con la existencia de una condición suspensiva (reserva de dominio) y no con una falta de legitimidad para obrar en la celebración de la compraventa. ¿Hizo bien la Corte Suprema al denegar la escritura pública por el hecho de que la compraventa incluía una reserva de dominio? Considero que no por las razones que paso a explicar.

IV. EL ERROR DE LA CORTE SUPREMA

Considero que tanto la Sala Superior como la Corte Suprema resolvieron de forma inadecuada el caso materia de análisis⁽¹²⁴⁾.

Con una demanda de otorgamiento de escritura pública no se busca crear un contrato distinto a aquel que se quiere formalizar; lo que se pretende es revestir

(124) En lo que sigue voy a obviar la referencia que hizo el juez respecto a la nulidad de la compraventa por tener un “objeto indeterminado”. Dado que el tema no fue mencionado ni por la Corte Superior ni por la Corte Suprema, podría haberse tratado de un error del juez.

al contrato de la misma formalidad que las partes hubiesen adoptado voluntariamente si se hubiesen puesto de acuerdo. Por ejemplo, en el caso de un contrato que contiene las cláusulas A, B, C y D, si las partes voluntariamente lo elevan a escritura pública, esta tendría las mismas cláusulas A, B, C y D. En caso de que una de las partes se niegue a firmar la escritura pública, la demanda que se interponga estará encaminada a obtener una escritura pública que contenga las cláusulas A, B, C y D. La regla, entonces, es que la escritura pública otorgada por el juez no debe ser distinta a la escritura pública que las partes voluntariamente hubiesen firmado, y en ninguno de los dos casos dicha escritura pública puede tener un contenido distinto al contrato originalmente suscrito.

En el caso materia de comentario, la pretensión del demandante fue que se eleve a escritura pública la compraventa, la cual incluía una reserva de dominio. De haberse amparado la demanda, el accionante hubiese obtenido una escritura pública de la compraventa, la cual seguiría incluyendo la reserva de dominio. Es decir, en caso de que se hubiese declarado fundada la demanda, el demandante no hubiese tenido una escritura pública definitiva que lo declarase como nuevo propietario, sino una en donde se deje constancia de que la transferencia de propiedad estaba condicionada al pago del precio de venta.

La Corte, por el contrario, resolvió señalando que no correspondía otorgar “la escritura pública que permita el perfeccionamiento de la transferencia” a favor del demandante.

¿Qué significa esto? Que la escritura pública que el demandante solicitó no es la misma que la Corte le negó: el demandante exigió una escritura pública de la compraventa, con lo cual dicha escritura habría contenido (al igual que la compraventa) la cláusula de reserva de dominio a favor de la asociación. La Corte, en cambio, se negó a otorgarle una escritura pública en donde se declare la transferencia de propiedad a favor del demandante (es decir, una escritura pública en donde se diera por levantada la reserva de dominio).

Si el demandante hubiese solicitado se le otorgue esta última (es decir, una escritura pública de transferencia definitiva de propiedad), se le habría tenido que exigir que primero cumpla con el pago del precio. Ello es algo lógico: estamos ante un contrato con prestaciones recíprocas, por lo que a la obligación de la asociación de transferir la propiedad se contraponen la obligación del demandante de cancelar el precio de venta. Atendiendo a ello, cualquiera de las partes puede suspender el cumplimiento de su obligación hasta que la otra haya cumplido con la propia.

En este sentido, el artículo 1426 del CC autoriza el ejercicio de la denominada “excepción de incumplimiento”:

“En los contratos con prestaciones recíprocas en que estas deben cumplirse simultáneamente, cada parte tiene derecho a suspender el cumplimiento de la

prestación a su cargo, hasta que se satisfaga la contraprestación o se garantice su cumplimiento”.

Entonces, si la pretensión del demandante hubiese sido obtener una escritura pública que diera cuenta de la transferencia de propiedad a su favor, la asociación se habría podido defender invocando la excepción de incumplimiento a través de la reserva de propiedad incluida en la compraventa. Y mientras no estuviese acreditado el pago del precio el juez se habría podido negar a otorgar la escritura pública. Si esta hubiese sido la pretensión del demandante, la decisión de la Corte habría sido la correcta.

Sin embargo, el demandante no solicitó una escritura pública que diera cuenta de la transferencia de propiedad a su favor, sino únicamente una escritura pública de la compraventa, es decir, una escritura que, al igual que la compraventa, incluyese la reserva de propiedad a favor de la asociación.

Como se puede ver, el demandante y la Corte no llegaron a entenderse: mientras aquel solicitó la escritura pública A (que implicaba mantener la reserva de propiedad a favor de la asociación), la Corte le negó la escritura pública B (que daba por levantada la reserva de propiedad y reconocía al demandante como nuevo propietario).

Hecha esta aclaración, la siguiente pregunta es si existe algún impedimento para que un comprador que aún no ha terminado de pagar el precio de venta obtenga una escritura pública que incluya el pacto de reserva de dominio a favor de su vendedor. Considero que no:

- i) No existe ninguna limitación legal ni razón jurídica para que el juez se niegue a otorgarle al comprador una escritura pública que contenga una reserva de propiedad a favor de su contraparte. Si las propias partes pueden voluntariamente suscribir una escritura pública de compraventa con reserva de dominio cuando el precio aún no ha sido cancelado, no hay razón para que eso mismo no se pueda obtener en la vía judicial. Más aún si se tiene en cuenta el interés del comprador en obtener dicha escritura pública para así poder inscribirla en el Registro y publicar su condición de comprador (aún no propietario) mientras consigue el dinero necesario que le permita levantar la reserva y hacerse con la propiedad.
- ii) El artículo 2019 del CC⁽¹²⁵⁾ permite que los pactos de reserva de dominio se inscriban, para que de este modo gocen de plena oponibilidad frente a terceros.

(125) Artículo 2019 del Código Civil.- “Son inscribibles los pactos de reserva de propiedad y de retroventa”.

V. EL ACIERTO DEL VOTO EN MINORÍA

El caso materia de análisis contó con un voto en minoría que tuvo el mérito de identificar la confusión en que habían incurrido la mayoría de los vocales supremos. En efecto, en este voto en minoría se indicó que no había ningún problema con otorgarle al demandante una escritura pública de la compraventa que contenga la reserva de dominio a favor de la asociación:

“**Tercero:** Si bien es cierto, el contrato de compraventa es con retención de dominio, ello no impide que no se otorgue la escritura pública, en tanto, no existe prohibición legal al respecto; antes bien, el artículo 2019 del Código Civil expresa que los pactos de reserva de propiedad son inscribibles, lo que permite colegir que su formalización es permitida”.

Por ello, el referido vocal supremo votó por que se declare fundado el recurso de casación interpuesto por el demandante, se case la sentencia de vista y, actuando en sede de instancia, se revoque la misma y reformándola se declare fundada la demanda de otorgamiento de escritura pública.

VI. EL ERROR DE LA SALA SUPERIOR: ¿ES POSIBLE RENUNCIAR A LA ESCRITURA PÚBLICA?

Hay un último punto que vale la pena analizar: además de la existencia de una reserva de dominio a favor de la asociación, la Sala Superior consideró que no debía otorgarse la escritura pública porque en la compraventa la asociación se había obligado a formalizar la transferencia definitiva a favor del demandante mediante un “certificado de acciones”, y no mediante una escritura pública. Ello, a criterio de la Sala Superior, facultaba a la asociación para negarse a otorgar la escritura pública.

Contra este argumento, el voto singular señala con acierto:

“**Quinto:** (...) que los contratantes hayan considerado que el título definitivo para el comprador sería un “certificado de acciones” es un asunto que de ninguna manera excluye la posibilidad de atenerse a lo expuesto en el artículo 1412 del Código Civil, máxime si lo que se quiere es lograr la seguridad jurídica de los actos comerciales y que terceros no puedan ser afectados ante la omisión de las formalidades respectivas”.

No podría estar más de acuerdo con este pronunciamiento. La escritura pública, en lo que se refiere a la adquisición de derechos reales sobre inmuebles (y en especial cuando se trata del derecho de propiedad) así como a ciertos derechos personales (arrendamiento y opción, por ejemplo), resulta fundamental para que tales derechos puedan ser efectivamente protegidos. Un derecho real que no se inscribe puede ser perjudicado irremediablemente si el titular registral transfiere

el bien y el adquirente inscribe su adquisición. Al ser un tercero registral que actuó confiando en el Registro, el derecho real que no se publicitó no podrá serle oponible.

Y al ser la escritura pública el instrumento mediante el cual se consigue la inscripción de tales derechos, aquella está íntimamente vinculada con la plena oponibilidad (protección) de estos. Es por ello que el derecho a escritura pública debe considerarse irrenunciable en aquellos contratos relativos a la transferencia de la propiedad, a la constitución de un derecho real y, en general, a la transferencia o constitución de cualquier derecho susceptible de acceder al Registro.

Entonces –y como bien sostuvo el voto en minoría– el hecho de que quienes suscribieron la compraventa hayan acordado que el título definitivo de transferencia a favor del comprador (demandante) sería un “certificado de acciones” no limita su derecho de exigir el otorgamiento de la escritura pública de su compraventa.

VII. CONCLUSIONES

La obtención de la escritura pública es un derecho que, como cualquier otro, admite excepciones. En el caso de la compraventa, el derecho del comprador de contar con una escritura pública de transferencia de propiedad a su favor está condicionado a que previamente haya cumplido con sus respectivas obligaciones frente al vendedor.

Una de dichas obligaciones (la más importante) es el pago total del precio. Para mayor seguridad del vendedor, este puede pactar con el comprador que mientras no se pague la totalidad del precio la transferencia de propiedad no se producirá (pacto de reserva de dominio).

En este escenario, la no acreditación del pago íntegro del precio de venta limita el derecho del comprador de exigir que se le otorgue una escritura pública que dé cuenta de la transferencia de propiedad a su favor; sin embargo, ningún impedimento existe para que pueda demandar el otorgamiento de la escritura pública de su compraventa, la misma que contendrá (al igual que el documento original) la reserva de propiedad a favor del vendedor.

Por ello, en un caso de compraventa con reserva de dominio es importante no confundir la escritura pública de la compraventa con la escritura pública de la transferencia de propiedad a favor del comprador. La Corte incurrió en esta confusión y por ello resolvió la demanda de forma inadecuada. Se denegó una escritura pública de transferencia de propiedad cuando aquello que había solicitado el comprador fue una escritura pública de compraventa. Este es un error manifiesto que deberá ser corregido en futuros fallos.

Si tengo un contrato de transferencia de propiedad sometido a condición suspensiva, ¿puedo demandar el otorgamiento de la escritura pública?

COMENTARIO A LA CASACIÓN N° 4006-2014-HUAURA

I. LOS HECHOS DE LA SENTENCIA

En la Cas. N° 4006-2014-Huaura se resolvió el siguiente caso:

Luis Enrique Milla Samillán (en adelante, el demandante) interpone demanda de otorgamiento de escritura pública contra Juliana Santoza Morales Quito (en adelante, la demandada) para que cumpla con formalizar la compraventa del inmueble ubicado en la urbanización Gustavo Tello Velarde, manzana B, lote 2, distrito y provincia de Barranca, región Lima, con un área de 135 m² (en adelante, el inmueble).

Los hechos que dieron lugar a la controversia fueron los siguientes:

- i) Mediante documento privado del 14 de julio de 2011 (en adelante, el contrato), el demandante otorgó en préstamo a la demandada la suma de S/. 11 300.00 más intereses legales (en adelante, el préstamo), monto que esta última se obligó a devolver en un plazo máximo de un mes, contado a partir de la fecha de la firma del contrato (el plazo venció el 14 de agosto de 2011).
- ii) En el contrato se acordó que si vencido el plazo la demandada no cumplía con la devolución del préstamo, el inmueble quedaría automáticamente transferido a favor del demandante, considerándose el préstamo como precio de venta.
- iii) La demandada no cumplió con cancelar el préstamo dentro del plazo acordado, por lo cual el demandante –considerándose nuevo propietario del inmueble– accionó a efectos de que se le otorgue la escritura pública de la compraventa.

En primera instancia el juez amparó la demanda, pues no habiendo acreditado la demandada que cumplió con la devolución del préstamo dentro del plazo, la transferencia del inmueble había quedado perfeccionada a favor del demandante, por lo que correspondía que se le otorgue la escritura pública.

En su recurso de apelación, la demandada sostuvo que era una persona analfabeta y que el demandante la había engañado haciéndole creer que el inmueble serviría como garantía hasta el pago total de la deuda, mas no le informó que perdería la propiedad en caso de no cumplir con el pago. Asimismo, sostuvo que nunca recibió el dinero del préstamo.

En segunda instancia, la Sala Superior revocó la sentencia del juez y reformándola la declaró improcedente, pues –según sostuvo– el contrato suscrito entre las partes daba cuenta de un mutuo, y no de un acto de transferencia de dominio a favor del demandante.

Asimismo, sostuvo que, de acuerdo con lo establecido en el contrato, el inmueble había sido otorgado en garantía de la devolución del préstamo, de tal forma que en caso de incumplimiento el demandante pudiera adjudicárselo. Sin embargo –reparó la Sala–, tratándose de un inmueble, las únicas posibilidades de otorgarlo en garantía era mediante la constitución de una hipoteca o una anticresis, y para ambos casos el Código Civil exige como formalidad solemne que el contrato se celebre por escritura pública⁽¹²⁶⁾, algo que no se había cumplido.

Entonces, tratándose de un contrato nulo, no resultaba jurídicamente posible exigirle a un juez que lo eleve a escritura pública.

En su recurso de casación, el demandante sostuvo que la Sala Superior había analizado la validez del contrato, pese a que la demandada no había cuestionado ello. Por ende, a criterio del demandante, la Sala Superior había vulnerado el principio de congruencia.

La Corte Suprema sostuvo que, de acuerdo con el contrato, las partes acordaron que en caso de incumplimiento de la devolución del préstamo en la forma y oportunidad pactada, se produciría la transferencia del inmueble a título de compraventa a favor del demandante, quedando obligada la demandada a desocupar y entregar el predio.

Asimismo, señaló que no era posible analizar dentro del proceso de otorgamiento de escritura pública la validez del acto jurídico que se pretende formalizar ni las cuestiones referidas al pago del precio por la transferencia del bien.

Por ello la Corte concluyó que no correspondía amparar la pretensión del demandante, pues eso implicaba verificar el cumplimiento de una condición (si la demandada cumplió o no con la devolución del préstamo), lo cual no es materia de un proceso de otorgamiento de escritura pública, en donde el debate se circunscribe al otorgamiento de la formalidad. Por tal razón, primero debía

(126) Artículo 1092 del Código Civil.- “El contrato se otorgará por escritura pública, bajo sanción de nulidad, expresando la renta del inmueble y el interés que se pacte”.
Artículo 1098.- “La hipoteca se constituye por escritura pública, salvo disposición diferente de la ley”.

determinarse –en otro proceso– si la demandada había cumplido o no con la devolución del préstamo:

“Octavo: Que, atendiendo que en el proceso de otorgamiento de escritura pública lo que se busca es el perfeccionamiento del contrato por haberse cumplido con las exigencias previstas por ley, no siendo posible efectuar la verificación sobre la validez o eficacia del acto jurídico y/o prestaciones que las partes deban cumplir, entre otros; se concluye que lo petitionado por el demandante a fin que se eleve a escritura pública el documento denominado minuta de mutuo de fojas cinco, resulta improcedente, por cuanto la demanda conlleva el cumplimiento de una condición, que no es materia de esta clase de procesos, en los que el debate se circunscribe a la mera formalidad, vale decir, que previamente debe determinarse en otro proceso las consecuencias de haberse celebrado entre las partes el documento privado denominado minuta de mutuo, así como dilucidarse en dicho proceso el cumplimiento o no de la obligación contraída entre las partes”.

Por tales consideraciones la Corte Suprema consideró que el fallo de la Sala Superior se ajustaba a derecho y declaró infundado el recurso de casación.

II. ¿ANTE QUÉ TIPO DE CONTRATO ESTAMOS?

Es fundamental determinar la naturaleza del contrato suscrito entre las partes, porque de ello dependerá si correspondía o no amparar la pretensión planteada por el demandante.

¿Estamos ante un contrato de compraventa sometido a condición suspensiva? ¿O era más bien un acuerdo de dación en pago condicionado?

De acuerdo con las definiciones que nos proporciona el Código Civil, la dación en pago consiste en ejecutar determinada prestación para cancelar una obligación previamente asumida y que resulta distinta a la prestación efectivamente ejecutada. El típico ejemplo: estoy obligado a entregar una suma dineraria, pero no tengo liquidez, por lo que cumplo dicha obligación ejecutando una prestación distinta, por ejemplo, transfiriendo la propiedad de mi carro. Entonces, la dación en pago no es sino un mecanismo de extinción de obligaciones mediante la ejecución de una prestación distinta a la que originalmente se debía (art. 1265 del CC).

La compraventa, por su parte, es un contrato típico por el cual el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien a cambio de un precio.

Aun cuando se trata de figuras distintas, tienen un punto en común: de acuerdo con el Código Civil “[s]i se determina la cantidad por la cual el acreedor recibe el bien en pago, sus relaciones con el deudor se regulan por las reglas de la compraventa” (art. 1266 del CC).

Desde mi punto de vista, el acuerdo celebrado por las partes cumplía con todas las características de una dación en pago: i) había una obligación original: devolver una suma dineraria; ii) se le permite al deudor dar por cancelada dicha obligación dineraria mediante la entrega de un bien inmueble.

Sin embargo, este acuerdo de dación en pago tuvo dos particularidades:

- i) Se estableció la cantidad por la cual el acreedor (demandante) recibiría el inmueble en pago. Esto genera que a dicha dación en pago se le apliquen las normas de la compraventa.
- ii) Se condicionó su eficacia al hecho de que la devolución del préstamo no se hiciera dentro de un plazo máximo. Esta situación se encuentra regulada en el artículo 175 del CC:

“Si la condición es que no se realice cierto acontecimiento dentro de un plazo, se entenderá cumplida desde que vence el plazo, o desde que llega a ser cierto que el acontecimiento no puede realizarse”.

Entonces, al momento de la firma del contrato este contenía una dación en pago (que correspondía ser tratada como una compraventa, de acuerdo con el art. 1266 del CC) cuyos efectos estaban condicionados a que llegado el 14 de agosto de 2011 la demandada no hubiese devuelto el préstamo.

Dado que el plazo transcurrió sin que la demandada cumpliera con su obligación, entonces se produjo automáticamente el efecto acordado: la compraventa se dio por celebrada y el demandante pasó a convertirse en propietario del inmueble.

Y es precisamente respecto de esta transferencia de propiedad (producida como consecuencia del cumplimiento de la condición) que el demandante exigió que se le otorgara la escritura pública.

III. LA DECISIÓN DEL JUEZ: UN ACIERTO A MEDIAS

El juez consideró, adecuadamente, que al no haber cumplido la demandada con la devolución del préstamo a favor del demandante, se cumplió la condición y con ello se gatilló el efecto jurídico, consistente en la transferencia de propiedad del inmueble a favor del demandante:

“No habiéndose acreditado que la emplazada haya cumplido con la devolución de la suma de dinero que recibió y habiendo convenido los intervinientes en la minuta de mutuo, respecto al bien que sería transferido ante el incumplimiento de la devolución de la suma de dinero, entonces la transferencia del bien inmueble materia de litis ha quedado perfeccionada, de ahí que puede exigirse el otorgamiento de escritura pública, en virtud de lo prescrito en el

artículo 1412 del Código Civil que reconoce el derecho a compelerse a cumplir dicha formalidad no como requisito de validez del contrato, sino como garantía de comprobación de la realidad del acto así como para la inscripción registral que requiere de instrumento público”.

Sin embargo, el error consistió en considerar que en el proceso de otorgamiento de escritura pública (en adelante, POEP) “no se evalúa la validez sustancial del contrato celebrado, sino la existencia formal del mismo de modo que, en caso de surgir causales de nulidad o anulabilidad o algún conflicto con terceros sobre la propiedad del predio, el mismo deberá resolverse en otro tipo de proceso judicial y en la vía correspondiente”.

Es importante dejar por sentado que no existe ningún impedimento para hacer un juicio de validez respecto del acto que se pretende formalizar⁽¹²⁷⁾.

Piénsese, por ejemplo, en una minuta de compraventa a la que le falte el precio de venta o la firma del vendedor: si estas circunstancias no fueron advertidas por ninguna de las partes, podrá ser apreciada de oficio por el juez al amparo del artículo 220 del CC (independientemente de que para algunos estos sean casos de “inexistencia del contrato”⁽¹²⁸⁾ y no de “nulidad”).

Esto encuentra sustento en el artículo 1412 del CC⁽¹²⁹⁾, según el cual las partes pueden demandarse el otorgamiento de la escritura pública siempre que esta no constituya un requisito de validez del acto. Si, por ejemplo, tengo una minuta de donación de inmueble y demando al donante para que firme la escritura pública y el demandado simplemente no contesta la demanda, ¿debe el juez otorgar la escritura pública? Naturalmente no, porque aun cuando ninguna de las partes lo haya señalado, la nulidad de dicha donación resulta manifiesta al no haberse cumplido con la formalidad solemne⁽¹³⁰⁾.

El artículo 1412 expresamente proscribire a los jueces amparar demandas de otorgamiento de escritura pública allí cuando el acto resulte nulo por vulneración de la formalidad solemne. ¿Y qué pasa si el acto es nulo por cualquier otra causa que no sea el incumplimiento de la formalidad? ¿El juez no la podría apreciar de oficio? En realidad, el artículo 1412 del CC no es otra cosa que una aplicación

(127) Este análisis ya fue hecho en el comentario precedente referido a la Cas. N° 2754-2013-Lima Norte. Remito al lector a dicho comentario para conocer las razones por las cuales considero que en un POEP sí debe analizarse la validez (y también la eficacia) del acto que se pretende escriturar.

(128) Artículo 1359 del Código Civil.- “No hay contrato [no existe] mientras las partes no estén conformes sobre todas sus estipulaciones, aunque la discrepancia sea secundaria”.

(129) Artículo 1412 del Código Civil.- “Si por mandato de la ley o por convenio debe otorgarse escritura pública o cumplirse otro requisito que no revista la forma solemne prescrita legalmente o la convenida por las partes por escrito bajo sanción de nulidad, estas pueden compelerse recíprocamente a llenar la formalidad requerida”.

(130) Artículo 1625 del Código Civil.- “La donación de inmuebles debe hacerse por escritura pública (...) bajo sanción de nulidad”.

específica de la regla general contenida en el artículo 202 del CC, según la cual “la nulidad puede ser declarada [léase ‘apreciada’] de oficio por el juez cuando resulte manifiesta”. Aun cuando el artículo 1412 del CC no existiera, el resultado sería el mismo: el juez que recibe una demanda en donde el donatario exige que se le otorgue la escritura pública de su minuta de donación, debería declararla infundada pese a que la contraparte no haya alegado la nulidad del contrato. La nulidad deberá ser apreciada de oficio por el juez, pues la minuta de donación no produce efectos y, por ende, no crea obligaciones ni para las partes ni para el órgano jurisdiccional. Lo que sucede es que el artículo 1412 del CC recoge el caso más típico y claro de “nulidad manifiesta”: cuando el acto incumple con la formalidad solemne. ¿Alguien tiene alguna duda de que una donación por minuta adolece de nulidad? No es necesario realizar ningún tipo de pericia o examen agudo para concluir ello.

La pregunta es qué sucede si la nulidad del acto se debe a una razón distinta al incumplimiento de la formalidad. ¿Es factible invocar en estos casos la denominada “nulidad manifiesta”? El artículo 220 del CC le otorga al juez la prerrogativa de analizar de oficio la nulidad del acto, independientemente de la razón o causa de la nulidad. Naturalmente —como acabo de señalar— el caso más claro de nulidad manifiesta es aquel en donde se incumple con la formalidad solemne, pero no hay ninguna razón para limitar la apreciación de oficio de la nulidad a este caso puntual.

Esta posición ha sido reconocida en la sentencia del IX Pleno Casatorio, en donde se indica de forma expresa que dentro del POEP el juez podrá apreciar y declarar la nulidad que resulte manifiesta; para la nulidad no manifiesta y la anulabilidad, se podrá iniciar un proceso en paralelo y solicitar la suspensión del POEP en tanto no se resuelvan dichas cuestiones:

“44. En el proceso sumarísimo de otorgamiento de escritura pública el control de validez del negocio jurídico que se pretende formalizar se circunscribirá a la nulidad manifiesta del mismo, circunstancia que podrá ser advertida de oficio por el juez. El análisis de la nulidad no manifiesta y de la anulabilidad por alegación de la parte demandada, constituye un paso más atrevido que, este Supremo Tribunal, considera no posible, dado que la controversia se tornaría demasiado compleja y no permitiría su tramitación en la vía procedimental más corta que ha previsto nuestro ordenamiento procesal para los procesos civiles de cognición, ello sin perjuicio de que en el particular caso de la anulabilidad, la sentencia es constitutiva, es decir, no basta la mera alegación de la parte interesada, lo que abunda a favor de no realizar este análisis en el proceso de otorgamiento de escritura pública.

45. No obstante, la parte demandada puede peticionar en vía de acción la nulidad (no manifiesta) o la anulabilidad del referido negocio jurídico y, al amparo del artículo 320 del Código Procesal Civil, puede solicitar la

suspensión de la expedición de la sentencia en el proceso de otorgamiento de escritura pública hasta que se resuelva el proceso de nulidad (no manifiesta) o anulabilidad del negocio jurídico, en cuyo caso el juez deberá verificar si la referida solicitud cumple o no con los requisitos previstos en la precitada norma adjetiva. Cabe señalar que si una vez resuelto el proceso de nulidad o anulabilidad, el juez del proceso de otorgamiento de escritura pública aprecia que en la solicitud de suspensión de la expedición de la sentencia ha existido temeridad o mala fe, podrá actuar conforme a lo establecido en los artículos 110 y 111 del Código Procesal Civil, esto es, imponer a la parte demandada y/o a su abogado y/o apoderado, una multa no menor de cinco ni mayor de veinte unidades de referencia procesal y, en caso, considere que el abogado ha actuado con temeridad o mala fe, remitirá copia de las actuaciones respectivas a la Presidencia de la Corte Superior, al Ministerio Público y al colegio de abogados correspondiente, para las sanciones a que pudiera haber lugar”.

Entonces, aun cuando el juez valoró adecuadamente el acuerdo suscrito por las partes y consideró –de forma correcta– que se había producido automáticamente la transferencia de propiedad del inmueble a favor del demandante (transferencia que ameritaba el otorgamiento de la respectiva escritura pública), el error –hoy aclarado con la sentencia del IX Pleno Casatorio– consistió en considerar que en un POEP no se podía analizar la validez del acto cuya formalización se exigía (sin embargo, este error no repercutió en el fondo de la controversia).

IV. LOS ERRORES DE LA SALA SUPERIOR

La Sala Superior incurrió en una serie de errores realmente llamativos (por no decir inadmisibles):

1. Primer error: considerar que la intención de las partes fue establecer una anticresis a favor del demandante

No es exacto decir que en el contrato la intención de las partes fue establecer una garantía hipotecaria o una anticresis a favor del demandante. En el contrato se estableció que el incumplimiento de la obligación asumida por la demandada generaría la transferencia de propiedad del inmueble a favor del demandante. ¿Qué clase de garantía real se “ejecuta” de este modo?

En la hipoteca la garantía se ejerce sobre el valor del bien, mediante su remate y –en algunos casos– adjudicación a favor del acreedor. En la anticresis, en cambio, la garantía no se encuentra en el valor del bien (el acreedor anticrético nunca termina apropiándose del bien), sino en su posesión, pues el acreedor se cobra lo adeudado a través de la percepción de los frutos generados por la cosa (es por ello que la propia norma establece que en el acto de constitución de la

anticresis se debe establecer la renta que se cobrará por el bien, pues mediante su percepción el acreedor se cobrará lo adeudado)⁽¹³¹⁾.

Entonces, si en el contrato las partes acordaron que la supuesta “garantía” se ejecutaría mediante la transferencia del bien (dado en “garantía”) a favor del acreedor (demandante), ello descarta de plano que su intención haya sido constituir una anticresis.

Esto deja como única posibilidad –asumiendo que la intención de las partes fue constituir una garantía– que el contrato tuvo como finalidad la constitución de una hipoteca a favor del demandante. Y esto nos lleva al punto siguiente: en el supuesto negado que mediante el contrato las partes hayan buscado constituir una hipoteca, ¿sería un acuerdo nulo al no haberse celebrado mediante escritura pública? ¿El contrato de hipoteca exige como formalidad solemne la escritura pública?

La Sala Superior considero que sí, razón por la cual desestimó la demanda: de acuerdo con el artículo 1412 del CC, no se puede demandar el otorgamiento de escritura pública cuando esta constituye formalidad solemne del acto que se busca escriturar (en este caso el contrato de hipoteca).

Considero un error lo señalado por la Sala Superior, en tanto –tal como paso a explicar– no tiene como formalidad solemne la escritura pública.

2. Segundo error: considerar que el contrato de hipoteca tiene una formalidad solemne

El artículo 1098 del CC es muy claro cuando establece que: “La hipoteca se constituye por escritura pública, salvo disposición diferente de la ley”.

Téngase en cuenta que cuando la norma hace referencia a la “hipoteca” no se refiere al derecho real de hipoteca, sino al contrato mediante el cual se constituye la hipoteca. Para que no queden dudas, comparemos esta norma con su homóloga en el caso de la anticresis: “**El contrato** se otorgará por escritura pública, bajo sanción de nulidad, expresando la renta del inmueble y el interés que se pacte” (art. 1092 del CC). Aquí sí se hace referencia explícita al “contrato de anticresis”, de lo cual sistemáticamente podemos entender que aun cuando el artículo 1098 del CC no mencione expresamente al “contrato de hipoteca”, sí se refiere al mismo.

La diferencia entre ambas normas consiste en que para la anticresis se exige que el contrato se suscriba por escritura pública “bajo sanción de nulidad”, lo

(131) Artículo 1092 del Código Civil.- “El contrato se otorgará por escritura pública, bajo sanción de nulidad, expresando la renta del inmueble y el interés que se pacte”.

que no sucede con la hipoteca. ¿Qué pasa entonces si la hipoteca se firma solo en minuta? El artículo 144 del CC señala que “[c]uando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye solo un medio de prueba de la existencia del acto” (art. 144).

En conclusión, como el Código Civil exige que el contrato de hipoteca se celebre por escritura pública, pero no sanciona dicho incumplimiento con nulidad, dicha formalidad no es un requisito de validez, por lo cual el acreedor sí podrá demandar a su deudor y viceversa (aun cuando esto último resulte poco probable) para que firme la escritura pública y así poder inscribir la garantía.

¿Por qué razón estoy analizando un tema cuya solución parece tan obvia? El problema lo genera el artículo 1099, que exige como requisito de “validez de la hipoteca” su inscripción en el Registro. Si la hipoteca necesita de inscripción para ser válida, eso significa que sí tiene una formalidad solemne (y esta inscripción presupone contar con escritura pública). ¿Pero qué acaso no acabamos de decir que el artículo 1098 del CC no impone la escritura pública como formalidad solemne? Si se sostiene que el artículo 1099 del CC regula la inscripción como un requisito de validez del **contrato de hipoteca**, se generaría una contradicción con el artículo 1098 del CC. Para evitar ello (argumento de la coherencia de la disciplina normativa) debemos interpretar que el artículo 1099 del CC no regula el “contrato de hipoteca”, sino el derecho real de hipoteca, por lo que la “inscripción” no sería un requisito de validez del contrato de hipoteca, sino uno de existencia del derecho real de hipoteca (es decir, mientras el contrato de hipoteca no se inscriba será plenamente válido, pero el acreedor no será titular aún de ninguna garantía).

Considero útil analizar las normas que regulaban la prenda para sustentar mejor mi posición (prenda e hipoteca entraron en vigencia en simultáneo, por lo que la misma racionalidad motivó la regulación de ambas garantías).

El artículo 1058 del CC señalaba como “requisitos para la validez de la prenda”:

- “1. Que grave el bien quien sea su propietario o quien esté autorizado legalmente.
2. Que el bien se entregue física o jurídicamente al acreedor, a la persona designada por este o a la que señalen las partes, sin perjuicio de lo dispuesto en la última parte del artículo 1059”.

El artículo 1059 del CC establecía que, tratándose de la entrega jurídica, “**la prenda solo surte efecto desde su inscripción en el registro respectivo**”. Es decir, la inscripción (para el caso de la prenda con entrega jurídica) no era un requisito de validez del contrato de prenda, sino más bien un requisito de existencia del derecho real de prenda.

Entonces, el artículo 1058 del CC hablaba incorrectamente (al igual que el artículo 1099 del CC) de “requisitos de validez de la prenda”, porque en verdad no estaba regulando nada vinculado al “contrato” de prenda. Y a tal punto era así que en una norma a parte se regulaba el único requisito de validez (esta vez sí) del contrato de prenda:

Artículo 1062 del Código Civil.- “El documento en que consta la prenda debe mencionar la obligación principal y contener una designación detallada del bien gravado”.

Comparemos la regulación de la prenda con la de la hipoteca: en la prenda se reguló por separado los requisitos de validez del contrato (art. 1062 del CC) de los requisitos de existencia del derecho real (art. 1058 inc. 2 del CC), algo que la hipoteca ha hecho en una sola norma (art. 1099 del CC). Esta bifurcación en el caso de la prenda permite apreciar que solo cuando se hablaba de la obligación garantizada (art. 1062 del CC) se regulaba verdaderamente un elemento de validez del contrato de prenda (objeto), mientras que cuando se hacía referencia a la inscripción (art. 1058 del CC) se estaba regulando un requisito de existencia del derecho real.

El problema con la hipoteca es que, al haberse regulado todo en un mismo artículo (1099) bajo el denominador común de “requisitos de validez de la hipoteca”, podría llevar a no distinguir en dicha norma los “elementos de validez del contrato de hipoteca” (inc. 2 del art. 1099), los “elementos de eficacia del contrato de hipoteca” (inc. 1 del art. 1099, que exige que el contrato lo celebre el propietario del bien: si lo celebra un no propietario, el acto no será inválido, sino ineficaz) y los “elementos de existencia del derecho real de hipoteca” (inc. 3 del art. 1099).

La prenda hoy está muerta, pero exhumarla (jurídicamente hablando) nos permite confirmar que, en el caso de la hipoteca, el artículo 1099 del CC no exige la inscripción como elemento de validez del contrato, sino como requisito de existencia del derecho real. El contrato de hipoteca, entonces, no exige como formalidad solemne la escritura pública, por lo que ante la negativa de alguna de las partes de suscribir la formalidad se podrá demandar el otorgamiento en la vía judicial a través del POEP.

3. Tercer error: si la intención de las partes fue establecer una hipoteca, estaríamos ante un acuerdo nulo por regular un pacto comisorio

Sin perjuicio del análisis que acabo de hacer, asumamos por un momento –siguiendo el criterio de la Sala– que el contrato de hipoteca exige como formalidad solmene la escritura pública. El argumento de la Sala fue que, siendo una formalidad solemne, la escritura pública no puede ser obtenida a través de un POEP, por disposición del artículo 1412 del CC.

Por lo visto, la Sala no reparó en que la pretensión del demandante no era la formalización del (supuesto) contrato de hipoteca. Es decir, el demandante no estaba pidiendo que el documento privado que contenía (según la Sala) un contrato de hipoteca fuese elevado a escritura pública. Lo que el demandante exigía era la formalización de la transferencia de propiedad del inmueble a su favor, que se habría producido como consecuencia del incumplimiento de la devolución del préstamo por parte de la demandada.

Entonces, aquí nada tenía que ver la (supuesta) formalidad solemne de la hipoteca. Sin embargo, si para la Sala Superior las partes establecieron una hipoteca, debió señalar que el acuerdo mediante el cual el demandante se adjudicaba el inmueble como consecuencia del incumplimiento de la demandada constituía un “pacto comisorio”, el mismo que se encuentra proscrito por el artículo 1111 del CC⁽¹³²⁾.

En conclusión, si para la Sala Superior las partes habían constituido una garantía hipotecaria, entonces el pedido del demandante, consistente en que se formalice a su favor la transferencia del inmueble producto del incumplimiento de la demandada, no podría ser amparado por tratarse de la ejecución de un acuerdo (pacto comisorio) nulo. Esta debió ser, en todo caso, la razón invocada por la Corte Superior para desestimar la demanda, antes que hacer referencia a una inexistente formalidad solemne del contrato de hipoteca.

4. Cuarto error: ninguno de los métodos de interpretación del acto jurídico conducen a concluir que la intención de las partes fue constituir una garantía

El artículo 168 del CC establece con claridad que “[e]l acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe”. Del tenor literal del contrato fluía con absoluta claridad que la intención de las partes no fue constituir una hipoteca sobre el inmueble a favor del demandante, pues en ningún momento se hizo referencia al gravamen (hasta qué monto dinerario queda afectado el inmueble, es decir, cuál es el máximo monto dinerario que podría cobrar el acreedor como consecuencia del remate), el cual constituye un elemento de validez del contrato de hipoteca⁽¹³³⁾.

En tal sentido, la intención de las partes simplemente fue acordar que ante el incumplimiento de la devolución del préstamo por parte de la demandada, el inmueble quedaría adjudicado automáticamente a favor del demandante. Nótese que no existe ningún problema con hacer un acuerdo de esta naturaleza, que no es

(132) Artículo 1111 del Código Civil.- “Aunque no se cumpla la obligación, el acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por el valor de la hipoteca. Es nulo el pacto en contrario”.

(133) Artículo 1099 del Código Civil.- “Son requisitos de validez de la hipoteca: (...) Que el gravamen sea de cantidad determinada o determinable y se inscriba en el registro de la propiedad inmueble”.

otra cosa que una dación en pago condicionada. El problema se presenta cuando esta “adjudicación” es el resultado de una hipoteca previamente constituida. Es decir, cuando junto a la constitución de una garantía hipotecaria se acuerda que el incumplimiento de la deuda permitirá al acreedor adjudicarse la propiedad del inmueble dado en garantía (en esto precisamente consiste el denominado “pacto comisorio”). Como en este caso –tal como ya indiqué– no hubo un contrato de constitución de hipoteca, mal podría hablarse de un pacto comisorio.

V. EL ERROR DE LA CORTE SUPREMA: EL CONTRATO CUYA FORMALIZACIÓN SE ESTABA SOLICITANDO NO ESTABA SOMETIDO A NINGUNA CONDICIÓN

La Corte Suprema consideró que como la transferencia de propiedad sobre el inmueble a favor del demandante estaba condicionado a que previamente se verificara que la demandada no había cumplido con la devolución del préstamo, entonces no correspondía otorgar la escritura pública de dicha transferencia, pues primero debía determinarse, en un proceso distinto, si dicha condición en efecto se cumplió o no.

Aquí la pregunta es ¿por qué razón no era posible determinar dentro del POEP si dicha condición para que operase la transferencia de propiedad (el incumplimiento de la devolución del préstamo) se había o no cumplido? No había ningún impedimento legal para que el análisis se realizara dentro del POEP, más aún si la verificación del cumplimiento de la condición resultaba inmediata: solo había que pedirle a la demanda que probara haber cumplido con la devolución del préstamo.

Es más, en el mismo POEP quedó claro que tal devolución no se había producido, pues la propia demandada justificó su incumplimiento alegando –sin presentar ninguna prueba de respaldo– que había tenido conocimiento de los alcances de aquello que había firmado.

Entonces, no era necesario seguir ningún proceso distinto para determinar si la condición se había o no cumplido; dicho análisis (así como la determinación de si hubo una real manifestación de voluntad de la demandada al momento de la suscripción del contrato) podía ser hecho dentro del mismo proceso de OEP (algo que ha quedado ratificado, además, con la sentencia del IX Pleno).

Por otro lado, me parece pertinente hacer una aclaración: en el caso materia de comentario lo que estaba condicionado era la transferencia de propiedad misma. Distinto es el supuesto en donde el acto de transferencia ya se celebró en documento privado, pero su formalización en escritura pública es lo que se condiciona. ¿En cuál de los dos supuestos es posible analizar dentro del POEP si la condición fue cumplida?

En el comentario a la Cas. N° 2754-2013-Lima Norte mencioné que no había ningún impedimento para analizar dentro del POEP la validez del acto que se busca escriturar. Si el juez constata que el acto es nulo, entonces no debe elevarlo a escritura pública. Pero podrían presentarse, además de la nulidad, otras razones (vinculadas a la eficacia del acto) en las que podría ampararse el juez para desestimar la demanda de otorgamiento de escritura pública. Por ejemplo, si en el contrato las partes acordaron que el otorgamiento de la escritura pública solo se daría una vez que se cumplan las condiciones A, B y C, y en el POEP se acredita que estas condiciones aún no han sido cumplidas, entonces la demanda debe ser desestimada.

Es por eso que el análisis del juez en los POEP no debe limitarse a la validez del acto que se pretende formalizar, sino que debe incluir un examen que permita determinar, de forma general, si existen razones de eficacia que hagan inexigible el otorgamiento de la escritura pública. Estas circunstancias podrían ser de las más variadas: porque existe una condición suspensiva, un plazo suspensivo, un plazo de cumplimiento, una reserva de dominio, alguna obligación incumplida por la parte que pretende obtener la escritura pública; porque el contrato que se quiere escriturar ya fue resuelto (judicial o extrajudicialmente) o ha quedado rescindido; etc.

Me voy a centrar en el caso de la condición suspensiva, en tanto está vinculada con el caso materia de análisis. ¿Qué pasa si el comprador cuenta con una minuta en donde la transferencia del derecho está condicionada de manera suspensiva? ¿Debe el juez otorgar la escritura pública?

Todo dependerá de cuál sea la escritura pública que el demandante pretende que se le otorgue: si lo que demanda es la escritura pública en la que –al igual que en la minuta– se haga referencia a la condición suspensiva y, por ende, se deje claramente establecido que el derecho aún no ha sido transferido⁽¹³⁴⁾, entonces la Corte deberá acceder a lo solicitado. Por el contrario, si lo que el demandante exige es una escritura pública en donde se dé por cumplida la condición y, por ende, se le declare como nuevo propietario del bien, primero deberá acreditarse que, en efecto, la condición se cumplió⁽¹³⁵⁾.

Así, si lo que se le solicita al juez es el otorgamiento de la escritura pública que incluya la condición (es decir, que no dé cuenta de una transferencia definitiva de la propiedad), el sustento normativo para ello será el inciso 4 del artículo 2019 del CC: “Son inscribibles en el registro (...) El cumplimiento total o parcial

(134) El interés del comprador en obtener una escritura pública de un contrato en donde su adquisición está sometida a una condición suspensiva podría ser inscribir dicho acto para informarle a los terceros sobre su eventual (aunque incierta) adquisición.

(135) El caso es similar a aquel en donde las partes establecen un pacto de reserva de dominio, es decir, acuerdan que la transferencia de propiedad solo se producirá una vez pagada la integridad del precio (caso que fue analizado en mis comentarios a la Cas. N° 2754-2013-Lima Norte).

de las condiciones de las cuales dependan los efectos de los actos o contratos registrados”⁽¹³⁶⁾.

Si el Código Civil permite que se inscriban en el Registro el cumplimiento de las condiciones suspensivas es porque previamente ha admitido que se inscriban los actos sometidos a estas condiciones.

Por el contrario, si lo que se demanda es el otorgamiento de la escritura pública en donde se declare la transferencia del derecho, el juez no podrá amparar la demanda si previamente el interesado no acredita que la condición ha sido efectivamente cumplida. Sin perjuicio de ello, si en efecto la condición ya se cumplió y el adquirente tiene forma de probar ello de manera objetiva, al juez debería bastarle tal situación para amparar la demanda y formalizar el acto de transferencia a favor del demandante.

Esto ya ha sido establecido por la Corte Suprema en la sentencia del IX Pleno Casatorio⁽¹³⁷⁾:

“73. Una de las circunstancias que se deben tener en cuenta en el control de eficacia (o exigibilidad) es la presencia de alguna condición suspensiva o plazo suspensivo en el contrato que se pretende formalizar.

74. La condición y el plazo inciden en la eficacia del contrato, no en su existencia, ni en su vinculabilidad, ni en su validez.

75. La condición es un evento futuro e incierto de cuya verificación se hace depender la eficacia del contrato. Podemos distinguir entre condición suspensiva y condición resolutoria: i) la condición suspensiva es aquella que determina que el contrato no produzca sus efectos (o alguno de ellos) sino hasta que se verifique el evento futuro e incierto puesto como condición, recién a partir de este momento el contrato producirá sus efectos (o alguno en particular): el contrato ineficaz deviene en eficaz; ii) la condición resolutoria es aquella que determina que el contrato deje de producir sus efectos una vez que se haya verificado el evento futuro e incierto puesto como condición: el contrato eficaz deviene en ineficaz. En este momento nos interesa detenernos en la primera, es decir, en la condición suspensiva.

76. Dentro del control de eficacia (o exigibilidad) en los procesos de otorgamiento de escritura pública, es posible analizar la presencia de una condición suspensiva en el programa contractual, siempre que la parte demandada alegue la falta de verificación del evento futuro e incierto puesto como condición. Como se ha visto, la condición suspensiva puede determinar que el contrato

(136) Lo que el artículo 2019 denomina “condiciones de las cuales dependan los efectos de los actos o contratos” no es otra cosa que las “condiciones suspensivas”.

(137) La sentencia materia de comentario fue expedida mucho antes de que se publique el IX Pleno.

no produzca ninguno de sus efectos o solamente alguno de ellos como podría ser la obligación de elevar a escritura pública el contrato. Respecto a esta última posibilidad es usual encontrar que las partes han convenido que la obligación de elevar a escritura pública el contrato, que tiene a su cargo una parte, se ejecutará una vez que la otra parte haya ejecutado una contraprestación a su cargo (por ejemplo, se supedita la obligación de elevar a escritura pública el contrato, que tiene a su cargo el vendedor, al hecho de que el comprador pague el precio de venta o una parte del mismo). Recuérdese que la condición suspensiva tutela contra el riesgo que un evento, esperado por las partes (o por una parte) como de su propio interés, no se verifique o se verifique demasiado tarde y, en este caso, ese evento sería el recibir la contraprestación (por ejemplo, el pago del precio).

77. Pues bien, si lo que se ha supeditado a una condición suspensiva es el efecto específico consistente en la obligación de elevar a escritura pública el contrato y el demandante no logra acreditar la verificación del evento puesto como condición, la demanda será declarada improcedente por manifiesta falta de interés para obrar (art. 427.2 del CPC).

VI. CONCLUSIÓN

Preocupan los errores de la Sala Superior al momento de interpretar el contrato y dar respuesta al pedido de formalización efectuado por el demandante: i) primer error: considerar que la intención de las partes al momento de la celebración del contrato fue constituir una garantía (hipoteca o anticresis) sobre el inmueble, algo que no se desprendía del tenor literal del acuerdo; ii) segundo error: establecer como formalidad solemne del contrato de hipoteca la escritura pública, algo que no se desprende de ninguna norma del Código Civil.

La Corte Suprema, por el contrario, sí enfocó correctamente el problema: entendió que lo que el demandante buscaba era la formalización no del contrato, sino de la transferencia de propiedad del inmueble a su favor. Sin embargo, el error estuvo en considerar que como dicha transferencia de propiedad estaba condicionada a la verificación de cierto hecho (la no devolución del préstamo por parte de la demandada), tal constatación no podía hacerse dentro del POEP. Ello llevó a la Corte a desestimar el recurso de casación.

Con la sentencia del IX Pleno Casatorio ya quedó aclarado que sí es posible analizar dentro del POEP las razones (de validez o eficacia) que podrían obstaculizar que se otorgue la escritura pública. En tal sentido, la determinación de si la demandada había o no cumplido con la devolución del Préstamo sí podía haberse hecho dentro del POEP.

Si bien es cierto la casación que acabo de analizar fue expedida antes del IX Pleno, con lo cual podría haber una justificación para que los vocales supremos no hayan resuelto el caso de forma adecuada, lo que no admite excusa es que no

se haya dicho nada respecto de lo señalado por la Sala Superior en lo referente a la “formalidad solemne” del contrato de hipoteca.

Antes que limitarse a sostener que la sentencia de la Sala Superior se encontraba “con arreglo a derecho”, la Corte Suprema debió aprovechar la oportunidad para dejar por sentado que el contrato de hipoteca no requiere ser celebrado por escritura pública para tener validez, con lo cual cualquier acreedor que cuenta con un documento privado de constitución de hipoteca podrá demandar a su deudor para que dicho contrato sea elevado a escritura pública y así poder inscribirlo en el Registro⁽¹³⁸⁾. Este tema, de trascendental relevancia, deberá seguir esperando un pronunciamiento de la Corte Suprema.

(138) Lamentablemente, en la sentencia del IX Pleno Casatorio tampoco se dijo una palabra sobre si el contrato de hipoteca exigía como formalidad solemne la escritura pública.

CAPÍTULO V

DEFENSA DE LA PROPIEDAD

Si ya perdí en un proceso de reivindicación, ¿puedo demandar por mejor derecho de propiedad? ¿Se genera cosa juzgada?

COMENTARIO A LA CASACIÓN N° 2937-2011-AREQUIPA

I. INTRODUCCIÓN

Desconocer o entender parcialmente los fundamentos de una institución jurídica genera que la misma sea aplicada incorrectamente cada vez que es llevada a la práctica. El desacierto produce frustración y descontento cuando sus autores son quienes, precisamente, mejor deberían entender la figura: aquellos que tienen la encomiable misión de resolver de manera institucional conflictos de intereses. El descontento se hace más notorio y puede llegar a límites dramáticos cuando aquello que se aplica inadecuadamente es una figura tan relevante como la propiedad.

Reflexionar sobre un derecho va indisolublemente ligado al análisis de sus mecanismos de tutela. A tal punto es así que carece de sentido reconocer la existencia de un derecho si no se le provee de mecanismos idóneos para su protección. La asignación de un derecho sin un mecanismo de tutela anexo conlleva la negación del derecho mismo. Y esto sucede –como es lógico– con el derecho de propiedad: no tiene sentido que nuestro sistema jurídico reconozca a alguien como propietario si es que no le otorga las herramientas que le permitan excluir de forma categórica a aquellos que pretendan perturbarlo o lesionarlo en el libre ejercicio del dominio.

En el caso del derecho de propiedad, su protección se materializa –principalmente– a través de la denominada “acción reivindicatoria” (*rectius*, “pretensión reivindicatoria”, para hablar en los términos fijados por la Corte Suprema)⁽¹³⁹⁾. Dada la importancia del mecanismo de tutela, resulta fundamental delimitar los

(139) La Sala Transitoria de la Corte Suprema de Justicia ha expresado en la Cas. N° 1222-05-Arequipa: “Por otro lado, cabe señalar que el medio de prueba ofrecido por el recurrente está referido a un presupuesto fundamental de la pretensión reivindicatoria; como se sabe, por este derecho real se entiende la recuperación de lo propio, luego del despojo o de la indebida posesión o tenencia por quien carecía de derecho sobre la cosa; y se habla y se escribe ‘impropiamente’ sobre la ‘acción reivindicatoria’ definiéndola como aquella que corresponde al propietario no poseedor contra el poseedor no propietario, cuando en realidad es una pretensión, ya que la acción es un derecho continente y sin contenido”.

contornos de la acción reivindicatoria y darle el sentido y alcance adecuados, en la medida que ello contribuirá a un goce pleno del derecho de propiedad.

Delimitar sus alcances implica saber contornear su figura, distinguiéndola del resto de herramientas que, al igual que ella, protegen la propiedad (por ejemplo, la “acción de mejor derecho de propiedad”).

Lamentablemente, esta “delimitación” no ha sido adecuadamente realizada por la Corte Suprema en la Cas. N° 2937-2011-Arequipa (en adelante, la sentencia), publicada el 31 de octubre de 2016 en *El Peruano*. *Grosso modo* –con cargo a desarrollarlo a lo largo del presente comentario–, la Corte Suprema consideró que aquello que se resuelve en un proceso de reivindicación no genera cosa juzgada cuando más adelante las mismas partes se vuelvan a enfrentar respecto del mismo bien, pero esta vez en un proceso de mejor derecho de propiedad.

A continuación analizaré la sentencia, a efectos de identificar sus aciertos, errores y el panorama que con ella se abre en adelante para la solución de futuros casos.

II. LOS HECHOS DE LA SENTENCIA

Los hechos que dieron lugar a la sentencia fueron los siguientes:

A interpuso una demanda de mejor derecho de propiedad contra B, a efectos de que el juez declare que aquel tenía un mejor derecho de propiedad que B sobre el inmueble X. B se defendió invocando la excepción de cosa juzgada, ya que previamente había litigado contra A en un proceso de reivindicación sobre el mismo inmueble, del cual había resultado ganador.

En primera instancia el juez declaró infundada la excepción, pues consideró que se trataba de pretensiones distintas: “Mientras en la pretensión reivindicatoria el demandado necesariamente se encuentra en posesión del bien en litigio, en el mejor derecho de propiedad es irrelevante que el demandado ejerza posesión, pues lo que se busca no es acceder al bien sino una declaración judicial que reconozca un mejor derecho sobre la contraparte”.

La Sala Superior revocó la sentencia y amparó la excepción de cosa juzgada, en tanto consideró que la pretensión de mejor derecho de propiedad se subsume en la reivindicatoria, pues en ambos casos el factor motivante es ser declarado propietario del bien en litigio.

La Corte Suprema amparó el recurso de casación planteado por el demandante y –en sentido contrario a lo resuelto por la Sala Superior– desestimó la excepción de cosa juzgada. El argumento fue el siguiente: “La pretensión reivindicatoria se dirige contra el poseedor a efectos de que el accionante recupere la posesión del bien; mientras que la pretensión de mejor derecho de propiedad solo

busca que se declare al demandante como verdadero propietario del bien, siendo indiferente que el demandado se encuentre en posesión del objeto litigioso”. Asimismo, “la acción de mejor derecho de propiedad tiene como única finalidad obtener una declaración de que la accionante es la verdadera propietaria del bien, por tanto, no se procura la restitución del bien a favor del propietario no poseedor, como sí ocurre en la reivindicación”.

Si bien estoy de acuerdo con la distinción teórica entre ambas pretensiones, el error de la Corte está en no advertir que existe un punto en donde ambas pretensiones (reivindicación y mejor derecho de propiedad) coinciden, por lo que correspondería (en ese caso puntual) amparar la excepción de cosa juzgada. Pero antes de entrar al tema de fondo, conviene hacer algunas precisiones sobre la propiedad y sus distintos mecanismos de tutela.

III. DERECHO DE PROPIEDAD Y MECANISMOS DE PROTECCIÓN

El derecho de propiedad, que permite resolver el problema de la atribución de bienes⁽¹⁴⁰⁾, tiene una estructura amplísima, pues no se limita a las facultades que describe el artículo 923 del CC (usar, disfrutar, disponer y reivindicar), sino que esconde una multiplicidad de atributos que se traducen en la posibilidad de efectuar sobre el bien cualquier actividad lícita⁽¹⁴¹⁾, pero siempre respetando la denominada función social de la propiedad⁽¹⁴²⁾, que en el lenguaje usado en nuestra Constitución equivale al denominado bien común⁽¹⁴³⁾.

Cuando el artículo 923 del CC menciona a la “reivindicación” como una facultad inherente al propietario, no se está refiriendo a la “acción reivindicatoria”, sino a cualquier mecanismo que le permita al titular proteger el bien, ya sea mediante una acción encaminada a recuperarlo (cuando el propietario no tiene la posesión y quiere acceder a ella) o mediante una acción que le permita al propietario (que ya tiene el control físico del bien) obtener un pronunciamiento judicial que haga inmune su derecho frente a futuros reclamos de terceros. Entonces, el término “reivindicación” que emplea el artículo 923 del CC debe ser tomado como sinónimo de “protección”, mas no de acción reivindicatoria.

(140) BETTI, Emilio. *Teoría general de las obligaciones*. Tomo I. Traducción de José Luis de los Mozos. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, p. 3.

(141) ESCOBAR ROZAS, Freddy. *Tesis: La estructura de la relación obligatoria*. Capítulo III.3.1. Del mismo autor también puede consultarse: *Teoría general del Derecho Civil*. Ara, Lima, 2002, p. 241 y ss.

(142) “La relevancia social que puede tener el ejercicio de la propiedad sobre determinadas categorías de bienes, orienta y dirige la actividad de su titular hacia el destino económico más adecuado para la satisfacción de las necesidades de la colectividad”: COLINA GAREA, Rafael. *La función social de la propiedad privada en la Constitución española de 1978*. J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, pp. 104-105.

(143) Artículo 70 de la Constitución Política del Perú.- “El derecho de propiedad es inviolable. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley”.

Cuando la protección que exige el titular del derecho está encaminada a “recuperar” físicamente el bien de manos de aquel a quien no le asiste derecho para conservarlo consigo, nuestro sistema jurídico provee tres mecanismos de tutela: i) la acción reivindicatoria⁽¹⁴⁴⁾; ii) el desalojo; y iii) la –mal llamada– defensa posesoria extrajudicial⁽¹⁴⁵⁾.

La diferencia entre ellos es que mientras la acción reivindicatoria solo la puede ejercer el propietario, el desalojo y la defensa posesoria extrajudicial están habilitadas –además– para quienes no son propietarios (el desalojo lo interpone cualquier persona con derecho a poseer el bien –léase arrendatario, usufructuario, comodatario, etc.–; la defensa extrajudicial, por su parte, la puede activar incluso un poseedor sin derecho sobre el bien).

Por el contrario, cuando la propiedad exige ser protegida mediante un “blindaje” judicial que la haga inmune frente a reclamos futuros de terceras personas –lo cual presupone que el propietario ya cuenta con la posesión–, la tutela se hace efectiva a través de la denominada “acción de mejor derecho de propiedad”.

En este comentario me voy a centrar en el análisis de la acción reivindicatoria y el mejor derecho de propiedad, por ser los temas involucrados en el caso.

IV. LA ACCIÓN REIVINDICATORIA

La acción reivindicatoria es uno de los mecanismos de tutela de la propiedad que permite realizar el interés específico del propietario consistente en recuperar la posesión del bien cuando el mismo es detentado ilegítimamente por un tercero. De este modo se remueven los obstáculos que imposibilitan el desenvolvimiento de las facultades de goce y disfrute efectivo sobre el bien.

A diferencia de la tutela resarcitoria, que no es típica de la propiedad por cuanto asegura, además de la propiedad, otros derechos subjetivos, la acción reivindicatoria busca proteger al propietario y su relación directa e inmediata con el bien (por ello es una institución propia de los derechos reales).

Históricamente se ha entendido que la acción reivindicatoria enfrenta al propietario no poseedor contra el poseedor no propietario. Partiendo de ello, en algún momento nuestra jurisprudencia llegó a sostener –erróneamente desde mi punto de vista– que la acción reivindicatoria únicamente busca obtener la restitución del bien de manos de quien no ostenta sobre el mismo ninguna calificación o título

(144) En adelante, a efectos de hacer más prolija la exposición, emplearé indistintamente los términos “reivindicación” y “reivindicatoria” para hacer referencia a la “acción reivindicatoria”.

(145) Para una crítica a la manera fallida como está regulada la defensa extrajudicial en nuestro país, ver mi trabajo: PASCO ARAUCO, Alan. “Desvaríos legislativos sobre la defensa posesoria extrajudicial y la estocada final a la fe pública registral. ¡Que celebren los traficantes de terrenos (más que los ‘neoliberales’)!”. En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*. Gaceta Jurídica, Lima, noviembre 2014.

habilitante (los denominados “terceros simples”)⁽¹⁴⁶⁾, por lo que cada vez que el demandado en una reivindicación acredita tener sobre el bien en litigio un derecho oponible al propietario demandante, la reivindicación debe de ser desestimada⁽¹⁴⁷⁾.

En realidad, si con la reivindicatoria se busca la recuperación del bien poseído ilegítimamente por un tercero, es necesario que el juez —como paso previo para emitir sentencia— evalúe tanto la titularidad del derecho de propiedad invocado por el demandante como la validez y pertinencia del título que presente el demandado, para recién allí poder “declarar” el derecho de propiedad (no debe perderse de vista que la reivindicación no deja de ser una “acción de declaración”⁽¹⁴⁸⁾) y —de ser el caso— ordenar la restitución del bien. Para llegar a dicha “declaración” y posterior condena de restitución es indispensable analizar o confrontar los títulos y/o documentos con los que las partes se enfrentan, para así determinar cuál de los sujetos en conflicto tiene derecho a quedarse con el bien.

Es un acierto, por ello, que la Corte Suprema haya establecido que en el proceso de reivindicación puede determinarse el mejor derecho de propiedad cuando ambas partes alegan tener títulos de dominio sobre el bien⁽¹⁴⁹⁾. Por ello, “si bien la acción reivindicatoria la interpone el propietario, nada obsta a que en dicho

(146) Si bien en términos estrictamente legales la propiedad de un inmueble se transfiere con la sola celebración del acto de enajenación (el cual suele ser un contrato de compraventa), la eficacia traslativa del solo contrato no suele ser suficiente para evitar que posteriormente otros discutan la adquisición de la propiedad: si bien el solo contrato generará oponibilidad frente a los “terceros simples o no calificados” (aquellos que no ostentan ninguna titularidad sobre el bien), no ocurrirá lo mismo frente a los llamados “terceros calificados”, quienes al invocar a su favor el principio de inoponibilidad (una doble venta, por ejemplo) o fe pública registral (se adquiere de quien en el Registro aparece como propietario aun cuando su título de adquisición tenga un vicio no publicitado), podrían vencer a aquel que adquirió primero en el tiempo, pero no lo publicitó.

(147) Quienes niegan que en una reivindicatoria se pueda analizar cuál de las partes en conflicto tiene mejor derecho sobre el bien sostienen que existen dos pretensiones, cada una con su respectiva vía procedimental, que deberían activarse consecutivamente en procesos judiciales distintos. Una pretensión consistiría en que se declare inválido el título que ostenta el demandado y con el cual se pretende defender en la reivindicatoria. La otra pretensión (en un segundo proceso judicial) se activaría luego de haberse anulado el título de la contraparte, y estaría encaminada a recuperar la posesión del bien de manos del ocupante ilegítimo. Esta es la idea que subyace en la sentencia expedida por la Corte Superior de Lima Norte, Exp. N° 1044-2005: “(...) la reivindicación tiene por objeto conseguir la restitución de la posesión del bien y no discutir el derecho de propiedad (...)”. El problema con esto es que se le exige al justiciable iniciar dos procesos de conocimiento distintos, cuando en realidad todo podría ser visto dentro de la reivindicación, pues existe un único interés del propietario: lograr la restitución, independientemente de que para atender el pedido se tenga que confrontar la validez del título con el que se defiende el demandado. Al respecto: ZELA VILLEGAS, Aldo. “Mejor derecho de propiedad, reivindicación y desalojo: relaciones todavía incomprensibles”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 139, Gaceta Jurídica, Lima, junio 2005, p. 71.

(148) SATTÀ, Salvatore. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Volumen I. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Fernando de la Rúa. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971, p. 260. Sin embargo, aun cuando se trate de una sentencia de declaración de certeza, ello no obsta a que se trate también de una sentencia de condena (represivo-reparadora) en la medida que ordena la entrega del bien a favor del demandante. Y es que las sentencias de declaración de certeza tienen una doble función: crear certeza jurídica y preparar la ejecución forzada. En este sentido: CHIOVENDA, Giuseppe. *Ensayos de Derecho Procesal Civil*. Volumen I. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Prólogo por Eduardo J. Couture. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1949, p. 134.

(149) Cas. N° 3134-01-La Libertad, publicada el 2 de mayo de 2002.

proceso pueda discutirse el mejor derecho de propiedad en caso la parte contraria también alegue la titularidad del mismo bien”⁽¹⁵⁰⁾. De este modo, se ha consolidado jurisprudencialmente la opinión según la cual el ejercicio nominal de la acción reivindicatoria puede ser interpretado como si se tratase de una acción declarativa de dominio, sin que ello afecte el principio de congruencia⁽¹⁵¹⁾.

No debemos olvidar que todo proceso de conocimiento (como lo es la reivindicatoria) concluye con la creación de un instrumento definitivo (sentencia) que otorga certeza a un derecho discutido. Esto se debe a que en todo proceso de conocimiento se declaran derechos, y en el caso específico de la acción reivindicatoria la evaluación del mejor derecho de propiedad, si ambas partes lo alegan, es una cuestión meramente probatoria. Es por ello que si bien el mejor derecho de propiedad puede solicitarse en vía de acción (tal como desarrollaremos en el acápite siguiente), también se puede discutir al interior de la acción reivindicatoria como una cuestión o incidente probatorio⁽¹⁵²⁾.

En conclusión, en la medida que la reivindicatoria es una acción procesal de carácter plenario, en donde la controversia es amplia y no está sujeta a limitación de medios probatorios, es posible determinar el mejor derecho de propiedad cuando ambas partes alegan tener el dominio sobre el bien⁽¹⁵³⁾, sin que resulte necesario exigir a la parte demandante el inicio de una demanda previa de “anulación” del título del demandado o una acción de mejor derecho de propiedad⁽¹⁵⁴⁾.

Pero esto no queda allí: en una reivindicación el demandado también podría defenderse invocando a su favor cualquier otro derecho –distinto a la propiedad– que resulte oponible a la propiedad que alega el demandante y que le permita mantenerse en posesión del bien. Por ejemplo, imagínese que antes de que

(150) “Conforme se advierte del pronunciamiento de ambas instancias, han declarado improcedente la demanda de reivindicación sustentándose principalmente en que al haber acreditado ambas partes procesales su respectiva titularidad, no corresponde en el presente proceso de reivindicación se emita pronunciamiento sobre mejor derecho de propiedad; criterio que resulta errado, toda vez que en las sentencias expedidas en casación ha quedado establecido que en la vía de reivindicación se puede dilucidar el derecho que tienen dos propietarios respecto de un mismo bien inmueble”: Casación N° 1240-2004-Tacna.

(151) Al respecto, se pueden ver las Cas. N°s 2359-2000 (fecha del 11 de mayo de 2001 y publicada el 5 de noviembre del mismo año), 1102-01 (del 29 de agosto de 2001 y publicada el 2 de enero de 2002) y 1320-2000-Ica (del 11 de julio de 2002). Algo similar sucede en España, en donde el Tribunal Supremo ha declarado que: “(...) no es necesario pedir la nulidad del título del demandado cuando las partes deriven sus derechos de documentos y hechos diversos, pues entonces el litigio se limita a discutir la eficacia y preferencia de los títulos (STS de 15 de noviembre de 1962)”. ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José. *Curso de Derechos Reales: propiedad y posesión*. Tomo I, Civitas, Madrid, 1986, pp. 57-58.

(152) Así lo sostuvo la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de la República en la Cas. N° 1320-2000-Ica, del 11 de julio de 2002.

(153) Casación N° 2539-2000-Lima, del 11 de mayo de 2001, publicada el 5 de noviembre de 2001.

(154) “Cuando el demandado poseedor alega algún derecho o título sobre la cosa, el juzgador debe merituar las pruebas que presente este y las del demandado, y resolver en el mismo proceso de reivindicación, reconociendo o negando el derecho invocado. Constituye una práctica impropia remitir a las partes a otro proceso para supuestamente definir el mejor derecho, cuando lo que se debe hacer es resolver el tema en base a los méritos del proceso”: Cas. N° 1803-2004-Loreto, publicada el 30 de marzo de 2006.

el demandante adquiriese la propiedad, se había inscrito en la partida del bien un derecho real menor (usufructo, uso, habitación, servidumbre) o un derecho real de garantía (retención, por ejemplo). En estos casos, la reivindicación no procederá si es que el demandado (titular del usufructo, uso, habitación, servidumbre o retención) acredita que su derecho es oponible al del propietario por haberse inscrito primero.

En estos casos, al igual que cuando el demandado invoca un derecho de propiedad a su favor, el juez deberá evaluar dentro del proceso cuál de los derechos en disputa (propiedad vs. derecho real menor) es oponible frente al otro (sobre esto volveré en detalle en el numeral VI).

V. EL MEJOR DERECHO DE PROPIEDAD: ¿CUÁNDO ASUME AUTONOMÍA?

Distinta a la reivindicatoria es la acción de “mejor derecho de propiedad”. Tal como mencioné previamente, si bien la dilucidación sobre quién tiene “mejor derecho de propiedad” puede configurarse como un incidente dentro de la acción reivindicatoria, también es factible realizar dicho análisis mediante un proceso autónomo e independiente a la reivindicatoria, a través de la denominada “demanda de mejor derecho de propiedad”.

Imagínese que A es propietario y poseedor de un fundo, y tiene conocimiento de que existe otra persona (B) que alega tener sobre el mismo predio un mejor derecho de propiedad que el suyo.

A podría esperar a que B interponga una demanda de reivindicación encaminada a recuperar la posesión del fundo, para poder contestarla invocando su mejor derecho de propiedad sobre el bien. El juez del proceso debería confrontar los títulos que presenten A y B para determinar a quién le asiste un mejor derecho sobre el predio. Si considera que el mejor derecho es de B, deberá amparar la reivindicación y ordenar la restitución del predio a su favor. Por el contrario, si considera que es A quien tiene el mejor derecho, la acción reivindicatoria debería ser desestimada y permitir que A permanezca en posesión del bien. De este modo, contestando la demanda de reivindicación y obteniendo una sentencia desestimatoria A podrá quedarse tranquilo sabiendo que cuenta con un pronunciamiento judicial que reconoce la superioridad de su derecho.

¿Pero qué sucede si A no quiere esperar a que B se anime a interponer una demanda de reivindicación? Tengamos en cuenta que, finalmente, B puede decidir demandar mañana, pasado, en varios años o incluso tal vez nunca se anima y deja las cosas como están. ¿Qué puede hacer A para, anticipándose a la reivindicación de B, obtener un pronunciamiento definitivo que lo deje tranquilo?

A no podría interponer una acción reivindicatoria porque –tal como señalé al inicio– esta busca recuperar la posesión del bien. Si A ya tiene el control del

predio, carecería de legitimidad para interponer una demanda reivindicatoria. Es aquí donde asume relevancia la demanda de “mejor derecho de propiedad” como un proceso autónomo y distinto a la reivindicatoria. Si lo que A busca es un pronunciamiento judicial que determine con firmeza a quién le asiste el mejor derecho sobre el bien, no tiene que esperar a ser demandado en una reivindicatoria por B, ya que él directamente puede acceder a una sentencia declarativa de mejor derecho accionando a través de un mejor derecho de propiedad contra B.

Y en esto precisamente radica la diferencia con la acción reivindicatoria, como bien ha sido reconocido por la Corte Suprema en la sentencia materia de comentario: i) “[l]a pretensión reivindicatoria se dirige contra el poseedor a efectos de que el accionante recupere la posesión del bien; mientras que la pretensión de mejor derecho de propiedad solo busca que se declare al demandante como verdadero propietario del bien, siendo indiferente que el demandado se encuentre en posesión del objeto litigioso”; ii) “[l]a acción de mejor derecho de propiedad tiene como única finalidad obtener una declaración de que la accionante es la verdadera propietaria del bien, por tanto, no se procura la restitución del bien a favor del propietario no poseedor, como sí ocurre en la reivindicación”.

Atendiendo a estas diferencias, se podría pensar que se trata de procesos sin vinculación alguna, por lo que aquello que se resuelva en uno no generaría cosa juzgada respecto de lo que se discute en el otro. Y esta fue precisamente la conclusión de la Corte Suprema en la sentencia:

“Que, si bien es cierto, la demandante anteriormente ha interpuesto contra los demandados un proceso de reivindicación respecto del bien sublitis, el mismo que fue declarado infundado, este no guarda similitud alguna con el presente proceso de mejor derecho de propiedad, por cuanto, en dicho proceso de reivindicación lo que se buscaba era la recuperación de la posesión del predio sublitis. Por tanto, teniendo dichos procesos pretensiones de naturaleza jurídica diferente, siendo la fundamentación fáctica en que se ampara la pretensión de mejor derecho de propiedad diferente a la de reivindicación, no se configura la triple identidad que requiere este tipo de excepción, ya que el objeto litigioso del anterior proceso (reivindicación) no es el mismo que el del actual (...) consecuentemente, no advirtiéndose en autos que exista una sentencia judicial que haya culminado un proceso anteriormente sobre la misma acción (mejor derecho de propiedad), por la misma cosa y entre las mismas personas, la recurrida debe ser revocada, debiendo de continuarse con la prosecución del proceso”.

Para la Corte, entonces, no existe posibilidad de que se configure cosa juzgada, pues ambos procesos discuten cuestiones distintas. Sin embargo, desde mi posición, sí existe un punto en el que ambos procesos coinciden, y es precisamente aquí donde se podría generarse cosa juzgada. El error de la Corte Suprema, tal como paso a detallar, consiste en no haber reparado en la existencia de este punto en común.

VI. EL ERROR DE LA CORTE SUPREMA

En una reivindicatoria no siempre se enfrenta el propietario contra el mero invasor. Dicho proceso podría confrontar al propietario contra alguien que invoca algún derecho sobre el bien: un usufructo, uso, habitación, superficie, e incluso el demandado podría alegar –y probar– su condición de propietario sobre el mismo bien en litigio. En estos casos, la reivindicación se convierte internamente en un proceso de oponibilidad (o “mejor derecho”, como suele llamarlo nuestra Corte Suprema).

Es usual estudiar, como parte del curso de Derechos Reales, la oponibilidad de derechos en función del artículo 2022 del CC⁽¹⁵⁵⁾: cuando dos derechos reales –del tipo que fueran: propiedad, derechos reales menores, derechos reales de garantía– se enfrentan, se opone (es decir, gana) el derecho que primero se inscribió en el Registro con buena fe. Sin embargo, muchas veces no se dice que es en el proceso de reivindicación en donde las reglas de la oponibilidad (la inscripción como elemento determinante, la buena fe con que debe darse tal inscripción, el riesgo para aquel que adquiere y no inscribe, etc.) aterrizan y se materializan.

Son tan variados los escenarios que se pueden presentar dentro de la reivindicación que resulta factible que lo resuelto en un primer proceso no genere cosa juzgada respecto de lo que se discute en un segundo proceso de reivindicación, siempre que las situaciones confrontadas en ambos procesos no sean las mismas. Me explico.

Imagínese que A (propietario) vende el bien a B, pero este no lo inscribe a su favor. Luego A, valiéndose de la legitimidad aparente que le otorga el Registro, constituye sobre el mismo bien un derecho de usufructo a favor de C por cinco años, inscribiéndose el derecho en la partida del predio. Si B, para acceder a la posesión del bien, interpone una demanda de reivindicación contra C, terminará perdiendo, porque aplicando las reglas de oponibilidad el usufructo de C vencerá a la propiedad de B en tanto aquel accedió al Registro y esta no.

Supongamos que el plazo del usufructo vence, pero C se niega (esta vez sin razón alguna) a entregarle el inmueble a B. Si B interpone una segunda demanda de reivindicación, la excepción de cosa juzgada que plantee C no debiera ser amparada, porque aquello que se controvertió en la primera reivindicación fue la propiedad no inscrita de B frente un usufructo inscrito de C, mientras que aquello que será materia de litigio en el segundo proceso es el derecho de propiedad de B frente a la posesión sin título de C. No hay razón para cerrarle las puertas de la reivindicación a B, pese a que perdió con anterioridad un proceso de

(155) Artículo 2022 del Código Civil.- “Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquel a quien se opone.
Si se trata de derechos de diferente naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común”.

reivindicación contra la misma persona y con la misma pretensión (acceder a la posesión del predio).

En lo que respecta a la relación entre aquello que es resuelto en un proceso de reivindicación y lo que es materia de análisis en un mejor derecho de propiedad (en adelante, MDP), habrá casos en donde no se genera cosa juzgada, pues ambos procesos generan discusiones no coincidentes. Veamos.

A (titular registral) vende el bien a B y este no inscribe la propiedad a su favor. El bien lo posee C gracias a un usufructo que A acaba de constituir a su favor y que se ha inscrito en la partida del predio. B demanda por reivindicación a C, quien se defiende invocando su derecho de usufructo inscrito. Como es obvio, la demanda de reivindicación es desestimada, permitiéndosele a C conservar la posesión mientras está vigente el usufructo.

Una vez vencido el usufructo, C restituye la posesión a A y este entrega el bien a B en su condición de nuevo propietario. Luego de ello C decide comprarle el bien a A (quien sigue figurando en la partida como propietario, pese a ya no serlo) creyéndolo dueño del predio. Enterado de ello, B interpone una demanda de MDP contra C, a efectos de que un juez declare que su derecho de propiedad es mejor que el de C. Sin duda alguna, lo que se resolvió en el proceso de reivindicación (propiedad no inscrita de B vs. usufructo inscrito de C) no genera cosa juzgada respecto de aquello que sea materia de análisis en el proceso de MDP entre B y C (propiedad de B vs. propiedad de C).

Lo mismo pasaría si el primer proceso de reivindicación lo gana B porque el demandado (C) no tenía ningún título con el cual defenderse. Posteriormente, C le compra el bien a A (a quien considera propietario porque aún tiene el predio registrado a su nombre) y lograr inscribir el derecho a su favor. Enterado de ello, B demanda a C esta vez por MDP. Lo resuelto en la reivindicación no es impedimento para que se discuta la oponibilidad de las propiedades en el MDP: en la reivindicación se discutió la propiedad de B contra la posesión sin derecho de C; ahora, en el MDP, se discutirá la propiedad no inscrita de B contra la propiedad inscrita de C. Al ser distintas las situaciones en controversia, no se genera cosa juzgada, por lo que la forma como se resuelva el MDP podría ser distinta a la solución adoptada en la reivindicación.

Sin embargo –y esto es lo que la Corte no vio–, sí es posible que se genere cosa juzgada cuando dentro del proceso de reivindicación se discutió un MDP, como en el siguiente ejemplo.

Si la demanda de reivindicación de B es contestada por C invocando –sobre el bien en litigio– un mejor derecho de propiedad, se generará una confrontación de derechos que dará lugar a la aplicación de las reglas de oponibilidad. Lo que se resuelva en la reivindicación determinará cuál de las partes en conflicto tiene una mejor propiedad sobre el bien. Supongamos que el proceso lo gana B. Si el

análisis de quién tiene mejor derecho sobre el bien ya se hizo dentro de la reivindicación, no hay ninguna razón para permitirle a C, a través de una posterior demanda de MDP, reabrir el debate, pues, finalmente, en el proceso de MDP se discutirá lo mismo que ya fue materia de debate en la reivindicación: cuál de las partes tiene un mejor derecho de propiedad sobre el bien.

Como es obvio, en su demanda de MDP C no solicitará la restitución del bien, porque ello correspondería hacerlo mediante una acción reivindicatoria, pero C sabe que si plantea una reivindicación, la excepción de cosa juzgada que deduzca B será amparada sin problemas, porque previamente ya hubo entre las mismas partes un proceso similar con resultado favorable para B. La estrategia de C, entonces, es ganar en el MDP (evitando así la excepción de cosa juzgada) y una vez que obtenga una sentencia favorable valerse de ella para exigir la restitución del bien mediante una demanda de desalojo.

Esto generaría un efecto pernicioso, pues quedaríamos en un callejón sin salida: si B ganó la reivindicación y C resulta ganador en el MDP, ¿cómo deberá resolver el juez en el eventual proceso de desalojo que plantee C? El argumento de C será que cuenta con una sentencia expedida en un proceso de MDP que lo reconoce como “mejor propietario” que B. Por su parte, B sostendrá que cuenta con una sentencia expedida en un proceso de reivindicación en donde se discutió la oponibilidad de derechos y se concluyó que su derecho de propiedad era mejor que el de C. Si en ambos procesos judiciales se discutió lo mismo, solo que con resultados opuestos, ¿por cuál de los fallos deberá inclinarse el juez del desalojo? Este callejón sin salida se habría evitado de haberse amparado la excepción de cosa juzgada planteada en su momento.

Un segundo problema que podría generar la sentencia de la Corte Suprema es que los jueces comiencen a tomar posición a favor de aquella postura según la cual en la reivindicación no se puede discutir una oponibilidad de derechos porque ello es propio del proceso de MDP. Es decir, cada vez que en la reivindicación el demandado se defiende invocando sobre el bien en litigio un mejor derecho de propiedad que el demandante, los jueces —aplicando la distinción teórica que la Corte ha sustentado— podrían sostener que dilucidar la “oponibilidad” es materia de un MDP y no de uno de reivindicación. Si esto sucede, entonces el remedio dado por la Corte terminaría siendo peor que la enfermedad, porque se cerrarían injustificadamente las puertas para que en la reivindicación se analice la oponibilidad de derechos.

En conclusión, el problema lo ha generado la Corte Suprema al haber tomado una decisión demasiado genérica (“no se genera cosa juzgada”), sin tener en cuenta aquellos casos (bastante frecuentes) en donde la sentencia expedida en una reivindicación es el resultado de una “oposición” de “derechos de propiedad” que demandante y demandado invocan y acreditan al interior del proceso. Si con posterioridad a la finalización de esta reivindicación, el perdedor interpone una demanda de MDP, la excepción de cosa juzgada que plantee la parte interesada

debería ser amparada, pues los derechos en disputa en ambos procesos (reivindicación y MDP) son los mismos.

Por el contrario, aquellos procesos de reivindicación que no hayan derivado internamente en una controversia sobre MDP no cierran la puerta para que quien perdió en la reivindicación pueda, posteriormente, interponer una demanda de MDP y salir airoso pese a haber perdido en el primer proceso.

VII. CONCLUSIÓN

La distinción teórica que ha hecho la Corte Suprema entre la acción reivindicatoria y la de mejor derecho de propiedad, en función de aquello que se pretende lograr con cada una de dichas acciones, es acertada: mediante la acción reivindicatoria se busca recuperar o acceder a la posesión, lo cual presupone que el demandante no cuenta con el control físico del bien; la acción de mejor derecho de propiedad, en cambio, está encaminada a obtener una declaración de certeza respecto a la oponibilidad del derecho del demandante frente al título de propiedad de un tercero.

Sin embargo, de esta distinción no se puede concluir que nunca se genere cosa juzgada entre lo resuelto en ambos procesos. La distinción ha sido hecha con base en el criterio de lo que se busca con cada pretensión, y no en función del debate interno que se genera en ambos procesos, el cual, en ciertos casos, tal como se ha demostrado, podría terminar siendo el mismo.

Hay casos en donde lo que se discute en una reivindicación no guarda similitud con lo que es materia de debate en un mejor derecho de propiedad. Sin duda alguna aquí no se generará cosa juzgada entre lo que se resuelva en ambos procesos. No obstante, en aquellos casos en donde, en ambos procesos, los derechos que se controvierten son los mismos (propiedad vs. propiedad), lo resuelto en un proceso resultará vinculante para lo que tenga que resolverse en el otro, con lo cual sí se justificaría que una excepción de cosa juzgada planteada en el segundo proceso tenga éxito. De lo contrario se podría llegar a tener dos procesos distintos entre las mismas partes, con controversias idénticas, pero resueltas de forma contradictoria. La sentencia de la Corte Suprema ha dejado abierta esta posibilidad. Espero, por el bien de quienes luchan por una solución definitiva de sus conflictos, que la enmienda no tarde en llegar.

Cancelación de asiento registral en un proceso de reivindicación: ¿acción personal o pretensión imprescriptible?

COMENTARIO A LA CASACIÓN N° 2398-2015-CAJAMARCA

I. LOS HECHOS DE LA SENTENCIA

En la Cas. N° 2398-2015-Cajamarca la Corte Suprema resolvió la demanda interpuesta por Walter Álvarez Ortiz y su cónyuge Marina Elena Ruiz de Álvarez (demandantes) contra Víctor Manuel Álvarez Ortiz, Augusto Álvarez Ortiz y su esposa Jenny Marcela Hernández Serrano (en adelante, los demandados).

Los hechos que dieron lugar a la controversia fueron los siguientes: mediante escritura pública del 24 de julio de 1986 el señor Ramos Álvarez Abanto (padre del demandante) transfirió el 50 % de acciones y derechos sobre el inmueble ubicado en la avenida Independencia N° 332 del Cercado de la Ciudad de Cajamarca (en adelante, el inmueble) a favor de su hijo Walter Álvarez Ortiz (el demandante).

Luego, mediante escritura pública de fecha 31 de julio de 1986, el Demandante –con participación de su cónyuge– transfirió el 50 % de sus acciones y derechos (es decir, el 25 % del total de acciones y derechos sobre el inmueble) a favor de su hermano Víctor Manuel Álvarez Ortiz (en adelante, el Sr. Víctor Álvarez).

Por error, el Sr. Víctor Álvarez fue inscrito en la Partida del Inmueble como único propietario, y aprovechándose de esta apariencias registral transfirió la totalidad del inmueble a favor de los demandados mediante escritura pública de compraventa de fecha 27 de setiembre de 2013 (en adelante, la compraventa), la misma que no se llegó a inscribir.

Las pretensiones que plantearon los demandantes fueron las siguientes:

- i) Reivindicación del inmueble.
- ii) Nulidad de la compraventa.
- iii) Cancelación del asiento registral donde se inscribió la propiedad del Inmueble a favor del Sr. Víctor Álvarez.

iv) Resarcimiento ascendente a la suma de S/ 145 000.00.

Los demandados se defendieron deduciendo la excepción de prescripción, en tanto la compraventa de acciones y derechos a favor del Sr. Víctor Álvarez se inscribió el 28 de marzo de 1995, mientras que la demanda se interpuso en octubre de 2013, por lo que habiendo transcurrido más de 10 años la “acción” personal para solicitar la cancelación del asiento registral ya había prescrito.

En primera instancia el juez amparó la pretensión de prescripción, al considerar que el plazo para solicitar la cancelación del asiento registral había transcurrido en exceso.

En su apelación los Demandantes sostuvieron que la pretensión de cancelación del asiento registral se derivaba de la pretensión de reivindicación, y al ser esta imprescriptible dicha condición era aplicable al pedido de cancelación de asiento registral.

La Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Cajamarca, mediante auto del 9 de octubre de 2014, confirmó la decisión de primera instancia amparando la excepción de prescripción, al considerar que la pretensión de cancelación del asiento registral es autónoma e independiente de la pretensión reivindicatoria, por lo que siendo de naturaleza personal prescribe a los 10 años, de conformidad con el artículo 2001 inciso 1 Código Civil.

En su recurso de casación los demandantes invocaron la infracción del artículo 927 Código Civil, pues –según sostuvieron– si se declara fundada la demanda reivindicatoria el asiento registral no puede sostenerse, porque de permitirse ello la reivindicación no surtiría plenos efectos. Entonces –concluyeron los demandantes– existe una relación de causa-efecto entre la pretensión reivindicatoria y la cancelación de asiento registral, lo cual genera que si la primera es imprescriptible la segunda también lo sea.

La Corte declaró fundado el recurso de casación y actuando en sede de instancia revocó el auto mediante el cual la Sala Superior había amparado la excepción de prescripción extintiva, y reformándola la declaró infundada.

Para la Corte Suprema el plazo prescriptorio de 10 años no es aplicable a la pretensión de cancelación de asiento registral, pues se trata de una pretensión vinculada con la pretensión reivindicatoria, por lo que la imprescriptibilidad de esta “beneficia” a aquella:

“Sexto: (...) hay ciertas pretensiones a las cuales no les es aplicable la prescripción, como la petitoria de herencia (art. 664 del CC), la del hijo para solicitar la filiación (art. 373 del CC); y, la reivindicatoria contemplada en el artículo 927 del Código Civil, esta última en razón a que teniendo por objeto la protección del derecho de propiedad, es claro que entretanto este no se

extinga, aquella permanece viva. Bajo este contexto dogmático y normativo, se advierte que, en el presente caso la cancelación del Asiento Registral de la Partida Electrónica N° 02006634 tiene relación directa con el derecho de propiedad del inmueble materia de reivindicación por los demandantes, y por ende, es imprescriptible, pues sostener lo contrario atentaría contra la perpetuidad del derecho de propiedad”.

II. LAS DOS FORMAS DE CANCELACIÓN DE ASIENTOS REGISTRALES: ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL

En el caso materia de análisis los demandantes solicitaron la cancelación del asiento donde se había inscrito (indebidamente) como único propietario del inmueble al Sr. Víctor Álvarez (se trató de un error porque en realidad solo había adquirido el 25 % de acciones y derechos sobre el inmueble).

Llama mi atención el hecho de que los demandantes, antes que solicitar la rectificación del asiento en la vía registral, hayan solicitado la “cancelación” en la vía judicial.

La norma de la que debemos partir es el artículo 2013 del CC: “El contenido de la inscripción se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez”.

Los supuestos de “rectificación” se dan a nivel administrativo (sin necesidad de declaración judicial) y están pensados para cuando el asiento registral no contenga un título archivado que le dé sustento. En efecto, de acuerdo con los artículos 95 y 96 del Reglamento General de los Registros Públicos (RGRP) se pueden rectificar asientos que contengan actos que: i) no constan en los títulos archivados que les dieron origen; ii) no estaban comprendidos en la rogatoria de la inscripción; o iii) forman parte de un título que nunca fue presentado (inexistencia del asiento de presentación).

Dado que estos supuestos de rectificación no repercuten sobre un título archivado (se trata de inscripciones “huecas” o “vacías”), no requieren de un pronunciamiento judicial previo. Dos ejemplos para que esto quede claro:

- i) Juan Pérez suscribe una compraventa a favor de Matilde Huidobro, y en el asiento registral se consigna erróneamente el nombre de la propietaria (“Matilde Uidobro”, sin “H”). La rectificación del asiento dejará intacto el título archivado (la compraventa).
- ii) En un asiento registral se publicita la venta de A a favor de B, aun cuando dichas partes jamás suscribieron ningún contrato. La cancelación del asiento no dará lugar a ninguna modificación en el título archivado, porque sencillamente este no existe.

Junto a la “rectificación administrativa” de inscripciones encontramos la “cancelación” de asientos como consecuencia de una declaración judicial de invalidez. En estos casos la cancelación del asiento registral es consecuencia de un pronunciamiento judicial que invalida el título archivado que dio origen a dicho asiento. Como regla general, el asiento registral no tiene autonomía respecto del título archivado, ambos se encuentran inescindiblemente unidos, con lo cual si el título archivado es nulo corresponde cancelar el respectivo asiento.

Piénsese en la compraventa nula otorgada por A a favor de B, la cual logra ser inscrita en el Registro. Dado que la inscripción de contrato nulo no lo convierte en válido⁽¹⁵⁶⁾, A demanda la nulidad de dicho acto. Como consecuencia de la declaración de invalidez de la compraventa el asiento registral a favor de B se cancela.

Por ello, el pedido de cancelación de un asiento en la vía judicial está subordinado a la declaración de invalidez del título archivado que dio origen a dicho asiento. No se solicita judicialmente la cancelación del asiento dejando intacto el título archivado, ya que el asiento es consecuencia del título archivado: si quiero anular el asiento registral debo primero anular el título archivado que le dio origen⁽¹⁵⁷⁾.

Recapitulando lo hasta aquí señalado, tenemos que los asientos registrales se pueden:

- i) Rectificar en la vía administrativa sin necesidad de un pronunciamiento judicial previo, siempre que se trate de una inscripción “vacía” (un asiento registral que no se respalda en un título archivado).
- ii) Cancelar en la vía judicial, previa declaración de invalidez del título archivado que le dio origen; es decir, la cancelación del asiento es consecuencia de la declaración de invalidez del título archivado.

Sin embargo, esto ha cambiado un poco a raíz de la entrada en vigencia de la Ley N° 30313, Ley de oposición al procedimiento de inscripción registral en trámite y cancelación del asiento registral por suplantación de identidad o falsificación de documentación (en adelante, la Ley).

La novedad de la Ley es que permite que un asiento registral, que sí se sustenta en un título archivado, sea cancelado en la vía administrativa sin necesidad de un pronunciamiento judicial que declare la invalidez del título archivado que originó dicho asiento. La única condición para que se dé esta “cancelación” sui generis es que el título archivado, que dio origen al asiento que se cancela, sea

(156) Artículo 2013 del Código Civil.- “La inscripción no convalida los actos que sean nulos o anulables con arreglo a las disposiciones vigentes”.

(157) Es por eso que cuando el asiento registral no está vinculado a un título archivado (los supuestos de “cancelación/rectificación” en la vía administrativa), no es necesario recurrir a un proceso judicial de declaración de invalidez, en tanto no existe ningún título archivado que debe ser anulado previamente.

presuntamente falsificado o en su otorgamiento haya habido un presunto acto de suplantación de identidad.

Como consecuencia del procedimiento que establece la Ley el asiento registral queda cancelado pero el título archivado (presuntamente falsificado o adulterado) mantiene plena validez y eficacia, hasta que el afectado demande judicialmente su anulación⁽¹⁵⁸⁾.

Pero lo importante aquí es distinguir los supuestos de cancelación regulados en el RGRP con los que establece la Ley: mientras que en los primeros estamos ante inscripciones vacías, pues se trata de asientos que no se sustentan en un título archivado, en los segundos el asiento registral sí se sustenta en un título, solo que este es presuntamente falso o fue otorgado mediante presunta suplantación de identidad (esta circunstancia es precisamente la que “legítima” que el asiento sea anulado de manera rápida en sede administrativa: para evitar que aparezcan terceros de buena fe cuyas adquisiciones, derivadas de un acto de falsificación o suplantación de identidad, sean finalmente inscritas).

En el caso que dio lugar a la sentencia que vengo comentando, la inscripción a favor del Sr. Víctor Álvarez no se sustentaba en un título archivado, pues de la revisión de la compraventa otorgada a su favor por los demandantes se aprecia con claridad que únicamente fue materia de transferencia el 25 % de acciones y derechos sobre el inmueble. Es decir, el asiento registral en donde el Sr. Víctor Álvarez quedó inscrito como único propietario de todo el inmueble no se sustentaba en ningún título archivado, por lo cual la rectificación del asiento se habría podido lograr en la vía administrativa –de acuerdo con el RGRP –y sin necesidad de demandar una declaración judicial de invalidez⁽¹⁵⁹⁾.

III. ¿SE PUEDE EXTENDER LA SOLUCIÓN DE LA CORTE A OTROS CASOS?

La Corte Suprema ha señalado que la pretensión de cancelación de un asiento registral es imprescriptible siempre que vaya de la mano con una pretensión reivindicatoria. Esto me permite teorizar sobre otros casos que, si bien no encajan exactamente dentro del supuesto desarrollado por la Corte, merecerían una respuesta similar, haciéndoseles extensible la regla de la imprescriptibilidad.

(158) Como consecuencia de la entrada en vigencia de la Ley N° 30313 se incluyó un segundo párrafo en el artículo 2013 del Código Civil.- “El asiento registral debe ser cancelado en sede administrativa cuando se acredite la suplantación de identidad o falsedad documentaria y los supuestos así establecidos con arreglo a las disposiciones vigentes”.

(159) Sin perjuicio de ello los demandantes optaron por recurrir a la vía judicial.

1. Imprescriptibilidad de la nulidad de un contrato vinculada con una acción reivindicatoria

Imaginemos el siguiente caso:

A vende el inmueble a B mediante un contrato nulo, el cual se inscribe en el Registro. Transcurridos 15 años A demanda por reivindicación a B, solicitando accesoriamente la nulidad de la compraventa y la cancelación del asiento registral donde la misma fue inscrita. B, por su parte, señala que ya ha transcurrido en exceso el plazo prescriptorio para solicitar la nulidad de la compraventa.

El juez necesariamente deberá pronunciarse sobre la validez de la compraventa, pues de dicha calificación dependerá si ampara o desestima la demanda de reivindicación: si considera que el contrato es válido entonces la reivindicación no procederá; por el contrario, si concluye que la compraventa es nula la demanda de reivindicación será amparada y se ordenará la restitución del bien a favor de A.

Nótese que en este caso el pedido de nulidad de la compraventa está conectado con la pretensión reivindicatoria. Si seguimos el razonamiento de la Corte en el caso materia de análisis, se debería considerar “imprescriptible” la pretensión de nulidad, pues al encontrarse vinculada con la pretensión reivindicatoria, la imprescriptibilidad de esta “contagiaría” a aquella.

Entonces, todo dependerá de la estrategia procesal que plantee la parte interesada. En el ejemplo que acabo de poner, si A hubiese demandado únicamente la nulidad de la compraventa suscrita con B, probablemente la excepción de prescripción habría tenido éxito, pues al no haberse “vinculado” dicho pedido de nulidad con la pretensión reivindicatoria, no habría forma de hacer “extensible” la imprescriptibilidad de esta última a favor de aquella.

Por ende, si lo que se busca es sortear el escollo de la prescripción extintiva, se tendría que vincular el pedido de nulidad del contrato con la demanda de reivindicación: la pretensión principal sería la reivindicación y de forma accesoriosa se solicitaría la nulidad del contrato otorgado en su momento a favor del demandado.

Ahora, si bien desde un punto de vista pragmático esta propuesta de solución resulta atractiva, contraviene de manera directa normas imperativas, como lo es el artículo 2001 del CC, según el cual la acción personal (por ejemplo el pedido de cancelación de un asiento registral) como la acción de nulidad del acto jurídico prescriben a los 10 años ¿Cómo hizo la Corte Suprema para sortear este escollo? ¿Es consciente la Corte Suprema de que al declarar la imprescriptibilidad del pedido de cancelación de un asiento registral contradice una norma imperativa (que es precisamente aquella que establece el plazo prescriptorio de 10 años)? La sentencia, lamentablemente, no dice nada sobre el particular.

2. Imprescriptibilidad de la “acción” de mejor derecho de propiedad

Si bien la pretensión reivindicatoria y la “acción” de mejor derecho de propiedad están encaminadas a fines distintos, en ambos procesos se determina lo mismo: quién es el propietario del bien. Es cierto que con la reivindicación se busca acceder a la posesión del bien en disputa, pero para ello primero el juez deberá estar convencido que el demandante es el propietario. De este modo, al momento de resolver una pretensión reivindicatoria el juez primero “declara” el derecho de propiedad a favor del demandante (tal como sucede en una “acción” de mejor derecho de propiedad) y luego ordena la restitución de la posesión.

Producto de esta similitud, al igual que la pretensión reivindicatoria la “acción” de mejor derecho de propiedad también tendría que ser imprescriptible. Y de ello se derivaría la imprescriptibilidad de aquellas pretensiones que estuvieran vinculadas o derivaran del mejor derecho de propiedad. Por ejemplo, imaginemos un proceso de mejor derecho de propiedad en donde ambas partes exhiben los títulos que acreditarían su condición de propietarios sobre el bien en litigio. ¿Qué ocurre si una de ellas logra probar que el título de su contendedor (una compraventa, por ejemplo) es nulo, no obstante ya han transcurrido más de 10 años desde su otorgamiento?

Si seguimos el razonamiento que se aplicó para el caso de la pretensión reivindicatoria, dado que el pedido anulatorio se encuentra vinculado con una pretensión imprescriptible que busca determinar quién es el propietario del bien en controversia, tal imprescriptibilidad también “beneficiaría” a la pretensión de nulidad. ¿Es factible “construir” este argumento?

La Corte Suprema, por lo visto, no se percató de la puerta que abría al vincular la imprescriptibilidad de la acción reivindicatoria con aquellas pretensiones que derivan de ella.

3. La madre del cordero: la “prescriptibilidad” de la nulidad del acto jurídico

Todos estos problemas se habrían podido evitar si nuestro legislador –siguiendo el modelo legislativo italiano– no hubiese establecido un plazo prescriptorio para solicitar la nulidad de un acto jurídico.

Existe consenso⁽¹⁶⁰⁾ en que la nulidad opera de pleno derecho (*ipso iure*), es decir, un acto nulo no produce sus efectos típicos aun cuando no exista una

(160) BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Traducción de Martín Pérez. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, p. 410; STOLFI, Giuseppe. *Teoría del negocio jurídico*. Traducción de Jaime Santos Briz. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, p. 108; SCONAMIGLIO, Renato. *Teoría general del contrato*. Traducción de Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1983, p. 244; SCONAMIGLIO, Renato. *Contribución a la teoría del negocio jurídico*. Traducción de Leysser León. Grijley,

sentencia que lo declare como tal⁽¹⁶¹⁾. Sin embargo, para evitar que el acto nulo cree una situación de apariencia en la cual puedan ampararse terceros contratantes de buena fe, resulta útil contar con un pronunciamiento judicial que declare dicha nulidad.

Como bien se ha dicho, “la acción de nulidad no es imprescindible ejercitarla. Tal nulidad opera *ipso iure*, porque el negocio lleva en sí mismo, en su estructura, la ineficacia. Por tanto, las partes que lo han concluido pueden actuar como si este no hubiera acontecido, como si se diera la misma situación preexistente a su celebración. Pero el recurso a la acción es necesario cuando alguna de ellas, sus sucesores o causahabientes pretenden ejercitar un derecho sobre la base del negocio nulo (estimándolo como válido y plenamente eficaz) o porque interesa obtener una declaración judicial de su ineficacia total al impedir su existencia el ejercicio de un derecho”⁽¹⁶²⁾.

Esta pretensión de nulidad, en tanto va dirigida a obtener una sentencia declarativa que reconozca tal nulidad, no debería estar sujeta a prescripción extintiva⁽¹⁶³⁾.

Es decir, existe una relación muy estrecha entre la naturaleza de la nulidad, el tipo de sentencia que se pronuncia respecto de ella y el plazo para accionarla: de la naturaleza jurídica de la nulidad (“el modo más enérgico, eficiente y por ende lógicamente más satisfactorio de reacción del derecho contra los actos que se oponen a sus disposiciones”⁽¹⁶⁴⁾) deriva que la sentencia que se pronuncia sobre ella sea “declarativa”, y de esto se desprende que la “acción” de nulidad sea imprescriptible (en tanto la sentencia se limita a reconocer un hecho ya producido no existe un “plazo” para solicitar tal reconocimiento).

Es por ello que el Código Civil italiano de 1942 estableció de manera expresa que “la acción de nulidad es imprescriptible”. Nuestro Código Civil, por el contrario, siguiendo el ejemplo de los códigos español, francés y argentino, estableció un plazo de 10 años para solicitar tal nulidad, lo cual no significa que transcurrido dicho plazo sin haber solicitado la nulidad el acto se convierta en válido. Como bien se ha dicho:

Lima, 2004, p. 509; CATAUDELLA, Antonino. *I contratti. Parte Generale*. Seconda edizione, Giappichelli Editore, Torino, p. 260.

(161) Así lo reconoce nuestra la Exposición de Motivos y Comentarios del Código vigente: “El acto nulo lo es de pleno derecho, lo que significa que no requiere de una sentencia judicial que así lo declare (...) Solo si una de las partes, o ambas, pretende su validez, corresponderá al juez declarar la nulidad absoluta sin que la sentencia tenga un carácter constitutivo, sino declarativo”. Código Civil IV: Exposición de Motivos y Comentarios. Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil. Compiladora Delia Revoredo de Debaquey. 3ª edición, Lima, 1988, p. 332.

(162) DÍEZ-PICAZO y GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil I*. 4ª edición, Madrid, 1981, p. 536.

(163) BARBERO, Doménico. *Sistema de Derecho Privado*. Ob. cit., pp. 637-638.

(164) SCONAMIGLIO, Renato. *Teoría General del contrato*. Ob. cit., p. 233.

“Conviene referirse a la prescriptibilidad de la acción de nulidad con el siguiente razonamiento: sucede que en muchos casos una o las dos partes deciden cumplir voluntariamente un acto nulo. Frente a esta situación, conviene ser categórico, por cuanto el hecho que se cumpla voluntariamente un acto nulo, no lo convalida en absoluto (...) Ahora, si se produce la prescripción de la acción de nulidad, ello tampoco significa que el negocio nulo se convalida por el transcurso del tiempo. Para efectos prácticos, de operar la prescripción de la acción de nulidad en un supuesto determinado, se estaría prácticamente imposibilitando la declaración judicial de nulidad, con la consiguiente inseguridad jurídica para las partes y los terceros, creando una falsa apariencia de validez del negocio nulo. Es por ello justamente que la mayor parte de la doctrina considera que la acción de nulidad debe ser imprescriptible y es así como se ha regulado en algunos códigos civiles la acción de nulidad. Sin embargo, nuestro Código Civil optó por establecer un plazo prescriptorio de 10 años”⁽¹⁶⁵⁾.

¿Cómo sortear el problema que representa el plazo prescriptorio de la nulidad?

Una forma podría ser invocando la nulidad ya no como “acción”, sino como excepción; es decir, valiéndose de ella, antes que como un mecanismo de ataque, como uno de defensa.

Con acierto se ha señalado que “aun cuando el Código Civil peruano no ha optado por la tesis de la imprescriptibilidad de la acción de nulidad, el transcurso del tiempo no puede convalidar en ningún momento un negocio jurídico nulo y por ello la solución a este problema sería la consideración que si bien la acción de nulidad ya no puede ser interpuesta, por haber prescrito, la parte contra la que se pretenda hacer valer el acto nulo, exigiéndose su cumplimiento, tendría la posibilidad de defenderse, deduciendo la nulidad ya no como acción, sino como excepción”⁽¹⁶⁶⁾.

Con un ejemplo esto quedará claro: imaginemos que A es propietario de un inmueble y lo tiene debidamente inscrito a su favor. A suscribe con B (comprador) un documento privado de compraventa, el cual presenta un vicio de nulidad. Al cabo de 11 años B exige a A que le firme la escritura pública de dicha compraventa para así poder inscribir el inmueble a su favor. Ante la negativa de A, B decide iniciar un proceso de otorgamiento de escritura pública. A se defiende acreditando que dicha compraventa es nula. B, por su parte, alega que han transcurrido más de 10 años, por lo que cualquier invocación respecto de la nulidad de la compraventa se encuentra fuera de plazo.

(165) TABOADA CORDOVA, Lizardo. *Acto jurídico, negocio jurídico y contrato*. 1ª edición, Grijley, Lima, 2002, pp. 323-324.

(166) Ídem.

¿Deberá el juez otorgar la escritura pública de un contrato cuya nulidad ha sido probada, por el solo hecho de que ya venció el plazo para cuestionar la validez de dicho contrato?

Considero que el juez debe negarse a escriturar dicho acto. En efecto, frente a la excepción de prescripción extintiva planteada por B, el Juez podría considerar que el plazo prescriptorio de 10 años aplica solo cuando la nulidad se hace valer en vía de “acción” (cuando se demanda) y no cuando se invoca como excepción o defensa. En este caso, frente a B, que pretende valerse de un contrato nulo para obtener un beneficio (formalizarlo y luego inscribirlo a su favor), A se defiende invocando la nulidad de dicho contrato, con lo cual no se está “accionando” la nulidad, sino excepcionándola⁽¹⁶⁷⁾.

Como se puede apreciar, este es un recurso bastante útil que puede evitar que de un contrato nulo alguien obtenga ventajas indebidas. Si bien es cierto la posibilidad de invocar la nulidad en vía excepción estaba proscrita en el Código de 1936⁽¹⁶⁸⁾, no existe una disposición similar en nuestro Código vigente, con lo cual podemos darla por admitida⁽¹⁶⁹⁾, más aún si tenemos en cuenta que las normas que establecen plazos prescriptorios, en tanto representan un límite al ejercicio de los derechos, deben ser interpretadas de manera restrictiva⁽¹⁷⁰⁾.

¿Esta invocación de la “nulidad” en vía de excepción puede ser útil para resolver los casos vinculados con la pretensión reivindicatoria? Considero que no, porque en la mayoría de ellos la nulidad necesita hacerse valer en vía de acción.

Por ello sería importante poner en la agenda de una futura reforma legislativa⁽¹⁷¹⁾ la modificación del inciso 1 del artículo 2001 del CC, a efectos de que se establezca la imprescriptibilidad de la pretensión de nulidad de un acto jurídico. Más aún si este cambio normativo no afecta la seguridad jurídica, pues la

(167) Lamentablemente este tema no fue analizado en la Sentencia del IX Pleno Casatorio, en la que precisamente se establecieron una serie de reglas vinculadas con el proceso de otorgamiento de escritura pública.

(168) Artículo 1170 del Código Civil de 1936: “El término para deducir la excepción de nulidad se prescribe con la acción”. León Barandiarán, comentando esta norma, señalaba lo siguiente: “Conforme al artículo 1170, el plazo para deducir la excepción de nulidad se prescribe con la acción. Esta regla ha de entenderse que rige para la nulidad absoluta y relativa, y la referencia a la prescripción de la acción concierne a la acción que puede establecerse por concepto del acto nulo o anulable (...) Como se dice en la exposición de motivos: la excepción de nulidad se extingue en el plazo concedido para ejercitar la acción. En el fondo, la excepción y la acción vienen a ser, en cuanto a sus resultados, la misma cosa, y por consiguiente el plazo debe ser uniforme. Transcurrido el término para ejercitar la acción, no se puede oponer la excepción, que es la acción presentada a la inversa”: LEÓN BARANDIARÁN, José. *Manual de Acto Jurídico*. Ob. cit., p. 97.

(169) Artículo 2, inciso 14, literal a de la Constitución: “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia, nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíba”.

(170) Artículo IV del Título Preliminar del Código Civil: “La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía”.

(171) La coyuntura es idónea, en tanto con fecha 18 de octubre de 2016 se publicó en *El Peruano* la Resolución Ministerial N° 0300-2016-JUS, mediante la cual el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos nombró al grupo de trabajo encargado de elaborar el anteproyecto de reforma de nuestro Código Civil.

pretensión de invocar la nulidad después de mucho tiempo (20 o 30 años, lo cual podría crear inseguridad respecto de las sucesivas transferencias), se neutralizaría mediante la prescripción adquisitiva o la fe pública registral.

Pensemos en un contrato de compraventa nulo como consecuencia del cual el comprador entra en posesión del bien. En un eventual escenario en donde la pretensión de nulidad sea imprescriptible, el vendedor podría demandar la nulidad de la compraventa transcurridos veinte años. ¿Pero qué sucede si el comprador ya se consolidó en la propiedad, pues realizó construcciones, mejoras, inversiones en el bien, etc.? La nulidad de la compraventa no podría “destruir” tal estado de cosas, pues si bien el comprador (actual poseedor) no podría deducir la prescripción extintiva, sí podría invocar la prescripción adquisitiva al haber ejercido la posesión por más de 10 años⁽¹⁷²⁾.

Pensemos ahora en un contrato de compraventa nulo (entre A y B) que da pie a una serie de transferencias sucesivas (todas inscritas en el Registro) a favor de un tercero adquirente definitivo (B se lo vendió a C, este a D y finalmente lo adquiere “E”). Imaginemos –en un eventual escenario en donde la pretensión de nulidad sea imprescriptible– que luego de 20 años A solicita la nulidad de la compraventa con B y, accesoriamente, la nulidad de todas las posteriores transferencias (a favor de C, D y E), en virtud del denominado “efecto cascada” de la nulidad⁽¹⁷³⁾.

Frente a dicha pretensión, el último adquirente (E) podría defenderse señalando que su adquisición es inatacable al estar protegida por el principio de fe pública registral⁽¹⁷⁴⁾: i) se trata de una adquisición realizada a título oneroso; ii) al momento de realizarla no estaba publicitada ninguna demanda de nulidad respecto del contrato antecedente (es decir, fue hecha de buena fe); y iii) dicha adquisición fue inscrita en el Registro.

En conclusión, no genera ningún riesgo para la seguridad jurídica el que se establezca la imprescriptibilidad de la pretensión de nulidad de un acto jurídico. Mientras que el poseedor que accedió al bien con base en un contrato nulo podrá invocar la prescripción adquisitiva a su favor, el tercero adquirente de un bien en cuyos antecedentes existe un contrato nulo podrá valerse de la fe pública registral para neutralizar cualquier amenaza contra su adquisición.

(172) Para lo cual deberá acreditar además que dicha posesión se ejerció de manera pública, pacífica, continua y como propietario.

(173) Es decir, si en la historia del derecho adquirido uno de los contratos resultara nulo, anulable o ineficaz por cualquier otra causa, esa vicisitud determinaría la pérdida de eficacia de todos los contratos posteriores.

(174) Artículo 2014 del Código Civil.- “El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda, cancele o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los asientos registrales y los títulos archivados que lo sustentan. La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro”.

IV. EL DERECHO “IMPRESCRIPTIBLE” AL OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA PÚBLICA

Existe un último caso de “pretensión” vinculada o derivada del derecho de propiedad: la pretensión de otorgamiento de escritura pública.

El derecho a la escritura pública se configura como un derecho de crédito (personal) que faculta a alguien (comprador, por ejemplo) a exigir de su contraparte (vendedor) la formalización del acto previamente celebrado. Atendiendo a ello, el interesado tendría un plazo prescriptorio de 10 años para demandar la formalización de su contrato. Esto representa un verdadero problema de cara a conseguir que la contratación sobre bienes (inmuebles principalmente) se dé de manera segura y confiable, tal como a continuación paso a explicar.

Imaginemos que A es propietario de un inmueble y se lo vende a B. El contrato no se inscribe por lo que A se mantiene registralmente como propietario. Valiéndose de esta apariencia registral, A vende el mismo inmueble a C, quien –confiando en la veracidad de la publicidad– compra el bien e inscribe el derecho.

Se generará una disputa B y C, en donde ambos invocarán tener derecho a quedarse con el bien: B alegará que compró primero, por lo que cuando C lo adquirió de A este ya no era propietario. Por su parte, C dirá que compró confiando en la información registral, no debiendo ser perjudicado por una información errónea que no pudo conocer.

Este caso grafica uno de los mayores problemas de la contratación sobre bienes (en su mayoría inmuebles⁽¹⁷⁵⁾): la disociación entre realidad y Registro. En la disyuntiva de proteger al que primero adquirió el derecho (B) o a aquel que contrató confiando de buena fe en la información erróneamente publicitada (C), la ley prefiere a este último (arts. 2022 y 1135 del CC). Es decir, se privilegia la confianza por encima de lo que se suele denominar “realidad”.

¿Por qué la ley sacrifica al primer comprador (B)? Porque fue él quien estuvo en posibilidad de evitar el problema (si hubiese inscrito su adquisición nada hubiera pasado). Es una especie de sanción contra aquel que permite la creación de la apariencia y un premio/incentivo para aquel (C) que actúa de buena fe confiando en la información publicitada y haciendo lo que no hizo su rival: inscribir su derecho en el Registro.

Sin embargo, esta solución tiene perfecta lógica siempre que el sistema jurídico otorgue a los sujetos contratantes la posibilidad de acceder al Registro. Para

(175) En lo que viene me referiré exclusivamente a los bienes inmuebles, sin que ello implique desconocer que ciertos bienes muebles, por su valor y posibilidad de ser individualizados con exactitud, merecen por parte de nuestra normativa registral un tratamiento similar.

que tenga sentido un sistema en donde se protege la confianza en la adquisición (C) y se sanciona al primer adquirente que no inscribió (B), este mismo sistema debe proveer a los interesados las herramientas para acceder al Registro. Si pese a haber tenido estas herramientas, B no inscribe, entonces el reproche es justificado. Por el contrario, si el ordenamiento jurídico pone trabas a la inscripción de los derechos, la “sanción” no se justifica, pues el sistema estaría trasladando el costo de una mala regulación a quien no es más que una víctima del propio caos regulatorio.

En el caso de los contratos, contar con una escritura pública es el paso previo indispensable para llegar al Registro. El que exista un plazo de 10 años para poder acceder a esta imprescindible herramienta constituye una injustificada traba a la inscripción de los derechos en el Registro y con ello un obstáculo para su plena protección.

La gran mayoría de los contratos que acceden al Registro admiten plazos de vigencia superior a los 10 años. Para el usufructo, uso y habitación el plazo máximo es 30 años; para la superficie es 99 años; existen servidumbres perpetuas; una hipoteca pueda garantizar créditos pagaderos en 40, 50 o 60 años; un contrato de opción puede tener un plazo muy amplio (superior a los 10 años); los acuerdos que crean límites a la propiedad (acuerdos que limitan las facultades de uso o disfrute del propietario) podrían tener vigencia por 30, 40 o 50 años. En todos estos casos, luego de transcurrido 10 años se le cierran al titular del derecho las “puertas” de la escritura pública y con ello las del Registro. ¿Qué sentido tiene ello? ¿Cuáles son sus consecuencias?

Imagínese al titular de un derecho superficie por el plazo 50 años, quien el año 20 decide inscribir su derecho, por lo que solicita a su contraparte (el propietario) formalizar en escritura pública el contrato de superficie. Si este se niega, el superficiario tendrá que demandar el OEP, y frente a ello el propietario deducirá la excepción de prescripción extintiva, pues ya pasaron 10 años desde la celebración del contrato. El superficiario nunca llegará al Registro y quedará expuesto a que el propietario, valiéndose de que el Registro publicita su derecho como libre de cualquier carga, gravamen o derecho real menor, venda el bien a un tercero y este (confiando de buena fe) lo inscriba a su favor. En el eventual conflicto entre el superficiario y el nuevo propietario, este vencerá.

El mismo ejercicio (con las mismas consecuencias) aplica para cualquier caso en donde el titular de un derecho real menor (uso, habitación, usufructo, superficie) exija la formalización de su respectivo contrato luego de transcurridos 10 años.

Pero estos problemas no solo se generan respecto de los contratos que crean derechos reales menores. Pensemos en un contrato de opción en donde al optante tiene 15 años para ejercer la opción. El año 11, estando pendiente el ejercicio de la opción, el optante solicita a su contraparte la firma de la escritura pública para inscribir el contrato en el Registro y hacer oponible su derecho opción. La

negativa del propietario obligará al optante a iniciar un POEP que finalmente será desestimado ante la excepción de prescripción planteada por la contraparte. El riesgo para el optante es que alguien, confiando en la información registral, compre el bien creyendo que se encuentra libre de toda afectación e inscriba su derecho de propiedad, perjudicando con ello el derecho de opción.

Lo mismo sucederá para los pactos limitativos del dominio (“restricciones a la propiedad” como los denomina el art. 926 del CC⁽¹⁷⁶⁾). Imagínese que A (vendedor) y B (comprador) firman una escritura pública de compraventa y en simultáneo un documento privado en donde B se obliga por un plazo de 40 años a no construir más de dos pisos sobre el predio. La escritura pública de compraventa se inscribe en el Registro y B queda inscrito como nuevo propietario. Al cabo de 15 años A se entera de la intención de B de vender el terreno, por lo que decide inscribir el límite a la construcción para hacerla oponible al nuevo propietario. Para ello le exige a B elevar a escritura pública el acuerdo privado de no edificación. Ante su negativa, B exige la formalización del acuerdo mediante un POEP, pero una vez deducida la excepción de prescripción (ya pasaron más de 10 años) la demanda será desestimada. ¿La consecuencia? La disociación entre el Registro y la realidad: la realidad indica que existe un pacto restrictivo a la edificación por los próximos 25 años, mientras que el Registro publicitará una propiedad libre de cualquier restricción. ¿El gran perjudicado con esto? El mismo de siempre: el titular de un derecho que, al no poder inscribirlo, corre el riesgo de perderlo frente a un tercer adquirente de buena fe.

El problema llega a extremos de lo inverosímil cuando se trata de contratos que transfieren propiedad, pues aquí no existe un plazo de vigencia del derecho adquirido, sino que la adquisición se produce de manera definitiva⁽¹⁷⁷⁾. ¿Qué sentido tiene que un propietario, luego de 15 años, no pueda exigir a su vendedor la suscripción de la escritura pública para poder inscribir su derecho? ¿Por qué prohibirle esta posibilidad por el solo hecho de que han transcurrido más de 10 años? ¿A quién se protege con una regla como esta? A nadie. ¿A quién se perjudica? Al titular del derecho que por no poder inscribirlo corre el riesgo de perderlo en manos de un tercero de buena fe. Si no existe ningún interés relevante que se proteja con una regla como esta, entonces la misma no tiene sentido.

Afortunadamente, en el caso del derecho de propiedad la propia Corte Suprema ha venido señalando de manera uniforme que la “acción” de otorgamiento de escritura pública es imprescriptible. Así, por ejemplo, las Casaciones N°s 1368-99-Junín, 1056-01-Cono Norte, 1998-2003-Ica y 3333-2006-Ica. En esta última se indicó que:

(176) Artículo 926 del Código Civil.- “Las restricciones de la propiedad establecidas por pacto para que surtan efecto respecto a terceros, deben inscribirse en el registro respectivo”.

(177) Por concepto, el derecho de propiedad es perpetuo.

“La acción del comprador, ahora propietario, a fin de que la compraventa conste en una escritura pública, emana también de su derecho de propiedad, conforme a los artículos 923 y 927 del Código Sustantivo, y tiene por objeto dar mayor seguridad al contrato ya celebrado, por lo que no está sujeto a término de prescripción (...) Los plazos de prescripción no pueden ser aplicables a este tipo de acciones que buscan proteger el derecho de propiedad ya adquirido, pues conforme se ha establecido, el otorgamiento de la escritura pública es la formalidad que sirve para la inscripción del derecho de propiedad, el mismo que necesita de dicha inscripción para ser oponible a terceros (...)”.

Como se puede ver, la Corte sustenta la imprescriptibilidad de la “acción” de otorgamiento de escritura pública en la imprescriptibilidad de la acción reivindicatoria: si la acción reivindicatoria (que representa la “defensa” de la propiedad) es imprescriptible, y la inscripción de la propiedad en el Registro permite su “defensa” plena frente a terceros, entonces se debe entender al derecho a la escritura pública como uno conexo o vinculado con la defensa (reivindicación) de la propiedad; por ende, las “cualidades” de la reivindicación (entre ellas la “imprescriptibilidad”) le son aplicables al OEP. Esto es algo muy similar a lo que la Corte Suprema hizo en el caso que vengo comentando: derivó la imprescriptibilidad de la pretensión de cancelación de un asiento registral de la imprescriptibilidad de la acción reivindicatoria.

Estoy de acuerdo con esta decisión de la Corte, en tanto constituye una salida ingeniosa frente al *corsé* del plazo prescriptorio que impide que el Registro y la realidad queden disociados⁽¹⁷⁸⁾.

Además, esta interpretación creativa de la Corte tiene la ventaja de ser inocua: nadie resulta perjudicado por permitírsele al propietario obtener el

(178) Aun cuando estoy de acuerdo con el fondo de la decisión, reconozco que, formalmente, su aplicación encuentra un impedimento mayúsculo: los plazos prescriptorios son imperativos, por lo que la imprescriptibilidad de un derecho solo viene determinada por la ley (art. 2001 del CC) o, en todo caso, corresponde a las acciones de declaración (que no es el caso de la “acción” de otorgamiento de escritura pública). Todo ello dificulta que, en un plano *de lege ferenda* (es decir, cómo está diseñada la ley), se pueda sustentar la imprescriptibilidad del derecho a la escritura pública. Y como si ello no fuera suficiente, se podría agregar una razón adicional: la aplicación analógica presupone similitud entre los supuestos de hecho a los que se pretende aplicar la misma consecuencia jurídica, cosa que no sucede en el presente caso, en tanto la obtención de la escritura pública no guarda relación con la defensa física de la propiedad, que es a lo que está referida la “acción” reivindicatoria. Son estas las razones que me han llevado a sustentar, desde un plano *de lege ferenda* (es decir, cómo debería ser la ley), la necesidad de modificar el Código Civil, de cara a consagrar expresamente la imprescriptibilidad del derecho a la escritura pública a favor de quienes han adquirido la propiedad –comprador, en casi todos los casos– de un inmueble. Las razones para ello pueden verse en mis trabajos: PASCO ARAUCO, Alan. “El derecho a la escritura pública. Propuesta de modificación legislativa”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 280, Gaceta Jurídica, Lima, marzo 2017; “¿Propietario negligente? Sí, ¿y qué?”. En: <<http://agnitio.pe/articulo/propietario-negligente-si-y-que/>>; “Acabo de comprar un inmueble: ¿hasta cuándo puedo exigirle al vendedor que me firme la escritura pública?”. En: <<http://agnitio.pe/articulo/acabo-de-comprar-un-inmueble-hasta-cuando-puedo-exigirle-al-vendedor-que-me-firme-la-escritura-publica/>>.

instrumento de acceso al Registro⁽¹⁷⁹⁾. Por el contrario, impedírselo pondría en riesgo una propiedad válidamente adquirida⁽¹⁸⁰⁾.

Lamentablemente, esta conclusión no fue ratificada en la Sentencia el IX Pleno Casatorio, que trató precisamente sobre el derecho a la escritura pública. ¿Esta omisión debe tomarse como una declinación del criterio sustentado en las casaciones citadas o, por el contrario, como la negativa a tocar un tema que para la Corte ya está claro?

Adicionalmente a ello, las dudas sobre el plazo prescriptorio se mantienen respecto de aquellos contratos que, sin estar vinculados con la propiedad (usufructo, superficie, uso, habitación, opción, limitaciones a la propiedad, etc.) buscan ser formalizados en una escritura pública. Para estos casos no existe un mecanismo de defensa imprescriptible (como sí lo hay para la propiedad) del cual se pueda “derivar” o “desprender” la imprescriptibilidad del derecho a la escritura pública. Para todos estos supuestos, el plazo prescriptorio del Código representa una muralla infranqueable que solo podrá ser superada mediante una reforma legislativa, en la que se amplíe el plazo prescriptorio del derecho a la escritura pública haciéndolo coincidir con el plazo de vigencia del respectivo contrato (de usufructo, superficie, servidumbre, opción, límites al dominio, etc.).

La razón de peso que se encuentra detrás tanto de la imprescriptibilidad del derecho a la escritura pública (cuando lo que está en juego es la propiedad) como de la ampliación del plazo prescriptorio (para el resto de contratos susceptibles de acceder al Registro) es la misma: permitir que el Registro no quede desfasado de la realidad, sino, por el contrario, lograr que ambos coincidan, pues así se evita la creación de apariencias registrales que terminan perjudicando a los verdaderos titulares de los derechos en conflicto.

Un Registro que va de la mano con la realidad es un Registro que no solo genera confianza, sino que protege adecuadamente a los verdaderos titulares. ¿Por qué conformarnos con un Registro que proteja la confianza, pero menoscabe a los reales titulares? La seguridad jurídica y la justicia no son valores excluyentes. La propuesta que planteo trata de ser una muestra de ello.

(179) Alguien podría pretender objetar mi planteamiento con el siguiente caso: A adquirió el derecho de propiedad sobre un inmueble pero el mismo se encuentra, hace más de 20 años, en posesión pública, pacífica, continua y como propietario por parte de B. Si se le permite a A obtener hoy la escritura pública logrará inscribir el bien a su favor en perjuicio del prescribiente. Es más, A, aprovechándose de que ya logró acceder al Registro, podría transferirlo a un tercero, perjudicando de esta forma a B. No obstante, en realidad aquí no existe ningún perjuicio contra el prescribiente: independientemente de que el bien logre ser registrado por A a su favor o transferido registralmente a nombre de un tercero, el prescribiente (B) planteará la demanda de prescripción contra el propietario vigente, sin que dichas inscripciones puedan afectar su derecho de propiedad ya ganado ni (de ser el caso) interrumpir el plazo prescriptorio que se encuentra en marcha.

(180) Naturalmente, dentro del respectivo POEP el juez realizará el control de validez y eficacia ya detallados en el acápite II) de este trabajo.

V. CONCLUSIÓN

He podido identificar 4 pretensiones que están vinculadas con la defensa (reivindicación) del derecho de propiedad: i) cancelación de asiento registral; ii) mejor derecho de propiedad; iii) nulidad de acto jurídico; y (iv) otorgamiento de escritura pública.

De estas cuatro pretensiones la Corte Suprema se ha pronunciado expresamente sobre la “cancelación del asiento registral” y el “otorgamiento de la escritura pública”, haciéndoles extensibles la “imprescriptibilidad” propia de la acción reivindicatoria.

Esta decisión –sustentada en la casación que ha sido comentario– me genera dos dudas:

- a) Si las normas que establecen plazos prescriptorios son normas imperativas, y tanto la pretensión de cancelar un asiento registral como la de obtener una escritura pública, son “acciones” de tipo “personal” a las cuales el Código Civil ha asignado un plazo prescriptorio de 10 años, ¿no incurre la Corte Suprema en una manifiesta vulneración de normas imperativas cuando las declara imprescriptibles?
- b) En caso sea válido “extender” la imprescriptibilidad de la acción reivindicatoria a aquellas pretensiones que se encuentran vinculadas a ella, ¿es posible sustentar la imprescriptibilidad del mejor derecho de propiedad y de la nulidad de un acto jurídico (cuando lo que se busque anular sea un acto de transferencia de propiedad) tal como hizo la Corte Suprema para el caso del otorgamiento de escritura pública y cancelación de asiento registral?

Estas son preguntas trascendentales en tanto se encuentran estrechamente vinculadas con la protección del derecho de propiedad. Es imperativo que en futuros pronunciamientos la Corte Suprema se avoque a responderlas.

Tercero adquirente de buena fe vs. incautación de bienes de origen delictivo: cuando la posesión tiene algo que decir

COMENTARIO A LA CASACIÓN N° 2147-2013-LIMA

I. LOS HECHOS DE LA SENTENCIA

En la Cas. N° 2147-2013-Lima la Corte Suprema resolvió una demanda de reivindicación planteada contra la Policía Nacional del Perú (en adelante, PNP) y la Oficina Ejecutiva de Control de Drogas (en adelante, la Ofecod)⁽¹⁸¹⁾. El caso es particularmente relevante porque representa un punto de encuentro entre el Derecho Civil (el caso inicia con una demanda de reivindicación) y el derecho penal (la PNP alegaba que se encontraba en posesión del inmueble producto de la incautación realizada como consecuencia de la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas).

Los hechos que dieron lugar a la sentencia fueron los siguientes:

- El inmueble materia de controversia, constituido por un terreno rústico de 1100 m² (en adelante, el inmueble), fue adquirido por José Peña Muñoz mediante escritura pública de compra venta el 09/10/1985.
- Mediante documento de fecha 07/12/1990 Elvia Isabel Valdivia Estrada adquirió la propiedad del inmueble.
- El 12/05/93 Rosa Campos Fernández⁽¹⁸²⁾ se convirtió en nueva propietaria del inmueble.
- La Ofecod incautó el inmueble por estar vinculado con un caso de tráfico ilícito de drogas y asumió la administración del mismo, de conformidad con los artículos 69 y 70 del Decreto Ley N° 22095, Ley de Represión del tráfico ilícito de drogas (art. sustituido posteriormente

(181) La Ofecod fue incorporada al proceso producto de la denuncia civil formulada por la PNP.

(182) En la sentencia casatoria se deja constancia que Rosa Campos Fernández se encuentra evadida de la justicia y está involucrada en un proceso complejo de tráfico ilícito de drogas, así como lavado de activos, el cual se encuentra con sentencias tanto en la Corte Superior de Lima –Exp. N° 24-2001– como en la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema –Exp. N° 1882-2006–, encontrándose en reserva el proceso en cuanto dicha persona está en condición de no habida.

por el artículo 7 del Decreto Ley N° 22926⁽¹⁸³⁾). Como consecuencia de ello, mediante Acta de incautación de fecha 05/10/95 la Ofecod entregó a la Dirección de Logística de la PNP la posesión del inmueble. En la partida registral del inmueble no se anotó la medida de incautación ni ninguna carga que restringiera o imposibilitara la transferencia del inmueble.

- El 13/09/1995 el inmueble fue vendido por Rosa Campos Fernández a favor de Alberto Enrique Romani Rivera y Pilar Lourdes Torres Martínez (para este momento la posesión del Inmueble la ejercía la PNP).
- El 17/09/2001 el inmueble fue transferido a favor de Rosa Campos Fernández.
- Con fecha 01/06/2002, el inmueble fue adquirido por la sociedad conyugal conformada por Carlos Sherdekvinter y Juana Isabel Dina Massironi (padres del demandante).
- En el año 2003 la sociedad conyugal interpuso una demanda de desalojo por ocupación precaria contra la PNP. El juez de primera instancia declaró improcedente la demanda por considerar que la PNP no ejercía una posición precaria, pues el título que legitimaba su posesión era el acta de incautación suscrita a su favor por la Ofecod. La Tercera Sala Civil, al resolver el recurso de apelación planteado, declaró nula la sentencia argumentando que el juez había obviado algunas formalidades y/o remitir oficios. Luego de ello los demandantes se desistieron del proceso.
- Mediante contrato de fecha 8 de agosto del 2006 el Sr. Carlos César Sherdek Massironi (en adelante, el demandante) adquirió la propiedad del inmueble.
- El demandante interpuso reivindicación contra la PNP, señalando que esta no tenía el derecho de propiedad sobre el inmueble y que, en todo caso, al momento en que adquirió la propiedad la PNP no había inscrito

(183) Artículo 69 del Decreto Ley N° 22095

“Los demás bienes decomisados e incautados serán administrados o utilizados para el servicio oficial por las dependencias públicas, mientras se expida la sentencia condenatoria que ordene su incautación definitiva, o la absolutoria que disponga su devolución al propietario, pagándose en este último caso una indemnización equitativa por su uso”.

Artículo sustituido por disposición del artículo 6 del Decreto Ley N° 22926, publicado el 13/03/1980, habiendo quedado con el siguiente texto:

“Los demás bienes decomisados, e incautados durante la investigación policial y el proceso judicial, serán puestos a disposición de la Oficina Ejecutiva de Control de Drogas, la que los asignará para el servicio oficial de las dependencias públicas, según las prioridades que establezca el Comité Multisectorial de Control de Drogas. El uso en el servicio oficial será bajo responsabilidad.

Caso de dictarse sentencia judicial absoluta se dispondrá la devolución del bien a su propietario, pagando el usuario una indemnización equivalente por el uso”.

en la partida ninguna medida de incautación, carga ni gravamen que impidiese que el inmueble sea transferido.

- La PNP contestó la demanda señalando que el inmueble se encontraba inmerso en una investigación por el delito de tráfico ilícito de drogas y los bienes incautados son administrados o utilizados para el servicio oficial mientras el proceso esté en trámite y no se expida sentencia, y en caso esta fuese condenatoria se procede a su adjudicación definitiva a favor del Estado.

En primera instancia se declaró fundada la demanda pues –según señaló el juez– el demandante tenía su derecho de propiedad inscrito, lo cual le otorgaba oponibilidad frente a cualquiera, más aún si ninguna de las instituciones demandadas había tenido la diligencia necesaria para anotar en la partida del inmueble la “carga” o medida de incautación⁽¹⁸⁴⁾. Por ende, al enfrentarse un derecho de propiedad inscrito contra una posesión sustentada únicamente en un acta de incautación, debía vencer la propiedad y declararse fundada la demanda.

En su recurso de apelación el Ministerio del Interior sostuvo que el inmueble fue incautado antes de que el demandante adquiriese la propiedad. La Corte Superior consideró que la incautación no legitimaba a la PNP para mantenerse en posesión del Inmueble. Es más –agregó la Corte– aun si dicha medida se hubiese inscrito la misma solo autoriza a la Ofecod a administrar el bien incautado, pero en modo alguno puede entenderse como una transferencia del derecho de propiedad, hecho que solo ocurrirá cuando el procesado por delito de tráfico ilícito de drogas (que no se ha probado que sea el demandante ni los padres del mismo), sea condenado, lo que no se había producido. Por ello, la Corte Superior confirmó la sentencia de primera instancia que declaró fundada la demanda.

Al resolver el recurso de casación la Corte Suprema consideró que si bien la PNP no inscribió la medida de incautación en la partida del inmueble, los padres del demandante y este tenían conocimiento que la posesión la ejercía la PNP, a tal punto que le iniciaron en su momento un proceso de desalojo. Asimismo, la Corte consideró que el Decreto Legislativo N° 1104, Ley de Pérdida de Dominio, que derogó al Decreto Ley N° 22095 (norma al amparo de la cual el inmueble fue incautado), había sido inaplicada al caso.

Expresamente la Corte sostuvo lo siguiente:

“De las normas cuya infracción ha sido denunciada, se advierte que los D. Leg. N°s 1104 y 1106 están relacionados con la pérdida de dominio por la comisión del delito de lavado de activos. El artículo 2 del Decreto Ley

(184) El juez consideró que dicho acto, por su trascendencia, resultaba pasible de anotación registral de acuerdo con lo establecido por el artículo 10 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, aprobado por Res. N° 248-2004-SUNARP-SN.

Nº 1104 señala sobre el concepto y ámbito de aplicación de la norma que la pérdida de dominio es una consecuencia jurídico-patrimonial a través de la cual se declara la titularidad de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias del delito a favor del Estado por sentencia de la autoridad jurisdiccional, mediante un debido proceso (...) para que proceda la acción reivindicatoria se tiene que acreditar no solo la propiedad del inmueble, sino además que quien lo viene poseyendo lo haga de modo ilegítimo, situación que no se observa en el caso bajo análisis; pues está acreditado que fue incautado dentro de un proceso sobre tráfico ilícito de drogas. En este orden de ideas, esta Suprema Sala llega a la conclusión de que al expedirse la resolución de vista impugnada se han infringido las disposiciones de los Decretos Legislativos Nº 1104 y 1106, en tal sentido corresponde declarar fundado el recurso de casación, anular la sentencia de vista y declararla improcedente la demanda”.

Para la Corte, entonces, la PNP no estaba obligada a restituir el inmueble a favor del demandante. Coincido con el sentido de la decisión, pero la motivación de la misma es deficiente no solo formalmente (la Corte se limita a citar la norma y no dice en qué se sustenta o de dónde se deriva el derecho de la PNP para mantenerse en posesión del bien), sino que incluso se confunde una “pérdida de dominio” con una medida de incautación. Si para la Corte debió aplicarse el Decreto Legislativo Nº 1104 es porque consideró que se había producido un supuesto de pérdida de dominio en perjuicio del demandante (que es precisamente lo que regula el Decreto Legislativo Nº 1104) y en beneficio del Estado. ¿De dónde concluye esto? ¿Por qué, en todo caso, no lo dijo así de claro?

El caso que comento es bastante aleccionador porque permite confirmar—además de los errores cometidos por la Corte y que a continuación analizaré—dos cosas muy importantes:

- i) El proceso de reivindicación es la vía idónea no solo para obtener la restitución de la posesión de manos de quien no ostenta ningún título, sino también para confrontar los títulos que ambas partes pueden tener sobre el mismo bien, de tal forma que a efectos de determinar si procede o no la restitución primero debe hacerse un ejercicio de oponibilidad (confrontación) de los derechos y/o títulos en conflicto.
- ii) La confianza en la información registral (y, por ende, la protección que se deriva de dicha confianza) por parte del adquirente de un derecho, no puede ser entendida obviando datos extrarregistrales que pudo haber conocido a través de mecanismos de publicidad distintos al propio sistema registral (como podría ser la posesión).

II. ALCANCES DE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA

La facultad reivindicatoria es un mecanismo de tutela del derecho de propiedad que permite realizar el interés específico del propietario consistente en

recuperar la posesión del bien cuando es detentado ilegítimamente por un tercero. Es decir, permite remover un obstáculo que imposibilita el desenvolvimiento de las facultades de gozar y disfrutar plena y efectivamente del bien.

A diferencia de la tutela resarcitoria, que no es típica de la propiedad por cuanto asegura, además de esta, otros derechos subjetivos, la reivindicación sí es exclusiva de la propiedad en tanto busca proteger al propietario y su relación directa e inmediata con el bien.

La acción reivindicatoria es definida típicamente como la acción que promueve el propietario no poseedor contra el poseedor no propietario. Partiendo de esta definición muchas veces se ha concluido –erróneamente– que la acción reivindicatoria está encaminada a obtener la restitución del bien de manos de quien no ostenta ninguna calificación o título sobre el mismo (los denominados “terceros simples”⁽¹⁸⁵⁾).

En realidad, toda vez que la pretensión reivindicatoria consiste en obtener la restitución del bien poseído ilegítimamente por un tercero, para poder ampararla el juez primero debe constatar que, en efecto, el demandante sea el propietario del bien. Entonces, en una reivindicación el juez primero “declara” el derecho de propiedad (la reivindicación es una “acción de declaración”⁽¹⁸⁶⁾) del demandante y luego recién ordena la restitución. Y para llegar a dicha “declaración” es indispensable que analice los títulos que presenta el demandado, los cuales podrían reconocerle un derecho de propiedad sobre el bien en litigio. Pero ello no bastará para desestimar la demanda: tales títulos (de propiedad) deberán ser confrontados con aquellos que presente el demandante, con lo cual dentro de la reivindicación se termina discutiendo cuál de las partes es realmente el propietario del bien.

En este sentido, la propia Corte Suprema ha declarado que en un proceso de reivindicación puede determinarse el mejor derecho de propiedad cuando ambas partes alegan tener título de propiedad sobre el bien: “Si bien, la acción reivindicatoria la interpone el propietario, también lo es que no obsta que en dicho

(185) Si bien en términos estrictamente legales la propiedad de un inmueble se transfiere con la sola celebración del acto de enajenación (el cual suele ser un contrato de compraventa), la eficacia traslativa del solo contrato no suele ser suficiente para evitar que posteriormente otros discutan la adquisición de la propiedad: si bien el solo contrato generará oponibilidad frente a los “terceros simples o no calificados” (aquellos que no ostentan ninguna titularidad sobre el bien), no ocurrirá lo mismo frente a los llamados “terceros calificados”, quienes al invocar a su favor el principio de inoponibilidad (una doble venta, por ejemplo) fe pública registral (se adquiere de quien en el registro aparece como propietario aun cuando su título de adquisición tenga un vicio no publicitado) podrían terminar venciendo a quien primero adquirió el derecho mas no lo publicitó.

(186) SATTÀ, Salvatore. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Volumen I. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Fernando de la Rúa. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1971, p. 260. Sin embargo, aun cuando se trate de una sentencia de declaración de certeza, ello no obsta que se trate también de una sentencia de condena (represivo-reparadora) en la medida que ordena la entrega del bien a favor del demandante. Y es que las sentencias de declaración de certeza tienen una doble función: crear certeza jurídica y preparar la ejecución forzada. En este sentido: CHIOVENDA, Giuseppe. *Ensayos de Derecho Procesal Civil*. Volumen I. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Prólogo por Eduardo J. Couture. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1949, p. 134.

proceso puedan discutirse el mejor derecho de propiedad en el caso que la parte contraria también alegue la titularidad del mismo bien”⁽¹⁸⁷⁾.

Pero el demandado no solo podrá defenderse invocando ser propietario del bien en litigio, sino que podrá sustentar su defensa en cualquier otro derecho o situación jurídica en general que le permita mantenerse en posesión del bien. Imagínese que antes que el demandante adquiriera la propiedad, el inmueble estaba afectado por un derecho real menor (usufructo, uso, habitación, servidumbre) o incluso por un derecho real de garantía (retención, por ejemplo). En estos casos la reivindicación no procederá si es que el demandado (titular del usufructo, uso, habitación, servidumbre o retención) logra acreditar que su derecho es oponible al del propietario por haberse (por ejemplo) inscrito primero. Es en la reivindicación, entonces, donde encuentran materialización las reglas de la oponibilidad de derechos de la misma “naturaleza” (art. 2022 del CC).

Es importante tener esto en cuenta porque en el caso analizado la PNP contaba con el acta de incautación emitida a su favor por la Ofecod. El caso exigía, entonces, determinar si dicha acta (medida de incautación) reconocía a favor de la PNP una situación jurídica oponible al derecho de propiedad del demandante. El problema es que la Corte Suprema confundió las cosas y consideró que la PNP tenía derecho a mantenerse en posesión del bien al amparo de una (inaplicable para el caso) ley de “pérdida de dominio”, obviando analizar si la “incautación” funcionaba o no como causa justificante de la posesión.

III. LA PÉRDIDA DE DOMINIO Y SU INAPLICACIÓN AL CASO

La norma sobre pérdida de dominio (Decreto Legislativo N° 1104) parte de una premisa muy básica: la propiedad solo puede adquirirse a través de mecanismos compatibles con nuestro ordenamiento jurídico. La adquisición o destino de bienes obtenidos ilícitamente no se justifica y por ende el sistema debe remediar tal situación. En tal sentido, la denominada “pérdida de dominio” no es otra cosa que la extinción de los derechos y/o títulos sobre bienes de procedencia ilícita por medio de su transferencia en propiedad a favor del Estado.

Antes del Decreto Legislativo N° 1104 la pérdida de dominio estuvo contenida en el Decreto Legislativo N° 992, vigente desde noviembre del año 2007. Este decreto no fue sino una copia textual de 21 de los 24 artículos de la normativa colombiana. Siendo así, es importante conocer las consideraciones que sobre la denominada “pérdida de dominio” emitió en su momento la Corte Constitucional Colombiana en su Sentencia C-740/03:

“La extinción de dominio es una acción constitucional pública en virtud del cual se le asigna un efecto a la ilegitimidad del título del que se pretende

(187) Cas. N° 3134-01-La Libertad, publicada el 2 de mayo de 2002.

derivar el dominio, independientemente de que tal ilegitimidad genere o no un juicio de responsabilidad penal (...) Ontológicamente la extinción de dominio no es sino la consecuencia jurídica de una situación relevante para el derecho. Si bien conlleva un afortunado desestímulo (sic) al ejercicio de actividades ilícitas como medio de lucro, su naturaleza la orienta a realizar los efectos jurídicos de una situación viciada y no a sancionar a su autor, pues ello es efecto penal independiente (...) No tendría ningún sentido la concepción del Estado como social de Derecho y, en consecuencia, como Estado de justicia; ni la inclusión del valor superior justicia en el Preámbulo de la Carta, ni la realización de un orden social justo como uno de los fines del Estado, ni la detenida regulación de la libertad y de la igualdad como contenidos de la justicia; si se permitiera, por una parte, que se adquirieran derechos mediante títulos ilegítimos y, por otra, que esos derechos ilícitamente adquiridos fueran protegidos por la Constitución misma. Por el contrario, la concepción del Estado, sus valores superiores, los principios, su régimen de derechos y deberes, imponen, de manera irrefutable, una concepción diferente: Los derechos solo se pueden adquirir a través de mecanismos compatibles con el ordenamiento jurídico y solo a estos se extiende la protección que aquel brinda”.

Como ya se dijo, la Corte Suprema consideró que en el caso materia de análisis se debió aplicar el Decreto Legislativo N° 1104. Esto me lleva a concluir que para la Corte el demandante había perdido la propiedad sobre el Inmueble y el mismo había pasado a manos del Estado, de otra forma no entiendo a razón de qué se consideró que debió aplicarse el Decreto Legislativo N° 1104. Sin embargo, nada más alejado de la realidad: ni el demandante había perdido la propiedad ni correspondía aplicar el Decreto Legislativo N° 1104.

IV. LOS ERRORES DE LA CORTE SUPREMA

1. Primer error: considerar que se habían vulnerado las normas sobre pérdida de dominio

En el caso que vengo analizando se había producido la “incautación” del inmueble y no la “pérdida de dominio” sobre el mismo. La séptima disposición complementaria transitoria del propio Decreto Legislativo N° 1104 reconoce la diferencia entre ambas figuras: “El presente Decreto Legislativo no deja sin efecto la vigencia de las demás normas previstas en el ordenamiento jurídico que regulan la **incautación** y el decomiso, las mismas que resultan plenamente aplicables”.

Se trata, entonces, de figuras complementarias que cumplen funciones distintas. La incautación es una medida cautelar que no determina la pérdida de propiedad sobre el bien incautado; la “pérdida de dominio”, por el contrario –y como su propio nombre lo dice– no es sino una consecuencia decretada en un proceso judicial que determina la extinción de la propiedad privada sobre determinado bien y su transferencia inmediata a favor del Estado.

La pérdida de dominio se produce solo como consecuencia de un proceso judicial. El artículo 7 del Decreto Legislativo N° 1104 señala que “**El proceso de pérdida de dominio** es de naturaleza jurisdiccional, de carácter real y de contenido patrimonial y procederá sobre cualquier derecho real, principal o accesorio, independientemente de quien los tenga en su poder o los haya adquirido y sobre los bienes comprometidos. **Se tramita como proceso especial**, constituyendo un proceso distinto e independiente de cualquier otro” (el resaltado es mío).

Es como consecuencia del proceso de pérdida de dominio que el Estado se hace con la propiedad del bien: “La sentencia que declara la pérdida de dominio y la extinción de los derechos o cualquier titularidad patrimonial y la cancelación de los gravámenes o cualquier otra limitación a la disponibilidad o el uso del bien, dispondrá además su transferencia y/o titularidad en favor del Estado. Dicha resolución se inscribirá en el Registro Público respectivo” (art. 17 del Decreto Legislativo N° 1104).

En el caso que comento no se había iniciado ningún proceso de pérdida de dominio y mucho menos se había producido la transferencia de propiedad del Inmueble a favor del Estado. Si la Corte consideró que el Decreto Legislativo N° 1104 debió ser aplicado y que ello ameritaba que la demanda fuese desestimada, es porque, bajo su criterio, el demandante ya había perdido la propiedad y la misma ya le había sido transferida al Estado. El problema es que la Corte no solo no hace referencia, en ninguno de sus considerandos, al proceso de pérdida de dominio (¿cuándo se interpuso?; ¿en qué etapa se encontraba al momento de la expedición de la sentencia casatoria?; ¿qué actuaciones se llevaron a cabo?; ¿el demandante intervino en dicho proceso?), sino que tampoco menciona la sentencia en virtud de la cual el Estado habría adquirido la propiedad del bien (¿registralmente ya se había cancelado la propiedad del demandante?; ¿ya se había generado un nuevo asiento a favor del Estado?).

Si no se había producido la pérdida de dominio en perjuicio del demandante y el Estado no había aún adquirido propiedad sobre el bien en litigio, ¿en qué consistió la supuesta inaplicación del Decreto Legislativo N° 1104? Son preguntas que no encuentran respuestas por una sencilla razón: el Decreto Legislativo N° 1104 no tenía nada que hacer en el caso planteado.

2. Segundo error: si se hubiese iniciado el proceso de pérdida de dominio, debió analizarse la buena fe o mala del demandante al momento de su adquisición

El artículo 16 del Decreto Legislativo N° 1104 establece que “Los terceros afectados (por el proceso de pérdida de dominio) podrán intervenir en el proceso ofreciendo los medios probatorios idóneos que acrediten fehacientemente el derecho invocado”. Pero no cualquier tercero puede intervenir, debe ser un tercero que sobre el bien haya adquirido un derecho a título oneroso y de buena fe:

“A efectos de la aplicación de la pérdida de dominio se reconoce la firmeza del título del tercero de buena fe y a título oneroso” (art. 3 del Decreto Legislativo N° 1104)⁽¹⁸⁸⁾.

La propia normativa sobre pérdida de dominio abre la posibilidad para que los terceros afectados (como sería el caso del demandante) hagan valer su derecho de propiedad, acreditando para ello su condición de terceros de buena fe, es decir, que cuando adquirieron la propiedad no tenían conocimiento de la procedencia u origen delictivo del bien. Sin embargo, ¿qué sucede si en vez de intervenir en el proceso de pérdida de dominio para defender su derecho, el propietario prefiriere defenderse en la vía civil, a través (por ejemplo) de una acción reivindicatoria?

Desde mi punto de vista es decisión del propietario afectado intervenir en el proceso de pérdida de dominio o hacer valer su derecho en la vía civil. El propio Decreto Legislativo N° 1104 hace referencia a la “facultad” del afectado de intervenir en dicho proceso, sin que ello le sea impuesto como una obligación. Pero en cualquier caso (ya sea interviniendo en el proceso de pérdida de dominio o planteando una acción reivindicatoria) la lógica deberá ser la misma que establece el Decreto Legislativo N° 1104: se protegerá la propiedad siempre que esta haya sido adquirida de buena fe, es decir, desconociendo el origen delictivo del bien.

Si para la Corte Suprema el Decreto Legislativo N° 1104 debió ser aplicado, entonces se debió analizar la buena fe del demandante al momento de la adquisición del inmueble, pues de ello dependerá que el proceso de pérdida de dominio lo pueda o no afectar. El problema es que en los considerandos de la sentencia no se menciona una sola palabra sobre la buena fe del demandante. Entonces, ¿en qué se sustentó la Corte para desestimar la demanda?

3. Tercer error: la Corte no aplicó la normativa sobre bienes incautados

Lo que sí se acreditó en el caso materia de análisis es que el inmueble había sido incautado. El artículo 316 del Código Procesal Peruano (CPC) establece que “Los efectos provenientes de la infracción penal o los instrumentos con que se hubiere ejecutado, así como los objetos del delito permitidos por la Ley, pueden ser incautados”.

La incautación es una medida provisional que no implica per se una transferencia o adquisición de propiedad a favor del Estado. El artículo 318 del CPP

(188) La misma protección estaba contemplada en el D.Leg. N° 992 (norma derogada por el Decreto Legislativo N° 1104):

Artículo 17.- “La presente norma protege a los terceros de buena fe, quienes podrán intervenir en el proceso y participar en la Audiencia, ofreciendo los medios probatorios idóneos, que acrediten fehacientemente su derecho de propiedad, a fin de lograr su desafectación. Se admitirá su participación solo hasta antes de la sentencia, en tal caso, el juez podrá disponer excepcionalmente una audiencia complementaria”.

(modificado por el Decreto Legislativo N° 983) establece que: “De la ejecución de la medida de incautación se debe levantar un acta, que será firmada por los participantes en el acto (...) Si se trata de bienes inmuebles o de derecho sobre aquellos, adicionalmente a su ocupación, se procederá de manera que dicha medida se anote en el registro respectivo, en cuyo caso se instará la orden judicial respectiva”.

En el presente caso sí se emitió el acta, pero la medida de incautación como tal no se inscribió en la partida del inmueble. ¿Qué sucede en estos casos? Es decir, ¿qué pasa si producto de no haberse inscrito la medida de incautación en la partida un tercero compra de buena fe el bien incautado? El CPP señala que aquellas “personas que se consideren propietarios de buena fe de los bienes incautados y que no han intervenido en el delito investigado, podrán solicitar el reexamen de la medida de incautación, a fin que se levante y se le entreguen los bienes de su propiedad” (art. 319 del CPP).

Como se aprecia, la normativa específica sobre la materia le abre las puertas al propietario para que este solicite el levantamiento de la incautación, debiendo probar para ello que adquirió la propiedad de buena fe. Sin embargo, será finalmente decisión del propietario proteger su derecho ya sea solicitando el levantamiento de la medida de incautación o planteando (en la vía civil) la correspondiente demanda de reivindicación. Lo importante en ambos casos es que a quien invoque su condición de propietario no le bastará acreditar dicha condición, sino que, además, deberá probar que actuó de buena fe, esto es, que cuando adquirió la propiedad no sabía que existía la medida de incautación.

V. CÓMO DEBIÓ RESOLVERSE EL CASO

No está de más recalcar lo siguiente: al momento en que la Corte emitió sentencia el demandante se mantenía como propietario del inmueble, pues no se había producido la extinción de su derecho producto del proceso de pérdida de dominio y la incautación aún no había devenido en definitiva⁽¹⁸⁹⁾ (es decir, el Estado aún no había adquirido la propiedad).

Sin embargo, ello no basta para considerar que la reivindicación debía ser declarada fundada. En el caso que comento los padres transfirieron la propiedad al demandante cuando el inmueble ya se encontraba incautado, y el demandante (tal como se acreditó en el proceso) tenía conocimiento de esta circunstancia. El sentido común nos dice que un hecho (la incautación) conocido por el propietario

(189) Es con la sentencia expedida en el proceso penal que los bienes pasan de ser “incautados” a tener la condición de “decomisados”, momento en el cual se produce la transferencia a favor del Estado. Por ello, la “pérdida de dominio” no es el único modo en que el Estado adquiere la propiedad de un bien de origen delictivo; por el contrario, es un procedimiento residual que funciona allí cuando el decomiso no pueda aplicarse.

al momento de la adquisición no puede ser desconocido posteriormente mediante una demanda de reivindicación. Amparar la demanda implicaría darle al propietario la facultad de pasar por alto las medidas adoptadas en el ámbito de una investigación penal. Sin duda alguna, la medida de incautación debe serle oponible al demandante en tanto este sí tuvo real conocimiento de ella cuando adquirió el bien. El problema consiste en determinar, en el ámbito civil, a través de qué norma o principio encauzamos la posesión (incautación) de la PNP como un mecanismo de oposición a la propiedad invocada por el demandante. Estas normas podrían ser los artículos 2022 del CC (principio de oponibilidad) y 2014 (principio de fe pública registral). Sin embargo, formalmente el caso planteado no encaja en ninguna de ellas.

Imagínese que A le vende un inmueble a B y al momento de la compra este último conocía que el bien estaba usufructuado a favor de C (aun cuando el usufructo no estaba inscrito). B (que sí inscribió su propiedad) desea tomar posesión del bien y demanda por reivindicación a C, quien se defiende alegando que era titular de un derecho de usufructo, y además acredita que B conocía la existencia de este derecho al momento de su adquisición. La demanda deberá ser declarada infundada porque si bien el demandante acreditó su derecho de propiedad, la contraparte cuenta con un derecho plenamente oponible pese a no haberse inscrito. En este sentido, el Código (art. 2022 interpretado sistemáticamente con el 1135) establece que en un conflicto de derechos reales vence el derecho que primero se inscribió de buena fe. En este caso el propietario no inscribió su derecho de buena fe porque sabía que previamente al suyo existía un usufructo, por lo que debe respetarlo. La demanda de reivindicación, entonces, será desestimada.

¿Por qué no aplicamos esta misma lógica para el caso que comento, en donde se enfrenta la propiedad inscrita del demandante contra la posesión de la PNP ejercida al amparo de una medida de incautación no inscrita, pero de pleno conocimiento del propietario? Aquí no resulta aplicable el artículo 2022 del CC porque, formalmente, no estamos ante un conflicto de derechos: la posesión que ejerce la PNP no es un derecho real, sino un hecho jurídico.

Ahora tratemos de configurar el caso dentro del principio de fe pública registral. Imagínese que A (propietario) le vende el bien a B, pero en el contrato se pacta una condición resolutoria, es decir, si la condición se llega a cumplir B pierde el derecho de propiedad y la misma pasa nuevamente a favor de A. El contrato se inscribe en el Registro y luego de ello B transfiere la propiedad a C. Pasa un tiempo y la condición resolutoria (pactada entre A y B) se cumple, con lo cual formalmente la propiedad regresa a favor de A. ¿El cumplimiento de esta condición afectará la adquisición de C? La solución del caso pasará por determinar si C puede invocar a su favor el principio de fe pública registral; es decir, todo dependerá de si C, al momento de su adquisición, tuvo o no conocimiento de la condición resolutoria. Como la condición se inscribió y nadie puede invocar

desconocimiento del Registro (art. 2012 del CC), C se verá afectado por aquella y deberá entregar el bien.

¿Por qué en el caso materia de comentario no es de aplicación el artículo 2014 del CC? En el ejemplo recién planteado la condición resolutoria ya se cumplió y, por ende, quien busca la protección del artículo 2014 del CC (C) ya no es más el propietario. En el caso de la PNP, por el contrario, cuando se planteó la demanda de reivindicación el demandante aún era propietario, pues la medida de incautación no era todavía definitiva⁽¹⁹⁰⁾ (el Estado aún no se había convertido en propietario). Mientras no se genere un hecho que, en teoría, afecte el derecho del titular registral, la fe pública registral no tiene nada que hacer. Es como que en el ejemplo propuesto A quiera recuperar el bien de manos de C pese a que la condición aún no se ha cumplido: a C le bastará invocar su condición de propietario para que el pedido de A sea desestimado, sin que la fe pública asuma relevancia alguna (aún no se generó el hecho⁽¹⁹¹⁾ que pueda afectar el derecho de C). Para que el artículo 2014 del CC resulte aplicable al caso que comento sería necesario que primero la medida de incautación haya devenido en definitiva (es decir, que el Estado se haya convertido en propietario) y luego de ello el propietario afectado hubiese planteado la demanda de reivindicación, alegando que cuando adquirió la propiedad no estaba inscrita la causa (medida de incautación⁽¹⁹²⁾) que generó la pérdida de su derecho.

Por todo ello, el caso que comento no encaja formalmente en ninguno de los dos grandes principios registrales que protegen las adquisiciones de buena fe (oponibilidad y fe pública registral). ¿Significa eso que el demandante puede pasar por alto la medida de incautación pese a que tuvo conocimiento de la misma? La respuesta es no. El Código Procesal Penal establece con claridad que la medida de incautación, aun sin ser definitiva, solo cede frente al propietario cuando este acredita haber adquirido de buena fe. Dicha norma ha tomado la lógica de los principios de oponibilidad y fe pública registral para establecer que determinada situación (posesión producto de una incautación) que no es aún un derecho (lo cual lo aleja del principio de oponibilidad - artículo 2022 del CC) y que tampoco genera per se el decaimiento del título del titular registral (lo cual lo aleja del principio de fe pública registral - artículo 2014 del CC), puede afectar el derecho de propiedad adquirido de mala fe, es decir, conociendo dicha situación.

De este modo, la norma penal hace referencia a un tercero de buena fe que no es el artículo 2022 del CC (denominado en la doctrina como “tercero latino”) ni el artículo 2014 del CC (llamado en la doctrina “tercero germano”), pero cuya

(190) Es decir, no se había decretado aún el decomiso del inmueble.

(191) Cumplimiento de la condición resolutoria.

(192) Condición resolutoria, en el ejemplo propuesto.

protección responde a la misma lógica: este tercero no puede ser afectado por aquellas circunstancias que no conoció ni pudo estar en posibilidades de conocer.

El argumento del demandante fue que no conoció la medida de incautación porque la misma no se inscribió en la partida. La pregunta es si el Registro es el único medio a través del cual el demandante podía conocer la medida de incautación dispuesta sobre el inmueble. Según el demandante, sí era el único medio. La Corte, por el contrario, consideró que más allá de la información registral existía un dato fundamental que le permitía al demandante tomar conocimiento de la medida de incautación: la posesión que sobre el inmueble venía ejerciendo la PNP:

“Considerando cuarto.- De los actuados, se puede verificar que el demandante refiere que cuando compró la totalidad de acciones y derechos no figuraba ningún gravamen que afectara la propiedad (...) Sin embargo, también se advierte que por lo menos al año dos mil tres, los padres del demandante tenían conocimiento de la posesión que venía efectuando la demandada, ya que le iniciaron un proceso de desalojo y tal como lo expone el propio actor en su escrito de demanda, en el trámite de dicho proceso falleció su padre y como tenían conocimiento del acta deciden desistirse para iniciar otro proceso. Y es que el acta a la que alude el actor, es aquella en virtud de la cual se entregó y recepcionó el inmueble sublitis, incautado por tráfico ilícito de drogas”.

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

Entonces, lo importante del caso, y más allá de todos los graves deslices cometidos por la Corte, es que implícitamente se ha dejado sentado que la buena fe del adquirente no se limita a mirar o revisar la información registral, pues la misma puede quedar desvirtuada por el conocimiento de información que, aun no estando inscrita (como sucede con la posesión), sea publicitada por otros medios (posesión).

VI. CONCLUSIÓN

Si bien la PNP no inscribió la medida de incautación en la partida del inmueble, otorgó publicidad a dicha situación a través de la posesión. Se podría decir, por ello, que cumplió con su “carga de conservación” de aquello que busca proteger.

El demandante, por su parte, debía cumplir con su “carga de determinación de la realidad”, que no es otra cosa que agotar los medios que le permitan tomar conocimiento de la realidad, al margen de lo que publicite el Registro. En este

caso, si bien registralmente no había ninguna restricción para que el inmueble pueda ser transferido, la posesión ejercida por la PNP le permitió al demandante conocer que sobre el inmueble pesaba una medida de incautación. Pese a ello, el demandante no adecuó su conducta a dicha realidad y optó, por el contrario, por adquirir la propiedad y tratar, a través de una demanda de reivindicación, de desconocer la medida de incautación amparándose en que la misma no estaba inscrita. Su mala fe, al estar acreditada, permite que la medida de incautación lo afecte y la reivindicación sea desestimada.

Lo importante del caso (no obstante el pésimo análisis de la Corte y la deplorable argumentación) es que se ha reconocido que ciertas situaciones, aun cuando no están publicitadas registralmente, deben ser conocidas por los terceros adquirentes a través de la posesión. El desafío, en adelante, es determinar si la misma preponderancia se le puede otorgar a la posesión cuando corresponda analizar la buena fe del tercero adquirente dentro del ámbito de la oponibilidad (art. 2022 del CC) y la fe pública registral (art. 2014).

¿Es posible invocar la norma de concurrencia de acreedores para solucionar un caso de mejor derecho de propiedad? La Corte Suprema se equivoca

COMENTARIO A LA CASACIÓN N° 3312-2013-JUNÍN

I. LOS HECHOS DE LA SENTENCIA

El 30 de setiembre de 2015 se publicó la Sentencia Cas. N° 3312-2013-Junín, mediante la cual se resolvió la demanda de mejor derecho de propiedad interpuesta por Miryam Kyz Chipana Soto (actuando en derecho propio y en nombre de su madre⁽¹⁹³⁾ y hermanas⁽¹⁹⁴⁾), y a quien en adelante denominaré como la demandante, contra el Sr. Daniel Marcelo Orellana Rosas (en adelante, el demandado), a efectos de que se le declare propietaria del inmueble de 63 m² ubicado en el Jr. Calixto N° 298 de la ciudad de Huancayo (en adelante, el inmueble) y se ordene la restitución de la posesión a su favor. Los hechos que dieron lugar a la controversia fueron los siguientes:

- i) Mediante minuta de compraventa con firmas legalizadas de fecha 15 de enero de 1991 los señores Woobert Hugo Salas Bravo y Nilda Saenz Ñañez de Salas (en adelante, los vendedores) transfirieron el inmueble a favor del demandado, quien pasó a tomar posesión del predio.
- ii) Mediante escritura pública de compraventa del año 1992, inscrita el 10 de febrero de 1995, los mismos vendedores transfirieron el inmueble esta vez a favor de la sociedad conyugal conformada por el Sr. Higinio Chipana Colonio y María Esther Soto.
- iii) Por escritura pública del 28 de mayo de 2010 se protocolizó la sucesión intestada del Sr. Higinio Chipana Colonio, declarándose herederos a su cónyuge supérstite (María Esther Soto Ramos) y a sus hijas Victoria Chipana Rondan, Jeanett Chipana Soto y la Demandante.
- iv) La demandante cuestiona la validez del título del Demandado, y además sostuvo que el mismo no le era oponible en tanto se encontraba contenido en un documento privado, mientras que el de ella constaba

(193) María Esther Soto Ramos viuda de Chipana.

(194) Jeanett Chipana Soto y Victoria Chipana Rondan.

en un instrumento público que además había sido inscrito en el Registro.

El juez del Segundo Juzgado Especializado en lo Civil de Huancayo de la Corte Superior de Justicia de Junín declaró infundada la demanda, pues consideró que los cuestionamientos de la demandante respecto del título de propiedad del demandado no podían ser analizados en un proceso de mejor derecho de propiedad, el cual únicamente busca establecer a cuál de las partes en conflicto le asiste la propiedad sobre el bien sin entrar a analizar la validez de los títulos que presenta cada una de ellas.

La Segunda Sala Mixta de Huancayo de la Corte Superior de Justicia de Junín confirmó la sentencia apelada. Para ello señaló lo siguiente:

- Dado que en nuestro sistema jurídico la propiedad sobre inmuebles se produce con la sola celebración del contrato (949 del CC), la minuta presentada por el demandado bastaba para acreditar su derecho de propiedad sobre el inmueble.
- Adicionalmente a ello, aplicando las normas de concurrencia de acreedores también debería vencer el derecho del demandado, pues este fue otorgado mediante minuta con firmas legalizadas el 15 de enero de 1991, mientras que la escritura pública de la demandante era de fecha posterior (20 de mayo de 1992).

La demandante interpuso recurso de casación invocando la infracción normativa del artículo 2022 del CC, pues de acuerdo con el principio de “prioridad registral”⁽¹⁹⁵⁾ debía prevalecer el derecho que primero se inscribió.

La Corte Suprema sostuvo que al ser este un caso de “mejor derecho de propiedad”, la Sala Superior no debió aplicar el artículo 1135 del CC, pues esta es una norma orientada a regular los actos jurídicos que contienen obligaciones de dar y no a resolver situaciones que atañen a los derechos reales. Estas últimas, de acuerdo con la Corte, estarían reguladas en los artículos 923 y 2014 del CC:

“Sexto.- (...) se ha determinado bajo la interpretación errónea del artículo 1135 del Código Civil que el emplazado ostenta un ‘mejor derecho de propiedad’ que la parte demandante en virtud a que la minuta de compraventa celebrada a favor de la demandada es oponible a la escritura pública de la actora toda vez que las firmas que en ella se consignan han sido legalizadas el 15 de enero de 1991 mientras que la escritura pública de la demandante con la que sustenta su titularidad ha sido otorgada el 20 de mayo de 1992, no obstante la aplicación de la norma en mención resulta impertinente al caso concreto

(195) Así fue –incorrectamente– denominado.

pues la misma está orientada a regular los actos jurídicos que contiene obligaciones de dar en el caso de concurrencia de acreedores de bienes inmuebles y no las situaciones que atañen a los derechos reales como en el caso de autos las cuales se encuentran reguladas en los artículos 923 y siguientes así como en el artículo 2014 del Código Civil y en los artículo 2 numeral 16 y 70 de la Constitución Política del Perú por tratarse de un derecho excluyente afectándose la seguridad jurídica que su inscripción en los Registros Públicos otorga pues el acto jurídico que ostenta la recurrente fue anotado preventivamente en los Registros Públicos hasta que los contratos cumplan con presentar ante la autoridad administrativa competente el expediente de habilitación urbana”.

Por ello, la Corte declaró fundado el recurso de casación y, en consecuencia, nula la sentencia de vista, ordenando a la Sala Superior emitir nueva resolución atendiendo a las consideraciones expuestas en la sentencia casatoria.

A continuación me voy a pronunciar sobre cada uno de los fallos expedidos en las instancias de mérito, con particular énfasis en los considerandos expuestos por la Corte Suprema.

II. DELIMITACIÓN DEL CASO

El caso materia de análisis podría resumirse del siguiente modo:

- i) A, propietario del inmueble X, se lo vendió a B mediante minuta con firmas legalizadas el año 1991. B tomó posesión del bien pero no inscribió su derecho.
- ii) Al año siguiente, A vendió nuevamente el mismo bien pero esta vez a favor de C, mediante escritura pública de 1992, la cual se inscribió.
- iii) C demandó a B para que se le reconozca su mejor derecho de propiedad sobre el bien X y así poder usar y disfrutar del mismo.

La Sala Superior aplicó el artículo 1135 del CC, y sobre la base de este determinó que la compraventa a favor de B debía primar, pues tenía una fecha anterior (1991) a la compra de C (1992).

La Corte Suprema, a diferencia de la Sala Superior, consideró que el artículo 1135 del CC aplicaba únicamente en el ámbito “obligacional”, por lo que no resultaba pertinente en un caso de mejor derecho de propiedad.

¿Cuál de los fallos es el correcto? ¿Correspondía aplicar el artículo 1135 del CC para resolver la controversia (como lo hizo la Sala Superior) o, por el contrario, dicha norma solo aplica en un ámbito obligacional, por lo que nada tendría que hacer para resolver un conflicto de naturaleza “real” (tal como sostuvo la

Corte Suprema), en donde se discute a quién le asiste la titularidad (real) del bien en disputa? ¿Cuál es realmente el ámbito de aplicación del artículo 1135 del CC?

Previamente a analizar cada uno de los fallos de las instancias respectivas, voy a realizar algunas precisiones respecto del artículo 1135 del CC y su (correcto) ámbito de aplicación.

III. EL CORRECTO ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1135 DEL CÓDIGO CIVIL

A se ha obligado a entregar el mismo inmueble a B, C y D. Este es el supuesto de hecho del artículo 1135 del CC. La norma establece criterios (fecha de inscripción, fecha cierta del contrato, fecha más antigua del contrato) para en función a ellos determinar a quién se le debe hacer entrega del bien. Sin embargo, en realidad el artículo 1135 no se limita a determinar si A debe entregarle el bien a B, C o D (ámbito “obligacional” del art. 1135 del CC), sino que en algunos casos determina cuál de ellos (B, C o D) debe ser preferido en la titularidad del derecho real (ámbito “real” del art. 1135 del CC). Por eso, considero que el artículo 1135 del CC no solo resuelve casos “obligacionales”, sino que también asigna derechos reales. La explicación viene a continuación.

Imagínese que A, propietario registral del inmueble X, suscribe: el día 1 un arrendamiento a favor de B mediante minuta; el día 2 un arrendamiento a favor de C mediante escritura pública; y el día 3 un arrendamiento con D mediante escritura pública que se inscribe en el Registro. Habrá una disputa entre B, C y D para determinar quién de ellos usará el bien como arrendatario. La solución que nos da el artículo 1135 del CC es preferir a D, en tanto él inscribió primero su arrendamiento, pero ello de ninguna manera significa que D adquirirá un derecho real sobre el bien ni que se constituirá como nuevo propietario. En este caso, el artículo 1135 del CC solo le dice a A, en su condición de deudor de B, C y D, frente a cuál de ellos está **obligado** a hacer entrega del bien.

Ahora, ¿es posible que alguien se obligue a dar un inmueble y que el cumplimiento de dicha obligación sea consecuencia de un cambio en la titularidad (real) del bien? Reformulo la pregunta para ser más claro: cuando alguien vende un inmueble (o en general, cuando se transfiere la propiedad inmobiliaria ya sea por compraventa, permuta, etc.), ¿el vendedor no asume también una obligación de entrega a favor del comprador? Si bien la transferencia de propiedad se produce con la sola celebración del contrato (art. 949 del CC), mientras el vendedor no entregue la posesión se mantendrá como deudor de dicha entrega a favor del comprador.

¿Pero qué pasa si el mismo vendedor transfirió el bien a favor de dos o más personas? Eso significa que dicho vendedor se ha obligado a entregar el bien a favor de más de una persona, y este es precisamente el supuesto que regula el artículo 1135 del CC, por lo cual esta norma sí resulta aplicable para la venta

múltiple. Entonces, aplicando dicha norma, el bien le será entregado a quien primero lo haya inscrito de buena fe; y si ninguno de los compradores lo registró, el bien será entregado a aquel cuyo contrato de adquisición conste en documento de fecha cierta anterior; y si ninguno de los compradores adquirió mediante un documento de fecha cierta, la preferencia la tendrá quien tenga documento privado de fecha más antigua.

Ahora, ¿qué sucederá si el vendedor (A) entregó (indebidamente) el bien a aquel comprador a quien no le correspondía la preferencia? Por ejemplo, se lo entregó a B, que solo tenía documento privado, a pesar que debió entregárselo a D, que había inscrito el bien a su favor.

En este caso, D ya no demandará a A exigiéndole la entrega del inmueble, sino que accionará directamente contra B, pues él posee indebidamente el bien. ¿Podrá D alegar que su derecho es mejor que el de B porque así lo establece el artículo 1135 del CC?

Nada impide que así sea, y es que si bien el inmueble ya no lo tiene A, este no ha cumplido con su obligación de entrega tal como lo establece el artículo 1135: debió darle el bien a D pero se lo dio a B. No tendría ningún sentido permitir que D se apoye en el artículo 1135 del CC para pedirle a A que le entregue el bien, pero impedirle eso mismo cuando quien tiene el bien es B. Independientemente de si el bien está en manos del deudor primigenio (A) o si ya pasó indebidamente a favor de uno de los adquirentes (B), el criterio de preferencia debe ser respetado, por lo cual puede ser hecho valer tanto contra A como contra B.

A esto precisamente me refiero cuando digo que el artículo 1135 del CC no se limita a decirle a A a quién debe entregarle el bien, sino que en aquellos casos en donde este deudor haya hecho entrega indebida del bien, la aplicación del artículo 1135 del CC seguirá siendo pertinente pero ahora para solucionar la disputa entre los adquirentes, a efectos de determinar cuál de ellos tiene derecho a quedarse con el bien a título de propietario. Es decir, en este caso el artículo 1135 del CC sirve para asignar titularidad (real) sobre el bien en beneficio de alguno de los adquirentes.

Alguien podría sostener que en este caso la aplicación del artículo 1135 del CC no es necesaria, porque la norma correcta es el artículo 2022 del CC, según el cual cuando se oponen dos derechos reales sobre el mismo bien (la propiedad de B versus la propiedad de D) se debe preferir el derecho que primero se inscribió. Eso es cierto, pues en algún aspecto los artículos 1135 y 2022 se parecen: entre dos adquirentes del mismo bien, ambas normas prefieren a quien primero inscribió. Pero ¿qué hubiese pasado si ninguna de las partes inscribía su derecho? ¿El artículo 2022 del CC establece un segundo criterio de preferencia ante la falta de inscripción? El artículo 2022, a diferencia del artículo 1135, solo establece el registro como criterio de preferencia, pero no nos dice cómo solucionar el caso cuando ninguno de los adquirentes haya inscrito.

Por ello, el artículo 1135 del CC engloba al artículo 2022 del CC y va más allá: determina a quién le corresponde gozar del derecho no solo atendiendo a la fecha de inscripción, sino que en defecto de esta, nos proporciona otros dos criterios para determinar al vencedor: la fecha cierta o (en defecto de esta) la fecha más antigua del contrato de adquisición.

Esto permite que el artículo 1135 del CC sea aplicable en todos los casos en donde alguien (A) se haya **obligado** a dar el mismo bien a dos o más personas e independientemente en manos de quién se encuentra dicho bien. ¿Y cuándo una persona se obliga a dar un bien a otra? El título, razón o causa de esta obligación puede ser de lo más variado: puede ser que A vendió el bien, lo donó, lo arrendó, lo permutó, lo dio en comodato, constituyó un derecho real de uso, etc., a favor de dos o más beneficiarios. En todos estos casos existe la **obligación** de entrega por parte de A, por lo que todos estos casos entran en el supuesto de hecho del artículo 1135 del CC, debiendo aplicarse (a todos ellos) las consecuencias jurídicas que esta norma establece.

Nótese por ello que la denominada “conurrencia de acreedores” no es otra cosa que la confluencia de distintos titulares de derechos subjetivos (de la clase que sean) sobre un mismo bien. Esta confluencia puede darse entre: i) titulares de derechos reales similares (propietario vs. propietario); ii) titulares de derechos reales distintos (propietario vs. usufructuario; superficiario vs. titular de un derecho de habitación); iii) titulares de derechos de crédito similares (arrendatario vs. arrendatario); iv) titulares de derechos de crédito distintos (arrendatario vs. comodatario); v) titulares de derechos reales vs. titulares de derechos de crédito (propietario por compraventa vs. arrendatario; propietario por permuta vs. arrendatario).

En conclusión, el artículo 1135 del CC engloba, entre otras, a las ventas múltiples, a las donaciones múltiples, las permutas múltiples, los arrendamientos múltiples, los comodatos múltiples, e incluso la combinación de alguna de estas figuras. Las combinaciones son múltiples, y precisamente por eso es un error limitar su ámbito de aplicación únicamente para ciertos casos, dejándolo de lado para otros (doble venta, por ejemplo) que encajan perfectamente en su supuesto de hecho.

Hechas estas aclaraciones, corresponde analizar cada uno de los fallos expedidos tanto por las instancias de mérito como por la Corte Suprema.

IV. EL ERROR DEL JUEZ

En primera instancia se desestimó la demanda en tanto no venía al caso analizar la nulidad del título de los demandados, pues —se dijo— en un proceso de mejor derecho de propiedad (en adelante, MDP) la controversia se “limita” a determinar cuál de las partes tiene mejor derecho sobre el bien.

Es decir, a criterio del juez no se debe analizar dentro del MDP la validez de los títulos que se confrontan. Esta afirmación incurre en un error manifiesto. Los derechos que se enfrentan en un MDP suelen derivar de actos traslativos de propiedad, esto es, cada parte invoca propiedad sobre el bien al haberlo adquirido mediante determinado acto de transferencia. Si son estos actos traslativos los que permiten “acceder” al derecho de propiedad, determinar cuál derecho es mejor que el otro pasa por analizar, necesariamente, cuál de los “títulos” es mejor que el otro.

Los derechos de propiedad confrontados son la “consecuencia” de ciertos actos traslativos, que funcionan como “causa”. El análisis respecto de cuál es mejor que el otro no puede darse a nivel de las “consecuencias” (derechos), sino de sus respectivas causas (contratos). Determinada “consecuencia” será mejor que la otra dependiendo de cuán buena sea la “causa” que la originó. Y determinar cuán buena es cada una de estas “causas” pasa por someterlas a un “examen” a efectos de determinar si presentan algún tipo de vicio tanto a nivel “estructural” (nulidad o anulabilidad) como “funcional” (resolución, rescisión, etc.).

Entonces, necesariamente, para resolver un caso de MDP, el juez debe analizar la validez y eficacia de los títulos de los cuales derivan los derechos de propiedad confrontados. De lo contrario, ¿con base en qué se podría determinar cuál de los derechos debe prevalecer?

Y esto queda demostrado cuando aplicamos una de las formas más frecuente de solucionar un MDP: la fecha de inscripción en el Registro.

Imaginemos que A es propietario de un inmueble y suscribe el día 1 un contrato de compraventa nulo a favor de B, el cual logra ser inscrito en el Registro. Luego, el día 10, A otorga a favor de C una compraventa sobre el mismo bien, contrato que no logra ser inscrito por no cumplir con el tracto sucesivo (en tanto el bien quedó inscrito a nombre de B, un acto de transferencia otorgado por A no podrá ingresar al Registro). C interpone una demanda de mejor derecho de propiedad contra B, invocando la nulidad de la compraventa otorgada a favor de este. ¿El juez deberá analizar la validez del título de B o simplemente deberá limitarse a constatar que al haber este inscrito su derecho debe ser preferido?

Sin duda alguna el análisis de validez debe ser hecho por el juez, pues de lo contrario, al declarar a B como titular de un mejor derecho de propiedad se le estaría reconociendo efectos traslativos a un contrato nulo, lo cual jurídicamente no admite sustento. Sumado a ello, no debe perderse de vista que el hecho de que el contrato de B haya sido inscrito no sana los vicios de nulidad que lo afectan. Al respecto el artículo 2013 del CC es clarísimo: “La inscripción no convalida los actos que sean nulos o anulables con arreglo a las disposiciones vigentes”.

Y lo mismo ocurre con los vicios de “ineficacia” que puedan afectar a los títulos de las partes en conflicto. Imaginemos ahora que A es propietario de un

inmueble y suscribe el día 1 un contrato de compraventa a favor de B, el cual se inscribe en el Registro. Transcurridos 3 meses el contrato es resuelto por el vendedor, ante el incumplimiento del pago del precio por parte de B. Sin embargo, dicha resolución no logra ser inscrita en el Registro, con lo cual B se mantiene como propietario registral. Luego de ello A le vende el bien a C, contrato que no se inscribe por no cumplir con el tracto sucesivo (en tanto el bien quedó inscrito a nombre de B, un acto de transferencia otorgado por A no podrá ingresar al Registro).

C interpone una demanda de mejor derecho de propiedad contra B, invocando la ineficacia de la compraventa otorgada a favor de este. ¿El juez deberá analizar la eficacia del título de B o simplemente deberá limitarse a constatar que al haber este inscrito su derecho debe ser preferido?

Al igual que en el caso de la validez, la eficacia de los títulos en disputa también debe ser hecha por el juez, pues de lo contrario, si se reconoce a B como titular de un mejor derecho de propiedad sobre el bien se le estaría reconociendo efectos traslativos a un contrato que ya quedó resuelto, lo cual no admite amparo legal.

En conclusión, fue un error del juez considerar que en un MDP no se puede analizar la validez de los títulos que dieron origen a los derechos que se enfrentan. Dicho análisis (junto con el de “eficacia”) necesariamente debe ser hecho, pues de lo contrario se terminaría reconociendo efectos a un contrato inválido o ineficaz.

Un argumento adicional a favor de esta posición estaría dado por la Sentencia del IX Pleno Casatorio⁽¹⁹⁶⁾, en donde se concluyó que el análisis de validez y eficacia puede ser hecho dentro de un proceso de otorgamiento de escritura pública, que se tramita en la vía sumarísima. ¿Qué impide que dicho análisis pueda ser hecho en un proceso de mejor derecho de propiedad?

V. EL ERROR DE LA SALA SUPERIOR

La Sala Superior acertó al considerar que el artículo 1135 del CC era aplicable al caso materia de análisis, sin embargo, aplicó la consecuencia jurídica equivocada, pues consideró que debía primar el derecho de los demandados al estar contenido en un documento de fecha cierta más antiguo.

El artículo 1135 del CC establece tres criterios de preferencia, los cuales no se aplican simultáneamente, sino en orden de prelación, es decir, el primer criterio resuelve el conflicto, pero si ninguna de las partes cumple con el mismo se

(196) A la cual ya he hecho referencia, en detalle, en mis comentarios a las Cas. N°s 2754-2013-Lima Norte y 4006-2014-Huaura.

aplica el segundo, y si ninguna cumple con este todo se define con base en el tercero. Estos 3 criterios son: i) inscripción registral; ii) documento de fecha cierta más antigua; iii) documento de fecha más antigua⁽¹⁹⁷⁾.

Algunas dudas podrían presentarse con relación al concepto de “fecha cierta”.

La fecha cierta no es sino la constancia auténtica del momento en que un acto jurídico se verificó. Mientras los actos jurídicos públicos tienen fecha cierta, que es la que se consigna en ellos por persona que guarda la fe pública, los instrumentos privados carecen de tal particularidad, es decir, no tienen autenticidad, no hacen fe contra terceros en cuanto al verdadero momento en que fueron otorgados.

A causa de que las partes intervinientes en un acto privado podrían fechar falsamente los documentos (cartas-órdenes, recibos, contratos, etc.), con el propósito de disimular la verdad de las situaciones o relaciones jurídicas, acarreado perjuicios a los terceros, la fecha cierta es requisito importantísimo⁽¹⁹⁸⁾.

Esta fecha cierta es importante de cara a los terceros frente a los cuales se pretende hacer valer dicho dato. Entre las partes otorgantes basta con la sola celebración del contrato, con independencia de la fecha, para que aquellas queden vinculadas con lo que en él se haya establecido⁽¹⁹⁹⁾.

¿Cómo un documento adquiere fecha cierta? De acuerdo con el artículo 245 del Código Procesal Civil:

“Un documento privado adquiere fecha cierta y produce eficacia jurídica como tal en el proceso desde:

1. La muerte del otorgante.
2. La presentación del documento ante funcionario público.
3. **La presentación del documento ante notario público, para que certifique la fecha o legalice las firmas.**
4. La difusión a través de un medio público de fecha determinada o determinable.
5. Otros casos análogos” (el énfasis es agregado).

(197) Además, en todos los casos el criterio que se aplique deberá ir acompañado de la buena fe por parte del adquirente.

(198) ORGAZ, Arturo. *Diccionario de Derecho y ciencias sociales*. 3ª edición, Assandri, Córdoba, 1961, p. 157. También en: <<http://www.significadolegal.com/2009/11/que-significa-fecha-cierta.html>>.

(199) En este sentido LOBO, Teresa. “La fecha cierta de los documentos en relación con su eficacia probatoria”. En: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/5/jur/jur9.htm>>.

En tal sentido, tendrá fecha cierta tanto el acto contenido en un documento privado con firmas legalizadas, como aquel que forme parte de una escritura pública.

En el caso materia de análisis ambas partes presentaron documentos de fecha cierta: en el contrato a favor de los demandados las firmas habían sido legalizadas en 1991; por su parte la demandante contaba con una escritura pública de 1992. La Sala consideró que debía primar el derecho de los demandados al estar contenido en un documento de fecha cierta más antigua, en aplicación del artículo 1135 del CC.

El error de la Sala estuvo en no haber tenido en cuenta que la fecha cierta es el **segundo criterio** que establece el artículo 1135 del CC para determinar cuál de los adquirentes debe vencer, y solo aplica siempre que el **primer criterio** (fecha de inscripción registral) no beneficie a ninguno de dichos adquirentes.

El propio artículo 1135 del CC así lo dice expresamente: “(...) se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o, **en defecto de inscripción**, al acreedor cuyo título sea de fecha anterior” (el énfasis es agregado).

En defecto significa ‘en ausencia de’, con lo cual solo si ninguna de las partes en conflicto inscribió el derecho a su favor, corresponde analizar la fecha cierta de sus respectivos títulos. En el caso materia de análisis, la demandante sí había inscrito su derecho, con lo cual el conflicto debió ser resuelto en aplicación del primer criterio (inscripción), sin entrar al análisis de las fechas de los títulos.

Ahora, ello no significa que en función al primer criterio (inscripción) el caso necesariamente quede resuelto a favor de quien primero inscribió. El artículo 1135 del CC es muy claro en señalar que dicha inscripción debe ir acompañada de “buena fe”: “(...) se prefiere al acreedor de **buena fe** cuyo título haya sido primeramente inscrito” (el énfasis es agregado).

Por ello, en un caso de MDP en donde uno de los adquirentes (A) compró primero mas no inscribió su derecho (cosa que sí hizo su rival), la controversia no necesariamente se resolverá a favor de quien primero inscribió (B), pues A podrá acreditar que al momento de su inscripción B actuó de mala fe (por ejemplo, A tiene cómo acreditar que B sabía, al momento de inscribir, que aquel era el nuevo propietario del bien, pese a lo cual contrató con el titular registral).

En el presente caso, el derecho de la demandante no solo se inscribió primero que el de los demandados, sino que estos no acreditaron que dicha inscripción se haya hecho de mala fe. Por ello, en aplicación del artículo 1135 del CC, correspondía dar prevalencia al derecho de la demandante. El error de la Sala Superior consistió en tomar en cuenta la fecha cierta de los documentos (lo que favorecía a los demandados), pasando por alto la fecha de inscripción de los títulos.

VI. LOS ERRORES DE LA CORTE SUPREMA

La Corte Suprema incurrió en una serie de imprecisiones a lo largo del considerando quinto de su sentencia casatoria. A continuación, en cada uno de los subítems que siguen comenzaré citando en cursiva lo señalado por la Corte Suprema para luego hacer el análisis respectivo.

1. Se confunde la fe pública registral con el principio de oponibilidad

“(…) debe considerarse que entre las cosas o bienes irreivindicables encontramos el caso de los bienes inmuebles del tercer adquirente, situación jurídica creada a favor de un nuevo titular cuyo interés es protegido por el ordenamiento jurídico con preferencia al del reivindicante por haber realizado su adquisición a título oneroso, de buena fe e inscrito su derecho en los Registros Públicos y no puede quedar perjudicado por el título de dominio u otros derechos reales que no se hubiesen inscrito o anotado oportunamente en dicho registro; v) cuando se presentan conflictos el artículo 2022 en mención señala que para oponer derechos reales sobre los mismos es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquel a quien se opone y en el caso que se trate de derechos de diferente naturaleza se aplicarán las disposiciones del derecho común”.

La Corte Suprema transcribe el principio de fe pública registral (art. 2014 del CC), pero cita el artículo 2022 del CC (principio de oponibilidad) como si se tratase de lo mismo. El principio de fe pública registral está regulado en el artículo 2014 del CC, y es distinto al principio de oponibilidad, regulado en el artículo 2022 del CC.

En la fe pública registral existe una cadena sucesiva de transferencias, en donde el derecho del tercero registral deriva de su antecedente inmediato, y los vicios que afecten el título de este no afectan la adquisición de aquel (A vende a B y este a C; si la primera compraventa es anulada o resuelta ello no perjudica a C, siempre que su adquisición haya sido a título oneroso y se hubiese inscrito su derecho de buena fe). En la oponibilidad, por el contrario, no hay una cadena sucesiva de transferencias, sino dos transferencias en paralelo (A dispone del mismo bien a favor de B y C, prevaleciendo el derecho que primero se haya inscrito).

Además, la aplicación de la fe pública registral presupone que el título de aquel que transfirió el bien a favor del tercero registral se anule, resuelva o rescinda, sin que esta situación pueda terminar afectando a dicho tercero. La oponibilidad, por el contrario, no implica el decaimiento de ninguno de los títulos en conflicto, sino simplemente la prevalencia de uno sobre el otro.

Pero al margen del error de la Corte, lo interesante es que esta –involuntariamente– pone sobre el tapete un tema que nunca ha sido debatido a nivel

de nuestra jurisprudencia y solo una vez en nuestra doctrina⁽²⁰⁰⁾: al emparentar la fe pública registral con el principio de oponibilidad, se le termina exigiendo al adquirente del artículo 2022 los mismos requisitos que al tercero del artículo 2014, es decir, ambos quedarían protegidos no solo cuando hayan inscrito sus respectivas adquisiciones de buena fe⁽²⁰¹⁾, sino que además estas deberán haber sido hechas a título oneroso.

Nótese que este requisito es expresamente señalado en el artículo 2014 del CC, mas no así en el artículo 2022 del CC, en donde únicamente se menciona que de enfrentarse derechos incompatibles sobre inmuebles (independientemente del tipo de título del cual hayan derivado), prevalecerá el que primero se haya inscrito.

Imaginemos que A vende su inmueble el día 1 a B y la transferencia no se inscribe. El día 2, A dona el mismo bien a C y este inscribe su adquisición. B y C pretenderán oponerse sus respectivos derechos de propiedad, de los cuales solo el de C se inscribió. ¿Debe prevalecer el derecho de C sobre el de B, aun cuando aquel derive de una transferencia gratuita mientras que este fue consecuencia de acto oneroso? El artículo 2022 del CC no menciona que el derecho que primero se inscribe, para poder ser preferido, deba derivar de una transferencia onerosa. Pareciera, entonces, que la “onerosidad” de la adquisición fuese irrelevante a efectos de dar preferencia a los derechos en conflicto.

Sin embargo, particularmente considero que esto es un error. En todos los casos en donde se tutela la confianza en la adquisición, se exige que la misma sea a título oneroso. Véase el caso de la acción pauliana o simulación absoluta frente a terceros: cada vez que se tutela una adquisición hecha con base en la confianza depositada en determinada “apariencia”, se “castiga” a aquel que generó dicha apariencia. Sin embargo, el propio sistema rechaza proteger a la confianza cuando ello trae consigo un resultado global desproporcionado. Un análisis de los distintos casos regulados en el CC me permitirá desarrollar esto que acabo de señalar.

(200) Al respecto se puede ver GONZALES BARRÓN, Gunther. *Tratado de Derecho Registral Inmobiliario*. Donde el tema sí ha sido tratado en extenso es en la doctrina española. Sobre el particular se puede revisar: MONTSERRAT VALERO, Antonio. “En defensa de la tesis monista del tercero hipotecario”. En: *Revista de Derecho Privado*. Junio, 2001, p. 504; VILLARES PICÓ, “La polémica entre hipotecaristas sobre la tesis dualista o monista del tercero hipotecario perjudica a la eficacia de la inscripción”. En: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. 1966; PUIG BRUTAU, José. *Compendio de Derecho Civil*. III, Barcelona, 1989, p. 551; DE ANGEL YAGUEZ. *Apariencia jurídica, posesión y publicidad inmobiliaria registral*. Universidad de Deusto, Bilbao, 1975, p. 127; SANZ FERNÁNDEZ. *Instituciones de Derecho Hipotecario*, I, Reus, Madrid, 1947, p. 412; LASARTE ALVAREZ. *Principios de Derecho Civil*. 5ª edición, Trivium, Madrid, 1997, p. 382; NUÑEZ LAGOS. “El Registro de la Propiedad español”. En: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. 1949, p. 250; GARCÍA GARCÍA, José María. *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, II, Civitas, Madrid, 1993, p. 92; CHICO ORTIZ, María. *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, I, Marcial Pons, Barcelona, 2000, p. 270; LA CRUZ BERDEJO. *Elementos de Derecho Civil*. III, Dykinson, Madrid, 2001, p. 174.

(201) En efecto, tal como desarrollo en extenso en el comentario a la Cas. N° 2866-2013-La Libertad, la buena fe que debe estar presente en ambos terceros registrales: tanto en el artículo 2014 como en el artículo 2022 del CC.

1.1. El análisis de la onerosidad en la acción pauliana

Imaginemos el caso de la acción pauliana: A no tenía un sol para sus gastos, por lo que le pide prestado 100 a B, quien accede. A gasta el dinero y luego se niega a devolvérselo a B. Para evitar que este embargue su única propiedad, A vende su casa a C por el precio de 100 (C desconocía que la venta se hacía con estos fines). Enterado de todo esto B plantea una acción pauliana solicitando la ineficacia de la compraventa de A a favor de C. Lo que B busca es que (solo respecto de él) se considere que la casa nunca salió del patrimonio de A, lo cual lo habilitaría para poder embargarla y con su venta cobrarse lo adeudado.

Hasta aquí:

- i) Hay un gran beneficiado: A, pues recibió 100 de parte de B y no los devolvió.
- ii) Hay un gran perjudicado: B, pues entregó 100 y no los recibió de regreso.
- iii) Hay alguien que se mantiene neutral: C, pues entregó 100 y recibió a cambio una casa.

Estas situaciones se mantendrían exactamente igual en caso se proteja al tercero adquirente (C). Por el contrario, si la acción pauliana fuese amparada (y, por ende, se desprotege al tercero) las situaciones se mantienen, pero los protagonistas cambian. En efecto, una vez declara ineficaz frente a B la venta realizada por A a favor de C, aquel (B) podrá embargar la propiedad y rematarla a efectos de recuperar lo que había prestado. Esto implicará quitarle la propiedad a C, obligándolo a que accione contra A para recuperar los 100 que pagó como precio de transferencia. Como es obvio, C no obtendrá nada de manos de A.

Entonces, como consecuencia de no proteger al tercero adquirente el gran beneficiado seguirá siendo el mismo (A, pues conservará a su favor los 100 que recibió de C sin haber dado nada a cambio), pero el rol de “perjudicado” y “sujeto neutral” se intercambian entre B y C: ahora el perjudicado pasaría a ser C (pues entregó 100 por una casa que no conserva a su favor en tanto fue rematada para que B pueda cobrar) y B se mantendrá igual que en un inicio (los 100 que prestó los recuperó mediante el remate de la casa).

¿Se justifica este cambio de roles? No, porque entre las dos potenciales víctimas (B y C) se debe proteger a quien resulta más “inocente”: aunque suene duro, B habría podido evitar el conflicto exigiéndole una garantía patrimonial a A al momento de hacerle el préstamo (por ejemplo, que hipoteque la casa a su favor). C, por el contrario, no tuvo forma de evitar el problema en tanto desconocía que la transferencia que A hizo a su favor tuvo como finalidad frustrar el derecho de crédito de B (naturalmente, si se llega a acreditar la mala fe de C este ya no sería

una “víctima”, con lo cual se justificaría que su adquisición no sea protegida y que pase a asumir la condición de “perjudicado”).

Entonces, frente a una transferencia onerosa (y dando por sentado que C actuó de buena fe) se justifica la protección del tercero adquirente, en tanto si bien con ello no se mejora la situación inicial (sigue habiendo un beneficiado, un perjudicado y un neutral), al menos se evita un injustificado intercambio de roles en perjuicio de dicho tercero.

Ahora cambiemos solo un dato en el ejemplo: imaginemos que la transferencia de A a favor de C se hizo a título gratuito, es decir, A no le vendió su casa por 100 sino que se la donó. Las situaciones del caso anterior (cuando la transferencia fue onerosa) se mantienen pero cambian los protagonistas:

- i) Hay un gran beneficiado: C, que recibió gratuitamente una casa que vale 100.
- ii) Hay un gran perjudicado: B, que entregó 100 y no le fueron devueltos.
- iii) Hay alguien que se mantiene neutral: A, pues si bien recibió 100 de parte de B y no los devolvió, ha “perdido” esos 100 mediante la transferencia gratuita de su casa, valorizada en 100. Es decir, antes tenía una casa que valía 100 y nada en efectivo; ahora tiene 100 en efectivo –los que recibió de B –pero ya no tiene la casa (se la donó a C).

Al igual que en ejemplo original, si se protege al tercero adquirente (C) las situaciones iniciales no cambian. Por el contrario –y a diferencia de cuando la transferencia a favor de C fue onerosa– el no proteger al tercero adquirente a título gratuito no mantiene las situaciones iguales con protagonistas distintos, sino que permite optimizar tales situaciones iniciales.

Así, una vez declarada ineficaz frente a B, la donación realizada por A a favor de C, aquel (B) podrá embargar la propiedad y rematarla, para así recuperar lo que había prestado. Esto implicará quitarle la propiedad a C, pero como este lo había recibido gratuitamente, no tendrá que accionar contra B para recuperar ningún dinero pagado (algo que sí se da cuando la transferencia es onerosa).

Como resultado final, no habrá ni beneficiados ni perjudicados, sino que todos se mantendrán neutrales:

- i) A al inicio tenía una casa que valía 100 y nada de dinero en efectivo; finalmente recibió 100 por el préstamo que le hizo B pero perdió la casa (que sirvió como forma de pago de dicho préstamo).

- ii) B al inicio tenía 100 en efectivo; finalmente recuperó los 100 que le había prestado a A gracias al remate de la casa⁽²⁰²⁾.
- iii) C al inicio no tenía una casa pero sí 100 en efectivo, situación que se mantiene hasta el final, pues el bien que había adquirido gratuitamente retorna al patrimonio de A pero no perdió sus 100.

Como se puede ver, proteger la adquisición onerosa del tercero que actuó de buena fe no mejora las situaciones iniciales (siempre habrá un perjudicado, un beneficiado y alguien se mantendrá igual) pero evita que dicho tercero termine asumiendo el rol de “perjudicado” (y que hasta ese momento recae sobre aquel que contribuyó a que se generen los hechos en los cuales el tercero confió). Por ello, hace bien el sistema jurídico en proteger dicha adquisición onerosa.

Por el contrario, proteger la adquisición gratuita del tercero no solo mantiene las situaciones iniciales (un perjudicado, un beneficiado y un neutral), sino que impide que estas mejoren, pues de no protegerse a dicho tercero todos los intervinientes en el conflicto terminarían en la misma posición en la que empezaron, es decir, no habrían ni perjudicados ni beneficiados. Entonces, lo idóneo es la no protección del tercero adquirente a título gratuito, algo por lo cual el sistema ha optado de manera adecuada.

1.2. El análisis de la onerosidad en la fe pública registral

Y este mismo ejercicio puede ser hecho con la fe pública registral. Imaginemos que A es propietario registral de un inmueble que vale 100. B falsifica su firma en un contrato de compraventa otorgado a su favor y logra inscribirlo, con lo cual pasa a figurar en Registros Públicos como nuevo propietario. Adicionalmente a ello B toma posesión del predio. Posteriormente, B vende el inmueble a C por el precio de 100. C se preocupó por constatar que B realmente fuese el propietario, y para ello verificó tanto la información registral como la posesión del bien. Luego de enterarse de lo ocurrido A demanda la nulidad de la compraventa otorgado a favor de B y en cadena la nulidad del contrato entre B y C. Este último invoca a su favor el artículo 2014 del CC, señalando que dicha nulidad no lo puede afectar pues es un tercero ajeno al vicio (falsificación) que se presentó en el contrato entre A y B.

Hasta aquí:

- i) B es el beneficiado, en tanto recibió 100 por la venta de una casa que no era suya.

(202) En realidad, A termina peor de lo que empezó, pues deberá asumir los costos y costas del proceso, y, de ser el caso, deberá reparar el daño causado. Pero esto encuentra plena justificación en tanto todo el problema lo generó precisamente A. De este modo, no solo se evita crear “perjudicados” y “beneficiados”, sino que se penaliza a quien causó todo el problema, lo cual es una razón adicional para justificar la decisión del sistema de no proteger las adquisiciones gratuitas.

- ii) A es el perjudicado, en tanto perdió su casa sin haber recibido nada a cambio.
- iii) C se mantiene igual: entregó 100 y recibió a cambio una casa.

Si la adquisición de C queda protegida por el artículo 2014 del CC, estas situaciones se mantienen.

Por el contrario, si tal adquisición no fuese protegida las situaciones se mantendrían pero los protagonistas cambiarían: anulados los dos contratos de transferencia, A recuperaría la casa y a C (que había pagado 100) no le quedaría más remedio que exigirle a B la devolución del precio, algo que difícilmente ocurrirá (con lo cual C terminará internalizando un costo que no generó).

Como consecuencia de ello, B seguirá siendo el beneficiado (conservará a su favor los 100 que recibió de C sin haber dado nada a cambio, pues la casa ya regresó al dominio de A), pero los roles de “perjudicado” y “sujeto neutral” se intercambian entre A y C: ahora el perjudicado es C (entregó 100 por una casa que ya ha perdido) y A se mantiene igual que al inicio (como propietaria de la casa).

¿Se justifica este intercambio de roles? Considero que no, pues entre las dos eventuales víctimas (A y C) se debe proteger a quien resulte más “inocente”: sin duda alguna nada se le puede reprochar a A con respecto a la información registral, pues fue víctima de una falsificación, sin embargo, el haber permitido que el falsificador acceda a la posesión sí es algo frente a lo cual habría podido ejercer alguna oposición. C, por el contrario, no tuvo forma de conocer el fraude que precedía a su adquisición, pues todos los datos (Registro y posesión) lo llevaban a creer que el propietario era B (naturalmente, si se acredita que C actuó de mala fe se justificará que asuma el rol de “perjudicado” que hasta ese momento le corresponde a A).

Entonces, frente a una transferencia onerosa (y dando por sentado que C actuó de buena fe) se justifica la protección del tercero registral, pues si bien con ello no se mejora la situación inicial (sigue habiendo un beneficiado, un perjudicado y un neutral), al menos se evita un injustificado intercambio de roles en perjuicio de dicho tercero.

Ahora cambiemos solo un dato del ejemplo original: B transfirió el bien gratuitamente a favor de C, es decir, se lo donó. Esto genera que las situaciones del caso anterior (cuando la transferencia fue onerosa) se mantengan pero con distintos protagonistas:

- i) C es el beneficiado en tanto recibió gratuitamente una casa que vale 100;
- ii) A es el perjudicado en tanto perdió la casa que valía 100 sin haber recibido nada a cambio.

- iii) B se mantiene igual: la casa que había incorporado a su patrimonio mediante la falsificación la ha perdido como consecuencia de habérsela donado a C.

Al igual que en ejemplo original, si se protege al tercero adquirente (C) las situaciones iniciales no cambian. Por el contrario —y a diferencia de cuando la transferencia a favor de C fue onerosa— el no proteger al tercero adquirente a título gratuito no mantiene las situaciones iguales con protagonistas distintos, sino que permite optimizar tales situaciones iniciales.

Así, una vez anuladas las dos transferencias el inmueble retornará al patrimonio de A, lo cual implicará quitarle la propiedad a C, pero como este lo recibió de forma gratuita no tendrá que accionar contra B para recuperar aquello que hubiese entregado si la adquisición hubiera sido a título oneroso.

Como resultado final, no habrá ningún beneficiado ni perjudicado, sino que todos se mantendrán neutrales:

- i) A al inicio tenía una casa que valía 100; finalmente, gracias a que la pudo recuperar, se mantiene en la misma condición de propietario.
- ii) B al inicio no tenía ni la casa ni dinero: la casa que incorporó a su patrimonio mediante la falsificación la donó sin recibir nada a cambio. Es decir, termina sin casa y sin dinero, tal como había iniciado⁽²⁰³⁾.
- iii) C al inicio no tenía una casa pero sí 100 en efectivo, situación que se mantiene hasta el final, pues el bien retorna al patrimonio de A, pero no perdió los 100.

En síntesis, proteger la adquisición onerosa del tercero registral no mejora las situaciones iniciales (siempre habrá un perjudicado, un beneficiado y alguien que se mantiene igual), pero evita que aquel que actuó de buena fe (el tercero) asuma injustificadamente la posición de “perjudicado”. Por ello hace bien el sistema jurídico en proteger dicha adquisición onerosa.

Por el contrario, proteger la adquisición gratuita del tercero registral no solo mantiene las situaciones iniciales (un perjudicado, un beneficiado y alguien neutral), sino que impide que estas mejoren, pues de no estar protegida tal adquisición todos los intervinientes se mantendrían igual que al inicio, es decir, no habría ni perjudicados ni beneficiados. Entonces, lo idóneo es la no protección

(203) En realidad, B termina peor de lo que empezó, pues deberá asumir los costos y costas del proceso, y, de ser el caso, deberá reparar el daño causado. Pero esto encuentra plena justificación en tanto todo el problema lo generó precisamente B. De este modo, no solo se evita crear “perjudicados” y “beneficiados”, sino que se penaliza a quien causó todo el problema, lo cual es una razón adicional para justificar la decisión del sistema de no proteger las adquisiciones gratuitas.

del tercero adquirente a título gratuito, algo por lo cual el sistema ha optado de manera adecuada.

1.3. El análisis de la onerosidad en la simulación absoluta

Hagamos ahora este mismo ejercicio para el caso de la simulación. Al respecto el artículo 194 del CC señala que “La simulación no puede ser opuesta por las partes no por los terceros perjudicados a quien de buena fe y a título oneroso haya adquirido derechos del titular aparente”.

Imaginemos que A es propietario de un inmueble que vale 100 y acuerda con B en vendérselo de manera simulada (sin pago de precio de por medio) para determinado fin. A efectos de hacer más creíble la simulación las partes suscriben el contrato por escritura pública e inscriben a B como nuevo propietario. Valiéndose de esta apariencia registral B traiciona la confianza de A y vende el bien a favor de C por el precio de 100. Luego de enterarse de lo ocurrido A demanda la nulidad de la compraventa otorgada a favor de B señalando que fue una venta simulada y, por ende, nula, y adicionalmente a ello solicita la nulidad de la transferencia de B a favor de C, pues si el primero nunca adquirió la propiedad no podría transferirla a favor de este último. C se defiende invocando a su favor el artículo 194 del CC.

Hasta aquí:

- i) El beneficiado es B, pues recibió 100 por la venta de una casa que no era suya.
- ii) El perjudicado es A, pues perdió la casa sin haber recibido nada a cambio.
- iii) El que se mantiene igual es C, entregó 100 y recibió a cambio una casa.

Si el tercero adquirente (C) es protegido, estas situaciones se mantienen igual. Por el contrario, si tal adquisición no es protegida, las situaciones se mantendrían, pero los protagonistas cambiarían: anulados los dos contratos, A recuperaría la propiedad de la casa y a C (que había pagado 100) no le quedaría más remedio que exigirle a B la devolución del precio, algo que —como es obvio— no ocurrirá.

Como consecuencia de ello, B seguirá siendo el beneficiado (conservará a su favor los 100 que recibió de C sin haber dado nada a cambio, pues la casa no era suya) pero los roles de “perjudicado” y “sujeto neutral” se intercambian entre A y C: ahora el perjudicado es C (entregó 100 por una casa que ha perdido, pues ha vuelto al patrimonio de A sin poder recuperar el precio pagado) y A se mantiene igual que al inicio (como propietario de la casa).

¿Se justifica este intercambio de roles? Considero que no, pues entre las dos eventuales víctimas (A y C) se debe proteger a quien resulte más “inocente”: sin duda C se limitó a confiar en una apariencia creada voluntariamente por A (nadie lo obligó a simular la compraventa a favor de B), por lo que las consecuencias las debería asumir A sin perjudicar a C (naturalmente, si se acredita que C actuó de mala fe pues conocía de la simulación se justificará que asuma el rol de “perjudicado”, que en circunstancias normales le corresponde a A).

Entonces, frente a una transferencia onerosa (y dando por sentado que C actuó de buena fe) se justifica la protección del tercero adquirente, pues si bien con ello no se mejora la situación inicial (sigue habiendo un beneficiado, un perjudicado y un neutral), al menos se evita un injustificado intercambio de roles en perjuicio de dicho tercero.

Ahora cambiemos solo un dato del ejemplo original: B transfirió el bien gratuitamente a favor de C. Esto genera que las situaciones del caso anterior (cuando la transferencia fue onerosa) se mantengan, pero con distintos protagonistas:

- i) C es el beneficiado en tanto recibió gratuitamente una casa que vale 100.
- ii) A es el perjudicado en tanto perdió la casa que valía 100 sin haber recibido nada a cambio.
- iii) B se mantiene igual que al inicio: la casa que había incorporado a su patrimonio mediante el contrato simulado y sin haber pagado nada a cambio, ha sido transferida gratuitamente a favor de C. Es decir, tanto al inicio como al final la casa no está dentro de su patrimonio.

Al igual que en ejemplo original (cuando la transferencia fue onerosa), si se protege al tercero adquirente (C) las situaciones iniciales no cambian. Por el contrario –y a diferencia de cuando la transferencia a favor de C fue onerosa– el no proteger al tercero adquirente a título gratuito no mantiene las situaciones iguales con protagonistas distintos, sino que permite optimizar tales situaciones iniciales.

Así, en caso se anularan las dos transferencias, el inmueble retornará al patrimonio de A, lo cual implicará quitarle la propiedad a C, pero como este lo recibió de forma gratuita no tendrá que accionar contra B para recuperar aquello que hubiese pagado de haber adquirido a título oneroso.

Entonces, como resultado final, no habrá ningún beneficiado ni perjudicado, sino que todos se mantendrán neutrales:

- i) A al inicio tenía una casa que valía 100; finalmente, gracias a que la pudo recuperar mantendrá su condición de propietario.

- ii) B al inicio no tenía ni la casa ni los 100 en efectivo; la casa que incorporó a su patrimonio mediante el contrato simulado la donó sin recibir nada a cambio. Es decir, termina sin casa y sin dinero, tal como había iniciado⁽²⁰⁴⁾.
- iii) C al inicio no tenía una casa pero sí 100 en efectivo, situación que se mantiene hasta el final, pues el bien retorna al patrimonio de A pero no perdió los 100.

En conclusión, y al igual que en los casos de acción pauliana y fe pública registral, proteger la adquisición onerosa del tercero no mejora las situaciones iniciales (siempre habrá un perjudicado, un beneficiado y alguien neutral), pero evita que el tercero que actuó de buena fe asuma injustificadamente la posición de “perjudicado”. Por ello hace bien el sistema jurídico en proteger dicha adquisición onerosa.

Por el contrario, proteger la adquisición gratuita del tercero no solo mantiene las situaciones iniciales (un perjudicado, un beneficiado y alguien neutral), sino que impide que estas mejoren, pues de no estar protegida tal adquisición todos los intervinientes se mantendrían igual que al inicio, es decir, no habría ni perjudicados ni beneficiados. Entonces, lo idóneo es la no protección del tercero adquirente a título gratuito, algo por lo cual el sistema ha optado de manera adecuada.

1.4. El principio romano que justifica la “onerosidad”

En todos estos casos, el principio que subyace es el siguiente: **aquel que actúa para evitar un daño debe ser privilegiado frente a aquel que actúa para obtener un lucro; o visto desde el ángulo opuesto, aquel que actúa para obtener un lucro debe ser sacrificado frente a aquel que actúa para evitar un daño.** Este es un principio del Derecho Romano, pero antes que haberme limitado a citarlo, lo que he pretendido es desentrañar la lógica económica que subyace a dicho principio.

En conclusión, desde mi punto de vista, el principio de oponibilidad, al igual que el de fe pública registral, solo debe proteger aquella adquisición que además de haber sido inscrita de buena fe, derive de un título oneroso, pues así se mejora la situación inicial. La Corte Suprema no lo ha dicho así de claro en la sentencia materia de comentario, pero al asimilar (inconscientemente) el principio de fe pública registral con el de oponibilidad ha terminado aplicando a este último

(204) En realidad B termina peor de lo que empezó, pues deberá asumir los costos y costas del proceso, y, de ser el caso, deberá reparar el daño causado. Pero esto encuentra plena justificación, en tanto todo el problema lo generó precisamente B. De este modo, no solo se evita crear “perjudicados” y “beneficiados”, sino que se penaliza a quien causó todo el problema, lo cual es una razón adicional para justificar la decisión del sistema de no proteger las adquisiciones gratuitas.

aquellos requisitos (como el de onerosidad) que sí están mencionados expresamente por el Código Civil para aquel.

Este es un tema que nunca ha sido abordado de manera directa por nuestra jurisprudencia y que, dada su relevancia, merecería mayor atención.

2. Se confunde la concurrencia de acreedores con la fe pública registral

“(…) el artículo 1135 del Código Civil opera el principio de preferencia en el caso de los bienes inmuebles a favor de aquel acreedor de buena fe cuyo título ha sido inscrito, **norma que concuerda con el artículo 2014**” (el énfasis es mío).

Según la Corte, la concurrencia de acreedores “concuerda” con la fe pública registral. El problema es que no dice en qué concuerdan. En realidad, los supuestos de hecho de ambas normas son absolutamente distintos.

La concurrencia de acreedores aplica cuando la misma persona se ha obligado a entregar el mismo bien a favor de dos o más interesados, y entre estos se genera el conflicto, pues cada quien buscará ser preferido en la entrega. Por ejemplo, A vende el bien a B y luego a C. Las adquisiciones de B y C se contraponen y, por ende, ambos pretenderán oponer su respectivo derecho. Vence el derecho que primero se inscribe de buena fe.

La fe pública registral, por el contrario, y como ya se dijo, aplica cuando existen sucesivas transferencias y una de las transferencias es anulada, resuelta o rescindida, y lo que se trata de evitar es que esta situación afecte las sucesivas transferencias. Por ejemplo, A vende el bien a B y este a C, y luego el primer contrato se anula. La fe pública registral determina que dicha anulación no afecte la adquisición de C siempre que esta se haya hecho a título oneroso y se haya inscrito de buena fe.

Como se puede ver, en lo único en que concuerdan ambas normas es en impedir que ciertos hechos que no estaban debidamente publicitados puedan terminar afectando a aquel que actuó confiando en el Registro e inscribió su adquisición. Pero más allá de ello, no hay ninguna aproximación entre ambas normas, como erróneamente ha señalado la Corte.

3. Se afirma (erróneamente) que el artículo 1135 solo aplica hasta antes de que el deudor entregue el bien

“(…) la falta de cumplimiento de la obligación de dar, no confiere al acreedor derecho alguno a la cosa que le es debida, que le permita perseguirla en las manos del que la posea; siendo que el acreedor tiene solo un derecho contra el deudor y sucesores universales no puede tener acción alguna contra el tercer

adquirente de este bien quien siendo un comprador por título singular no ha sucedido en sus obligaciones a aquel que se ha obligado”.

El artículo 1135 del CC establece los criterios con base en los cuales se determina cuál de todos los acreedores con derecho a exigir la entrega de un mismo bien, debe ser preferido. Según la Corte, una vez que el bien ya fue entregado el artículo 1135 del CC no aplicaría más, por lo tanto si el bien le fue entregado indebidamente a alguno de dichos acreedores, aquel acreedor afectado, a quien el bien debió serle entregado pero no se hizo así, no podría accionar contra el acreedor que recibió el bien pese a que no le correspondía.

Considero que ello no tiene ningún sentido, pues implicaría que el artículo 1135 del CC es una norma pensada para el deudor (que dispuso dos o más veces del bien) a efectos de “informarle” qué tiene que hacer con el bien (a quién debe entregárselo). Si esto fuera así, ¿por qué se le exige al deudor que haga entrega del bien al que, además de haber inscrito primero, haya actuado de buena fe? La buena fe lo que busca es que no se perjudique el derecho de un tercero (el adquirente que no inscribió, pero que compró primero), con lo cual queda claro que el artículo 1135 del CC no solo se enfoca en el deudor, sino que también tiene en cuenta el interés de los adquirentes que compiten.

Es decir, si el artículo 1135 del CC realmente solo estuviese enfocado en el deudor se limitaría a “informarle” que entregue el bien al que inscribió primero, y no le exigiría que “indague” sobre la buena fe del adquirente inscrito. Este mandato, dirigido al deudor (constatar la buena fe de aquel a quien va entregar el bien), lo que busca es proteger el interés de los otros adquirentes. Pero como el análisis que haga el deudor respecto de la buena o mala fe de sus acreedores (que le exigen la entrega del bien) podría fallar, se le debe dar a los acreedores que no se vieron favorecidos con la entrega, el derecho de solicitar ante un juez un nuevo análisis de la aplicación del artículo 1135 del CC, para que sea este tercero imparcial quien determine cuál de todos los acreedores debe quedarse con el bien.

Por ello, considero que el artículo 1135 no solo se enfoca en el deudor (“informándole” a cuál de los adquirentes debe entregar el bien), sino que también asume relevancia entre los acreedores una vez que el bien ya fue entregado a alguno de ellos. Podría suceder, por ejemplo, que el deudor haya incumplido con el mandato del artículo 1135 y haya entregado el bien a quien no correspondía, o podría darse el caso que su análisis sobre la “buena fe” del adquirente fue fallido, por lo que erróneamente entregó el bien a quien inscribió primero de mala fe.

Por ejemplo, imaginemos que A vende el mismo bien a B y C los días 1 y 2, respectivamente. La adquisición de C se inscribió en el Registro, pero A entregó indebidamente el bien a B. ¿Qué puede hacer C para tomar posesión del bien? Si –como dice la Corte– el artículo 1135 tiene únicamente efectos “obligacionales” (entre el acreedor-comprador y el deudor-vendedor), C deberá dirigirse a A y exigirle la entrega del bien. ¿Pero qué gana C exigiéndole la entrega a alguien que

ya no tiene la posesión? ¿No puede valerse del artículo 1135 para dirigirse directamente contra el adquirente que recibió indebidamente la posesión? Si le negamos utilidad al artículo 1135 una vez que el deudor ya entregó el bien (así haya sido una entrega indebida), impedimos que dicha norma sea empleada para solucionar el conflicto entre los adquirentes (sin necesidad de que intervenga el deudor). Si el artículo 1135 solo aplica antes de producida la entrega (efecto obligatorio), **¿qué podrá hacer C para recuperar el bien?** ¿Con base en qué podría exigirle la entrega a B?

Imaginemos el mismo caso pero esta vez A entregó el inmueble a C. Esto, en principio, estaría bien, pues C cumplió con inscribir primero su derecho lo cual le daría la preferencia en la entrega. Sin embargo supongamos que C sabía que previamente a su inscripción el bien ya había sido vendido a favor de B, es decir, se trataría de un adquirente que inscribió de mala fe, pero como A no conocía esta circunstancia le entregó indebidamente el bien. **¿Qué podría hacer B para obtener la posesión del predio?**

Si el artículo 1135 tuviera solo efectos obligacionales, llegaríamos al absurdo de decirle a B que debe exigirle la entrega a alguien (A) que ya no tiene el bien bajo su control. ¿No podrá valerse B del artículo 1135 para dirigirse directamente contra “el adquirente (C) que recibió indebidamente la posesión? Si le negamos utilidad al artículo 1135 luego de producida la entrega, entonces impedimos que dicha norma sea empleada para solucionar el conflicto entre los adquirentes. Si el artículo 1135 solo aplica antes de producida la entrega (efecto obligatorio), **¿qué podrá hacer B para recuperar el bien?** ¿Con base en qué podría exigirle la entrega a C?

Alguien podría sostener que en estos casos el adquirente que se considere con derecho a obtener el control del bien podría interponer, contra el adquirente que recibió indebidamente la posesión, una demanda de “mejor derecho de propiedad” (exigiendo accesoriamente la entrega del bien⁽²⁰⁵⁾), sustentando su pretensión en el artículo 2022 del CC (según el cual si concurren dos o más derechos reales sobre el mismo inmueble prevalece el que primero se haya inscrito de buena fe). Con ello quedaría confirmado que la norma de concurrencia de acreedores (art. 1135) no es necesaria para solucionar el conflicto que se genera una vez entregado el bien.

Sin embargo, esto no es del todo cierto. El artículo 2022 del CC podría ser útil allí cuando se trate de derechos reales en conflicto y siempre que alguno de los adquirentes haya inscrito su derecho. ¿Pero qué sucede si el conflicto surge entre el adquirente cuyo contrato es de fecha cierta y el otro adquirente con fecha simple que recibió indebidamente la posesión? ¿O qué tal si el conflicto ya no es

(205) Particularmente, me inclinaría por plantear una acción reivindicatoria que en su desarrollo terminaría dilucidando cuál de las partes en conflicto tiene un mejor derecho de propiedad sobre el bien.

entre dos titulares de derechos reales, sino entre dos titulares de derechos personales (dos comodatarios, por ejemplo), o entre uno que invoca un derecho real y otro que invoca un derecho personal?

En ninguno de estos casos el artículo 2022 del CC es útil. Por ello, si no aplicamos a estos casos los otros criterios de preferencia (distintos al registral) que establece el artículo 1135 del CC, el adquirente con derecho a poseer el bien no tendría sustento normativo para exigir la entrega a aquel adquirente a quien indebidamente el deudor cedió la posesión.

Entonces, la conclusión es que el artículo 1135 no solo produce efectos obligaciones, limitando su relevancia al momento previo a la entrega del bien, sino que asume un rol fundamental incluso luego de producida tal entrega, a efectos de solucionar el conflicto entre los adquirentes que concurren sobre el mismo bien.

Y una confirmación de que esta interpretación que planteo es correcta la encontramos en el artículo 1136 del CC, que regula la concurrencia sobre bienes muebles. Independientemente del tipo de bien para el cual aplican cada una de las normas de concurrencia (arts. 1135 y 1136), ambas mantienen la misma esencia, por lo tanto lo que se diga respecto de una vale lo mismo para la otra. El artículo 1136 establece que “Si el bien cierto que debe entregarse es mueble y lo reclamasen diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiese obligado a entregarlo, **será preferido el acreedor de buena fe a quien el deudor hizo tradición de él**, aunque su título sea de fecha posterior”.

La norma no dice que el deudor deberá entregar el bien a uno de ellos, sino que será preferido —entre los adquirentes— aquel a quien ya se hubiese hecho entrega de la cosa. Es decir, en este caso la entrega ya se produjo. Por eso, cuando la norma señala que “será preferido el acreedor”, no se refiere a “ser preferido en la entrega” (repito: la entrega ya se produjo), sino a “ser preferido en la protección de su derecho” (análisis que se hace luego de haberse hecho entrega del bien).

Lo sostenido por la Corte, en el sentido de que las normas de concurrencia solo aplican hasta antes de producida la entrega del bien —y, por ende, una vez hecha la tradición aquella devendría en irrelevante— implicaría una “derogación” del artículo 1136 del CC, en tanto esta norma de concurrencia parte de la idea de que la entrega ya se produjo, y es precisamente esta entrega la que le permite al *accipiens* (receptor del bien) **ser preferido** frente a los demás adquirentes en caso estos pretendan arrebatarle el bien.

En conclusión, el artículo 1135 sí es útil aun cuando el deudor ya haya entregado el bien a favor de alguno de los acreedores. La norma va más allá del conflicto entre el acreedor que pretende la entrega y el deudor que debe cumplir

con la misma, en tanto sirve también para solucionar el conflicto entre los eventuales acreedores en caso uno de ellos considere que la entrega se hizo a quien no correspondía.

De este modo, el artículo 1135 tiene un haz y un revés:

- i) El haz representa la fase “obligacional”, que resuelve el conflicto entre el acreedor que pretende la entrega y el deudor que debe cumplir con la misma: la norma le indica al deudor a cuál de los adquirentes debe entregar el bien.
- ii) El “revés” del artículo 1135 (que la Corte no vio) representa su fase “real”, que permite solucionar el conflicto de titularidad entre todos los adquirentes luego de que el deudor haya entregado el bien a uno de ellos.

4. Se confunde el momento en que el contrato queda celebrado con el momento del perfeccionamiento de la transferencia de propiedad

“(…) el artículo 949 del Código Civil establece que una de las formas para adquirir la propiedad es el intercambio de voluntades o solo *consensus* perfeccionándose la propiedad inmueble con su transferencia de suerte que el contrato de compraventa de un inmueble –su forma más caracterizada– es al mismo tiempo el título de adquisición (que crea la obligación de dar) y el modo de adquisición (que perfecciona la adquisición del comprador) coincidiendo título y modo en términos generales, precepto legal que concuerda con el contenido en el artículo 1352 del acotado código, el cual prescribe que los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes (...)”.

Es decir, para la Corte Suprema la transferencia de propiedad de bienes inmuebles se da mediante el sistema de “título y modo”, el mismo que encontraría sustento normativo en el artículo 1352 del CC.

El primer error está en sostener que la transferencia de propiedad inmobiliaria requiere de un título y un modo. Me queda claro que el “título” sería, por ejemplo, el contrato de compraventa. ¿Y el modo? El modo no es sino la exteriorización de aquello que las partes acordaron en el título.

Por ejemplo, en el caso de la transferencia de propiedad sobre bienes muebles el título es el contrato de compraventa y el modo es la entrega del bien. Así de claro es el artículo 947 del CC: “La transferencia de propiedad de una cosa mueble determinada se efectúa con la tradición a su acreedor”.

¿Cuál es el “modo” para el caso de los inmuebles? La pregunta es difícil en tanto no tenemos una norma como la del 947 del CC para el caso de los inmuebles. La norma que regula la transferencia de propiedad inmobiliaria

(art. 949 del CC) resulta bastante oscura⁽²⁰⁶⁾, en tanto se limita a señalar que “La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él”.

Para la Corte Suprema, el modo coincide con el título. Es decir, el contrato de compraventa sería al mismo tiempo título y modo: “El contrato de compraventa de un inmueble es al mismo tiempo el título de adquisición y el modo de adquisición, coincidiendo título y modo en términos”.

Esta posición fijada por la Corte ha sido tomada de un ensayo del profesor Jack Bigio, dedicado a la compraventa, el cual fue publicado poco después de promulgado el Código Civil⁽²⁰⁷⁾. En dicho ensayo el autor afirma que, en función de lo establecido en el artículo 949 del CC, es claro que el solo intercambio de voluntades, el *solo consensus*, perfecciona la transferencia de propiedad.

Sin embargo, y a pesar de considerar que el título es el acto jurídico que antecede al hecho o acto de adquisición, y que el modo es precisamente el hecho o acto de adquisición, el citado autor sostiene que de acuerdo con lo establecido por el Código Civil, el contrato de compraventa sirve, por un lado, de título, en tanto crea la obligación de dar y, por el otro, de modo, en tanto perfecciona la adquisición del comprador.

Como se puede ver, la Corte Suprema ha tomado casi al pie de la letra la tesis del reconocido profesor. Sin embargo, con ello también ha “arrastrado” las críticas a las que fue sometida, en su momento, dicha posición⁽²⁰⁸⁾.

(206) Al punto que, en su momento, generó un importante debate sobre el particular. Muestra de ella es la importante cantidad de artículos de investigación que se enfocaron en determinar la correcta interpretación del artículo 949 del CC: LA PUENTE Y LAVALLE. “El contrato con efectos reales”. En: *Ius et Veritas*. N° 9, Año V, Lima, 1992, pp. 9-16; TORRES MENDEZ. *Estudios sobre el contrato de compraventa*. Grijley, Lima, 1993; ORTEGA PIANA, Marco. “Compraventa y Transferencia de propiedad inmueble”. En: *Advocatus*. Revista de los estudiantes de la facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Año 2, Lima, 2000, pp. 29-39; ESCOBAR ROZAS, Freddy. “El contrato y los efectos reales”. En: *Ius et Veritas*. Revista de los estudiantes de la facultad de Derecho de la PUCP. N° 25, Lima, 2002, p. 237 y ss.; FORNO FLORES, Hugo. “El contrato con efectos reales”. En: *Ius et Veritas*. Revista de los estudiantes de la facultad de Derecho de la PUCP. N° 7, Lima, 1993, pp. 77-87; FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. “La obligación de enajenar y el sistema de transferencia de la propiedad inmueble en el Perú”. En: *Tbemis*. N° 30, Lima, 1994, pp. 149-173; BELTRAN PACHECHO, Jorge. “Exorcizando el espiritualismo: registro vs. Consenso en la transferencia de propiedad inmobiliaria”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 33, Lima, 2001, pp. 81-85; CASTRO TRIGOSO, Nelwin. “¿El Contrato solo crea obligaciones? A propósito de los trabajos de reforma del Código Civil”. En: *Cathedra*. Discere Iure et Facto. N°s 8-9, Año V, Lima, 2002, pp. 210-223; CÁRDENAS RODRÍGUEZ, Luis. “Vida y milagros de la obligación de enajenar”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 71, Lima, 2004, pp. 125-134; BULLARD GONZALES, Alfredo. “Los sistemas de transferencia de propiedad”. En: *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones Legales*. Prólogo de Fernando de Trazegnies. Palestra Editores, Lima, 2003, pp. 149-150.

(207) Se trata de “La compraventa y la transmisión de Propiedad”, ensayo que formó parte del primer volumen de la colección “Para leer el Código Civil”, editado por el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(208) Al respecto ver: ESCOBAR ROZAS, Freddy. “El contrato y los efectos reales (Análisis del sistema de transferencia de propiedad adoptado en el Código Civil peruano)”. En: *Estudios sobre el Contrato en General*. 2ª edición, Ara Editores, 2004, pp. 217-251.

Así, sostener que el contrato transfiere la propiedad inmueble por ser título y modo a la vez desnaturaliza por completo la teoría del título y modo. Esta teoría considera que el título es la causa remota de la adquisición del dominio, mientras que el modo es la causa próxima de dicha adquisición. La causa remota viene a estar constituida por el contrato en virtud del cual el enajenante asume la obligación de transferir la propiedad, mientras que la causa próxima viene a estar constituida por la entrega de la cosa realizada en cumplimiento del contrato indicado.

El problema con la posición asumida por la Corte es que dice basarse en la teoría del título y modo, no obstante no se ajusta en lo más mínimo a sus postulados. En efecto, en primer lugar, mientras dicha teoría considera que el contrato solo crea la obligación de transferir la propiedad, la Corte (siguiendo a Bigio) considera que el contrato transfiere directamente la propiedad. En segundo lugar, mientras la teoría del título y el modo hace descansar (a través de la escisión de los elementos espiritual y material de la *traditio*) en dos hechos jurídicos la operación de transferencia de propiedad, la Corte hace descansar en un solo hecho jurídico tal operación. Entonces, queda claro que existe una disociación absoluta entre la teoría del título y modo y la posición que la Corte ha sustentado haciéndola pasar como una aplicación de dicha teoría.

En realidad, el asunto es más simple: nuestro Código Civil reconoce en materia de transferencia inmobiliaria el principio consensualista: el título (la sola celebración del contrato) es suficiente para que opere la transferencia de propiedad⁽²⁰⁹⁾. Nuestro Código Civil no ha establecido un “modo” que esté claramente diferenciado del título (como sí lo ha e hecho para el caso de bienes muebles) y tampoco tiene sentido sostener que aquel “coincide” con el título.

5. No se determinan correctamente los alcances del “mejor derecho de propiedad”

“La declaración de ‘mejor derecho de propiedad’ desarrollada por la jurisprudencia nacional y concebida como acción real e imprescriptible a pesar de no estar prevista como tal en nuestro ordenamiento jurídico no da lugar a la cancelación del

(209) Aunque no es decisivo para aceptar la validez de dicha afirmación, resulta de algún modo orientador el hecho que la doctrina comparada, al comentar los alcances del artículo 1138 del Código Civil francés, cuyo texto es perfectamente asimilable al del artículo 949 del CC, concluya que aquel consagra el principio del solo consensus. Así por ejemplo: OSTI, Giuseppe. *Contratto in Novissimo Digesto Italiano*, diretto da Antonio Azara e Ernesto Eula, volumen IV, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Turín, 1959, p. 468; BIANCA, Massimo. *La vendita e la permuta*. Unione Tipografico-Editrice Torinese, Turín, 1972, pp. 72 y 73; CHIANALE, Angelo. *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*. Dott. A. Giuffrè Editore, Milán, 1990, p. 76; LARROUMET, Christian. *Teoría general del contrato*. Traducido por Jorge Guerrero. volumen II, Temis, Santa Fe de Bogotá, p. 185; PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo III, volumen I, Bosch, Barcelona, 1994, p. 307; BADENES GASSET, Ramón. *El contrato de compraventa*. Tomo I, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1995, p. 17; CUENA CASAS, Matilde. *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*. José María Bosch Editor, Barcelona, 1996, p. 89.

asiento registral de quien aparece como propietario del bien siendo no obstante frecuentemente opuesta al propietario registral no poseedor por el poseedor no propietario cuando el primero con derecho inscrito demanda la reivindicación del bien de su propiedad o, incoada como pretensión principal cuando un mismo bien ha sido transferido a dos o más personas a fin de que se determine cuál de los títulos prevalece sustentada en la supuesta existencia de dos propietarios sobre un mismo bien lo cual como anteriormente se ha expuesto transgrede los alcances que nuestro ordenamiento legal regula”.

Aquí hay varias cosas por analizar.

5.1. “Mejor derecho de propiedad” no genera cancelación del asiento registral

Según la Corte, la declaración de mejor derecho de propiedad no da lugar a la cancelación del asiento registral, lo cual claramente es un error. La información que publicita el Registro se nutre de la realidad, es decir, el Registro solo declara o reconoce algo que ocurre en la realidad (extrarregistral). Por ello, si judicialmente se llega a determinar que la propiedad respecto de bien inscrito a favor de A, realmente le corresponde a B, entonces dicha sentencia será suficiente para conseguir el cambio de titularidad registral, a efectos de que lo publicitado en el Registro se adecúe a la realidad.

5.2. “Mejor derecho de propiedad” como defensa frente a la reivindicación

La Corte critica que el hecho de que “el mejor derecho de propiedad” pueda ser empleado como defensa por parte del poseedor sin derecho frente a una demanda de reivindicación planteada por el propietario con derecho inscrito. En realidad no veo ningún inconveniente con ello, pues si el demandado que invoca a su favor el mejor derecho de propiedad sobre el bien en disputa es un poseedor ilegítimo que no tiene forma de probar aquello en lo que sustenta dicho “mejor derecho”, entonces no representará ningún obstáculo para que la demanda de reivindicación sea amparada.

Por ello, no bastará con que el demandado por reivindicación se defienda invocando el “mejor derecho de propiedad” sobre el bien en disputa. Deberá acreditar tal circunstancia para impedir que la reivindicación sea amparada, lo cual exige de parte del juzgador un análisis de los medios probatorios (entre ellos los títulos de adquisición, si los tuviere) que presente el demandado sustentando su defensa.

5.3. “Mejor derecho de propiedad” como pretensión en un caso de transferencias múltiples

La Corte critica que el “mejor derecho de propiedad” pueda ser invocado como pretensión principal cuando el mismo bien ha sido materia de disposición a

favor de dos o más personas, a efectos de establecer cuál de los títulos en disputa debe prevalecer. Nuevamente no logro comprender cuál es el problema con ello: si una persona ha vendido dos veces el mismo bien a favor de distintos adquirentes, y uno de ellos pretende solucionar el conflicto de manera definitiva no existe ningún impedimento para que este pida a un juez que declare cuál de los títulos en disputa debe prevalecer sobre el otro, a efectos de tener certeza sobre quién es el verdadero propietario del bien.

6. Se desconoce la amplitud del artículo 1135 del Código Civil

“Se ha determinado bajo la interpretación errónea del artículo 1135 del CC que el emplazado ostenta un ‘mejor derecho de propiedad’ que la parte demandante en virtud a que la minuta de compraventa celebrada a favor de la demandada es oponible a la escritura pública de la actora toda vez que las firmas que en ella se consignan han sido legalizada el 15 de enero de 1991 mientras que la escritura pública de la demandante con la que sustenta su titularidad ha sido otorgada el 20 de mayo de 1992, no obstante que la aplicación de la norma en mención resulta impertinente al caso concreto, pues la misma está orientada a regular los actos jurídicos que contiene obligaciones de dar en el caso de concurrencia de acreedores de bienes inmuebles y no las situaciones que atañen a los derechos reales como en el caso de autos las cuales se encuentran reguladas en los artículos 923 y siguientes así como en el artículo 2014 del CC por tratarse de un derecho excluyente afectándose la seguridad jurídica que su inscripción en los Registros Públicos otorga pues el acto jurídico que ostenta la recurrente fue anotado preventivamente en los Registros Públicos hasta que los contratos cumplan con presentar ante la autoridad administrativa competente el expediente de habilitación urbana aspecto que no ha sido considerado ni mucho menos meritudo”.

Como ya detallé en el punto 3 del presente comentario, el artículo 1135 es amplísimo, y como tal admite dentro de su supuesto de hecho el conflicto entre dos o más personas que invoquen haber adquirido el derecho de propiedad sobre el mismo bien. Por ello un primer error de la Corte está en señalar que el artículo 1135 del CC no es aplicable para la solución del conflicto (a nivel titularidad real) que surge entre los adquirentes del mismo bien.

Sin perjuicio de ello, lo particular del caso es que la Corte terminó dándole la razón a la misma persona que habría resultado favorecida si se hubiera aplicado el artículo 1135 (la demandante) y por el mismo motivo (por haber inscrito primero su derecho). El problema es que para llegar a dicha conclusión la Corte aplicó dos normas que no tenían ninguna vinculación con el caso presentado: i) el artículo 2014 del CC regula el principio de fe pública registral, y no aplicable ante un caso de doble venta; y ii) el artículo 923 se limita a definir al derecho de propiedad, sin dar una solución al caso en donde concurren diversos “propietarios” sobre el mismo bien.

VII. CONCLUSIONES

La Corte Suprema, en la sentencia que acabo de comentar, concluyó que el artículo 1135 del CC no es aplicable a un caso de mejor derecho de propiedad, pues aquel está orientado a regular los actos jurídicos que contiene obligaciones de dar y no las situaciones que atañen a los derechos reales, pues estas se encuentran reguladas en el artículo 923 y siguientes así como en el artículo 2014 del CC.

El error está en no apreciar la amplitud del artículo 1135, el cual admite dentro de su supuesto de hecho el conflicto entre dos o más personas que invoquen haber adquirido el derecho de propiedad sobre el mismo bien.

Asimismo, el artículo 1135 es útil aun cuando el deudor ya haya entregado el bien a favor de alguno de los adquirentes. La norma va más allá del conflicto entre el acreedor que pretende la entrega y el deudor que debe cumplir con la misma, en tanto sirve también para solucionar el conflicto entre los eventuales acreedores (compradores) en caso uno de ellos considere que la entrega se hizo a quien no correspondía.

De este modo, el artículo 1135 tiene un haz y un revés:

- i) El haz representa la fase “obligacional”, que resuelve el conflicto entre el acreedor que pretende la entrega y el deudor que debe cumplir con la misma: la norma le indica al deudor a cuál de los adquirentes debe entregar el bien.
- ii) El “revés” del artículo 1135 (que la Corte no vio) representa su fase “real”, que permite solucionar el conflicto de titularidad (quién tiene el mejor derecho de propiedad) entre todos los adquirentes luego de que el deudor haya entregado el bien a uno de ellos.

En conclusión, los criterios fijados por el artículo 1135 del CC para los casos de concurrencia de acreedores sobre bienes inmuebles son plenamente aplicables para solucionar un caso de mejor derecho de propiedad. Lamentablemente, la Corte se limitó a reconocer el efecto obligacional del artículo 1135 del CC, pasando por alto que dicha norma también funciona como asignadora de titularidades reales.

Concurrencia de acreedores, mejor derecho de propiedad y duplicidad registral: confusiones supremas

COMENTARIO A LA CASACIÓN N° 3851-2014-LAMBAYEQUE

I. LOS HECHOS DE LA SENTENCIA

En la Cas. N° 3851-2014-Lambayeque, de fecha 7 de octubre de 2015, se resolvió la demanda de mejor derecho de propiedad planteada por la Asociación de Trabajadores Mayoristas y Minoristas del Mercado El Inca - La Victoria (en adelante, la asociación) contra la Comisión de Formalización de la Propiedad Informal (en adelante, Cofopri) respecto del inmueble denominado Lote número 1 de la Manzana LL-4, ubicado en el barrio La Victoria, lado sur de la ciudad de Chiclayo, también denominado Lote número 1-B de la Manzana ME, Primer Sector del distrito de La Victoria, provincia de Chiclayo (en adelante, el inmueble).

Las pretensiones de la asociación fueron las siguientes:

- i) Que se declare su mejor derecho de propiedad respecto del inmueble.
- ii) Que se reabra la Partida Registral número 02241303 y se cierre la Partida número P10013774 del Registro de Predios de la Oficina Registral de Chiclayo, o que se inscriba su derecho en esta última.
- iii) Que se le indemnice con la suma de cincuenta mil nuevos soles (S/ 50 000.00).

Los hechos que dieron lugar a la controversia fueron los siguientes:

- i) La Municipalidad de Reque era propietaria registral de un área muy extensa (dentro de la cual estaba ubicada el inmueble) inscrita a su favor desde el año 1914 en el tomo 17, fojas 144 (partida matriz).
- ii) Mediante escritura pública de compraventa de fecha 4 de julio de 1986 (en adelante, la compraventa), la Municipalidad de Reque vendió a la asociación el inmueble, el cual se independizó de la partida matriz a favor de la asociación en el asiento 1, a fojas 193, del Tomo N° 343 del Registro de Predios de Chiclayo (posteriormente Partida Registral N° 02241303).

- iii) En paralelo, mediante Resolución Suprema N° 096-72 la Municipalidad Provincial de Chiclayo fue declarada propietaria de un área dentro de la cual se encontraba el Inmueble. El derecho de propiedad de la Municipalidad se inscribió en 1972 en el asiento 1, a fojas 509 del Tomo 1999 (posteriormente Partida N° 02228587 del Registro de Predios de Chiclayo).
- iv) Como consecuencia de ello se generó una duplicidad registral, pues el Inmueble quedó inscrito en partidas distintas: una a nombre de la Asociación y otra a nombre de la Municipalidad de Chiclayo.
- v) En el año 1991 la Municipalidad de Chiclayo interpuso contra la Asociación una demanda de nulidad de la compraventa, alegando ser la verdadera propietaria del inmueble. Dicha demanda fue desestimada en todas sus instancias.
- vi) Posteriormente la asociación inició contra la Municipalidad de Chiclayo un proceso de prescripción adquisitiva sobre el Inmueble, el mismo que fue desestimado en segunda instancia, pues se consideró que al ser la asociación titular registral del inmueble no podía adquirir por prescripción lo que ya le pertenecía.
- vii) En el año 1999, producto de la duplicidad registral, la Municipalidad de Chiclayo inició un procedimiento administrativo registral de cierre de partidas, que concluyó con el cierre de la partida de la asociación (Partida 02241303) al haberse considerado que el de la Municipalidad de Chiclayo era más antigua (1972).
- viii) Finalmente la Municipalidad de Chiclayo transfirió e independizó el área correspondiente al inmueble a favor de Cofopri en la Partida N° P10013774.
- ix) Es en estas circunstancias que la asociación decide interponer la demanda de mejor derecho sobre el inmueble, exigiendo además que se reabra su partida registral, pues al haber sido independizada de una matriz del año 1914, debía prevalecer por antigüedad sobre la partida de Cofopri, la cual se había independizado de una partida matriz del año 1972 (a nombre de la Municipalidad de Chiclayo).

En primera instancia, el juez declaró fundada en parte la demanda con relación al pedido de mejor derecho de propiedad y reapertura de la partida de la asociación, e infundada respecto a la indemnización solicitada:

- i) El juez consideró que la validez de la compraventa ya había quedado establecida tanto en el proceso de nulidad de acto jurídico interpuesto en su momento por la Municipalidad de Chiclayo como en el proceso

de prescripción adquisitiva interpuesto por la asociación, por lo que el derecho de propiedad invocado por esta no podía ser desconocido.

- ii) Sobre el cierre de la partida a nombre de la asociación consideró que al haber sido esta independizada de una partida matriz del año 1914, debía prevalecer por antigüedad sobre la partida del Cofopri, que derivaba de una partida de 1972. Por ello, el haberse cerrado la partida de la Asociación implicaba no solo un atentado contra su derecho de propiedad, sino también una vulneración del principio de fe pública registral que amparaba a la asociación.

La Sala Superior revocó la sentencia de primera instancia y reformándola la declaró infundada en todos sus extremos. La Sala tuvo en consideración lo siguiente:

- i) En el proceso judicial donde se discutió la nulidad de la compraventa, únicamente se estableció que, al ser un caso de colisión de derechos, el tema debía resolverse en un proceso de mejor derecho de propiedad. Es decir, no se había dado por válida la compraventa mediante la cual la asociación adquirió el inmueble, sino que únicamente se había derivado la controversia para ser resuelta en un proceso de mejor derecho de propiedad.
- ii) Tomando como referencia la Cas. N° 3565-12 del 4 de julio del 2013, la Sala Superior sostuvo que el artículo 1135 del CC podía emplearse incluso si los títulos que entran en conflicto no derivan del mismo transferente. Por ende, aun cuando la Asociación y el Cofopri hayan adquirido su respectivo derecho de diferentes personas, la controversia debía ser resuelta con base en el artículo 1135 del CC, protegiendo de este modo al derecho que primero hubiese accedido al Registro.
- iii) En aplicación de dicha norma la Sala concluyó que el derecho de Cofopri debía prevalecer, pues no solo se había inscrito primero (1972) que el de la asociación (1986), sino que no se había acreditado que tal inscripción se hubiese hecho de mala fe.

Al momento de resolver el recurso de casación planteado por la asociación, la Corte Suprema discrepó de lo señalado por la Sala Superior, pues a criterio de aquella el artículo 1135 del CC solo aplicaba cuando los títulos en conflicto derivaban del mismo transferente, algo que no sucedía en el presente caso:

“Como se puede apreciar la Sala Superior ha aplicado la norma del artículo 1135 del CC, que está, claramente, referida al caso de una pluralidad de acreedores que reciben un bien inmueble de un mismo deudor, prefiriéndose al acreedor de buena fe que ha inscrito en primer lugar su derecho en los Registros Públicos. Sin embargo, tal no es el caso de autos, pues está claro

que el título de la Asociación demandante fue adquirido de la Municipalidad Distrital de Reque, mientras que el título de COFOPRI proviene de la independización hecha a favor del Estado mediante la Resolución Suprema N° 096-72-DB-VI”.

Entonces, en la medida que habían dos cadenas de transmisión de la propiedad que corrían en paralelo (una a favor de la asociación y otra a favor de Cofopri), la solución no pasaba por determinar cuál de los títulos había accedido primero al Registro (criterio que propone el art. 1135 del CC), sino cuál de ellos fue otorgado en su momento por el verdadero propietario del inmueble:

“Por tanto, en este caso corresponde dilucidar cuál de aquellos que transfirieron el mismo bien a sujetos distintos era el verdadero propietario y por ello mismo con la legitimidad para ejercer las facultades propias de tal derecho, analizando para ello cada cadena de transmisión en forma independiente y remontándose a la inscripción más antigua y si la transferencia realizada goza del principio de buena fe registral”.

Atendiendo a ello, la Corte Suprema consideró que la sentencia de la Sala Superior presentaba una motivación incongruente, por lo cual declaró fundado el recurso de casación y ordenó a la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque emita nuevo fallo con arreglo a ley y conforme a lo señalado en los considerandos de la sentencia casatoria.

A continuación pasaré a analizar los considerandos expuestos por cada una de las instancias, a efectos de determinar cuál de los fallos fue el correcto.

II. LOS ERRORES DEL JUEZ

En la sentencia de primera instancia he podido identificar 3 errores: i) haber invocado innecesariamente el principio de fe pública registral en beneficio de la asociación; ii) no haber señalado las razones por las que consideraba que el derecho de la asociación era mejor que el de Cofopri; iii) haber basado su decisión de reabrir la partida de la asociación solo porque esta resultaba más antigua que la de Cofopri.

¿Por qué razón el juez invocó el principio de fe pública registral? ¿Acaso el título de quien le vendió el inmueble a la asociación se había anulado y dicha anulación pretendía serle opuesta a la asociación? No, y es por ello que dicho principio nada tenía que hacer en el caso materia de comentario (primer error).

Por lo visto, hay una tendencia a invocar la fe pública registral cada vez que alguien adquiere un derecho confiando en el registro, lo cual es un error. Si yo adquiero un derecho del propietario real e inscribo mi derecho, y después alguien pretende afectar mi adquisición, pero sin alterar el título de quien me transfirió el bien, entonces no tiene nada que hacer la fe pública registral.

Otros principios deberán acudir a mi ayuda dependiendo de las razones que se invoquen para cuestionar mi adquisición, pero no –en este caso– la fe pública registral.

Por otro lado, el juez se limitó a constatar la validez de la compraventa otorgada a favor de la asociación, sin embargo no tomó en cuenta que había otro propietario con un derecho sobre el mismo bien que resultaba incompatible con el título de la asociación (segundo error).

En un proceso de mejor derecho de propiedad no basta con establecer la validez del título de una de las partes, lo que se debe hacer es determinar si dicho título es o no mejor que aquel que presenta su contendor. Aparentemente, el juez creyó que estaba ante un proceso de “nulidad de acto jurídico” y, por ello, creyó que era suficiente validar el título de la asociación.

Finalmente (tercer error), el juez optó por dar prevalencia a la partida registral de la asociación en tanto esta resultaba más antigua que la de Cofopri. Esto es un error por varias razones.

La antigüedad es importante en el procedimiento administrativo-registral de cierre de partidas. Sin embargo, dicho criterio no juega ningún rol cuando el tema se judicializa.

Por otro lado, téngase en cuenta que el pedido de la asociación, a efectos de que se reaperture su partida, es “accesorio” con relación a su pretensión de mejor derecho de propiedad. Es decir, primero se debe determinar qué derecho prevalece y recién luego (de forma automática) establecer cuál de las partidas debe prevalecer.

Por eso, la decisión sobre las partidas no debe basarse en una razón adicional y distinta a las que se invocan para resolver el mejor derecho de propiedad. El juez primero debió detallar los fundamentos con base en los cuales consideraba que el derecho de la asociación prevalecía sobre el derecho de Cofopri, y luego de ello –como lógica consecuencia– establecer cuál partida debía primar.

Si el juez resolvió el tema de las partidas con base en la antigüedad, probablemente es porque consideró que el “mejor derecho de propiedad” se resuelve desde la base de la antigüedad de las inscripciones. En realidad, son otros los criterios que deben emplearse a nivel judicial para resolver una duplicidad registral, tales como la validez de los títulos invocados por cada una de las partes, la posesión que haya ejercido alguna de ellas a efectos de determinar si consolidó o no a su favor la prescripción, etc.

III. LOS ERRORES DE LA CORTE SUPERIOR

La Sala Superior incurrió en tres errores: i) encuadrar el caso materia de análisis en el artículo 1135 del CC; ii) haber malentendido el precedente fijado por

la Corte Suprema en la Casación N° 3565-12; y iii) haber aplicado dicho precedente sin analizar el error en que se había incurrido en el mismo.

1. El artículo 1135 del Código Civil no resuelve el conflicto de titularidades que derivan de distintos transferentes

El artículo 1135 del CC aplica allí cuando una misma persona dispone dos o más veces del mismo inmueble a favor de distintos adquirentes. Es decir, los derechos que se confrontan fueron otorgados, en momentos distintos, por la misma persona. Por el contrario, en el caso que vengo analizando los títulos de la Asociación y de Cofopri fueron otorgados por distintas personas, es decir, los derechos confrontados no derivaban del mismo transferente.

Con ello queda del todo claro que el caso materia de análisis no encaja dentro del supuesto de hecho del artículo 1135 del CC. ¿En qué se basó la Sala para sostener lo contrario? En la Casación N° 3565-2012, tal como a continuación se detalla.

2. Lo resuelto por la Corte en la Casación N° 3565-12 fue incorrectamente entendido por la Sala Superior

La Sala Superior se basó en lo dicho por la Corte Suprema en la Casación N° 3565-12 para concluir que al caso materia de análisis sí le era aplicable el artículo 1135 del CC.

“La posibilidad de aplicar el artículo 1135 del CC a los conflictos en los que se confronten dos titulares cuya adquisición no derive de un mismo transferente, lo ha establecido la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República en la Casación N° 3565-12”.

Considero importante analizar qué fue lo que realmente sostuvo la Corte en la citada Casación N° 3565-12, para así poder determinar si la referencia que hizo la Sala Superior a dicho fallo fue o no correcta.

Dicha casación fue el resultado de la demanda de mejor derecho de propiedad interpuesta por la Municipalidad Distrital de La Punta (la municipalidad) contra la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales (SBN) respecto del inmueble ubicado en la calle Sáenz Peña N° 280. La municipalidad indicó que había inscrito el referido predio a su favor en el año 1941, pese a lo cual la SBN lo registró como suyo varios años después (1968), por lo que aquella debía ser reconocida como titular de un mejor propiedad sobre el inmueble.

Tanto en primera como en segunda instancia se falló a favor de la municipalidad tomando en cuenta que esta había inscrito primero su derecho. En su recurso de casación la SBN sostuvo que no resultaba de aplicación el criterio de

inscripción establecido por el artículo 1135 en tanto los títulos en disputa no derivaban del mismo transferente.

Como se puede ver, el caso que dio lugar a la Casación N° 3565-12 es muy similar al que vengo analizando: dos titulares que adquieren (de distintos transferentes) un derecho de propiedad sobre el mismo inmueble, inscribiéndose ambas transferencias en el Registro. Ambos son casos de duplicidad registral que no encajan en el supuesto del artículo 1135 del CC. ¿Cómo resolvió la Corte Suprema el conflicto entre la municipalidad y la SBN? ¿Consideró que debía aplicarse el artículo 1135 del CC?

“Sobre la infracción normativa al artículo 1135 del Código Civil, se debe señalar que la sentencia de vista hace un desarrollo sobre la pertinencia de la aplicación de la citada disposición normativa, determinando en el considerando undécimo que dicho artículo en puridad no sería de aplicación al caso de autos por cuanto prevé la concurrencia de un deudor para la concurrencia de acreedores de un bien inmueble, no obstante ello, refiere que en virtud a dicha norma lo que se pretende es hacer prevalecer el principio del ‘primer derecho es mejor derecho’, por lo que en aplicación del artículo VII del Título Preliminar del Código Civil que dispone que en caso de vacío se deberá recurrir a los principios generales del derecho, es que recoge el principio contenido en el artículo 1135 para concluir que no se puede dejar sin protección jurídica al titular originaria del derecho de propiedad del bien sub litis, esto es, a la Municipalidad Distrital de la Punta (...) En ese sentido se hace uso de las facultades previstas en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil con la finalidad de resolver la controversia en base a la aplicación de un principio general del derecho, lo cual no implica la aplicación de una determinada norma, sino el ejercicio de un derecho”.

Como se puede apreciar, para la Corte Suprema el caso **no se resuelve** aplicando el artículo 1135 del CC, sino con base en el (supuesto) principio general: “primer derecho es mejor derecho”⁽²¹⁰⁾. Es decir, para la Corte existe un vacío legislativo en tanto ninguna norma habría regulado en su supuesto de hecho el conflicto entre propietarios cuyos derechos derivan de distintos transferentes y este vacío tendría que ser llenado con base en dicho principio general del Derecho.

Entonces, en el caso que vengo comentando, la Sala Superior se equivocó al considerar que la Corte Suprema había señalado, en la Cas. N° 3565-12, que el artículo 1135 del CC sí era aplicable a los casos en donde confronten dos titulares cuyas adquisiciones no deriven de un mismo transferente. En dicha casación, la Corte de forma expresa señaló que el artículo 1135 del CC no regulaba tal supuesto.

(210) Asumo que aquello que quiso decir la Corte fue “primero en el tiempo, primero en el Derecho”.

Pero esto no fue lo más grave. Lo que realmente preocupa es que la Sala Superior no haya analizado críticamente lo dispuesto por la Corte Suprema en la citada Casación N° 3565-12. ¿Realmente –como allí se dijo– existe un vacío legislativo que requiera ser integrado con base en un principio general del Derecho?

3. Lo resuelto en la Casación N° 3565-12 fue un error y, por ende, no debió servirle de ejemplo a la Sala Superior

El que la Corte Suprema haya sostenido que no existe una norma que regule el conflicto entre titulares cuyas adquisiciones deriven de distintos transferentes es un flagrante error, en tanto pasa por alto lo dispuesto en el artículo 2022 del CC: “Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquel a quien se opone”.

Esta norma regula, de forma genérica, el conflicto entre titulares de derechos reales sobre el mismo, sin tomar en cuenta si los derechos que se confrontan derivan del mismo o de distintos transferentes. En efecto, imaginemos que A es propietario de un inmueble con derecho inscrito a su favor y se lo vende a B, quien inscribe la propiedad a su nombre. En simultáneo, C invade el inmueble y, haciéndose pasar como propietario (gracias a su posesión), vende el bien a “D” y se lo entrega. El conflicto de titularidades surgido entre B y “D” encaja perfectamente en el supuesto de hecho del artículo 2022 (cada uno buscará oponer su derecho a la contraparte), pese a que cada adquisición fue hecha con un transferente distinto (B adquirió de A mientras que “D” lo hizo de C).

Entonces, no es cierto –como sostuvo la Corte Suprema en la Cas. N° 3565-12– que estemos ante un vacío legal que requiera la aplicación de un supuesto principio general del derecho (“primer derecho es mejor derecho”⁽²¹¹⁾). Existe una norma que claramente soluciona el conflicto a favor de quien inscribe primero su adquisición.

4. La duplicidad registral no está contemplada dentro del artículo 2022 del Código Civil

En donde sí existe un vacío legal es en el caso de las duplicidades registrales, esto es, cuando los titulares que se enfrentan adquirieron sus respectivos derechos de distintos transferentes y lograron inscribir sus adquisiciones en distintas partidas registrales. ¿Por qué este caso no encajaría dentro del artículo 2022 del CC?

El artículo 2022 del CC contiene al denominado “principio de oponibilidad”, el cual presupone la negligencia de aquel que no inscribe su adquisición

(211) Asumo que aquello que quiso decir la Corte fue “primero en el tiempo, primero en el Derecho”.

y con ello permite que aparezca un tercero que confía en lo inscrito y adquiere con base en ello. La lógica de esta solución es premiar al que confió en la información registral e inscribió su derecho, y sancionar a aquel que no lo hizo, permitiendo de este modo que se produzca una apariencia registral generadora de confianza en terceros adquirentes. Por ejemplo, el propietario registral A vende el bien a B pero este no inscribe su derecho, con lo cual A sigue figurando indebidamente en la partida como propietario y valiéndose de ello transfiere el bien a un segundo comprador –C– que inscribe su derecho. En el conflicto entre B –primer comprador– y C, prevalecerá este último por haber inscrito su derecho confiando en que lo publicitado por el Registro era cierto.

La doctrina es muy clara en este punto:

“Pero quien ha dejado de inscribir, por descuido, negligencia o por negarse voluntariamente a solicitar la inscripción, no puede gozar de la protección que a través del Registro se dispensa (...). Más que proteger a quien confía en el contenido del Registro, y a la legitimación derivada de la apariencia registral, se sanciona a quien no ha inscrito (...) Todo ello con independencia de que la falta de inscripción crea una apariencia negativa, la creencia de ahí resultante en que no existe el derecho no inscrito, pueden justificar que el tercero adquiera desconociendo la situación no publicada. También por esta vía de proteger la confianza en la apariencia puede llegarse a la misma solución. Pero, de estos dos argumentos, parece más relevante el primero como fundamento de la inoponibilidad”⁽²¹²⁾.

Sin embargo, este presupuesto (negligencia de una de las partes) no se cumple en un caso de duplicidad registral, en tanto ambos adquirentes actuaron con base en el registro e inscribieron sus respectivas adquisiciones. Ninguna de ellas podría ser “sancionada” en tanto cada una verificó la información registral que publicitaba su respectiva partida. Es por ello que el principio de oponibilidad, como tal, no aplica para este tipo de supuestos.

Por ello, ante un caso de duplicidad registral corresponde que ambas inscripciones se neutralicen (sin que ninguna prevalezca sobre la otra), debiendo resolverse la controversia al margen del dato registral, tomando en cuenta para ello criterios extrarregistrales (posesión, validez de los respectivos contratos de adquisición, validez de la cadena histórica de transferencias, etc.).

IV. EL FALLO DE LA CORTE SUPREMA: UNA DE CAL Y OTRA DE ARENA

Si bien la Corte Suprema aclaró correctamente algunos desvaríos cometidos por las instancias de mérito, no dejó de incurrir en ciertas imprecisiones que vale la pena resaltar y analizar.

(212) AMOROS GUARDIOLA, Manuel. “La buena fe en la interpretación de los problemas hipotecarios”. En: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. N° 463, Madrid, noviembre-diciembre, 1967, p. 287.

1. El acierto de la Corte: sí puede aplicarse, en determinados casos, para resolver un conflicto de mejor derecho de propiedad

En el considerando sétimo de la sentencia casatoria materia de análisis, la Corte Suprema sostuvo lo siguiente:

“Como se puede apreciar la Sala Superior ha aplicado la norma del artículo 1135 del Código Civil, que está, claramente, referida al caso de una pluralidad de acreedores que reciben un bien inmueble de un mismo deudor, prefiriéndose al acreedor de buena fe que ha inscrito en primer lugar su derecho en los Registros Públicos. Sin embargo, tal no es el caso de autos, pues está claro que el título de la Asociación demandante fue adquirido de la Municipalidad Distrital de Reque, mientras que el título de Cofopri proviene de la independización hecha a favor del Estado mediante la Resolución Suprema N° 096-72-DB-VI. Es decir, existe una incongruencia en el razonamiento del *ad quem*, y por ello una vulneración del principio de motivación de las resoluciones judiciales, lo que ha determinado que se resuelva de manera errada la controversia planteada en el caso de autos”.

De este considerando es posible extraer dos conclusiones de la Corte (una más explícita que otra: i) como los derechos confrontados (la propiedad de la asociación vs. la propiedad de Cofopri) no fueron otorgados por el mismo transferente, entonces no debió aplicarse el artículo 1135; ii) si los derechos de propiedad confrontados hubiesen sido otorgados por la misma persona, entonces el proceso de mejor derecho de propiedad sí habría podido ser resuelto con los criterios de solución que establece el artículo 1135 del CC. ¿Esto último es correcto?

2. Reabriendo un debate: ¿el artículo 1135 del Código Civil propone una solución “obligacional” o “real”?

El tema resuelto por la Corte es importante porque evoca un tema que hace mucho fue materia de análisis por nuestra doctrina local, aunque el debate no recibió el eco correspondiente a nivel jurisprudencial.

Se sostuvo, por un lado, que la solución que plantea el artículo 1135 del CC es de índole “obligacional” (conclusión a la que contribuiría el hecho de que la citada norma forme parte del Libro de Obligaciones). De acuerdo con esta posición, el artículo 1135 no establece supuestos excepcionales de adquisición de la propiedad, sino que simplemente permite elegir al acreedor a quien deberá hacerse entrega del bien. En este sentido, de manera categórica se sostuvo que “las reglas de los artículos 1135 y 1136 constituyen soluciones de orden estrictamente obligacional y no de orden real”⁽²¹³⁾.

(213) CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. “Notas acerca de la concurrencia de acreedores sobre un mismo bien mueble o inmueble”. En: *Homenaje a Jorge Avendaño Valdez*. Tomo II, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 746.

Frente a esta visión “obligacionista” del artículo 1135 del CC, se ha sostenido que lo perseguido en las normas sobre concurrencia de acreedores es establecer los criterios de preferencia para asignar a un determinado sujeto el goce exclusivo del derecho reclamado sobre el bien objeto de la concurrencia. Esta es la visión “realista” del artículo 1135 del CC, según la cual la función central de las normas sobre concurrencia de acreedores es “La determinación del sujeto que va [a] ser preferido en la concurrencia para gozar el derecho reclamado (...)”⁽²¹⁴⁾, por lo que la elección del sujeto a quien se le asignará el goce “exclusivo” del bien conlleva “(...) una solución de carácter real, por encima del obligacional (...)”⁽²¹⁵⁾.

Desde mi punto de vista ambas aproximaciones son correctas, pero parciales, en tanto el artículo 1135 del CC tiene dos caras: una obligacional y otra real. Voy a tratar de explicar esto con un ejemplo⁽²¹⁶⁾.

A vende el día 1 a B un inmueble de su propiedad, quedando diferida la entrega de dicho bien a una fecha ulterior. Con posterioridad a la celebración del contrato de compraventa entre A y B (el cual no se llegó a inscribir), pero antes de la entrega del inmueble, A arrienda el mismo bien a C, quien desconociendo de la enajenación realizada por A, inscribe su contrato de arrendamiento. Tanto B (propietario) como C (arrendatario) reclaman la entrega del bien inmueble.

El problema, sin duda alguna, es uno de concurrencia de acreedores sobre un mismo bien inmueble, pero no se trata de dos acreedores que reclaman la propiedad sobre un bien, sino de dos acreedores que reclaman ser preferidos en la entrega del inmueble por dos títulos distintos: uno como arrendatario y el otro como propietario.

La solución es clara en virtud del artículo 1135 del CC: C será preferido en la entrega por haber inscrito con buena fe su contrato de arrendamiento en el registro, lo que no tiene ninguna relevancia en torno a la propiedad sobre el referido inmueble, que será de B, pero deberá tolerar la posesión de C.

Entonces, en este caso el artículo 1135 nos revela su cara o faceta “obligacionista”, en tanto no resuelve un problema de titularidad de derechos reales, sino únicamente un tema obligacional: a quién deberá el deudor (A) hacer entrega del bien. Si bien en este caso C será preferido en la entrega, una vez vencido el plazo de su contrato el bien pasará a ser poseído en concepto de propietario por B.

Ahora pensemos en este otro caso: A transfiere a favor de B la propiedad de su inmueble mediante un contrato de permuta, el cual no se inscribe en el

(214) HERNÁNDEZ GAZZO, Juan Luis. “Reflexiones para una propuesta en materia de concurrencia de acreedores”. En: *Ius et Veritas*. N° 7, p. 187.

(215) Ídem.

(216) El ejemplo lo estoy tomando de: FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. “La buena fe en la concurrencia sobre bienes inmuebles”. En: *Derecho. Revista de la Pontificia Universidad Católica del Perú*. N° 41, diciembre de 1987, p. 213.

Registro. Pese a ello, B pasa a tomar posesión del predio. A los pocos días A otorga a favor de C un contrato de compraventa mediante el cual transfiere a su favor la propiedad del mismo inmueble, inscribiéndose el derecho a favor de C.

Aquí asistimos a la concurrencia de dos sujetos que alegan la titularidad del derecho de propiedad sobre un mismo bien, cuyos derechos derivan de títulos distintos celebrados con la misma persona. Cuando C decida tomar posesión del bien y se encuentre con B, accionará judicialmente para obtener la entrega, y su pretensión se sustentará en el artículo 1135, es decir, no solicitará la “entrega” en virtud de un vínculo obligacional (que no tiene con B, en tanto con este no ha celebrado ningún contrato), sino la “reivindicación” del inmueble, ya que según el artículo 1135 C él es el “preferido” para ser investido con la titularidad del derecho de propiedad y, por ende, acceder a la posesión.

En este caso, el artículo 1135 funciona como un mecanismo de preferencia en virtud del cual el ordenamiento elegirá a un sujeto para asignarle la titularidad de un derecho de propiedad y, por ende, otorgarle su goce exclusivo. Es claro que en este caso la solución es de naturaleza “real”, pues lo que se determinará en aplicación del artículo 1135 del CC es cuál de las personas se quedará con el bien a título de “propietario”.

Por ello, como bien se ha dicho, “las ventas múltiples son, sin duda, parte del problema de la concurrencia de acreedores sobre un mismo bien inmueble, pero dicho problema no se agota en ellas; abarca un campo mucho más extenso de aplicación”⁽²¹⁷⁾. Con lo dicho por la Corte en la sentencia materia de análisis, esto último habría quedado ratificado.

3. ¿Qué debe entenderse por “acreedor” en el artículo 1135 del Código Civil?

Se podría objetar mi conclusión señalando que el artículo 1135 habla de “concurrencia de acreedores”, y no de “propietarios”, de lo cual se desprenderían los efectos exclusivamente “obligacionales” al artículo 1135, sin que este pueda resultar útil para resolver un conflicto entre diversos propietarios (por ejemplo, en un proceso de mejor derecho de propiedad).

Y esto tendría sustento, además, en la propia sentencia que vengo comentando, en donde la Corte señala expresamente que el artículo 1135 del CC se aplica ante una pluralidad de “acreedores”:

“[el] artículo 1135 del Código Civil, que está, claramente, referida al caso de una pluralidad de acreedores que reciben un bien inmueble de un mismo

(217) FERNÁNDEZ CRUZ. “La buena fe en la concurrencia (...)”. Ob. cit., p. 213.

deudor, prefiriéndose al acreedor de buena fe que ha inscrito en primer lugar su derecho en los Registros Públicos”.

Sin embargo, esta terminología empleada por el Código Civil en el artículo 1135 (y replicada por la Corte) buscaría simplemente estar acorde con el “léxico” empleado por el Código en su artículo 949 del CC.

En efecto, el error viene del artículo 949 del CC, según el cual “La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor (comprador) propietario de él”. Esta norma, que regula el sistema de transferencia de propiedad inmobiliaria en el Perú, ha consagrado al denominado “consensualismo”, según el cual el solo consenso o acuerdo de las partes en donde manifiesten su intención de transferir la propiedad de un inmueble, convierte automáticamente al adquirente en nuevo propietario del bien.

Como bien se ha dicho, “tomando en consideración el hecho de que el artículo 949 del CC no requiere la existencia de otro acontecimiento distinto del consentimiento de las partes para que opere la transferencia de propiedad inmueble, resulta evidente que hay que atribuirle a tal consentimiento la consecuencia jurídica prevista por dicho artículo”⁽²¹⁸⁾, esto es, la transferencia de propiedad.

En una compraventa, por ejemplo, el contrato no crea la “obligación de transferir la propiedad”, sino que dicha transferencia se entiende producida automática y directamente como consecuencia de la celebración de la compraventa. Es por ello que no existe un “acreedor” a la transferencia de propiedad ni un “deudor” de dicha transferencia.

Sin embargo, la mala redacción del artículo 949 del CC da pie para que se interprete que una compraventa sí crea una “obligación” de transferir la propiedad”, solo que dicha obligación se entiende cumplida con la sola celebración del contrato. Es decir, la celebración del contrato generaría, en simultáneo, el nacimiento y el cumplimiento de la “obligación de transferir la propiedad”.

Esta forma de entender el artículo 949 del CC no admite un análisis lógico, en tanto no es posible que algo nazca y muera en simultáneo. Sostener que la “obligación de transferir la propiedad” nace y muere en el mismo instante en que se celebra el contrato, equivale a negar la existencia misma de dicha “obligación”.

Como bien lo ha anotado Hugo Forno, el hecho de que el artículo 949 del CC contemple una “obligación de enajenar” —que no existe— encuentra su explicación en las circunstancias históricas que rodearon al legislador francés al

(218) ESCOBAR ROZAS, Freddy. “El contrato y los efectos reales (Análisis del sistema de transferencia de propiedad adoptado en el Código Civil peruano)”. En: *Estudios sobre el contrato en general*. 2ª edición, Ara Editores, 2004, p. 249.

momento de redactar el artículo 1138 del *Code* (cuyo texto es perfectamente asimilable a nuestro art. 949). En efecto, en un primer momento, en Francia, la transferencia de propiedad se realizó mediante la entrega física de la cosa, tal como lo establecía la teoría del título y modo. En un segundo momento, sin embargo, dicha entrega fue sustituida por la cláusula *dessaisine-saisine*, suscrita por las partes ante notario. El uso de esta cláusula determinó que en la práctica se entendiera que la transferencia de la propiedad operaba por el *solo consensus*. Cuando el legislador francés tuvo que redactar el *Code*, se encontró con un dilema, pues, por un lado, la costumbre y los defensores del *iusnaturalismo*, para los cuales la omnipotente voluntad debía ser capaz de transferir directamente la propiedad, le exigían adoptar el principio del *solo consensus*; y, por el otro, los defensores de la tradición romana le exigían adoptar la noción de contrato como convención productora de obligaciones. Ante tal situación, en lugar de optar por una solución honesta que hubiese implicado el abandono del principio del *solo consensus* (en aras de la noción de contrato como productor de obligaciones) o de la teoría del título y el modo (en aras de la noción de contrato como creador de efectos reales), el legislador francés, mediante un artificio, una triquiñuela jurídica, quiso satisfacer a unos y otros. Así, influido por Pothier, el referido legislador estableció en su artículo 1101 que el contrato solo producía obligaciones, sin embargo, luego, en el artículo 1138 estableció que la sola obligación de dar convertía al acreedor en propietario. Con tal modo de actuar, el legislador francés entendió haber encontrado la fórmula perfecta para recoger los postulados básicos de las corrientes contrapuestas⁽²¹⁹⁾.

Pero al margen de ello –y que es muy importante conocerlo para poder entender y defender el consensualismo consagrado en nuestro Código Civil– lo cierto es que bajo la mala redacción del artículo 949 del CC se podría hablar –aun cuando no comparto el uso de esta terminología– de “acreedores a la obligación de transferir propiedad” y “deudores” de dicha obligación, debiendo entenderse a los primeros simplemente como “compradores” (y, por ende, “propietarios”) y a los segundos como “vendedores”.

Entonces, si tenemos en cuenta que el artículo 1135 del CC toma la terminología del artículo 949 del CC, allí cuando dicha norma habla de “diversos **acreedores** a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregar el mismo bien inmueble”, podría leerse “diversos **compradores** a quienes el mismo **vendedor** se ha obligado a entregar el mismo bien inmueble”.

De este modo, hay razones para sostener que cuando el artículo 1135 del CC regula la denominada concurrencia de acreedores sobre bienes inmuebles, no excluye el conflicto entre potenciales compradores (propietarios).

(219) FORNO FLOREZ, Hugo. “El contrato con efectos reales”. En: *Ius et Veritas*. N° 7, Año IV, Lima, 1993, pp. 80 y 81.

4. El error de la Corte: la duplicidad registral no se soluciona con base en las fechas de inscripción de los derechos

Hay una pregunta que cae de madura: si para la Corte Suprema no debía aplicarse el artículo 1135 para solucionar el caso materia de comentario, ¿cómo debía resolverse entonces?

“(…) en este caso corresponde dilucidar cuál de aquellos que transfirieron el mismo bien a sujetos distintos era el verdadero propietario y por ello mismo con la legitimidad para ejercer las facultades propias de tal derecho, analizando para ello cada cadena de transmisión en forma independiente y remontrándose a la inscripción más antigua y si la transferencia realizada goza del principio de buena fe registral” (considerando octavo).

Es decir, para la Corte Suprema el conflicto debía resolverse: i) con base en la inscripción más antigua; y ii) con base en la buena fe registral. Ambos criterios de solución son errados.

4.1. La duplicidad registral no se resuelve con base en la antigüedad de la inscripción

La fecha de la inscripción, como posible solución a un caso de duplicidad de partidas, existe a nivel registral, pero no es útil para la definición del problema de fondo (es decir, a quién le asiste el mejor derecho de propiedad).

En efecto, es cierto que el artículo 60 del Reglamento General de los Registros Públicos (en adelante, el Reglamento) permite que la partida registral menos antigua sea cerrada en beneficio de aquel que inscribió primero:

“Cuando las partidas registrales duplicadas contengan inscripciones o anotaciones incompatibles, la Gerencia Registral correspondiente dispondrá el inicio del trámite de cierre de partidas y ordenará se publicite la duplicidad existente (...) Transcurridos 60 días desde la última publicación, la Gerencia dispondrá el cierre de la partida registral menos antigua (...)”.

Sin embargo, el propio Reglamento establece que el cierre de la partida menos antigua no implica un pronunciamiento de fondo sobre los derechos en conflicto (art. 60):

“Una vez extendida la anotación de cierre, no podrán extenderse nuevos asientos de inscripción en la partida cerrada. Sin embargo, dicho cierre no implica en modo alguno declaración de invalidez de los asientos registrados, correspondiendo al órgano jurisdiccional declarar el derecho que corresponde en caso de inscripciones incompatibles” (el énfasis es agregado).

Entonces, la solución de fondo no la determina quién inscribió primero su derecho. Ante un caso de duplicidad registral corresponde que ambas inscripciones se neutralicen (sin que ninguna prevalezca sobre la otra), debiendo resolverse la controversia al margen del dato registral, tomando en cuenta para ello criterios extrarregistrales, como podría ser la validez de los títulos que presenta cada una de las partes o la posesión ejercida por alguna de ellas sobre el bien en disputa (posesión que le permitiría adquirir el bien por usucapión) o la validez de la cadena de transferencias.

4.2. La “buena fe registral” no es útil para solucionar una duplicidad registral

Cuando la Corte Suprema menciona la “buena fe registral” se refiere al principio de fe pública registral, regulado en el artículo 2014 del CC. En sentido contrario a lo dicho por la Corte, considero que es un error invocar esta norma para solucionar una duplicidad registral.

Una primera razón por la que el artículo 2014 del CC no aplica al caso materia de análisis es que este no está comprendido dentro de su supuesto de hecho: el artículo 2014 del CC aplica allí donde se han dado transferencias sucesivas del mismo bien; la duplicidad registral, en cambio, supone transferencias paralelas, donde cada uno de los titulares adquirió de un transferente distinto y logró inscribir su respectiva adquisición.

Una segunda razón para descartar el artículo 2014 del CC es que dicha norma podría ser aprovechada por ambos titulares: la asociación podría sostener que confió en la información que publicitaba la partida registral en donde inscribió su derecho, constatando que en ella aparecía como titular la persona que le transfirió la propiedad, sin que por ningún lado apareciera publicitado el derecho de Cofopri. Este último, por su cuenta, podría sostener que también confió en la información que corría inscrita en la partida donde finalmente inscribió su adquisición, sin que de dicha partida se lograra apreciar la existencia del derecho de propiedad a favor de la asociación.

De este modo, en tanto ambas partes confiaron en la información publicitada en su respectiva partida, cada una podría invocar frente a la otra su “buena fe” en el Registro. La consecuencia lógica de ello es que ambos argumentos se neutralicen, con lo que ninguna de ellas podrá oponer a la otra su “confianza en lo inscrito”. De esto se concluye, como es obvio, que la solución del caso debe darse en función a criterios que no tomen en cuenta la “buena fe” en el Registro.

V. LA FECHA DE INSCRIPCIÓN EN UN CASO DE DUPLICIDAD: ¿CUÁL ES LA PARTIDA MÁS ANTIGUA PARA EFECTOS DEL CIERRE EN SEDE REGISTRAL?

Habiendo quedado claro que la fecha de la inscripción solo es un criterio de solución provisional que funciona a nivel registral, mas no soluciona el tema de fondo, queda por determinar qué fecha de inscripción es la que debe tenerse en cuenta en sede registral. ¿Se debe tomar en cuenta la fecha de las partidas independizadas en la que cada una de las partes inscribió su adquisición o debe valorarse la fecha de las partidas matrices de las cuales aquellas derivaron?

Considero que debe tomarse en cuenta —en sede registral, a efectos de determinar cuál de las partidas debe cerrarse y sin que ello implique un pronunciamiento de fondo respecto a cuál de las partes le asiste el mejor derecho de propiedad— la fecha de inscripción de las partidas matrices, pues las partidas superpuestas (las de la asociación y Cofopri) no son sino una derivación de aquellas.

En el caso materia de análisis, el juez dio prevalencia a la fecha de inscripción de las partidas matrices, mientras que la Sala hizo lo propio con la fecha de inscripción de las partidas independizadas. Si el caso tuviese que resolverse con base en la fecha de inscripción —algo con lo que no estoy de acuerdo por las razones que he expuesto a lo largo de mi comentario—, la decisión del juez habría sido la correcta.

VI. CONCLUSIONES

El acierto de la Corte Suprema está en haber delimitado correctamente el supuesto de hecho del artículo 1135 del CC: esta norma aplica cuando concurren sobre el mismo inmueble dos o más derechos (de la naturaleza que fueren) otorgados por el mismo transferente. De esta delimitación se desprende que incluso un caso de doble venta, que genera un proceso de mejor derecho de propiedad, deberá ser resuelto con base en los criterios que establece el artículo 1135 del CC, siendo única condición para ello que los derechos de propiedad que se confrontan deriven de contratos celebrados con la misma persona.

Sin embargo, el error estuvo en considerar que una duplicidad registral, en donde los derechos en disputa derivan de distintos transferentes, debía ser resuelta en función a la antigüedad de las partidas (inscripción más antigua). No existe una norma que establezca esta solución para un caso de duplicidad registral. Si bien es cierto el artículo 2022 del CC resuelve el conflicto entre derechos reales sobre inmuebles (que no deriven del mismo transferente) con base en la fecha de inscripción más antigua (**primero en el Registro, primero en el Derecho**), esta regla no aplica para los casos de duplicidad registral, en donde ambos derechos han sido adquiridos confiando en el Registro y han accedido al mismo.

Los casos de duplicidad registral no se encuentran regulados ni en el artículo 1135 (pues las adquisiciones no derivan del mismo transferente) ni en el artículo 2022 (pues el principio de oponibilidad implica la “sanción” de aquel titular que no inscribió su adquisición, cosa que no sucede en la duplicidad, en donde ambos titulares inscribieron sus respectivas adquisiciones), por lo que no existe fundamento jurídico para dar prevalencia al derecho que primero se haya inscrito. Estos casos deben ser resueltos sobre la base de criterios extrarregistrales, como lo son el análisis de la validez y eficacia de cada uno de los títulos en disputa, la prescripción adquisitiva que habría podido consumir alguno de los adquirentes, la validez de la cadena histórica de transferencias (por ejemplo, en la historia de una de las partidas superpuestas se aprecia que en algún momento un propietario histórico adquirió por prescripción adquisitiva).

Propietario inscrito vs. propietario no inscrito: ¿la posesión “inscrita” destruye la buena fe del tercero registral?

COMENTARIO A LA CASACIÓN N° 2866-2013-LA LIBERTAD

I. LOS HECHOS DE LA SENTENCIA

La Sentencia Cas. N° 2866-2013-La Libertad fue el resultado de la acumulación de dos procesos judiciales:

- i) La demanda de mejor derecho de propiedad y reivindicación planteada por la empresa Inversiones e Importaciones La Nueva Piel Sociedad Anónima Cerrada (en adelante, la demandante) contra don Jorge Constante Minchola Rodríguez y doña Lucinda Vargas Ledesma (en adelante, los demandados), a efectos de que: a) se declare su mejor derecho de propiedad sobre el inmueble ubicado en Prolongación Unión N° 1754 del Distrito y Provincia de Trujillo (en adelante, el inmueble), que forma parte de un predio de mayor extensión denominado El Palomar; y b) se ordene la restitución del referido predio a su favor.
- ii) La demanda de accesión planteada por la demandante solicitando la adjudicación total del inmueble sin obligación de pagar el valor de la construcción a favor de los demandados.

Los antecedentes que dieron lugar a la controversia fueron los siguientes:

- i) El inmueble, cuando aún formaba parte de un predio de mayor extensión, le perteneció al Ministerio de Agricultura, el cual se lo adjudicó a Zoe Tranquilino Reyna Cabrera en mérito a la Resolución Directoral N° 875-80 de fecha 15 de octubre de 1980. Dicha transferencia se inscribió en la Ficha Registral N° PR35615, que continúa en la Partida N° 04005761 del Registro de Propiedad Inmueble de La Libertad.
- ii) Mediante escritura pública de compraventa del 2 de noviembre de 2006, el inmueble fue transferido a favor de la sociedad conyugal conformada por José Francisco Vásquez Soto e Irina Sosa de Vásquez (en adelante, la sociedad conyugal), quienes posteriormente se lo transfirieron a Juana Isabel Sosa viuda de Chia.

- iii) Mediante escritura pública de compraventa de fecha 6 de marzo del 2007, Juana Isabel Sosa viuda de Chia transfirió el Inmueble a favor de la demandante, inscribiéndose dicha transferencia en el Asiento C00005 de la Partida N° 04005761 del Registro de Propiedad Inmueble de Trujillo.

En dicha compraventa intervino como representante de la Demandante don José Francisco Vásquez Soto (quien en el año 2006 había sido propietario de ese mismo Inmueble al haberlo adquirido junto con su cónyuge).

- iv) Los demandados, por su parte, también invocaron su condición de propietarios del inmueble, al haberlo adquirido de María Esther Reyna Velásquez (vendedora) mediante documento privado de compraventa de fecha 9 de mayo de 2000, elevado a escritura pública con fecha 27 de enero de 2005.

Si bien dicha transferencia no se inscribió en el Registro, los demandados tomaron posesión del inmueble, lo cual era de conocimiento de la demandante, en tanto en la cláusula quinta del contrato mediante el cual la sociedad conyugal adquirió el inmueble se indicó que el predio se encontraba poseído por terceros, que eran precisamente los demandados.

Los demandados, en su condición de poseedores, realizaron construcciones sobre el inmueble.

Tanto en primera como en segunda instancia se declaró fundada la demanda de mejor derecho de propiedad y reivindicación planteada por la demandante, e infundada la reconvención de los demandados. Las razones fueron las siguientes:

- i) En la medida que se trataba de dos partes que invocaban la propiedad sobre el mismo inmueble, correspondía aplicar el artículo 1135 del CC, el cual privilegia el derecho que primero se inscribió, y que en este caso fue el de la demandante.
- ii) La adquisición de la demandante estaba protegida por el artículo 2014 del CC, pues no estaba acreditado que ella, al momento de su adquisición, hubiese conocido o estado en posibilidad de conocer que la información registral era errónea, es decir, que los demandados habían adquirido la propiedad del inmueble.
- iii) Aun en el caso que el tercero registral (la demandante) conozca que el bien se encuentra en posesión de terceros, esta situación no anula, resuelve ni rescinde su contrato.

Los demandados sustentaron su recurso de casación en la causal de infracción normativa de los artículos 2014, 1135 y 2022 del CC por los siguientes argumentos:

- i) Las instancias de mérito interpretaron erróneamente el artículo 2014 del CC al considerar que la buena fe únicamente se pierde cuando el tercero conoce de forma directa y concluyente el vicio que afecta su adquisición. En realidad –sostuvieron los demandados– no hay buena fe cuando las circunstancias generan una duda razonable respecto de la vigencia del derecho que se pretende adquirir, o cuando no se ha actuado diligentemente para desvirtuar dicha duda.
- ii) En la compraventa otorgada a favor de la demandante, esta intervino representada por José Francisco Vásquez Soto, quien previamente, en el año 2006, había adquirido el inmueble junto con su esposa e Irina Sosa, habiendo declarado ambos que tenían pleno conocimiento que el bien venía siendo poseído por terceros (los demandados). Con ello queda claro que la demandante, en todo momento, supo de la posesión ejercida por los demandados, por lo que no pueden invocar que inscribieron su derecho de buena fe.

Al momento de resolver el recurso de casación la Corte Suprema sostuvo lo siguiente:

- i) No correspondía aplicar el artículo 1135 del CC al presente caso, en tanto este no trataba sobre dos actos de disposición realizados por la misma persona a favor de distintos adquirentes.
- ii) No correspondía aplicar el artículo 2014 del CC en tanto esta norma aplica ante la eventualidad de que el título de aquel que transfirió el bien al tercero registral sea anulado, rescindido o resuelto por causas que no consten en el Registro. En el presente caso el título de quien transfirió el inmueble a favor de la demandante no había sido ni anulado, ni rescindido ni resuelto.
- iii) El caso planteado encaja en el primer párrafo del artículo 2022 del CC, en tanto ambas partes invocaban tener un derecho de propiedad sobre el mismo inmueble, debiendo prevalecer aquel derecho que se hubiese inscrito primero de buena fe. Lo determinante, entonces, consistía en establecer qué se entendía por “buena fe”.
- (iv) La Corte Suprema discrepó de lo señalado por la Sala Superior, en el sentido de que la buena fe del tercero registral solo queda destruida cuando aquel tiene un conocimiento perfecto, probado y concluyente de la inexactitud del Registro.

Por el contrario –a criterio de la Corte–, la buena fe engloba también el desconocimiento, por parte del adquirente, de la realidad extrarregistral, por ejemplo la posesión que ejerce un tercero. Por ello, si el tercero registral conoce tal situación y pese a ello contrata en base al Registro no podrá alegar buena fe.

Por estas consideraciones, la Corte casó la sentencia de vista y, actuando en sede de instancia, revocó la sentencia de la Sala Superior en el extremo que amparó las pretensiones de mejor derecho de propiedad, reivindicación y accesión, y reformándola las declaró infundadas.

II. ANÁLISIS DEL CASO

El presente caso podría resumirse del siguiente modo:

- i) La demandante y los demandados cuentan con títulos de transferencia de propiedad otorgados a su favor por distintas personas en distintos momentos.
- ii) El contrato de transferencia a favor de los demandados es de fecha anterior al de la demandante. Si bien dicho contrato no se inscribió, los demandados tomaron posesión del inmueble.
- iii) La demandante, por su parte, adquirió (e inscribió) el inmueble de quien lo tenía inscrito a su favor, es decir, actuó con base a la información registral, sin embargo esta era inexacta por cuanto el inmueble ya había sido transferido a los demandados. No obstante, en la medida que la adquisición de los demandados no se inscribió, la Demandante no pudo percibir la inexactitud del registro.
- iv) Al momento en que la demandante compró el inmueble, la posesión la ejercían los demandados. Esta circunstancia era conocida por la persona que representó a la demandante en la compra, en tanto dicho representante había sido previamente propietario del inmueble, y en su respectivo contrato de adquisición había declarado conocer que la posesión la ejercían terceras personas (los demandados).

La correcta solución del caso pasaba por resolver las siguientes preguntas: i) ¿Qué norma del CC es aplicable al presente caso?; ii) ¿el hecho de que el representante de la demandante haya tenido conocimiento de la posesión ejercida por los demandados termina afectando a su representada (demandante)?; iii) ¿qué consecuencias trae respecto de la adquisición de la demandante el hecho de que esta haya conocido (a través de su representante) la posesión que venían ejerciendo los demandados?

III. ¿QUÉ NORMA ERA APLICABLE AL PRESENTE CASO?

Asumir la “ley” como nuestra principal fuente de Derecho (algo que es propio de los sistemas que integran la familia romano-germánica) nos obliga a que cada vez que queramos resolver un caso debamos ubicar la norma en cuyo supuesto de hecho encaje dicho caso, para así aplicarle la consecuencia jurídica que aquella establece.

Esta no es una labor de menor alcance, pues “escoger” la norma errónea nos llevará a aplicar una consecuencia jurídica (solución) incorrecta. Ello es precisamente lo que sucedió con las instancias de mérito, las cuales resolvieron el caso aplicando dos normas que pensadas para supuestos totalmente distintos.

1. El error de las instancias de mérito

Las instancias de mérito consideraron que el caso debía ser resuelto aplicando los artículos 1135 y 2014 del CC, lo cual es un error en tanto ninguna de estas normas regula en su supuesto de hecho el conflicto de derechos reales, sobre el mismo bien, adquiridos de distintos transferentes.

Además, debe tenerse en cuenta que ambas normas no pueden ser aplicadas al mismo caso, pues regulan supuestos muy distintos. Si las instancias de mérito querían ser coherentes, debieron –en el mejor de los casos– optar por aplicar una u otra norma, mas no ambas.

2. El acierto de la Corte Suprema

La Corte corrigió a las instancias de mérito dejando por sentado que ni el artículo 1135 ni el artículo 2014 del CC resultaban de aplicación a la controversia. Esto constituye un importante acierto.

Las distancias del caso materia de análisis con el artículo 1135 son claras: esta norma regula el supuesto en donde una misma persona transfiere dos veces el mismo inmueble a favor de diferentes personas, generándose un conflicto entre estas en donde cada una busca oponer su respectivo derecho. En el caso materia de análisis, por el contrario, la demandante y los demandados adquirieron de diferentes personas; es decir, no hubo un único transferente.

Las diferencias con el artículo 2014 del CC también son manifiestas: en la fe pública registral existe una cadena sucesiva de transferencias, en donde el derecho del tercero registral deriva de su antecedente inmediato, y los vicios que afecten el título de este no afectan la adquisición de aquel (A vende a B y este a C; si la primera compraventa es anulada o resuelta ello no perjudica a C siempre que su adquisición haya sido a título oneroso y se haya inscrito de buena fe). En el caso materia de análisis no hubo una cadena sucesiva de transferencias, sino

dos transferencias en paralelo (A vendió el bien a los demandados y B vendió el mismo bien a la demandante).

Habiendo descartado ambas normas, la Corte sostuvo que el caso debía resolverse con el artículo 2022 del CC, según el cual cuando dos o más personas invocan derechos incompatibles sobre el mismo bien, debe prevalecer el derecho que primero se haya inscrito.

Sobre la pertinencia de aplicar el artículo 2022 del CC al caso que vengo analizando me pronunciaré más adelante. Por ahora quiero resaltar el acierto de la Corte al haber diferenciado el supuesto de hecho del artículo 2022 del CC con el del artículo 2014 del CC: este último aplica allí cuando el título de aquel que transfirió el bien a favor del tercero registral se anula, resuelve o rescinde, sin que esta situación pueda terminar afectando a dicho tercero. En el supuesto de hecho que regula el artículo 2022 del CC, en cambio, no se anula ni rescinde ni resuelve el título de ninguno de los adquirentes, simplemente una de las adquisiciones (la que se inscribió) termina prevaleciendo sobre la otra, manteniéndose esta “intacta” pero sin que pueda serle opuesta al que inscribió primero.

¿Cómo aplicó la Corte el artículo 2022 del CC al caso materia de análisis? La norma es muy clara: vence el derecho que se haya inscrito primero (en adelante denominaré “tercero registral” a aquel cuyo derecho prevalece por haberse inscrito primero). Atendiendo a ello, la demandante debió vencer a los demandados, pues aquella sí inscribió su derecho, a diferencia de estos. Sin embargo, la Corte Suprema consideró que al haber tenido los demandados la posesión del inmueble, situación que fue de conocimiento de la demandante, la buena fe de esta quedaba descartada.

¿Por qué razón la Corte hace referencia a la buena fe del tercero registral, si esta no es mencionada por el artículo 2022 del CC? ¿Para proteger al tercero registral el artículo 2022 del CC exige que aquel haya actuado de buena fe?

IV. ¿EL ARTÍCULO 2022 DEL CÓDIGO CIVIL EXIGE LA BUENA FE DEL TERCERO REGISTRAL?

A diferencia del artículo 2022 del CC, que no menciona a la buena fe como un requisito para que el derecho que primero se inscribe pueda ser oponible al resto de adquisiciones, el resto de normas del CC que protegen a las adquisiciones hechas confiando en el Registro sí exigen la “buena fe”: véanse los casos de concurrencia de acreedores sobre bienes inmuebles (art. 1135 del CC), las adquisiciones a non dominio de bienes muebles (art. 948 del CC), las adquisiciones derivadas de la publicidad registral (art. 2014 del CC).

Esta omisión del legislador podría llevar a pensar que la buena fe no es parte del supuesto de hecho del artículo 2022 del CC, con lo cual el tercero registral

quedará protegido aun cuando hubiese actuado de mala fe⁽²²⁰⁾, es decir, sabiendo que aquello que publicitaba el Registro era erróneo.

Considero que existen cuatro razones para argumentar que la buena fe, aun sin ser mencionada, forma parte del supuesto de hecho del artículo 2022 del CC: i) fundamento ético; ii) fundamento sistemático; iii) fundamento analógico; (iv) fundamento teleológico.

1. Argumento ético

En el caso de los artículos 1135, 948, 2014, la buena fe integra el supuesto de hecho de todas estas normas, otorgándole al acto que se hace confiando en el Registro ciertos efectos jurídicos que de otra manera no podría alcanzar. La buena fe, en estos casos, se concretiza como una circunstancia en la que el sujeto ignora el carácter ilícito de su acto o la contravención del ordenamiento jurídico que con dicho acto se lleva a cabo, porque se encuentra en un estado de legítima ignorancia o error excusable⁽²²¹⁾.

En todos estos casos, de estar ausente la buena fe, el acto sería antijurídico⁽²²²⁾. Y es que si celebra un acto de adquisición sabiendo que con este se va terminar perjudicando a un tercero, aquel no merece protección, pues la intención práctica perseguida —que es el núcleo de la causa del contrato— deviene en ilícito. Solo la creencia errónea del derecho ajeno lesionado, es decir, la presencia de la buena fe, excluye esta calificación negativa⁽²²³⁾.

Y esto claramente involucra un elemento ético, en tanto realizar determinada adquisición a sabiendas que con ello se lesiona irremediamente el interés

(220) Afortunadamente, así no lo entendió la Corte Suprema (Casación N° 204-2010-Huaura, de fecha 9 de setiembre de 2010) en un caso de doble venta, donde desestimó el argumento de quienes pretendían amparar su adquisición por haber accedido primero al registro, pese a haber actuado de mala fe. Aun cuando en este fallo se confunde el principio de oponibilidad con el de fe pública registral, el apunte sobre la buena fe no deja de ser importante: “Los jueces de mérito han determinado en su sentencia de fojas quinientos trece luego de la evaluación que han efectuado de los medios probatorios, que don Pedro Serapio Jara Santos, conocía sobre la inexactitud del registro al momento de adquirir el predio objeto de litis de doña Rosa Caya Ayala, en consecuencia el fin de ambas partes era ilícito, ya que aceptaron llevar adelante una negociación contractual respecto de un bien que ambos conocían era ajeno. Con respecto a la buena fe registral, tenemos que Pedro Serapio Santos Jara, ha pretendido aprovecharse de la inscripción registral, pese a conocer su inexactitud al haberse determinado que el tercero (don Pedro Serapio Santos) conocía la inexactitud del registro, correspondía anular la venta efectuada, no observándose por tanto error en la aplicación de la parte in fine del artículo 2014 del Código Civil, o que se haya producido infracción normativa con relación a los artículos 2012 [sic] del Código Civil, puesto que los jueces de mérito han aplicado de manera correcta a los hechos determinados en dicha instancia el artículo 2014 del Código Civil”.

(221) Esta es la buena fe en sentido subjetivo.

(222) DE LOS MOZOS, José Luis. *El principio de buena fe: sus aplicaciones prácticas en el derecho civil español*. Ob. cit., p. 58.

(223) En este sentido, Betti sostiene que “la buena fe, esto es, la errónea creencia generada por el error en la titularidad del derecho ajeno, excluye en el comportamiento de quien yerra el carácter de daño, esto es, aquel de la antijuricidad, que de otro modo sí revestiría”. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Giuffrè Editore, Milano, 1953, p. 72.

de un tercero, merece de parte del sistema jurídico un reproche que no puede ser obviando por el simple hecho de que la norma (art. 2022 del CC) no exija expresamente a la buena fe. Lo contrario implicaría permitir que el sistema proteja conductas antijurídicas.

Por ello, este componente ético de la buena fe debe pasar a integrar el supuesto de hecho del artículo 2022 del CC.

2. Argumento sistemático

Todas las normas que protegen adquisiciones a *non domino* exigen la buena fe de aquel que adquiere en segundo lugar, pero que inscribe primero. Por ello debemos aplicar al artículo 2022 del CC los mismos requisitos (buena fe) que nuestro Código Civil, de forma sistemática, exige allí cuando se protege una adquisición hecha en base al Registro.

Por el contrario, se debe rechazar una interpretación que le permita al artículo 2022 del CC romper con esta lógica y terminar protegiendo adquisiciones hechas con mala fe. Más aún si nuestro sistema jurídico, tanto a nivel legislativo⁽²²⁴⁾ como constitucional⁽²²⁵⁾ proscribiera el ejercicio abusivo de un derecho.

3. Argumento analógico

El artículo 1135 del CC engloba al artículo 2022 del CC y aquel sí menciona a la buena fe como requisito adicional a la inscripción para que una adquisición quede protegida.

Imaginemos que A se ha obligado a entregar el mismo inmueble a B, C y D. Este es el supuesto que trata de solucionar el artículo 1135 del CC. La norma señala que debe prevalecer el adquirente que primero haya inscrito su derecho de buena fe.

Podría ser que A se obligó a entregarle el mismo bien a B, C y D porque constituyó a favor de cada uno de ellos un derecho real (otorgó la propiedad a B, dio en usufructo el bien a C y a favor de D constituyó un derecho de habitación).

Es decir, en este caso el conflicto entre los 3 adquirentes sería de derechos reales: cada quien tratará de oponer su derecho real frente a los otros adquirentes. El caso encaja dentro del supuesto de hecho del artículo 2022 del CC (oponibilidad de derechos reales sobre inmueble), pero también dentro del

(224) Artículo II del Título Preliminar del Código Civil.- “La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho”.

(225) Artículo 103 de la Constitución.- “La Constitución no ampara el abuso del derecho”.

artículo 1135 del CC (el mismo transferente –A– se obligó a entregar el bien a distintos adquirentes).

¿Esto quiere decir que ambas normas regulan el mismo supuesto? No. En realidad el 2022 se encuentra comprendido dentro del artículo 1135 del CC, pero este regula una gran variedad de supuestos que exceden al artículo 2022 del CC.

En efecto, el artículo 1135 del CC no solo aplica cuando hay arrendamientos múltiples o ventas múltiples. Esta norma debe aplicarse allí cuando A se ha **obligado** a dar el mismo bien a dos o más personas e independientemente en manos de quién se encuentra dicho bien. ¿Cuándo una persona se obliga a dar un bien a otra? El título, razón o causa de esta obligación, puede ser de lo más variado: puede ser que A vendió el bien, lo donó, lo arrendó, lo permutó, lo dio en comodato, constituyó un derecho real de uso sobre el mismo, etc., etc. En todos estos casos, existe la **obligación** de dar el bien, y precisamente por eso debe aplicarse el artículo 1135 del CC.

Por ello, en la concurrencia de acreedores (1135) se da la confluencia de distintos titulares de derechos subjetivos (de la clase que sean) sobre un mismo bien. Esta confluencia puede darse entre: i) derechos reales similares (diversos compradores); ii) derechos reales distintos (compradores versus donatarios; iii) derechos de crédito similares (diversos arrendatarios); iv) derechos de crédito distintos (arrendatarios versus comodatarios, solo por citar un ejemplo); v) derechos reales versus derechos de crédito (un comprador versus un arrendatario o un donatario versus un comodatario).

En conclusión, el artículo 1135 del CC engloba, entre otras, a las ventas múltiples, a las donaciones múltiples, las permutas múltiples, los arrendamientos múltiples, los comodatos múltiples, e incluso la combinación de alguna de estas figuras.

Entonces, como el artículo 2022 está “dentro” del artículo 1135, y este si hace referencia a la buena fe, se debe concluir que el artículo 2022 solo protege al tercero registral cuando este, además de haber inscrito primero, lo hizo de buena fe.

4. Argumento teleológico

No exigir la buena fe en aquel que inscribe primero y aun así proteger su adquisición conllevaría convertir nuestro sistema registral en uno de carácter constitutivo.

El sistema jurídico peruano está diseñado para que exista una relación directamente proporcional entre la confianza en el Registro y la seguridad en la contratación. A mayor confianza en el Registro mayor es la seguridad que el sistema

le otorga a mi adquisición. Si A figura en la partida como propietario y yo, fiándome de esa información, lo compro e inscribo a mi favor, no resultaré perjudicado si mañana aparece alguien cuestionando el título por el que A, en su momento, adquirió la propiedad: la confianza que deposité en el Registro me garantiza que mi adquisición se vuelva inatacable.

El sistema jurídico no protege las adquisiciones por el solo hecho de que se inscriban. El sistema no concibe al tráfico inmobiliario como una carrera donde gana simplemente el que primero llega al Registro. El sistema no protege la inscripción *per se*, como si esta fuese un valor absoluto. Entre dos compradores del mismo bien, no se protege al que primero inscribe por el hecho de haber inscrito primero y punto. La protección del sistema no radica tanto en la inscripción en sí, sino más bien en el estado subjetivo con que se hace dicha inscripción: con **confianza**, en la **creencia** de que lo inscrito se condice con –no contradice– la realidad.

Si el sistema jurídico no exigiese esta buena fe en el adquirente, se obtendrían resultados diametralmente distintos a aquellos que precisamente se busca incentivar: si pese a saber que el Registro está equivocado, yo contrato con aquella persona que figura inscrita como titular del derecho de propiedad y esa adquisición es premiada por el sistema, en tanto este la protege frente a una eventual demanda del verdadero propietario, el mensaje es claro: el Registro es constitutivo de derechos, porque allí cuando aquel discrepe de la realidad, se premia a quien (como yo en el caso planteado) pasa por encima de la realidad y actúa con base en el Registro.

Esto no es lo que nuestro sistema busca, pues la naturaleza de nuestro Registro es ser declarativo y no constitutivo de derechos. ¿Cómo se genera el incentivo para que ante una discrepancia manifiesta entre Registro y realidad, los adquirentes opten por esta y no por aquel? Exigiendo que la adquisición se realice de buena fe, de modo que quien actúe con base en el Registro pese a no confiar en él termine siendo afectado por la realidad que pasó por alto.

En conclusión, la buena fe sí es un requisito que deber ser tomado en cuenta a efectos de otorgarle protección a aquella adquisición que ingresó primero al Registro. Ahora toca responder una pregunta no menos ardua, ¿qué implica exigirle buena fe al tercero registral?

V. ¿CÓMO ENTENDER LA BUENA FE EN EL ARTÍCULO 2022 DEL CÓDIGO CIVIL? ¿EXISTE UNA ÚNICA “BUENA FE”?

Nuestra doctrina y jurisprudencia, cada vez que ha tratado de “descifrar” el significado de “buena fe”, lo ha hecho dentro del campo de aplicación de la fe pública registral (art. 2014), sin mencionar si dicho análisis resultaba extensible al principio de oponibilidad (art. 2022). Desde mi punto de vista, en ambos principios existe un “tercero” que actúa confiando en la información registral y que exige protección frente a aquellos hechos que no pudo conocer.

Desde mi punto de vista, la buena fe significa lo mismo tanto en el artículo 2022 como en el artículo 2014: desconocimiento que el Registro publicita una mentira, al haber quedado desfasado de la realidad (más adelante detallaré cómo debe producirse ese “desconocimiento”). En el caso del artículo 2022, el tercero registral desconoce que al momento de su adquisición, sobre el inmueble respecto del cual contrata, existe un derecho no publicitado favorable a otra persona y que resulta incompatible con el derecho que aquel está adquiriendo. En el 2014 el tercero registral desconoce que existe una causa de anulación, rescisión o resolución, no publicitada por el Registro, que podría afectar el derecho de su transferente y con ello, en cascada, afectar su propia adquisición.

Ambos “terceros registrales”⁽²²⁶⁾ se equivocan al confiar en el Registro, pero como se trata de una equivocación que no les es imputable, la ley protege dicha confianza por encima de la situación real no publicitada. Es por ello que la idea de “confianza” o “buena fe” exigible a ambos terceros debe tener el mismo contenido: una sola “buena fe” para ambos casos.

En la medida que el artículo 2022 del CC no menciona a la “buena fe”, cuando nuestra doctrina y jurisprudencia se ha preocupado por analizar dicho concepto el análisis se ha reducido al artículo 2014 del CC. Sin embargo, y por las razones recién señaladas, todo lo que se pregone respecto de la buena fe en el artículo 2014 es plenamente aplicable a la buena fe en el artículo 2022.

VI. ¿CÓMO VIENE ENTENDIENDO LA “BUENA FE” NUESTRA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA?

Un sector de nuestra doctrina ha planteado un concepto “negativo” de buena fe: esta se mantiene mientras no se pruebe que el tercero registral “conocía la inexactitud del registro”. A esta forma de entender la buena fe se le denomina “buena fe-desconocimiento”.

Por ello, quien pretenda desvirtuar la buena fe del tercero registral deberá acreditar que este conocía (de manera efectiva, no potencial) que el Registro se disociaba de la realidad. Como consecuencia de ello, el tercero registral no tiene ninguna obligación de informarse sobre datos extrarregistrales, y ni siquiera graves dudas sobre la exactitud del Registro equivaldrían a “tener conocimiento” de esta realidad extrarregistral⁽²²⁷⁾. Las dudas, por ello, no equivalen a “conocimiento efectivo de la inexactitud”. Solo este tiene relevancia para desacreditar al tercero.

(226) La doctrina (española, sobre todo) no es ajena a este tema: en ella la mayoría de autores distingue al tercero del principio de oponibilidad (art. 2022) denominándolo “tercero latino”, del tercero de la fe pública registral (art. 2014) a quien llaman “tercero germánico”.

(227) AVENDAÑO ARANA, Francisco. “El conflicto entre la prescripción y el Registro”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Tomo 155, Gaceta Jurídica, Lima, agosto 2011, p. 262.

El tercero que, teniendo dudas sobre la exactitud del Registro, no hace nada para clarificar tal estado de cosas mantiene su buena fe⁽²²⁸⁾.

De este modo, según esta posición la “buena fe” consiste en la ignorancia efectiva de que el Registro publicaba algo erróneo, sin importar el esfuerzo (mucho o poco) que el tercero registral haya desplegado para salir de dicho estado de ignorancia.

La Casación N° 2235-Piura es un perfecto ejemplo de aplicación de este estándar de buena fe:

“En el presente caso, el recurrente no ha actuado de mala fe (lo cual permite concluir sobre la acreditación de su buena fe) ni en connivencia con el code mandado al concertar la compraventa ni con la intención de perjudicar a la demandada en sus derechos, porque el recurrente actuó guiado por la buena fe en la medida que constató que en registros aparecía el vendedor como exclusivo propietario del inmueble sublitis, siendo que el recurrente no conocía a la demandante ni sabía que estaba casada civilmente con el vendedor. Y si bien ambos vivían en el mismo inmueble sublitis, esta es una circunstancia que no corría inscrita en Registros Públicos por lo que no fue de conocimiento del recurrente”⁽²²⁹⁾.

Esta forma de entender la buena fe se sustenta en la presunción de legitimidad que tiñe a todo aquello que accede al Registro: en tanto se trata de una publicidad con control de legalidad y, por tanto, con garantías de certeza, la confianza en la publicidad registral no podría ser enervada sobre la base de simples indicios extrarregistrales o circunstancias fragmentarias.

Esto último me parece importante: quienes defienden esta forma de entender la buena fe parten por asumir que aquello que accede al Registro pasa por un adecuado control de legalidad, por lo que al ciudadano se le garantiza la certeza de lo publicitado. Sin embargo, esto, más que una realidad, es una declaración de principios. La “certeza” y “legalidad”, más que graficar cómo funciona nuestro sistema registral, explican cómo **debería** construirse un sistema registral.

Y qué mejor que sea la propia entidad encargada de la publicidad registral (Sunarp) la que reconozca esta situación:

“A fin de proteger los derechos de los titulares registrales y teniendo en cuenta que la Sunarp tiene como misión otorgar seguridad jurídica, entendiéndose

(228) CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. “La función económica del Derecho: a propósito de los derechos de prenda e hipoteca”. En: *El Derecho Civil peruano. Perspectivas y problemas actuales*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1993, pp. 71-72.

(229) Cas. N° 2235-Piura del 17 de mayo de 2005, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 1 de marzo de 2006.

esta como la protección del titular con derecho inscrito en el Registro para que no se ve perjudicado y despojado irregularmente de su propiedad, se pone a disposición de la ciudadanía un mecanismo legal que permita el cierre temporal y voluntario de las partidas correspondientes al Registro de Predios.

Este mecanismo implica extender un asiento que inmovilizará temporalmente las partidas de los predios inscritos en los Registros Públicos que administra la Sunarp, a petición del titular inscrito, a fin que no pueda inscribirse en cierto periodo ningún acto registral de acto de disposición, carga o gravamen sin su consentimiento y previa comprobación de su autenticidad, evitando así que los Registros Públicos a cargo de la Sunarp acojan indebidamente un título falsificado”.

Es decir, la propia Sunarp reconoce la posibilidad de que ciertos documentos ilegales (falsificados u otorgados mediante la suplantación de identidad de los verdaderos titulares registrales) terminen accediendo al Registro. ¿De qué legalidad y certeza, entonces, estamos hablando? ¿Es posible, en nuestro país, seguir sosteniendo un estándar de “buena fe registral” construido sobre la base de principios que claramente no existen?

Frente a esta forma de entender la buena fe, los españoles vienen planteando una idea de buena fe-diligencia, es decir, ya no como un “desconocimiento de la inexactitud registral”, sino como un patrón de conducta que “obliga” al tercero a asumir una actitud diligente al momento de su adquisición, imponiéndosele deberes elementales de verificación e información, conforme a los cánones mínimos de honestidad en la adquisición⁽²³⁰⁾.

Atendiendo a ello, la buena fe no podría ser equivalente a la simple ignorancia, pues aquella está envuelta en un ámbito de moralidad que la configura de forma decisiva. “Una buena fe sin diligencia tiene más de censurable ignorancia que de buena fe protegible. De igual modo, repárese en que el Registro es una verdad formal que no agota la realidad jurídica, y si esta se muestra accesible, por lo menos generando el estado de duda suficiente para reaccionar, entonces no existe razón alguna para que el hombre recto y prudente no deba avanzar hasta saldar la duda y obtener el conocimiento efectivo de la realidad, sin pretender cobijarse en el manto de la buena fe cuando estuvo a su alcance la realidad”⁽²³¹⁾.

Esto implicaría exigir, de parte del tercero, el agotamiento de los medios ordinarios de investigación de la titularidad de su transferente y la verosimilitud de una realidad objetiva, que impida la utilización del Registro como instrumento defraudatorio⁽²³²⁾.

(230) Contundentes argumentos a favor de esta posición, en: GORDILLO CAÑAS. “El principio de fe pública registral”. Parte I. En: *Anuario de Derecho Civil*. Tomo LIX, Fascículo II, abril-junio, 2006, p. 587 y ss.

(231) GORDILLO CAÑAS, Antonio. *El principio de fe pública registral*. Biblioteca Moderna de Derecho Civil. N° 3, Jurista Editores, Lima, 2010, p. 123.

(232) ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, José. *Derecho inmobiliario registral*. Civitas, Madrid, 1983, p. 239.

En síntesis, para este sector doctrinario la buena fe es la ignorancia de que el Registro publicita algo erróneo, pese a haber realizado las labores encaminadas a conocer la verdad (realidad).

VII. ¿CUÁL ES EL CRITERIO DE BUENA FE QUE DEBEMOS APLICAR EN NUESTRO PAÍS?

Nótese que ambas formas de entender la buena fe parten de la misma idea: desconocimiento o ignorancia de que el Registro publicita una información errónea. La diferencia es que en el primer enfoque (buena fe-creencia) la buena fe se mantiene pese a que el tercero no haya hecho nada por salir de su estado; en el segundo (buena fe-diligencia) el tercero debe haber agotado los medios para salir de su estado de ignorancia, pese a lo cual este se mantiene.

¿Cuál de estos criterios se impone en nuestro sistema jurídico?

Tal como ya indiqué, considero “desfasado” el criterio de la buena fe-desconocimiento, en tanto se sustenta en presupuestos que han sido ampliamente desbordados por nuestra realidad.

Sin embargo, ello no me lleva tampoco a sustentar que en todos los casos la buena fe signifique exigirle al tercero registral que constate la posesión del bien, para descartar así la existencia de algún titular de un derecho no inscrito.

Y en este punto es importante hacer dos aclaraciones:

- i) No cualquier posesión afectará al tercero registral: si se trata de un poseedor ilegítimo, ello en nada afecta la posición del tercero registral, quien podrá recurrir a alguno de los mecanismos que la ley le otorga (reivindicación o desalojo) a efectos de recuperar la posesión. El problema se presenta cuando esta posesión se sustenta, además, en un derecho que no accedió al Registro, y cuyo titular (a quien denominaré “poseedor calificado”) pretende hacerlo oponible al tercero registral⁽²³³⁾. Aquí se presenta el dilema respecto de si el derecho no publicitado a través del Registro, pero sí mediante la posesión puede afectar la adquisición del tercero registral⁽²³⁴⁾.
- ii) Una cosa es descartar la buena fe del tercero porque está acreditado que este tuvo conocimiento de que la posesión la ejercía un poseedor calificado, y otra muy distinta es considerar tercero de mala fe a aquel que,

(233) El análisis de estos supuestos ha sido hecho en detalle en el comentario a la Cas. N° 3187-2013-Cajamarca.

(234) Es decir, la posesión en sí nunca es la sola razón para destruir la buena fe; la posesión es, en el mejor de los casos, el instrumento o el mecanismo a través del cual se hace de conocimiento del titular registral que existe un derecho contradictorio al suyo y que no llegó a ser publicitado mediante el Registro.

pese a no haber tenido efectivo conocimiento de la posesión, las circunstancias lo “obligaban” a constatarla, pues de haberlo hecho habría tomado conocimiento de la existencia de un poseedor calificado, titular de un derecho incompatible con el suyo aunque no inscrito.

Sin duda alguna, en el primer caso el tercero registral no tendrá buena fe (al margen de si entendemos a esta como simple “ignorancia” o “diligencia”). En efecto, si se acredita que aquel conocía la realidad, entonces se quiebra el concepto mismo de buena fe: no hubo confianza en lo publicitado por el Registro.

En el segundo caso, en cambio, no se sanciona al tercero registral por haber contratado con base en el Registro pese a saber que este estaba equivocado, sino por no haber hecho las cosas que mínimamente se le exigirían a una persona diligente para salir del estado de error.

La propia jurisprudencia española diferencia ambos supuestos. El Tribunal Supremo español en su sentencia (STS) del 21 de enero de 2008 afirmó que “[n]inguno de los sucesivos adquirentes tiene la condición de tercero hipotecario⁽²³⁵⁾, ni está por tanto protegido por la fe pública registral, al faltar el requisito de la buena fe, dado que todos ellos conocían que en la vivienda vivían unas personas que poseían a título de dueño”.

Es decir, estaba acreditado el efectivo conocimiento que el tercero tenía respecto de la posesión ejercida por un poseedor calificado, lo cual destruía su buena fe.

Por el contrario, en otros casos la buena fe del tercero quedó descartada porque aun cuando este no llegó efectivamente a conocer el estatus posesorio del bien, las circunstancias determinaban que debía conocerlo.

Así, en la STS del 9 de mayo de 2003 el Tribunal señaló que el tercero registral no tenía buena fe al estar “demostrado que son los codemandados los que están en posesión de ese terreno, **esta circunstancia razonablemente no podía ser ignorada** por el demandante, vecino del pueblo de Carracedelo, localidad en la que se hallan las fincas” (el énfasis es agregado).

En esta misma línea, la STS del 30 de diciembre de 2005 niega la buena fe del adquirente en tanto la realidad extrarregistral era notoria: “En tercera subasta y por el ridículo precio de remate de 50,000 pesetas se adjudica y remata a favor de Cementos H. S.A., que **necesariamente tenía que conocer que estaba adquiriendo cosa distinta de la descrita en el Registro**, no solo porque en el

(235) En el sistema jurídico español al “tercero registral” se le denomina “tercero hipotecario”, dado que todos los principios registrales, que en nuestro sistema están recogidos en el Libro IX del Código Civil (arts. 2012, 2022, 2014 y 2016), ellos los tienen regulados en su “Ley Hipotecaria”.

mismo ya existían muchas segregaciones de la matriz, sino también por estar a la vista las construcciones existentes en la misma” (el énfasis es agregado).

No hay dudas de que en el primer caso (el tercero registral conocía que la posesión la ejercía el titular de un derecho que no había logrado acceder al Registro) la buena fe queda descartada. Lo problemático se presenta en el segundo caso: ¿existen circunstancias que “obligan” al tercero registral a no limitarse a revisar la información registral para descartar la inexactitud del Registro?

Considero que sí. Si bien es cierto que no es posible plantear la existencia de un deber general sobre todo tercero registral consistente en revisar –además de la información inscrita– la posesión del predio, esta exigencia es justificable en ciertos casos, pues la no constatación de tal posesión podría tomarse como la renuncia del tercero registral a conocer la inexactitud del Registro. Por ello, en aquellos casos en los que el tercero registral no tuvo efectivo conocimiento del error del Registro, pero se colocó (voluntariamente) en una situación que le impidió conocer tal inexactitud, quedará descartada su buena fe, por lo que no deberá recibir la protección del Registro pese a haber inscrito primero.

La pregunta final es ¿podría considerarse el caso materia de análisis como uno en donde existían circunstancias que “invitaban” al tercero registral (demandante) a constatar la posesión del inmueble?

VIII. LA CORRECTA SOLUCIÓN DEL CASO

Hay un dato muy importante que no debe pasar por alto: en el caso que vengo comentando la “posesión fue registrada”. Me explico: en la cláusula quinta del contrato mediante el cual el inmueble fue transferido a favor del señor Francisco Vásquez Soto (quien luego actuaría como representante de la demandante en la compra del mismo bien⁽²³⁶⁾) y su esposa, estos declararon conocer que el inmueble se encontraba ocupado por terceras personas:

“La vendedora declara que el inmueble materia de la presente compraventa, está libre de gravamen, obligándose en todo caso a la evicción y saneamiento de ley, sin embargo [las partes] dejan expresa constancia que el bien se encuentra ocupado por precarios, por su parte los compradores declaran conocer este hecho”.

¿Esto quiere decir que el señor Francisco Vásquez Soto (y, por ende, la demandante) tenían conocimiento de la inexactitud del Registro? No. Esto simplemente acredita que aquel sabía que el inmueble estaba poseído por un tercero,

(236) En la medida que el señor Francisco Vásquez Soto actuó como representante de la demandante, todo lo que se diga respecto del estado subjetivo de aquel (si conocía o no la posesión o la inexactitud del Registro) aplica para esta última.

pero no necesariamente por un tercero con derecho que sustente su posesión (posesión calificada).

Tal como indiqué previamente, el solo hecho de que la posesión la ejerza alguien distinto de aquel a quien el Registro publicita como propietario no significa nada. Si este poseedor es un ilegítimo, el Registro sigue publicitando una realidad: quien figura como propietario es el propietario.

Los problemas se generan cuando el bien lo posee un “poseedor calificado”, que a diferencia del ilegítimo sí cuenta con un derecho que se opone o entra en conflicto con el del titular registral. En este caso, el Registro publicita una mentira: dice que el dueño es A (inscrito) cuando en realidad es B (no inscrito pero con posesión).

En el primer caso, el artículo 2022 del CC no juega ningún rol: quien compre el bien del titular registral lo estará comprando del verdadero propietario, con lo cual ni siquiera necesitará inscribir su derecho para ser preferido frente al poseedor ilegítimo. Por el contrario, en el segundo caso, el artículo 2022 del CC despliega toda su eficacia: la adquisición del tercero registral, que en principio no debería producir ningún efecto en tanto fue hecha con quien no era el propietario, queda protegida frente al derecho no inscrito.

De ello se concluye que el solo hecho de que el tercero registral conozca que el bien es poseído por alguien distinto al titular registral no significa nada. El conocimiento de dicha posesión solo destruirá la buena fe del tercero registral cuando se trate de un poseedor calificado.

En el presente caso, la cláusula quinta no solo no decía que se trataba de un poseedor calificado, sino que incluso sindicaba a dicho poseedor como un “precario” (sin derecho). Eso quiere decir que la sola lectura de la cláusula no implicaba que el señor Francisco Vásquez Soto reconociera la inexactitud del Registro.

Esta información brindada por el Registro podría haber sido errónea (como, en efecto, lo terminó siendo, pues quienes poseían el inmueble no eran precarios, sino poseedores que sustentaban el uso del bien en un derecho de propiedad) o cierta. Se trataba de una información que, en el mejor de los casos, generaría dudas en la cabeza de cualquier persona que adquiere el bien: i) ¿será realmente un poseedor precario?; ii) ¿es posible que dicho poseedor ya haya consumado a su favor la prescripción adquisitiva?; iii) ¿es posible que dicho poseedor tenga algún derecho real sobre el bien, pero que no llegó a inscribirlo?

Entonces, el hecho de que la posesión haya sido –de alguna forma– incorporada al Registro, y que de dicha circunstancia se deriven dudas e incógnitas sobre la exactitud del Registro “invitaban” al demandante a constatar quién ejercía la posesión.

La pregunta ahora es si dicha cláusula quinta debía o no ser revisada por la demandante. Tengamos en cuenta que la cláusula fue incorporada en un contrato del 2006, mientras que la demandante adquirió en el 2011. De igual forma, dicha cláusula no estaba en el asiento registral, sino únicamente en el título archivado.

- i) ¿Cuál es el margen de temporalidad que debe revisar el tercero registral para poder invocar buena fe y quedar protegido?
- ii) ¿Cuál es el tipo de información registral que debe revisar el tercero registral para poder invocar buena fe y quedar protegido? ¿Basta con los asientos registrales o se deben analizar los títulos archivados?

Respecto de la primera pregunta, la temporalidad debe ser la de 10 años, y ello por dos razones:

- a) Vencido dicho plazo prescribe cualquier posibilidad de que se inicie alguna acción encaminada a cuestionar el título del tercero registral.
- b) Vencido dicho plazo el tercero registral, en caso de que se hubiese presentado algún vicio en su derecho, podría invocar las reglas de prescripción adquisitiva a su favor. Así, mediante la suma de plazos posesorios (siempre que se hayan dado sucesivas transferencias del bien), el tercero registral podría sumar la posesión de los anteriores poseedores para completar el plazo prescriptorio que establece la ley.

Entonces, en el caso materia de análisis la demandante sí debió revisar el acto de adquisición a favor del señor Francisco Vásquez Soto, en tanto este se encontraba dentro del rango de temporalidad de los 10 años.

La segunda pregunta es si la revisión por parte de la demandante debía limitarse al asiento registral (en cuyo caso no habría tenido conocimiento de la cláusula quinta) o si debía extenderse a los títulos archivados.

A partir de marzo de 2015, con la primera disposición complementaria final de la Ley N° 30313 se dejó claramente establecido en el artículo 2014 del CC que el tercero registral debía revisar, además de los asientos, los títulos archivados:

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

Entonces, si el caso se presentara hoy, la demandante habría tenido que revisar el contrato (título archivado), con lo cual habría tomado conocimiento de la

posesión ejercida por los demandados. Sin embargo, al momento en que se produjo la controversia, el artículo 2014 del CC se limitaba a señalar que: “El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos”.

Es decir, la norma vigente en ese entonces no exigía la revisión de los títulos archivados. Sin embargo, considero que ello no resultaba, toda vez que el representante de la demandante al momento en que esta adquirió el inmueble fue el señor Francisco Vásquez Soto, quien precisamente había sido propietario de ese mismo bien y que en su contrato de compraventa había declarado tener conocimiento de la posesión ejercida por terceros (demandados).

Entonces, la mala fe de la demandante (a través del estado subjetivo de su representante) estaba acreditada.

IX. CONCLUSIÓN

No existe un deber general en cabeza de todo tercero registral de constatar quién ejerce la posesión. Ello dependerá de las circunstancias que rodeen al caso en concreto. En el caso materia de análisis la demandante sí debió constatar la posesión, en tanto los propios documentos registrales daban cuenta de que esta venía siendo ejercida por un tercero.

Esto de por sí ya creaba las dudas necesarias respecto de si dicho poseedor contaba o no con algún derecho sobre el inmueble. Y el solo hecho de que esta posesión haya sido incorporada al Registro impedía obviarla, independientemente de que se maneje un estándar de buena fe como “ignorancia” o “diligencia”.

Finalmente, contribuye a la solución del caso el que la demandante haya tomado efectivo conocimiento de la posesión del inmueble a través de su representante, con lo cual quedó descartada su buena fe, y siendo así, su adquisición, pese a haberse inscrito primero, no podía serle oponible a los demandados.

Para oponer derechos reales sobre inmuebles se debe inscribir primero ¿de buena fe? La Corte Suprema se equivoca, afortunadamente

COMENTARIO A LA CASACIÓN N° 2444-2015-LIMA

I. LOS HECHOS DE LA SENTENCIA

En la Cas. N° 2444-2015-Lima, publicada en el diario oficial *El Peruano* del 31/08/2016, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema resolvió la demanda de nulidad del acto jurídico contenido en una escritura pública de compraventa (pretensión principal) y cancelación del asiento registral donde se inscribió dicho acto. Los hechos que dieron lugar a la controversia fueron los siguientes:

- i) El señor Eduardo Lucas Castillo Alfaro (en adelante, el causante) tuvo tres hijos: Eduardo Manuel Castillo Vásquez (en adelante, A), María Silvana Castillo Vásquez (en adelante, B) y Medalit Milagros Castillo Lévano (en adelante, C). La madre de su tercera hija (C) fue Flor de María Lévano Prado (en adelante, Y), mientras que sus otros dos hijos (A y B) fueron producto de otra relación⁽²³⁷⁾.
- ii) El causante era propietario de las unidades inmobiliarias N°s 1, 2 y 3, situadas en la avenida Carlos Alayza y Roel N° 2015, 2017 y 2019 de la urbanización Fundo Lobatón Oeste, distrito de Lince, provincia y departamento de Lima, inscritas en las Partidas N°s 11995554, 11995555 y 11995556 del Registro de Propiedad Inmueble de Lima (en adelante me referiré en conjunto a todas ellas como el inmueble).
- iii) Mediante minuta de compraventa del 15 de noviembre de 2007 (la misma que no se inscribió en el Registro), el causante transfirió la propiedad del inmueble a favor de A y B, quienes pasaron a tomar posesión del predio. Además de ellos, en el inmueble también vivía (con la venia de los nuevos propietarios) la señora Aurora Lidia Castillo Alfaro (en adelante, Z), hermana del causante y, por ende, tía de A y B.
- iv) Luego de producida la muerte del Causante, el 15 de febrero de 2008 C y su madre (Y) lograron ser declaradas notarialmente como únicas herederas, inscribiéndose dicha sucesión en Registros Públicos. Como consecuencia de ello, C y su madre pasaron a figurar como propietarias registrales del inmueble.

(237) En la sentencia no se menciona el nombre de la madre de A y B.

- v) Posteriormente, mediante minuta de compraventa de fecha 18 de febrero de 2008, elevada a escritura pública el 5 de marzo de 2009 (en adelante, la compraventa), C y su madre transfirieron a favor de Z (tía de A y B, con quienes vivía en el inmueble) y su cónyuge Arístides Pablo del Carpio La Rosa la propiedad del inmueble.

Ante esta situación, los hermanos A y B (en adelante, me referiré conjuntamente a ellos como los demandantes) demandaron a C y su madre Y (en adelante, las vendedoras demandadas) y a Z y su cónyuge (en adelante, los compradores demandados) solicitando se declare la nulidad de la compraventa y se cancele el asiento registral donde esta fue inscrita.

De acuerdo con lo señalado por los demandantes, al momento de la suscripción de la compraventa todos los demandados tenían conocimiento de que habían adquirido previamente la propiedad del inmueble mediante documento privado el año 2007. Ello –según los demandantes– habría quedado acreditado con:

- i) La carta notarial de fecha 27 de abril de 2009, remitida por los demandantes a los compradores demandados, en la que les informaban su condición de verdaderos propietarios del inmueble por haberlo adquirido del causante en el año 2007.
- ii) La invitación a conciliar formulada por los demandantes con fecha 3 de marzo de 2008 a las vendedoras demandadas, a efectos de llegar a un acuerdo sobre la pretensión de las demandantes consistente en obtener la escritura pública de la compraventa⁽²³⁸⁾.

Por tales consideraciones los demandantes estimaron que la compraventa adolecía de objeto física y jurídicamente imposible.

En su contestación, las vendedoras demandadas señalaron que ellas fueron declaradas herederas del causante mediante sucesión intestada, habiéndose inscrito en el Registro su condición de propietarias del inmueble. Por ello –sostuvieron– contaban con plena legitimidad para disponer del inmueble a favor de los compradores demandados.

En primera instancia, el juez declaró fundada la demanda de nulidad de la compraventa invocando la causal de objeto jurídicamente imposible. El juez basó su decisión en que las vendedoras demandadas no podían disponer de un bien que no les pertenecía, en tanto este había sido previamente adquirido por los demandantes.

(238) Dado el fallecimiento del causante, quien había transferido la propiedad del inmueble a favor de A y B mediante un documento privado, la escrituración de este acto debía serle solicitada a los herederos declarados del causante, que en este caso eran C y su madre Y (vendedoras demandadas).

Apelada dicha resolución, el *ad quem* revocó la decisión de primera instancia y declaró infundada la demanda. El colegiado superior argumentó que los compradores demandados no habían actuado de mala fe al momento de la celebración de la compraventa, por cuanto:

- i) Habían adquirido el derecho de propiedad de las vendedoras demandadas, quienes en ese momento tenían la condición de propietarias registrales.
- ii) La carta notarial que les fue enviada por los demandantes, en la que estos les informaban que habían adquirido el inmueble en el 2007, llegó el día 27 de abril de 2009; es decir, mucho después de celebrada la compraventa (minuta del 18 de febrero de 2008 y escritura pública del 5 de marzo de 2009).

En tal sentido –sostuvo la Sala–, dicha carta no destruía la buena fe de los compradores demandados al momento de la adquisición del inmueble.

- iii) La existencia de la conciliación extrajudicial, en la que los demandantes solicitaban que se les otorgara la escritura pública de la compraventa que en el año 2007 suscribieron con el causante, tampoco destruía la buena fe de los compradores demandados, en tanto dicho proceso conciliatorio únicamente vinculó a los demandantes y a las vendedoras demandadas.

Por ello, aun cuando dicho proceso conciliatorio se inició en febrero de 2008, es decir, antes de que los compradores demandados inscribieran la propiedad sobre el inmueble a su favor, estos últimos no tuvieron conocimiento de dicha conciliación.

En conclusión, no estando acreditada la mala fe de los compradores demandados, la Sala Superior consideró que la demanda de nulidad de acto jurídico debía ser desestimada.

En su recurso de casación los demandantes sostuvieron que la sentencia de vista incurría en una indebida motivación, en tanto la Sala Superior no había sustentado adecuadamente por qué razón descartaba la mala fe de los compradores demandados.

La Corte Suprema –a diferencia de lo resuelto por la Sala– consideró que los compradores demandados habían actuado de mala fe, en tanto conocían (o estaban en posibilidades de conocer) la inexactitud de la información registral, pues entre todos los implicados en el proceso existía una relación de parentesco, al punto que los compradores demandados coposeían el inmueble con los demandantes. Por ello –sostuvo la Corte–, aun cuando los compradores demandados

habían adquirido de quienes en el Registro aparecían como propietarios, su adquisición no quedaba protegida por la fe pública registral al haberse realizado de mala fe; es decir, a sabiendas de que los demandantes habían adquirido previamente la propiedad sobre el mismo inmueble (solo que no habían logrado inscribirla como consecuencia de la muerte de su vendedor).

En consecuencia, la Corte declaró fundado el recurso de casación, casó la sentencia de vista y actuando en sede de instancia confirmó la sentencia de primera instancia, que declaró fundada la demanda de nulidad de la compraventa.

II. ALGUNAS PRECISIONES SOBRE EL CASO Y LA DEMANDA

El caso materia de análisis es un típico supuesto de venta de bien ajeno:

- i) Los demandantes adquirieron la propiedad del inmueble mediante compraventa del año 2007, pero no lograron inscribirla.
- ii) Las vendedoras demandadas lograron inscribir el inmueble a su favor y valiéndose de la legitimidad (aparente) que les otorgaba el Registro transfirieron el bien a favor de los compradores demandados. Es decir, cuando los compradores demandados adquirieron el inmueble este no les pertenecía a las vendedoras.
- iii) Los demandantes solicitaron la nulidad de dicha compraventa invocando la causal de objeto jurídicamente imposible.

No queda claro –tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial– cuál es la pretensión que debe plantear el propietario afectado en un caso de venta de bien ajeno: ¿la nulidad o la ineficacia de dicha transferencia?

Quienes consideran que se debe demandar la nulidad la suelen sustentar en las causales de objeto jurídicamente imposible, falta de manifestación de voluntad y fin ilícito. Desde mi punto de vista, ninguna de estas causales es pertinente, tal como paso a explicar.

- i) Objeto jurídicamente imposible: se suele sostener que “nadie puede transferir más derecho que el que uno mismo tiene”, de lo cual se concluye que vender un bien que a uno no le pertenece constituye un imposible jurídico.

La realidad, sin embargo, es muy distinta: el artículo 1409 del CC⁽²³⁹⁾ habilita expresamente la contratación sobre bienes ajenos, lo cual

(239) Artículo 1409 del Código Civil.- “La prestación materia de la obligación creada por el contrato puede versar sobre: (...) 2. Bienes ajenos o afectados en garantía o embargados o sujetos a litigio por cualquier otra causa”.

descarta plenamente que estemos ante un imposible jurídico. El típico caso de un contrato con objeto jurídicamente imposible es aquel que recae sobre bienes que se encuentran fuera del comercio, por ejemplo, la transferencia de bienes de dominio público (vender un parque o parte de la playa). Si la propia normativa del Código Civil contiene una disposición que admite que los contratos recaigan sobre bienes ajenos, queda descartada cualquier argumentación que considere a los “bienes ajenos” como excluidos del tráfico económico.

- ii) Falta de manifestación de voluntad: esta causal debe ser rechazada por dos razones.

En principio, la “falta de manifestación de voluntad” como causal de nulidad de un acto hace referencia a la manifestación de una de las partes que supuestamente ha participado en la celebración del acto⁽²⁴⁰⁾. Piénsese en el propietario (A) de un bien cuya firma es falsificada en un contrato de compraventa a favor de B. A podrá demandar la nulidad de dicho contrato por falta de manifestación de voluntad, pues supuestamente ha participado en un acto respecto del cual, en realidad, nunca formó parte.

Entonces, la “falta de manifestación de voluntad” se configura ante la ausencia de la declaración de alguien que debió participar en el acto, pero como en la “venta de bien ajeno” –precisamente para ser tal– no debe participar el verdadero propietario, la ausencia de su declaración no genera una nulidad por “falta de manifestación de voluntad”. De lo contrario, por ejemplo, yo podría solicitar la nulidad de todos aquellos contratos en los que no he participado, señalando que “falta” mi manifestación de voluntad. Como es obvio, la respuesta será que “mi voluntad” no es relevante en dichos actos en tanto yo no tenía por qué haber participado en los mismos (tal como sucede en la venta de un bien ajeno).

En segundo lugar, esta causal también debe ser descartada porque no es del todo cierto que “falte una manifestación de voluntad”: el contrato se ha formado con la voluntad de quien vende (sin ser propietario) y de quien compra, lo que pasa es que la voluntad manifestada por el lado del vendedor no es la “idónea” para lograr que el acto despliegue sus efectos típicos (la transferencia de la propiedad). Pero este “defecto de idoneidad” no implica una falta de manifestación de voluntad, sino un “vicio” distinto, conocido como “ausencia de legitimidad

(240) VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico*. 8ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p. 491; y ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *El acto jurídico negocial*. Ob. cit., p. 491.

para contratar”, circunstancia que genera no la invalidez del acto, sino su ineficacia frente al verdadero propietario.

Es decir, no es que “falte una manifestación de voluntad”, sino que esta no es la de la persona correcta, lo cual acarrea la ineficacia del acto y no su nulidad.

- iii) Fin ilícito: en principio, esta causal tampoco se cumpliría, por cuanto si estamos ante un acto de enajenación, la finalidad está predeterminada por la común intención del vendedor y el comprador (transferencia de la propiedad) y en abstracto no existe una finalidad ilícita en transferir y adquirir un bien.

Sin embargo, aparentemente nos aproximaríamos a una nulidad con fin ilícito cuando el vendedor y el comprador conocen la ajenidad del bien y pese a ello acuerdan la transferencia de este a favor del último en perjuicio del verdadero propietario. En este caso se podría sustentar que estamos ante un contrato con “motivo ilícito común” (perjudicar al propietario), que es una de las variantes de la “ilicitud de la causa”.

Sin embargo, nuestra propia normativa descarta que este sea un caso de fin ilícito. Así, el artículo 1539 del CC señala que la venta de bien ajeno es rescindible a solicitud del comprador, siempre que este no haya sabido que se trataba de un bien ajeno. Es decir, cuando el vendedor se hace pasar como propietario y engaña al comprador, este puede valerse de la rescisión para dejar sin efecto el contrato. Por el contrario, cuando el comprador sabe que la persona con quien contrata no es el propietario, tiene plena conciencia de que dicho contrato no resulta idóneo para convertirlo en propietario. Por lo tanto, dicho comprador sabe que lo único que puede exigirle a su vendedor es que este haga las gestiones necesarias para lograr que finalmente aquel adquiera la propiedad del bien (por ejemplo, el vendedor deberá adquirir el bien del verdadero propietario para luego transferírselo al comprador; o deberá lograr que el propietario se lo transfiera directamente a aquel). Así lo dispone el artículo 1537 del CC, cuando señala que en caso de que ambas partes conozcan la ajenidad del bien materia de transferencia, se genera el compromiso del vendedor de lograr que su contraparte adquiera la propiedad⁽²⁴¹⁾.

Entonces, nuestro ordenamiento jurídico no sanciona con nulidad por fin ilícito el contrato de compraventa en donde ambas partes conocen la

(241) Artículo 1537 del Código Civil.- “El contrato por el cual una de las partes se compromete a obtener que la otra adquiera la propiedad de un bien que ambas saben que es ajeno, se rige por los artículos 1470, 1471 y 1472” (normas que regulan la “Promesa de la obligación o del hecho de un tercero”).

ajenidad del bien; el artículo 1537 del CC reconoce que dicho contrato genera los efectos de la “promesa del hecho de un tercero”: es decir, el vendedor no propietario se obliga a lograr que su contraparte adquiera finalmente la propiedad, lo cual implica convencer al verdadero propietario para que venda el bien.

En conclusión, ninguna de las causales que se suele invocar para sustentar la nulidad de la venta de un bien ajeno es satisfactoria. Dicho contrato, antes que nulo, es “ineficaz” frente al verdadero propietario.

Sin perjuicio de ello, y dada la complejidad del caso, actualmente la Corte Suprema viene elaborando la sentencia correspondiente al VIII Pleno Casatorio, en el que se busca determinar qué calificación jurídica le corresponde a un caso particular de venta de bien ajeno: aquel que es realizado unilateralmente por uno de los cónyuges sobre un bien que le pertenece a la sociedad conyugal. Espero que la sentencia de dicho pleno logre, finalmente, aclarar las constantes dudas en nuestra jurisprudencia respecto de la correcta aplicación de las causales de nulidad para casos como el que vengo analizando.

III. EL ERROR DEL JUEZ

El juez resolvió declarando nula la compraventa por tener un objeto jurídicamente imposible.

Tal como señalé previamente, la compraventa de un bien ajeno no contiene un objeto jurídicamente imposible, en tanto el propio Código Civil admite que la contratación se dé sobre bienes ajenos. Sin embargo, más allá de esta incorrecta calificación jurídica que hizo el juez, lo que realmente preocupa son las consecuencias negativas que se generarán respecto del principio de oponibilidad en caso de que se llegue a consagrar, al máximo nivel de nuestra judicatura, que la transferencia de un bien ajeno es un contrato nulo. Voy a explicar esto con un ejemplo muy parecido al caso que vengo analizando.

Imaginemos que A es propietario de un inmueble y se lo transfiere a B mediante escritura pública de compraventa, la misma que no llega a ser inscrita. Luego de ello, valiéndose de la apariencia que le otorga el Registro, A transfiere el mismo bien (que ya no es suyo) a favor de C, quien actuando de buena fe (es decir, desconociendo que el verdadero propietario es B) inscribe el derecho a su favor.

Como es obvio, se generará una controversia entre B (primer comprador sin derecho inscrito) y C (segundo comprador con derecho inscrito), pues ambos buscarán quedarse con el inmueble. La solución del caso la proporciona el artículo 2022 del CC: vence el derecho que primero se inscribió (de buena fe) en el Registro.

Y esto funciona así porque el Registro permite sanear los vicios de ineficacia que afectan al título de quien –como C– inscribe su derecho. Haber contratado con quien no es el real propietario es un vicio de ineficacia que el Registro se encarga de corregir, siempre que aquel que inscribe lo haga de buena fe. Lo que el Registro no puede sanear son los vicios de invalidez (nulidad y anulabilidad), pues, como bien señala el artículo 2013 del CC, “la inscripción no convalida los actos que sean nulos o anulables con arreglo a las disposiciones vigentes”.

Piénsese en el siguiente caso: A es propietario de un inmueble, el cual se encuentra inscrito a su favor. El día 1 A vende el inmueble a favor de B, pero este no inscribe su derecho. El día 2 la firma de A es falsificada en una compraventa a favor de C (artífice de la falsificación) y el contrato logra ser inscrito en el Registro. La controversia se dará entre B y C, pues ambos buscarán quedarse con el bien en calidad de propietarios. De los dos contratos solo el de C se inscribió en el Registro. ¿Podemos aplicar el artículo 2022 del CC y concluir que debe primar el derecho de C en tanto este sí se inscribió mientras el contrato de B quedó fuera del Registro? La respuesta es no, precisamente por lo que acabo de señalar: los principios registrales que protegen las adquisiciones que se hacen confiando en el Registro (oponibilidad y fe pública registral) exigen que dichas adquisiciones deriven de actos válidos. El único “vicio” que puede tener dicho acto y que el Registro perdona y cura es el de la “ineficacia”, por ejemplo, cuando el acto fue otorgado por quien no era titular del derecho que se estaba transmitiendo.

Por ello, si en el primer ejemplo propuesto (en donde ambas compraventas eran válidas pero solo una se inscribía) se concluye que la compraventa entre A y C es nula por haberse celebrado sobre un bien que realmente le pertenecía a B, la adquisición de C, pese a haber sido inscrita de buena fe, quedará desprotegida, en tanto –como acabo de indicar– un contrato nulo no se convierte en válido por el hecho de haberse inscrito. Al ser nula la compraventa a favor de C, el derecho de propiedad de B prevalecerá, con lo cual el conflicto entre B y C será resuelto de una manera diametralmente opuesta a como lo hace el artículo 2022 del CC: no vencerá el derecho que primero se haya inscrito (C), sino el que primero haya nacido en el tiempo (B).

Esto generará que el artículo 2022 del CC quede prácticamente derogado, pues cada vez que se enfrente el propietario primigenio que no inscribió (B) versus el segundo comprador (C) que adquirió (e inscribió) de buena fe, vencerá (siempre) el propietario primigenio (B), pues siendo nula la adquisición del segundo comprador (C), esta no surtirá ningún efecto pese a haberse inscrito.

Como consecuencia de ello nadie podría estar seguro de lo que adquiere: cada vez que yo, confiando en la información registral, adquiriera algún tipo de derecho real (no solo la propiedad) sobre determinado bien inmueble, correré el riesgo de que aparezca el verdadero (y clandestino) titular del derecho señalando que mi adquisición es nula por haber sido celebrada con quien no era realmente el titular del derecho. Siendo una adquisición nula, el hecho de haberla inscrito

de buena fe resultará irrelevante, con lo cual el titular que no publicitó su adquisición logrará que su derecho prevalezca sobre el mío (que actué confiando en la información registral).

Como se puede ver, este escenario no hace sino generar incertidumbre en todos aquellos que adquieren derechos reales sobre bienes inmuebles confiando en el Registro. Es por ello importante que la Corte Suprema comience a ser categórica en señalar que un contrato en virtud del cual alguien transfiere un derecho que no tiene (por ejemplo, una venta de bien ajeno) no es nulo por la causal de objeto jurídicamente imposible.

IV. EL PRONUNCIAMIENTO DE LA SALA SUPERIOR

Si bien la Sala Superior no se pronunció expresamente sobre si la compraventa era o no nula, sí tomó en cuenta el estado subjetivo (buena o mala fe) con que actuaron los compradores demandados. En efecto, la Sala partió por considerar que la pretensión de los demandantes, encaminada a dejar sin efecto la adquisición de los compradores demandados, exigía como paso previo la acreditación de la mala fe de estos últimos, pues, de lo contrario, se le estaría restando importancia al hecho de que los compradores demandados actuaron, al momento de su adquisición, sobre la base de la información que el Registro publicitaba.

Con esto implícitamente la Sala Superior estaba diciendo que la venta de bien ajeno no es un contrato nulo, pues, de lo contrario no tendría sentido que analice la buena o mala fe de los compradores demandados. En efecto, si el acto es nulo, carece absolutamente de relevancia la buena o mala fe con que hayan actuado las partes que suscribieron dicho acto. Así, aun cuando el comprador desconozca realmente que el contrato que celebra está incurso en alguna causal de nulidad, su buena fe no impide que el contrato siga siendo calificado como “nulo”.

Por el contrario, los problemas de ineficacia que presentan los contratos (producto de haber sido celebrados con quien no era el verdadero titular del derecho transferido) sí son “curados” una vez que ellos se inscriben de buena fe en el Registro (es decir, cuando el adquirente confió en que la persona con quien contrataba era el titular del derecho).

Por ello, cuando la Sala Superior decide analizar la buena o mala fe con que actuaron los compradores demandados, implícitamente está reconociendo que aquello que afecta su compraventa no es un vicio de nulidad, sino de ineficacia, el mismo que no los afectará en tanto esté acreditado que actuaron de buena fe. Entonces, todo dependerá de si al momento de la celebración de la compraventa los compradores demandados sabían que el inmueble les pertenecía a los demandantes.

En la medida que lo publicitado por el Registro se presume cierto y produce todos sus efectos en tanto no se declare judicialmente su invalidez (art. 2013 del CC), no eran los compradores demandados quienes debían acreditar su buena fe (confianza en el Registro), sino los demandantes quienes debían probar que dicha presunción de certeza no beneficiaba a los compradores demandados en tanto estos conocían la inexactitud del Registro.

Para la Sala Superior, de los medios probatorios aportados al proceso no se podía concluir que los compradores demandados hubiesen actuado de mala fe.

Particularmente discrepo con esta conclusión, pues si bien es cierto que antes de celebrar la compraventa los compradores demandados no tuvieron conocimiento de la invitación a conciliar que les fue formulada por los demandantes a los vendedores demandados (invitación en la que se dejaba constancia de la propiedad de los demandantes sobre el inmueble), la Sala pasó por alto un dato fundamental (que, afortunadamente, la Corte Suprema sí valoró de manera adecuada): los compradores demandados, antes de adquirir el inmueble, lo coposeyeron con los demandantes, por lo que difícilmente podían sostener su desconocimiento respecto del derecho que estos últimos tenían sobre el referido predio.

V. PRIMER ERROR DE LA CORTE SUPREMA: INCLUIR EL CASO EN EL SUPUESTO DEL ARTÍCULO 2014 DEL CÓDIGO CIVIL

La Corte Suprema sostuvo que si bien los compradores demandados contrataron con quienes en ese momento figuraban en el Registro como propietarios (vendedoras demandadas), aquellos conocían la inexactitud del Registro, pues de las pruebas aportadas se concluye que en todo momento supieron que la propiedad sobre el inmueble le correspondía a los demandantes.

Así, en su considerando noveno la Corte sostuvo lo siguiente:

“El artículo 2014 del CC, prescribe que ‘[e]l tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los Registros Públicos’. Agregando que: ‘La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro’. De lo expuesto, se tiene efectivamente de la lectura de la partida registral obrante a fojas ochenta y siete, que, cuando se celebró el acto jurídico materia de nulidad (dieciséis de noviembre de dos mil nueve), las vendedoras tenían inscrito el bien a su favor. Sin embargo, a tenor de la norma antes enunciada, corresponde verificar si los vendedores y compradores, conocían o presumían de la transferencia del bien realizado por Eduardo Lucas Castillo Alfaro a favor de Eduardo Manuel Castillo Vásquez y María Silvana Castillo Vásquez con fecha quince de noviembre de dos mil siete. Ello es así

porque el propio enunciado normativo no protege la venta por la sola inscripción registral, sino agrega que debe tenerse en cuenta la buena fe del tercero”.

Estoy de acuerdo con la conclusión de la Corte (los compradores demandados conocían la inexactitud del Registro); sin embargo, discrepo con alguno de sus fundamentos, tal como detallo a continuación.

La Corte consideró que el caso materia de análisis encajaba dentro del supuesto de hecho del artículo 2014 del CC, por lo que se debía determinar (de acuerdo con dicha norma) si la adquisición de los compradores demandados se había realizado de buena o mala fe.

Esto claramente es un error. El artículo 2014 del CC presupone una cadena sucesiva de transferencias, en donde el derecho de uno deriva de su antecedente, y los vicios que afecten a este no perjudican a aquel. Por ejemplo, A vende el bien a B y luego este se lo vende a C. Las dos transferencias se inscriben en el Registro. Luego de ello, el contrato entre A y B se resuelve por determinadas razones que no figuraban en el Registro. Esta resolución del primer contrato (antecedente) no afecta la adquisición de C, la cual queda inmune frente a los vicios que afectan a los contratos previos.

En el caso materia de comentario no hubo una cadena de transferencias (A a favor de B y este a favor de C), sino dos transferencias en paralelo: el causante vendió a favor de los demandantes, y los vendedores demandados transfirieron –el mismo bien– a favor de los compradores demandados. Nótese que no existe ningún nexo que vincule a los demandantes con los vendedores demandados.

Entonces, al presente caso no debió aplicársele el artículo 2014 del CC, sino el 2022, norma que presupone la existencia de dos titulares que invocan derechos incompatibles sobre el mismo bien, debiendo prevalecer el que primero se haya inscrito. Si nos ceñimos a la literalidad del artículo 2022 del CC, que no hace referencia alguna a la buena fe con que debe hacerse dicha inscripción para quedar protegida, debería vencer el derecho de los compradores demandados (en tanto este, a diferencia del derecho de los demandantes, sí se inscribió), sin tener en cuenta el estado subjetivo (buena o mala fe) con que dicha adquisición se produjo.

Y es por ello que me animo a sostener que el error de la Corte Suprema, al haber aplicado indebidamente el artículo 2014 del CC, fue “provechoso”, en tanto permitió resolver el caso de manera correcta. Me explico: a diferencia del artículo 2022 del CC, el artículo 2014 sí menciona la “buena fe” como un requisito que debe acompañar a la inscripción para que esta quede protegida. Al haber aplicado el artículo 2014 del CC, la Corte determinó que la adquisición de los compradores demandados solo quedaría protegida frente a la pretensión de nulidad de los demandantes siempre que aquella se hubiese hecho de buena fe.

¿Qué hubiera pasado si la Corte aplicaba la norma correcta, esto es, el artículo 2022 del CC? Lo más probable es que, basándose en su literalidad, no hubiese exigido la buena fe por parte de los compradores demandados, con lo cual hubiese considerado que la adquisición de estos quedaba protegida por el solo hecho de haberse inscrito primero, pese a que ellos conocían la inexactitud del Registro.

Con ello no pretendo negar (tal como desarrollé en un comentario anterior⁽²⁴²⁾) que el principio de oponibilidad (art. 2022), al igual que el de fe pública registral (art. 2014), exige la buena fe del tercero registral para poder protegerlo. Sin embargo, lo cierto es que un tema como este (la necesidad de exigir requisitos comunes –onerosidad⁽²⁴³⁾, buena fe, inscripción– para la aplicación de los principios de oponibilidad y fe pública registral) ha pasado tan inadvertido tanto en nuestra doctrina como jurisprudencia, que lo más probable es que la Corte, al momento de aplicar el artículo 2022 del CC, se hubiese limitado a exigir de parte de los compradores demandados el único requisito que allí literalmente se menciona (inscripción), haciendo omisión absoluta a la buena fe.

VI. ¿CÓMO CONSTRUYÓ LA “BUENA FE” LA CORTE SUPREMA?

Lo más interesante de la sentencia casatoria es la manera en que la Corte Suprema analizó si los compradores demandados habían actuado de buena o mala fe. En su considerando décimo sostuvo lo siguiente:

“Estamos ante un conflicto que se suscita en torno a personas que tienen **vínculo de parentesco** y que por ello –como máxima de experiencia– conocen algunas de las dificultades que llevan en su diario acontecer. **La posesión del inmueble** la ostentan los demandantes (Eduardo Manuel Castillo Vásquez y María Silvana Castillo Vásquez), conjuntamente con la demandada, Aurora Lidia Castillo Alfaro, versión que no ha sido cuestionada por la parte demandada. Este dato es relevante, pues imponía un **deber de diligencia** a la compradora que no puede omitir preguntar a sus coposeedores la razón de dicha posesión, más aún cuando pretende adquirir todo el bien” (el énfasis es mío).

Nótese que la Corte da relevancia a ciertos datos coyunturales, como lo son el vínculo de parentesco que mantienen los compradores demandados con los demandantes, así como la coposesión ejercida por todos ellos sobre el inmueble. Si los compradores demandados vivieron un tiempo en el inmueble junto a los demandantes, ¿cómo podrían haber desconocido el derecho que estos últimos tenían sobre el bien?

(242) Al respecto, ver mi comentario a la Cas. N° 2866-2013-La Libertad, en donde explico por qué razón el principio de oponibilidad, al igual que el de fe pública registral, exige la buena fe de parte de quien inscribe su derecho.

(243) Sobre el requisito de la onerosidad para que opere el principio de oponibilidad –tal como sucede con el de fe pública registral–, ver mi análisis de la Cas. N° 3312-2013-Junín.

Es muy interesante la manera en que la Corte Suprema analiza el estado subjetivo de los compradores demandados, pues, más que establecer criterios objetivos e inmutables, construye un “concepto de buena fe” para el caso en particular, adecuándose a las circunstancias específicas de la controversia.

Además de la “posesión” y el “vínculo de parentesco”, la Corte complementó su análisis con otros datos “extraprocesales”:

- i) La carta notarial de fecha 27 de abril de 2009, remitida por los demandantes a los compradores demandados, en la que les informaba su condición de verdaderos propietarios al haber adquirido el predio en el año 2007.
- ii) La invitación a conciliar formulada por los demandantes con fecha 3 de marzo de 2008 a las vendedoras demandadas (C y su madre Y), a efectos de llegar a un entendimiento respecto de la pretensión de los demandantes de obtener la escritura pública de la compraventa que les fue otorgada en su momento por el causante.

En tanto los demandantes y las vendedoras demandadas no llegaron a conciliar, aquellos interpusieron una demanda de otorgamiento de escritura pública, proceso al cual fueron incorporados los compradores demandados en calidad de litisconsortes necesarios pasivos. Dicho proceso concluyó con sentencia de fecha 15 de diciembre de 2010 mediante la cual se amparó la demanda.

- iv) La sentencia de fecha 31 de mayo de 2011, expedida en el proceso penal por el delito contra la fe pública - falsedad ideológica, mediante la cual se confirmó la sentencia de primera instancia mediante la cual se condenó a tres años de pena privativa de la libertad a la acusada Aurora Lidia Castillo Alfaro (compradora demandada), quien se hizo declarar como única heredera de su padre Celestino Castillo Castillo, perjudicando así a su hermano Eduardo Lucas Castillo Alfaro (el causante).

Si tenemos en cuenta que probar la mala fe de los compradores demandados implica acreditar que estos conocían, al momento de la compraventa, que el inmueble era realmente de los demandantes, ninguno de los primeros tres “datos “extraprocesales” permite probar dicha mala fe:

- i) La carta notarial en donde los demandantes informaban su condición de propietarios del inmueble fue recibida por los compradores demandados el 27 de abril de 2009; es decir, cuando estos ya habían celebrado la compraventa (minuta del 18 de febrero de 2008, elevada a escritura pública el 5 de marzo de 2009).
- ii) Si bien la invitación a conciliar planteada por los demandantes (en la que estos informaban su condición de propietarios del inmueble) fue hecha el 3 de marzo de 2008, es decir, antes de que los compradores adquirieran la propiedad, dicha “invitación” no fue hecha a estos

últimos, sino a las vendedoras demandas, con lo cual dicha invitación no permite acreditar que los compradores tuvieron conocimiento del derecho de los demandantes.

- iii) Si bien es cierto que los compradores demandados fueron incorporados al proceso de otorgamiento de escritura pública planteado por los demandantes, ello se produjo mucho después de celebrada la compraventa.

El cuarto dato extraprocesal, esto es, la sentencia penal mediante la cual se confirma la condena de 3 años impuesta a la compradora demandada por haber incurrido en el delito contra la fe pública - falsedad ideológica, al haberse hecho declarar como única heredera de su padre, perjudicando así el derecho de su hermano (el causante), sí es un dato importante, pues no solo acredita el *modus operandi* de la compradora demandada, sino que deja al descubierto el interés manifiesto de esta última de apropiarse del inmueble que en su momento le perteneció a su padre y que luego le fue transferido al causante (su hermano).

En conclusión, el acierto de la Corte Suprema consistió en “construir” de manera adecuada el concepto de “buena fe” aplicable al caso en concreto.

VII. SEGUNDO ERROR DE LA CORTE: DECLARAR NULA LA COMPRAVENTA Y ANALIZAR LA BUENA O MALA FE DE LOS COMPRADORES DEMANDADOS

En su considerando sétimo la Corte sostuvo lo siguiente:

“Este Tribunal Supremo descarta la existencia de infracción al objeto del acto jurídico, pues ni física ni jurídicamente el comportamiento prestacional puede no ser ejecutado; por el contrario, la posibilidad de transferencia de inmuebles (incluso de terceros) es una de las operaciones jurídicas más cotidianas”.

Esto es un acierto en tanto corrige el error del juez, que declaró nula la compraventa por haber incurrido en objeto jurídicamente imposible.

Sin embargo, los problemas empiezan en el considerando octavo:

“En cambio, [este Tribunal Supremo] considera que sí existe fin ilícito y para ello tiene en cuenta que ello supone infringir las reglas que regulan al orden público, a las buenas costumbres y al ordenamiento jurídico en su conjunto. En tal sentido, debe decirse que aquí hubo una transferencia de inmuebles, pero que ello ocurrió vulnerando las normas del sistema (...) el acto jurídico celebrado es uno que contiene un fin ilícito, esto es, contrario al ordenamiento jurídico y con el cual se pretendía despojar de sus bienes a los demandantes, a sabiendas que los datos que se encontraban en el Registro Público no se compedecían con la realidad. Así las cosas, las partes no pueden estar beneficiadas con el artículo 2014 del Código Civil, pues dicho enunciado normativo exige la existencia de buena fe, que aquí no aparece”.

El primer error consiste en haber considerado nula la compraventa por tener fin ilícito, algo que ya se descartó previamente, en tanto la venta de un bien ajeno no está sancionada por nuestro ordenamiento con la nulidad.

Pero es el segundo error el que más preocupa: pese a haber calificado (incorrectamente) como nula la compraventa, la Corte pasó a analizar la buena o mala fe de los compradores demandados para determinar si quedaban o no protegidos por el Registro. Si la Corte consideraba que la compraventa era nula por fin ilícito, entonces ya nada tenía que hacer la “buena fe registral”, pues aun cuando los compradores demandados hubiesen celebrado la compraventa con auténtica buena fe, ello no la convertía en un contrato válido⁽²⁴⁴⁾.

El problema con lo que señala la Corte es que da pie para que se sostenga que un acto nulo podría no perjudicar al adquirente siempre que este haya actuado de buena fe. Ello bajo ninguna circunstancia es admisible. Un contrato que es calificado como “inválido” no mejora por el hecho de que sea inscrito, independientemente de la buena o mala fe con que hayan actuado.

Imaginemos que A invade cierto sector de la playa (bien de dominio público y, por ende, “imposible”, desde un punto de vista jurídico, de ser transferido entre particulares) y lo vende a favor de B. Imaginemos que B desconocía absolutamente que el área que adquiriría formaba parte del dominio público y, finalmente, logra inscribir su adquisición en el Registro⁽²⁴⁵⁾. Enterado de esta transferencia, el Estado demanda la nulidad del contrato por contener un objeto jurídicamente imposible y accesoriamente exige la restitución de la posesión de dicha área. ¿Tendrá alguna relevancia el hecho de que dicha compraventa se haya logrado inscribir en el Registro? ¿Cambiará en algo el hecho de que el comprador haya inscrito de buena fe su derecho en el Registro? ¿Es necesario que se acredite la mala fe del comprador para recién allí lograr que la nulidad lo termine afectando?

La respuesta a todas las preguntas es la misma: no. Si el contrato es nulo, entonces carece de absoluta relevancia indagar si aquel se inscribió o no, o si dicha inscripción se hizo con buena o mala fe. Si el contrato es nulo, entonces nada lo “salvará”: ni su inscripción en el Registro ni la buena fe con que se haya actuado al momento de su celebración o inscripción.

Por el contrario, si se considera que la compraventa otorgada a favor de los compradores demandados presentaba un problema de “ineficacia”, al haber sido celebrada por quien no tenía la condición de propietario, entonces sí es oportuno el análisis respecto de si la inscripción se hizo de buena o mala fe, en tanto —como

(244) De acuerdo con el artículo 2013 del Código Civil: “La inscripción no convalida los actos que sean nulos o anulables con arreglo a las disposiciones vigentes”.

(245) El caso no es irreal: en alguna oportunidad se logró inscribir un área destinada para aporte reglamentario (bien de dominio público) a favor de un particular. El caso fue resuelto en la Cas. Nº 5745-2011-Lima, de fecha 11/10/2012.

ya indiqué previamente— el Registro sí tiene la facultad de “curar” vicios de ineficacia, siempre que el acto aquejado de este “vicio” haya sido inscrito de buena fe.

Por ello, la Corte Suprema debió optar por cualquiera de los dos caminos: i) considerar que la compraventa era nula por fin ilícito y omitir (por resultar innecesario) cualquier análisis posterior sobre la buena o mala fe con que se celebró e inscribió dicho contrato; o ii) considerar que la compraventa era ineficaz al no haber sido otorgada por el verdadero propietario del inmueble, y luego de ello pasar a analizar la buena o mala fe de los compradores demandados al momento de inscribir el derecho a su favor, para en función de ello determinar si dicha ineficacia los afectaba (en caso de que se concluya que tuvieron mala fe) o no (en caso de que se concluya que tuvieron buena fe).

Lamentablemente, la Corte Suprema optó por las dos cosas a la vez (declaró nula la compraventa y entró al análisis de la buena o mala fe de los compradores), con lo cual el mensaje que deja es preocupante: un contrato nulo puede ser corregido y no perjudicar al adquirente siempre que haya inscrito su derecho de buena fe. Esto no solo no encuentra base legal (ningún principio registral —ni el de oponibilidad ni el de fe pública registral— protege adquisiciones nulas), sino que atenta contra una norma expresa del Código Civil (el art. 2013 de forma muy clara señala que la nulidad no se convalida con la inscripción en el registro) y vulnera una consecuencia fundamental de la nulidad (su “incurabilidad”).

VIII. CONCLUSIONES

El error de la Corte Suprema (confundir el principio de oponibilidad con el de fe pública registral) fue útil por tres razones: i) permitió que al caso materia de análisis le fuera aplicable la buena fe; ii) permitió que esta buena fe fuera consagrada adecuadamente con base en criterios extrarregistrales que acompañaron al caso en concreto; y iii) permitió, de cara a la solución de futuras controversias, hacer una aproximación entre los principios de oponibilidad y fe pública registral, de tal forma que en ambos casos se les exija a los terceros registrales los mismos requisitos (buena fe y onerosidad).

Sin embargo, el otro error de la Corte, y que no genera ninguna consecuencia provechosa, es haber declarado nulo el contrato otorgado a favor de los compradores demandados y pese a ello haber analizado su buena o mala fe al momento de su inscripción.

Las consecuencias que de ello se podrían desprender son gravísimas, en tanto invita a creer que un contrato nulo puede servir para consolidar una adquisición a favor del comprador siempre que este lo haya inscrito de buena fe, algo que no admite ningún sustento jurídico.

¿Actúa de mala fe quien compra un inmueble sin ver la posesión? Una regla peligrosa para el tercero registral

COMENTARIO A LA CASACIÓN N° 3187-2013-CAJAMARCA

I. LOS HECHOS DE LA SENTENCIA

El caso que a continuación será materia de comentario (Cas. N° 3187-2013-Cajamarca) fue el resultado de la acumulación de dos procesos judiciales:

- i) El proceso judicial en el que Convergencia Agustina Contreras Luis (en adelante, la demandante) demandó a José Rosas Castillo Toribio y Adriana Paulina Márquez Toribio (en adelante, los demandados) a efectos de que se declare su mejor derecho de propiedad sobre un área de 210.73 m² (en adelante, el área en litigio).
- ii) El proceso judicial en el que los demandados solicitaron la nulidad de la compraventa mediante la cual la demandante adquirió la propiedad del área en litigio así como la cancelación del asiento registral donde se inscribió dicha transferencia; mientras que la demandante reconvinó solicitando la reivindicación (restitución) del área en litigio así como la demolición (a costo de los demandados) de las construcciones realizadas sobre dicha área.

La demandante sostuvo que mediante escritura pública del 4 de julio de 2008 (en adelante, la compraventa), inscrita en la Partida N° 11088901 del Registro de Propiedad Inmueble de Cajamarca, adquirió de doña Brígida Fredesvinda Arana Márquez (en adelante, la Sra. Arana) el inmueble de 534.90 m², dentro del cual se ubica el área en litigio.

Los demandados, por su parte, afirmaron ser también propietarios del área en litigio, con base en las siguientes transferencias:

- Escritura pública de compraventa de fecha 3 de setiembre de 1985 mediante la cual adquirieron de Juan Francisco Arana Zavaleta un área de 162.75 m².
- Escritura pública de compraventa de fecha 5 de setiembre de 1985 mediante la cual adquirieron de la sociedad conyugal conformada por

Alberto Márquez Flores y Andrea Toribio Polo de Márquez (padres de la demandada Adriana Paulina Márquez Toribio) un área de 72 m²⁽²⁴⁶⁾.

- Contrato de compraventa de fecha 15 de junio de 1993 mediante el cual adquirieron de Andrea Toribio Polo viuda de Márquez un área de 92.40 m².

Como consecuencia de estas transferencias, los demandados adquirieron en total un área de 327.15 m², dentro de la cual se encuentra el área en litigio. Sobre dicha área ejercieron posesión durante más de 20 años, lo cual está acreditado con las construcciones realizadas.

Como se puede apreciar, se trata de dos partes que acreditan (cada una) haber adquirido el dominio sobre la misma área. ¿Cómo se generó esta situación? El problema se originó como consecuencia de la doble venta realizada por la Sra. Arana: i) mediante escritura pública del 2 de julio de 1958 transfirió a favor de los padres de la demandada Adriana Paulina Márquez Toribio el área en litigio (quienes después se lo transfirieron a los demandados); ii) mediante la Compraventa (2008) transfirió la misma área en litigio a favor de la demandante.

En primera instancia el Juzgado Especializado en lo Civil de Cajabamba falló declarando:

- i) **Fundada la pretensión de mejor derecho de propiedad planteada por la demandante:** el juez valoró que ambas partes ostentaban títulos de propiedad sobre el área en litigio: a) el título de la demandante estaba representada por la escritura pública de compraventa de fecha 4 de julio de 2008; b) el título de propiedad de los demandados estaba representado por los contratos de compraventa de fechas 3 y 5 de setiembre de 1985 y 15 de junio de 1993.

Si bien los títulos de los demandados eran de fecha anterior, el de la demandante se inscribió primero en el Registro, lo cual debía prevalecer.

- ii) **Infundadas las pretensiones de nulidad de acto jurídico, cancelación de asiento registral e indemnización por daños y perjuicios, planteadas por los demandados:** el juez consideró que la compraventa no presentaba ningún vicio de nulidad, pues en su celebración había intervenido la Sra. Arana, entonces propietaria, como parte vendedora.
- iii) **Improcedente la pretensión reconventional de demolición de lo construido a costa de los demandados, planteada por la**

(246) Esta sociedad conyugal había adquirido previamente el área de parte de Fredesvinda Brígida Arana Márquez de Arroyo mediante escritura pública del 2 de julio de 1958.

demandante: el juez consideró que no se había acreditado que las construcciones hayan sido hechas de mala fe por parte de los demandados, por lo que dicho pedido debía ser desestimado.

- iv) **Improcedente la pretensión reconventional de reivindicación del área en litigio planteada por la demandante:** al haberse establecido que el área en litigio está compuesta tanto por un terreno (cuya propiedad le corresponde a la demandante al haberlo inscrito primero) como por una construcción (casa habitación de dos plantas de material rústico) cuya propiedad le corresponde a los demandados poseedores en tanto estos la hicieron (algo que fue reconocido por la propia demandante), el pedido de reivindicación deviene en improcedente, pues los demandados son propietarios de lo construido.

Es decir, en buena cuenta el juez concluyó que el suelo del área en litigio le correspondía a la demandante, mientras que las construcciones realizadas sobre dicha área, a los demandados.

Como consecuencia del recurso de apelación interpuesto por los demandados, la Sala Superior revocó el fallo de primera instancia y declaró infundada la pretensión de mejor derecho de propiedad sobre el área en litigio planteada por la demandante.

De acuerdo con lo señalado por la Sala, al momento en que la demandante adquirió e inscribió su derecho de propiedad sobre el área en litigio, los demandados no solo eran propietarios al haber adquirido con anterioridad dicha área, sino que, además, venían ejerciendo (con más de 20 años de antigüedad) las facultades inherentes al dominio (uso) de manera pública y pacífica. En tal sentido, si bien la demandante compró de quien en ese momento figuraba como propietaria registral (la Sra. Arana) y cumplió además —a diferencia de los demandados— con inscribir su derecho en el Registro, tal inscripción no se hizo de buena fe, en tanto la posesión la venían ejerciendo los demandados.

De este modo, a criterio de la Sala Superior, la buena o mala fe en la adquisición de un derecho no se reduce a verificar la información publicitada en el Registro, sino también implica tener en cuenta aquellos datos fácticos o materiales que rodean a la adquisición, como lo es la posesión, la misma que le habría permitido a la demandante tomar cabal y pleno conocimiento de la real situación del área en litigio (es decir, que los verdaderos propietarios eran los demandados). Por estas consideraciones la Sala declaró:

- i) **Fundada la pretensión de nulidad de la compraventa** en la parte correspondiente al área en litigio, por adolecer de fin lícito y contener un objeto jurídicamente imposible, pues los demandantes la habían adquirido de quien no era el verdadero propietario (sin embargo, se acotó que dicha nulidad no afectaba la adquisición de la demandante

respecto de aquella área que no colisionaba con la propiedad de los demandados).

- ii) **Fundada la pretensión de nulidad del asiento** donde se inscribió la compraventa a favor de la demandante.
- iii) **Infundada la demanda de mejor derecho de propiedad** planteada por la demandante respecto del área en litigio.

Es decir, según la Sala, los demandados tenían el derecho a quedarse con la totalidad del área en litigio, incluido suelo más edificaciones.

En su recurso de casación la demandante consideró los siguientes puntos:

- i) Infracción normativa de los artículos 923, 949, 2012, 2014, 2016 y 2022 del CC, pues la Sala Superior había vulnerado la seguridad jurídica al no habersele dado preferencia a su derecho de propiedad pese a que el mismo fue debidamente inscrito, a diferencia de las adquisiciones de los demandantes.
- ii) La Sala Superior tergiversó los dispositivos referentes a la propiedad y publicidad registral al establecer una exigencia (constatación de la posesión) que, si bien respondía a su criterio, no constituía una obligación legal respecto a la adquisición de bienes inmuebles. Como consecuencia de ello, la Sala convalidó una posesión de mala fe ejercida por los demandados, con el agravante de que estos nunca tuvieron la diligencia de inscribir su derecho.
- iii) La Sala declaró la nulidad de la compraventa solo en lo referente al área en litigio (210.73 m²), dejando como válida la transferencia del área restante (324.17 m²), lo cual resulta contradictorio en tanto la inscripción registral a favor de la demandante se había realizado por la totalidad de los 534.90 m².

La Corte Suprema, al momento de resolver el recurso de casación planteado por la demandante, tomó en cuenta –tal como lo había hecho previamente la Sala Superior– que la demandante inscribió su propiedad sobre el área en litigio el 10 de julio de 2008, es decir, con fecha posterior a la adquisición de los demandados (contratos de fecha 3 y 5 de setiembre de 1985 y 15 de junio de 1993), quienes, además, de poseer el bien desde que lo adquirieron, realizaron construcciones, las mismas que cuentan con una antigüedad aproximada de treinta años.

En tal sentido, la Corte consideró que los principios de publicidad registral, fe pública registral y prioridad registral denunciados por la demandante no la beneficiaban, pues al momento de su adquisición la posesión ya la venían ejerciendo los demandados, situación que era de conocimiento de la demandante en

tanto en la cláusula séptima de la compraventa se estableció que la entrega de la posesión del área en litigio se haría a su favor al momento de la suscripción de la minuta, entrega que nunca se produjo, pues el predio estaba en control de los demandados.

De este modo la Corte Suprema privilegió la propiedad de los demandados, haciendo prevalecer la posesión efectivamente ejercida por sobre los principios registrales invocados por la demandante, dado que –según sostuvo– una diligencia mínima exige al comprador de un inmueble constatar quién ejerce la posesión:

“(…) dado que esta última (demandante) con un mínimo de diligencia hubiera podido constatar que el bien que pretendía adquirir estaba siendo poseído por terceros con título de propietarios, por lo tanto, los principios registrales invocados, así como el derecho de propiedad del artículo 923 del Código Civil, alegado por la recurrente respecto del predio submateria queda desvirtuado, tanto más, si se tiene en cuenta que debido a la importancia que supone la compraventa de un bien inmueble y estando a los usos generalmente aceptados en este tipo de negocios, la diligencia ordinaria mínima impone al comprador el deber de verificar el estado actual del bien que adquiere y principalmente quién o quiénes detentan la posesión del mismo, pues en aplicación de lo dispuesto en el artículo 912 del Código Civil al poseedor de un bien se le reputa propietario mientras no se demuestre lo contrario”.

Atendiendo a ello, la Corte declaró infundado el recurso de casación, no se casó la sentencia de vista y el mejor derecho de propiedad sobre el área en litigio fue finalmente reconocido a favor de los demandados.

La sentencia casatoria contó con el voto en minoría de la vocal Valcárcel Saldaña, quien consideró que previamente a resolver el fondo de la controversia debía emitirse pronunciamiento respecto de la validez de la relación procesal instaurada como consecuencia de la acumulación de los procesos, por lo que carecía de objeto pronunciarse sobre las razones de derecho sustantivo planteadas por la demandante en su recurso de casación. Por ello, su voto singular fue por que se declare **fundado** el recurso de casación de la demandante, en consecuencia, se case la sentencia de vista, se declare la sentencia de primera instancia y se ordene al juez que expida nueva resolución.

II. ¿VER PARA CREER? LA IMPORTANCIA DE LA POSESIÓN EN LA TUTELA DEL TRÁFICO INMOBILIARIO

Registros Públicos juega un rol fundamental en la adquisición de derechos (reales y, en algunos casos, personales) sobre predios. La información contenida en la partida funciona como un semáforo en lo que respecta a la decisión de adquirir un inmueble: en algunas ocasiones marcará rojo, indicándome que lo mejor es no contratar sobre dicho bien (por ejemplo, en la partida se ha

anotado una demanda de prescripción adquisitiva que produciría que un tercero adquiera la propiedad); otras veces marcará verde, informándome que la contratación sobre el predio es segura y no presenta mayores contingencias (por ejemplo, la partida está a nombre de la persona con quien vengo negociando y se encuentra libre de cargas y gravámenes); finalmente, en algunas ocasiones este semáforo marcará ámbar, advirtiéndome que debo tomar ciertas precauciones al comprar, pues, si bien vengo negociando con la persona correcta (propietario), podría tener ciertos inconvenientes de cara a inscribir mi derecho (por ejemplo, quien me ofrece el bien en venta es realmente el propietario, pero en el Registro figura aún el anterior dueño, lo cual me “obligará” a exigirle a mi vendedor que sanee previamente la propiedad o, en todo caso, deberé diseñar una estructura contractual que incentive a que el saneamiento de la propiedad se dé en simultáneo con la ejecución del contrato).

El sistema jurídico peruano está diseñado para que exista una relación directamente proporcional entre la confianza en el Registro y la seguridad en la contratación. A mayor confianza en el Registro, mayor es la seguridad que el sistema le otorga a mi adquisición. Si A figura en la partida como propietario y yo, fiándome de esa información, lo compro e inscribo a mi favor, no resultaré perjudicado si mañana aparece alguien cuestionando el título por el que A, en su momento, adquirió la propiedad: la confianza que deposité en el Registro me garantiza que mi adquisición se vuelva inatacable.

Este elemento de confianza de quien adquiere con base en la información registral lleva consigo un estado subjetivo de creencia: confianza implica “creer”. Así, quien “confía” en la información inscrita “cree” en la veracidad de la misma. En esto radica la protección que el sistema le otorga a quien confía en el Registro: se le protege porque aquel creyó en la veracidad de lo publicitado.

Es decir, el sistema jurídico no protege las adquisiciones por el solo hecho de que se inscriban. El sistema no concibe al tráfico inmobiliario como una carrera donde gana simplemente el que primero llega al Registro. El sistema no protege la inscripción *per se*, como si esta fuese un valor absoluto. Entre dos compradores del mismo bien no se protege al que primero inscribe por el hecho de haber inscrito primero y punto. La protección del sistema no radica tanto en la inscripción en sí, sino más bien en el estado subjetivo con que se hace dicha inscripción: con **confianza**, en la **creencia** de que lo inscrito se condice con –no contradice– la realidad.

Esto queda confirmado por las normas del Código Civil que protegen las adquisiciones hechas al amparo del Registro (arts. 1135 y 2014): se exige la buena fe al momento de la inscripción, es decir, inscribir confiando/creyendo que lo publicitado es lo real.

Si el sistema jurídico no exigiese esta buena fe en el adquirente, se obtendrían resultados diametralmente distintos a aquellos que precisamente se busca

incentivar: si pese a saber que el Registro está equivocado, yo contrato con aquella persona que figura inscrita como titular del derecho de propiedad, y esa adquisición es premiada por el sistema, en tanto este la protege frente a una eventual demanda del verdadero propietario, el mensaje es claro: el Registro es constitutivo de derechos, porque allí cuando aquel discrepe de la realidad, se premia a quien (como yo en el caso planteado) pasa por encima de la realidad y actúa sobre la base del Registro.

Esto no es lo que nuestro sistema busca, pues la naturaleza de nuestro Registro es ser declarativo y no constitutivo de derechos. ¿Cómo se genera el incentivo para que ante una discrepancia manifiesta entre Registro y realidad los adquirentes opten por esta y no por aquel? Exigiendo que la adquisición se realice de buena fe, de modo que quien actúe con base en el Registro, pese a no confiar en él, termine siendo afectado por la realidad que pasó por alto.

En conclusión, el nivel de confianza en el Registro determina cuán protegida está una adquisición. La gran pregunta es hasta dónde se puede confiar en el Registro; es decir, ¿existe información que, fuera del Registro, deba ser consultada para tener la seguridad de que mi adquisición quedará plenamente protegida?

El caso materia de análisis representa un escenario ideal para dar respuesta a esta interrogante. ¿Qué tan vinculante resulta para los particulares la información extrarregistral (como lo es la posesión) a la cual se puede llegar a través de otros mecanismos distintos al Registro? ¿El sistema protege a aquel que actúa con base en lo publicitado por el Registro, pero deja de lado las señales que “envía” la posesión? En lo que viene me abocaré a responder estas preguntas.

III. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En primera instancia el juez falló amparando la pretensión de mejor derecho de propiedad a favor de la demandante y consideró además que la compraventa por la que adquirió la propiedad no presentaba ningún vicio de nulidad, en tanto se había realizado sobre la base de la información registral.

Sin embargo, dado que la construcción sobre el área en litigio las habían realizado los demandados, hecho que fue reconocido por la demandante, el juez consideró que la “propiedad” sobre dichas construcciones le correspondía a los demandados, por lo que declaró improcedente el pedido de restitución planteado por la demandada.

Es decir, a criterio del juez, el suelo del área en litigio le pertenecía a la demandante, mientras que la propiedad de las edificaciones les correspondía a los demandados. Esto constituye un error manifiesto: salvo el caso de la propiedad

horizontal y el derecho de superficie, no es posible que se disgregue el suelo de la edificación, asignándole la propiedad sobre cada una de ellas a personas distintas.

La regla es que la edificación es parte integrante del suelo y, por ende, sigue la suerte de este. El artículo 887 del CC hace referencia a un solo bien de estructura compleja, conformado por un bien principal y partes integrantes, en donde la separación de los distintos elementos que lo conforman genera la alteración o perjuicio del bien total. Se impide así que los diversos elementos que conforman un bien de estructura compleja puedan ser objeto de relaciones jurídicas desintegradas.

Y siguiendo esta lógica, el artículo 938 del CC señala que “el propietario de un bien adquiere por accesión lo que se une o adhiere materialmente a él”. La idea que subyace a esta regla es que, independientemente de quién haya realizado la construcción, el bien resultante (suelo + edificación) debe pertenecerle a la misma persona. Es decir, se consagra la inseparabilidad del suelo y la construcción (independientemente de quién deba quedarse con la totalidad del bien).

La excepción a esta regla es el derecho de superficie, que permite que la construcción y el terreno le pertenezcan a personas distintas. Fuera de este régimen, que nace a iniciativa de los particulares (el CC no impone regímenes de superficie “legal” o “forzosa”), no es posible separar la titularidad del suelo de la propiedad de la construcción.

¿A razón de qué, entonces, el juez falló declarando, por un lado, el (mejor) derecho de propiedad sobre el suelo del área en litigio a favor de la demandante y, por el otro, a los demandados como dueños de la construcción? ¿Acaso consideró la idea de instaurar un régimen de superficie entre demandante y demandados, en virtud del cual estos abonen a favor de aquella una renta mensual por el uso del suelo? El fallo del juez, como se puede ver, fue clamorosamente errado.

Pero no solo eso: por lo visto, el juez consideró que el hecho de que los demandados hayan realizado la construcción los convertía en propietarios de lo edificado. En realidad, esta es una regla que se aplica solo cuando quien construye es dueño del terreno en el que se edifica: si yo soy propietario de un terreno de 120 m² y sobre el mismo levanto un edificio, sin duda alguna seré propietario de lo edificado.

Sin embargo, cuando quien edifica no es el propietario del suelo (que efectivamente ocurrió en el caso materia de análisis) no se convierte automáticamente en propietario de lo construido. Para eso existen las reglas de accesión, según las cuales, dependiendo del estado subjetivo de cada una de las partes (buena o mala fe con que actúa cada una de ellas), se determina quién tiene derecho a quedarse con la totalidad del bien (suelo más construcción).

Entonces, si el juez consideró que la demandante era propietaria del suelo del área en litigio y que sobre el mismo los demandados realizaron construcciones de buena fe, debió aplicar el artículo 941 del CC: cuando la edificación en terreno ajeno se hace de buena fe, le corresponde al propietario del suelo (demandante) elegir entre hacer suyo lo edificado (y, por ende, consolidar la totalidad del inmueble a su favor) o vender el terreno al constructor (demandados), quienes se convierten en propietarios de la totalidad del inmueble.

Lamentablemente, al haber decidido asignarle la propiedad del suelo a los demandantes y declarar propietario de la edificación a los demandados, el juez tomó una decisión que no solo no admite amparo legal (el CC no reconoce las “superficies por imposición judicial”), sino tampoco sentido común (¿cómo se establecerán las futuras relaciones comerciales entre la demandante y los demandados? ¿Cuánto deberán abonar como renta los demandados por usar el terreno de propiedad de la demandante? ¿Por cuánto tiempo estará vigente esta “superficie forzosa”? Son preguntas cuyas respuestas ni el mismo juez conoce.

IV. FRENTE AL ADQUIRENTE REGISTRAL, NO TODAS LAS POSESIONES SON IGUALES

A diferencia de lo resuelto por el juez, la Sala Superior consideró que la demandante no tenía sobre el área en litigio un derecho de propiedad oponible a los demandados, ya que estos adquirieron primero el dominio y pese a no haberlo inscrito a su favor —cosa que sí hizo la demandante—, se preocuparon por tomar posesión. Esta sola situación —sostuvo la Corte Superior— afectaba la “buena fe” de la demandante al momento de adquirir e inscribir su derecho de propiedad, por lo que el Registro no protegía su adquisición.

Esta decisión, que fue posteriormente avalada por la Corte Suprema, pone sobre el tapete un tema muy frecuente pero muy pocas veces abordado por nuestra doctrina y jurisprudencia: ¿qué efectos genera frente a aquel que adquiere con base en la información registral (a quien en adelante denominaré “tercero registral”) la posesión ejercida por otro sujeto (a quien en adelante denominaré “tercero poseedor”) que no figura en la partida?

Considero que son distintos los escenarios en los que se puede enfrentar un tercero registral con un tercero poseedor, y en cada caso varía el nivel de complejidad en la solución del conflicto generado.

- a) Tercero registral versus tercero poseedor ilegítimo: gana el tercero registral, pues el tercero poseedor ilegítimo no tiene nada que invocar sobre el bien, por lo que el tercero registral podrá iniciar alguna acción (desalojo o reivindicación) encaminada a obtener la restitución de la posesión.
- b) Tercero registral versus poseedor legítimo que no inscribió su derecho: gana —en principio— el tercero registral, pues siendo un conflicto entre

dos personas con derechos incompatibles sobre el mismo bien, es de aplicación el artículo 2022 del CC, según el cual vence el derecho que primero se inscribió⁽²⁴⁷⁾ de buena fe.

- c) Tercero registral versus tercero poseedor (legítimo o ilegítimo) que ha consumado a su favor la prescripción adquisitiva de dominio: este supuesto, que se conoce como “prescripción *contra tabulas*”, presenta tres variantes.
 - c.1. Luego de la adquisición e inscripción del tercero registral aparece un tercero poseedor que llega a consumir la prescripción adquisitiva: vence el prescribiente, de acuerdo con el artículo 950 del CC. El hecho de que se enfrente a un propietario con derecho inscrito no imposibilita ni entorpece la prescripción. Es la misma solución que se aplica en todos los casos de prescripción, sin que haga ninguna diferencia el hecho de que aquel contra quien se prescribe tenga o no el derecho inscrito a su favor.
 - c.2. El tercero registral adquiere cuando ya hay un poseedor, que ha consumado la prescripción a su favor.
 - c.3. El tercero registral adquiere cuando hay un poseedor, pero este aún no es un prescribiente; la prescripción se consume luego de la adquisición del tercero registral.

Los supuestos c.2 y c.3 grafican la denominada “prescripción *contra tabulas*”, conflicto que no ha sido solucionado de manera expresa por una norma en particular. Las soluciones tentativas parten de la doctrina nacional y sobre todo extranjera, tal como a continuación paso a detallar.

V. TERCERO REGISTRAL VS. PRESCRIBIENTE: PRESCRIPCIÓN *CONTRA TABULAS*

El caso más frecuente de prescripción *contra tabulas* (“prescripción contra registro”) es el detallado en el supuesto c.2.

A es propietario de un inmueble con derecho inscrito a su favor. La posesión la viene ejerciendo B hace más de 10 años. A transfiere la propiedad del inmueble a C (lo que se denomina transferencia de “nuda propiedad”, ya que no podrá transferir la posesión en tanto esta viene siendo ejercida por B). C inscribe el derecho a su favor y al momento de tomar posesión se encuentra con B, quien

(247) Este supuesto en particular lo he analizado en mi comentario a la Cas. N° 2444-2015-Lima. En el presente comentario me centraré en el conflicto del tercero registral contra el poseedor prescribiente, por cuanto el caso materia de análisis consistió precisamente en un supuesto de prescripción *contra tabulas*.

se niega a desocupar el inmueble alegando que se ha convertido en propietario por prescripción. C considera que el derecho le asiste en tanto adquirió de quien figuraba en la partida como propietario.

¿Quién de los dos debe ser protegido? ¿B, que alega haber adquirido por usucapión por haber poseído durante más de 10 años de forma pública, pacífica, continua y como propietario, o C, que sustenta su adquisición en la confianza depositada en el Registro?

Como ya se dijo, al no tener una solución expresa en la ley, la doctrina se ha dividido al momento de tomar partido por una u otra de las partes en conflicto.

1. Los argumentos a favor del prescribiente

A favor del prescribiente se suele invocar el artículo 952 del CC, según el cual: “Quien adquiere un bien por prescripción puede entablar juicio para que se le declare propietario. La sentencia que accede a la petición es título para la inscripción de la propiedad en el registro respectivo y para cancelar el asiento a favor del antiguo dueño”.

De esta norma se concluye la eficacia inmediata y automática de la prescripción: el poseedor se convierte en propietario con la sola constatación de que se han cumplido todos los requisitos del artículo 950 del CC, sin que sea necesaria una sentencia que consume la adquisición. En ese sentido —se dice— la sentencia tiene carácter declarativo, pues se limita a reconocer una situación (conversión del poseedor en propietario) ya producida con anterioridad.

Si bien hace poco la Corte Suprema emitió un fallo que desconoce esta posición⁽²⁴⁸⁾, nuestra jurisprudencia mayoritariamente apoya la tesis de la eficacia automática de la prescripción con sentencia meramente declarativa⁽²⁴⁹⁾.

¿Y por qué esta eficacia “automática” de la prescripción constituye un argumento a favor del prescribiente en el caso de la prescripción *contra tabulas*? Se sostiene que toda vez que la prescripción se produce *ipso iure*, cuando el tercero registral compra el bien de quien figura en el Registro como propietario, en realidad le está comprando a alguien que ya no es el propietario, con lo cual debe primar la propiedad del prescribiente.

(248) Me refiero a la Cas. N° 3332-2013-La Libertad, que ha sido materia de análisis en este libro.

(249) Solo por citar un ejemplo. Cas. N° 2161-2003-Lima, del 5 de noviembre de 2004, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 28 de febrero de 2005: “(...) de autos fluye que la pretensión contenida en la demanda de la recurrente es que se le declare propietaria del inmueble (...) argumentando que viene poseyéndolo en forma pacífica, pública, continua y a título de propietaria por más de cuarenta años (...) De dicho tenor se desprende que el cumplimiento de facto de los requisitos contemplados en la ley transforma la calidad de poseedor en la condición de propietario a condición de acreditar que efectivamente se han satisfecho tales exigencias”.

Particularmente, no considero contundente este argumento a favor del prescribiente. Nótese que el caso es muy similar a aquel en donde se enfrenta el tercero registral contra un comprador sin derecho inscrito, y la solución que da el Código Civil es proteger a quien inscribió primero. Es decir, se “castiga” a aquel que tenía un derecho adquirido y no lo publicitó para favorecer a quien contrató confiando en el Registro. ¿Por qué no seguir la misma lógica para el caso del prescribiente, quien omitió incluso anotar una demanda de prescripción que permitiera a los terceros interesados tomar conocimiento de dicha situación?

2. Los argumentos a favor del tercero registral

A favor del tercero registral se suele invocar el artículo 2014 del CC. Así, se dice que en tanto dicho tercero ha adquirido confiando en la información registral e inscribiendo su derecho, no puede verse perjudicado por una situación (posesión del prescribiente) no publicitada por el Registro.

El error aquí está en pretender incluir dentro del supuesto de hecho del artículo 2014 del CC un caso que claramente no encaja:

- i) El artículo 2014 del CC presupone una cadena de transferencias, en donde el derecho del tercero registral deriva de su antecedente, y los vicios que afecten a este no perjudican a aquel. Por ejemplo, A vende el bien a B y luego este se lo vende a C. Las dos transferencias se inscriben en el Registro. Luego de ello, el contrato entre A y B se resuelve por determinadas razones que no figuraban en el Registro. Esta resolución del primer contrato (antecedente) no afecta la adquisición de C (tercero registral). Este queda inmune frente a los vicios que afectan a los contratos que le sirvieron de antecedente.

En la prescripción *contra tabulas*, en cambio, no existe una cadena de transferencias. A es el poseedor prescribiente. En el Registro aparece B como propietario y este lo transfiere a C, quien inscribe el bien a su favor. Luego de ello, A pretende afectar con su prescripción a C. Como se ve, aquí solo hay una transferencia (B para C), sin que la adquisición de A haya servido como antecedente de la adquisición de C. Técnica-mente, entonces, C no califica como un tercero registral al amparo del artículo 2014 del CC.

- ii) El artículo 2014 del CC protege al tercero registral frente a aquellos actos que determinan la anulación, rescisión o resolución del derecho de su transferente⁽²⁵⁰⁾.

(250) Artículo 2014 del Código Civil.- “[El tercero] mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante”.

Por ejemplo, si A consigue que la compraventa otorgada a favor de B sea anulada, rescindida o resuelta, y pretende hacer valer dicha situación contra C (tercero registral que había adquirido el bien de manos de B), este podrá defenderse invocando la fe pública registral.

La prescripción adquisitiva, por el contrario, no genera ninguna de estas situaciones. El hecho de que alguien sea declarado dueño por prescripción no anula ni rescinde ni resuelve el derecho de aquel (B) que transfirió el bien a favor del tercero registral, con lo cual la posición de este, frente al prescribiente, no encaja dentro del supuesto del artículo 2014 del CC.

Frente a esto último, alguien podría sostener que la situación ha cambiado con la entrada en vigencia de la Ley N° 30313 (la Ley), la cual ha agregado al artículo 2014 del CC un término que pareciera abrirle las puertas a la prescripción *contra tabulas*: “[El tercero] mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda, **cancela** o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los asientos registrales y los títulos archivados que lo sustentan” (el énfasis es mío).

En la medida que la norma habla, en general, de “causas que cancelen” el asiento del tercero registral (C), la prescripción adquisitiva podría encajar en este supuesto, en tanto esta (luego de haber sido declarada judicialmente) precisamente permite cancelar el asiento donde está inscrito el derecho del tercero registral. Con ello, parecería que la prescripción *contra tabulas* sí encaja en el supuesto del artículo 2014 del CC.

Sin embargo, concluir ello sería un error por dos razones:

- i) A vende el bien a B y luego este se lo vende a C. Este último es el tercero registral. Para que aplique el artículo 2014 del CC debe afectarse la adquisición de B (por ejemplo, el contrato suscrito con A se resuelve, anula, rescinde, etc.). La idea es que esta “afectación” no perjudique la adquisición de C.

La prescripción, por el contrario, no afecta la adquisición de B, sino directamente la de C (mediante la cancelación del asiento registral donde este tiene inscrito su derecho).

Ello basta para probar que, aun con la nueva redacción del artículo 2014 del CC, el conflicto entre el tercero registral y el prescribiente sigue quedando fuera del supuesto de hecho de dicha norma.

- ii) Aun si la prescripción lograra cancelar el derecho no solo del tercero (C), sino también el de su transferente (B), el nuevo artículo 2014 del CC no le da al término “cancelación por causas que no consten en el Registro” un significado lo suficientemente amplio como para incluir dentro del mismo a la prescripción adquisitiva.

Por el contrario, cuando el artículo 2014 del CC menciona la “cancelación” del derecho de B, se refiere a aquella cancelación que es producto de la aplicación del procedimiento de cancelación de asientos registrales regulado en la Ley, y que funciona solo cuando el título que sirvió para la inscripción del derecho de B fue falsificado u otorgado mediante la suplantación de la identidad del verdadero titular.

Imaginemos que A vende el bien a B y luego este se lo vende a C. Las dos transferencias se inscriben en el Registro. Luego de ello se constata que en la compraventa entre A y B la firma del primero fue falsificada. Lo que puede hacer A, de acuerdo con el procedimiento creado por la Ley, es solicitar la cancelación del asiento registral en donde se inscribió el derecho de B. Sin embargo, esta cancelación no afectará la adquisición de C por tratarse de un tercero registral. Es a esta “cancelación” a la que se refiere la Ley.

Entonces, la conclusión es que el artículo 2014 del CC no regula el conflicto entre el tercero registral contra el prescribiente, por lo cual es un error invocar dicha norma para sustentar la prevalencia de aquel.

3. La norma correcta: ¿cómo entenderla?

Tampoco sería de aplicación para la prescripción *contra tabulas* el artículo 1135 del CC, pues esta norma supone la oposición de dos títulos que derivan del mismo transferente. En la prescripción *contra tabulas*, si bien existen dos títulos que se oponen (el título negocial del tercero registral y el título legal del prescribiente), ellos no derivan del mismo transferente.

La norma que pareciera regular al caso es el artículo 2022 del CC:

“Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquel a quien se opone”.

En la prescripción *contra tabulas* nos encontramos ante dos personas que invocan el derecho de propiedad a su favor (una por haberlo adquirido con base en el Registro y otro por haberlo adquirido mediante el uso continuo) y que pretenden oponerlo a su contraparte. Si aplicamos el artículo 2022 del CC, tendría que vencer el tercero registral por haber inscrito primero su derecho, siempre que dicha inscripción se haya hecho de buena fe⁽²⁵¹⁾.

(251) En mi comentario a la Cas. N° 2866-2013-La Libertad ya expliqué las razones que me llevan a considerar que, aun cuando el artículo 2022 del CC no lo mencione expresamente, su aplicación exige la buena fe del tercero registral.

¿Y cómo entender en estos casos la buena fe del tercero registral? ¿No se podría sostener que el tercero registral nunca tendrá buena fe en tanto no se preocupó por constatar quién ejercía la posesión?

Es cierto que aquello que se busca con el Registro es reducir los costos de información, comprimiendo la información relevante para una adquisición en aquello que publicita el Registro. Sin embargo, ello no significa que aquel que inscribe debe ser protegido aun cuando haya procedido conociendo el error del Registro.

La buena fe, por ello, debe entenderse, en circunstancias normales, como un “desconocimiento” de que lo publicitado por el Registro es incorrecto. O para plantearlo desde otra perspectiva: la mala fe del tercero registral significa haber inscrito sabiendo que el Registro no estaba acorde con la realidad. Por ello, quien alegue la mala fe del tercero registral deberá probar este conocimiento efectivo de la inexactitud registral.

Sin embargo, esta manera (originaria) de entender la “buena fe” en el tercero registral podría variar si es que el propio sistema normativo así lo determina. Por ejemplo, en España existe una norma que permite trasladar el entendimiento de la buena fe, desde una posición de “desconocimiento de la inexactitud del Registro” hacia una de “diligencia encaminada a salir del estado de desconocimiento de la inexactitud del Registro”. Me refiero al artículo 36 de la Ley Hipotecaria Española (LHE) que a continuación pasa a analizar.

4. El modelo español al rescate

El artículo 36 de la LHE establece que:

“Frente a titulares inscritos que tengan la condición de terceros con arreglo al artículo 34 [equivalente a nuestro artículo 2014 del CC] solo prevalecerá la prescripción adquisitiva consumada o la que pueda consumarse dentro del año siguiente a su adquisición, en los dos supuestos siguientes:

- a) Cuando se demuestre que el adquirente conoció o tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer, antes de perfeccionar su adquisición, que la finca o derecho estaba poseída de hecho y a título de dueño por persona distinta de su transmitente.
- b) Siempre que, no habiendo conocido ni podido conocer, según las normas anteriores, tal posesión de hecho al tiempo que la adquisición, el adquirente inscrito la consienta, expresa o tácitamente, durante todo el año siguiente a la adquisición”.

La norma regula dos supuestos:

- i) Cuando el tercero registral adquiere e inscribe ya hay un prescribiente consumado.
- ii) Cuando el tercero registral adquiere e inscribe hay un poseedor a quien le falta un año para consumir la prescripción a su favor.

En estos casos, para que el prescribiente venza al tercero registral debe presentarse cualquiera de las siguientes situaciones:

- i) El adquirente (tercero registral) conoció o tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer, antes de perfeccionar su adquisición, que la finca o derecho estaba poseído de hecho y a título de dueño por persona distinta de su transmitente.
- ii) Aun no habiendo conocido ni podido conocer tal posesión al tiempo de su adquisición, el tercero registral la consintió, expresa o tácitamente, durante todo el año siguiente a su adquisición.

Pero pese a la existencia de esta norma el problema persiste: ¿cuándo podremos decir que el tercero registral “tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer la posesión del prescribiente”? Esto, como es obvio, no es algo que pueda ser resuelto en una norma. La jurisprudencia debe encargarse de definir, caso por caso, cuándo es que existen estos “medios racionales y motivos suficientes” que exigían al tercero registral tomar conocimiento de la posesión.

Pero lo que me importa resaltar de todo esto es que ni siquiera en el sistema español se ha establecido de manera categórica el deber general del tercero registral de constatar la posesión. Si existe o no este “deber” dependerá —como bien lo dice el artículo 36 de la LHE— de si dicho tercero tuvo los medios racionales y los motivos suficientes.

Es decir, el análisis debe ser hecho caso por caso, sin llegar a consagrar fórmulas absolutas, tal como —lamentablemente— lo hizo nuestra Corte Suprema en el caso que vengo analizando, en donde sostuvo —de forma genérica— que “la diligencia ordinaria mínima impone al comprador el deber de verificar el estado actual del bien que adquiere y principalmente quién o quiénes detentan la posesión del mismo”.

5. Mi posición sobre el particular

Nuestro Código Civil no tiene una norma como el artículo 36 de la LHE. Sin perjuicio de ello, considero que en el caso de aquel tercero registral que adquiere cuando aún no hay una prescripción consolidada, si dicha prescripción se llega a

consumar, entonces el derecho del prescribiente debería prevalecer. Ello por dos razones:

- i) Culpa del tercero registral: luego de haber inscrito su adquisición, el tercero registral pudo haber interrumpido la prescripción y no lo hizo. Es razonable, entonces, que dicha prescripción lo termine perjudicando.
- ii) Ausencia de culpa en el prescribiente: el prescribiente no tenía forma de publicitar su prescripción, pues al no haberla consumado el sistema no le permite inscribir su posesión⁽²⁵²⁾ y un juez tampoco habría admitido inscribir la demanda de usucapión.

Distinto es el caso de la adquisición del tercero registral cuando ya existe una prescripción consumada: si bien es cierto (en determinadas circunstancias) se le podría reprochar no haber constatado la realidad (posesión), también habría algo que reprocharle al prescribiente: el no haber demandado la prescripción ni haber inscrito dicha demanda en la partida.

Sin embargo, no es posible calificar en abstracto como “negligencia” el no haber mirado la posesión o no haber inscrito la demanda de prescripción adquisitiva. Dependerá de cada circunstancia y de cada situación. Así como se le puede reprochar al tercero registral no haber mirado la posesión, también se le puede reprochar al prescribiente el no haber inscrito su demanda de usucapión. Estas circunstancias, de difícil configuración exacta, deberán ser analizadas caso por caso. Pero lo que no se puede hacer —y como, en efecto lo hizo la Corte Suprema— es declarar como un deber general de diligencia de parte del tercero registral verificar quién ejerce la posesión del inmueble.

VI. EL ERROR DE LA SALA SUPERIOR Y LA CORTE SUPREMA

En el caso materia de análisis tanto la Sala Superior como la Corte Suprema hicieron referencia a una posesión pública y pacífica ejercida por los demandados por más de 20 años. Sin embargo, no señalaron si dicha posesión convertía a los demandados en propietarios por prescripción adquisitiva, situación que habría dado lugar a una “prescripción *contra tabulas*”.

El hecho de que ni la Sala Superior ni la Corte Suprema hayan definido si los demandados ostentaban la condición de meros poseedores o propietarios por prescripción es fundamental, en tanto ambas circunstancias no tienen la misma eficacia frente a aquel que (como la demandante) ha adquirido la propiedad sobre la base de la información registral.

(252) Artículo 2021 del Código Civil.- “Los actos o títulos referentes a la sola posesión, que aún no han cumplido con el plazo de prescripción adquisitiva, no son inscribibles”.

En todo caso, ningún problema habría habido con que dicha prescripción fuese valorada y analizada dentro del proceso, en tanto la pretensión de la demandante era, además de que se le declare con mejor derecho de propiedad sobre el área en litigio, que se ordene a su favor la entrega del bien. Si tenemos en cuenta que la prescripción adquisitiva puede ser hecha valer en un proceso de desalojo frente a aquel que exige la restitución, con mucha mayor razón podría ser invocada dentro de un proceso de reivindicación.

Así, en la sentencia del IV Pleno Casatorio la Corte determinó que:

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

Al haber omitido pronunciarse sobre la aparente prescripción que favorecía a los demandados, la Corte nos deja una serie de interrogantes: ¿es posible, dentro de un proceso de reivindicación o mejor derecho de propiedad, valorar la prescripción adquisitiva que invoque el demandado? ¿Esta “valoración” puede llevar a que dentro de dichos procesos se declare (en la parte resolutive de la sentencia) la prescripción adquisitiva? ¿Esta declaración generaría cosa juzgada o, como sucede en el caso del IV Pleno Casatorio (cuando la prescripción es invocada dentro de un proceso de desalojo) se deja abierta la posibilidad de debatir nuevamente el tema en un proceso posterior?

Son preguntas que, espero, encuentren respuesta en un futuro pronunciamiento de la Corte Suprema.

VII. ¿CÓMO DEBIÓ RESOLVERSE EL CASO?

Considero que en el caso materia de comentario estaba acreditada la mala fe de la demandante, en tanto esta había declarado en su respectivo contrato de compraventa que tomaría posesión al momento de la firma del mismo. Esta toma de posesión nunca se produjo, por la sencilla razón de que la posesión la ejercían los demandados.

Esto es suficiente para probar que la demandante tuvo conocimiento, al momento de su adquisición, de que la posesión sobre el área en litigio la ejercían los demandados. Ello determina una actuación de mala fe por parte de la

demandante, por lo que aun cuando su adquisición se haya inscrito primero, la misma no le daba preferencia sobre el derecho de los demandados.

Entonces, habiendo quedado descartada la fecha de inscripción como el criterio de solución aplicable al caso, ¿cómo debió resolverse la controversia?

No olvidemos que en este caso la misma persona (Sra. Arana) había vendido a distintos adquirentes el área en litigio: i) mediante escritura pública del 2 de julio de 1958 a favor de los padres de la demandada (quienes después se lo transfirieron a los demandados); ii) mediante compraventa del 2008 a favor de la demandante.

Estando ante un caso de doble venta, corresponde aplicar el artículo 1135 del CC, el cual establece como un segundo criterio de solución (habiendo descartado la fecha de la inscripción) la antigüedad de los títulos: los demandados contaban con un documento de fecha cierta más antigua que el de la demandante, por lo que la adquisición de aquellos debía primar.

En conclusión, estoy de acuerdo con la decisión de la Corte Suprema de darle prevalencia al derecho de los demandados; sin embargo, estimo que lo expuesto en sus considerandos (principalmente la parte en donde se establece el deber general de todo comprador de constatar la posesión) constituye un exceso que deberá ser corregido en futuros pronunciamientos.

VIII. CONCLUSIÓN

Está bien que a aquel que invoca la protección del Registro se le exija buena fe. Cómo llenar de contenido esta buena fe es algo que deberá determinarse caso por caso.

Por ello considero un error el que la Corte Suprema haya señalado de manera general y categórica que “la diligencia ordinaria mínima impone al comprador el deber de verificar el estado actual del bien que adquiere y principalmente quién o quiénes detentan la posesión del mismo”. De esta afirmación se podría concluir que todo tercero registral que al momento de su adquisición no constata la posesión del inmueble actúa de mala fe.

Ello me parece un exceso, por cuanto el análisis deberá ser hecho caso por caso, sin llegar a consagrar fórmulas absolutas. No es posible calificar en abstracto como “negligencia” el no haber mirado la posesión (así como no es posible, en abstracto, imputarle negligencia al prescribiente por no haber demandado la usucapión e inscrito su demanda en el Registro). Dependerá de cada circunstancia y de cada situación en particular si la no verificación de la posesión acarrea o no la mala fe del tercero registral.

Tercero de buena fe vs. propietario afectado por falsificación documentaria: ¿entre dos inocentes quién debe prevalecer?

COMENTARIO A LA CASACIÓN N° 800-2015-HUÁNUCO

I. LOS HECHOS DE LA SENTENCIA

En la Casación N° 800-2015-Huánuco se resolvió la demanda interpuesta por los hermanos Humberto, Guillermo, Laudina y Elvia Ricardina Ortiz Zelada (en adelante, los demandantes) contra Alejandro Ortiz Zelada (en adelante, el demandado), José Palacin Aquino y su esposa Hilda Borja Mendoza (en adelante, la sociedad conyugal)⁽²⁵³⁾, cuyas pretensiones fueron las siguientes:

- a) Pretensión principal: que se declare la nulidad de los siguientes actos:
 - i) Escritura Pública de compraventa de derechos y acciones N° 20 de fecha 20 de enero de 2010, otorgada por los demandantes a favor del demandado; ii) Escritura Pública N° 30 de fecha 15 de febrero de 2010 mediante la cual se aclaró la escritura N° 20; y iii) Escritura Pública de compra venta N° 296, de fecha 18 de marzo de 2010, otorgada por el demandado a favor de la sociedad conyugal; por estar todos ellos incurso en las causales de falta de manifestación de voluntad, fin ilícito, simulación absoluta y vulneración del orden público y las buenas costumbres.
- b) Pretensión accesoria: que se declare la nulidad de los asientos C00002 y C00003 de la Partida Electrónica N° 11082022, donde se inscribieron los actos jurídicos detallados en el punto a).

Los fundamentos de la demanda fueron los siguientes:

- i) Mediante escritura pública de fecha 10 de octubre de 1991, la Asociación Pro Vivienda de la Guardia Civil de Huánuco transfirió el inmueble ubicado en la manzana H - lote 15, ubicado frente a la calle 03 de la urbanización APROVIGC del distrito de Pillco Marca (en adelante, el inmueble) a favor de Aníbal Ortiz Zelada (en adelante, el causante).

(253) En adelante, cuando haga referencia al demandado y a la sociedad conyugal en su conjunto, los denominaré los demandados.

- ii) A su fallecimiento, el causante dejó como herederos a sus hermanos Humberto, Guillermo, Laudina, Elvia Ricardina Ortiz Zelada (demandantes) y al demandado, quienes asumieron la condición de propietarios del inmueble.
- iii) Mediante escritura pública de adjudicación de fecha 22 de noviembre de 2006, inscrita en el Registro de Propiedad Inmueble de Huánuco el 7 de setiembre de 2009, los demandantes se adjudicaron el 80 % de acciones y derechos sobre el inmueble, mientras que el 20 % le fue otorgado al demandado.
- iv) De acuerdo con la Escritura Pública de compraventa N° 20 y Escritura Aclaratoria N° 30 –cuya nulidad fue solicitada como pretensión principal– los demandantes transfirieron su 80 % de acciones y derechos sobre el inmueble a favor del demandado, con lo cual este pasó a convertirse en único propietario del bien.

Sin embargo, los demandantes negaron su participación en dicha transferencia, por lo que se trataría –según sostuvieron– de escrituras públicas falsificadas.

- v) Mediante Escritura Pública N° 296 de fecha 18 de marzo de 2010 –cuya nulidad también fue solicitada como pretensión principal– el demandado (representado por su conviviente Máxima Morales Baltazar) transfirió la totalidad del inmueble a favor de la sociedad conyugal. Según sostienen los demandantes, esta transferencia devendría en nula pues previamente el demandado había adquirido la propiedad del inmueble mediante escrituras de transferencia falsificadas.

La sociedad conyugal contestó la demanda señalando que había adquirido el inmueble actuando de buena fe, pues la propiedad del demandado (su transferente) se encontraba debidamente inscrita en Registros Públicos.

En primera instancia se declaró fundada en parte la demanda en el extremo de la nulidad de las Escrituras Públicas N°s 20 y 30 (por las que el demandado adquirió el inmueble) e infundada respecto de la nulidad de la Escritura Pública N° 296 (mediante la cual la sociedad conyugal adquirió el inmueble).

Respecto de las Escrituras Públicas N°s 20 y 30, el juez consideró que la constancia emitida por el notario público Luis Augusto Jiménez Gómez (en donde reconocía no haber participado en su otorgamiento) así como la búsqueda que este hizo en el libro matriz de su Registro de Escrituras Públicas correspondiente al año 2010 (en donde no existían tales escrituras), acreditaba que las referidas escrituras públicas habían sido falsificadas. De ello se desprendía que los demandantes no habían manifestado su voluntad en dichos actos jurídicos, por lo cual estos eran nulos al adolecer de falta de manifestación de voluntad, fin ilícito y simulación absoluta.

Sin embargo, con relación al pedido de nulidad del acto contenido en la Escritura Pública de compraventa N° 296, el juez consideró que al momento de la venta el transferente (demandado) tenía inscrito el derecho a su favor, por lo que la adquisición de la sociedad conyugal quedaba protegida por el artículo 2014 del CC⁽²⁵⁴⁾, al ser un tercero adquirente a título oneroso y de buena fe.

En su recurso de apelación, los demandantes cuestionaron la buena fe de la sociedad conyugal, en tanto estos –según alegaron los demandantes– antes que limitarse a leer los asientos registrales de la partida, debieron indagar obligatoriamente el historial del inmueble, conocer su origen, preguntar a los vecinos colindantes de la propiedad quién fue su primer y anterior propietario, acceder al título archivado que dio origen a la última inscripción, etc.

En segunda instancia, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huánuco revocó la sentencia apelada y reformándola la declaró fundada en todos sus extremos y, por ende, nulas las dos transferencias de propiedad sobre el inmueble (tanto la que se hizo a favor del demandado como la que este hizo a favor de la sociedad conyugal).

A criterio de la Sala Superior, existían elementos probatorios que acreditaban que la venta a favor del demandado se había hecho con base en títulos falsificados (nulos), por lo que, de acuerdo con el Pleno Jurisdiccional Civil, realizado en Lima el 27 de octubre de 2012, en donde se analizó el tema “La fe pública registral en el caso de falsificaciones de títulos”, aquella no protege a los terceros de buena fe cuando se trata de vicios radicales de nulidad, como es el caso de la falsificación de títulos, pues el artículo 70 de la Constitución consagra la inviolabilidad de la propiedad, lo cual impide que un propietario pueda ser despojado a través de una falsificación. Por ello –sostuvo la Sala– el artículo 2014 del CC debe leerse desde la perspectiva constitucional de la protección de la propiedad, evitando que actos ilícitos (como lo es una falsificación) generen derechos a favor de terceros, aun cuando estos hayan actuado con buena fe.

Frente a este fallo adverso, la sociedad conyugal interpuso recurso de casación, invocando la correcta aplicación del artículo 2014 del CC, dada su condición de terceros adquirentes de buena fe, circunstancia que no había sido desacreditada en el proceso con ningún medio probatorio presentado por los demandantes.

La Corte Suprema tomó en cuenta que la mala fe de la sociedad conyugal recién fue planteada por los demandantes en su recurso de apelación; es decir,

(254) Artículo 2014 del Código Civil.- “El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda, cancele o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los asientos registrales y los títulos archivados que lo sustentan.
La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro”.

no fue materia del contradictorio, por lo que la decisión de la Sala Superior de declarar fundada la demanda basándose precisamente en dicha “mala fe” representaba una vulneración del derecho al debido proceso en perjuicio de la sociedad conyugal.

Adicionalmente a ello, la Corte consideró que el principio de fe pública registral sí protegía a la sociedad conyugal, en tanto esta había adquirido el inmueble de quien en ese momento figuraba en el Registro como único propietario, sin que los demandantes hayan presentado un solo medio probatorio que contradiga la presunción de buena fe que beneficiaba a aquella.

Por tales consideraciones la Corte: i) declaró fundado el recurso de casación; ii) casó la sentencia de vista en el extremo que revocó la sentencia apelada; y iii) actuando en sede de instancia confirmó el fallo de primera instancia, declarando infundada la nulidad de la compraventa otorgada a favor de la sociedad conyugal así como del asiento en donde dicha transferencia se había inscrito.

II. LA FE PÚBLICA REGISTRAL FRENTE A LA FALSIFICACIÓN DOCUMENTARIA

Registros Públicos representa, qué duda cabe, un actor fundamental para dotar de seguridad jurídica a las transferencias inmobiliarias que se realizan constantemente en el mercado⁽²⁵⁵⁾. Si bien en términos estrictamente legales la propiedad de un inmueble se transfiere con la sola celebración del acto de enajenación (una compraventa en la mayoría de los casos), la eficacia traslativa del contrato no suele ser suficiente para adquirir de manera segura y evitar que otros discutan la propiedad en el futuro. Aun cuando una compraventa no inscrita genera oponibilidad frente a los “terceros simples o no calificados” (aquellos que no ostentan ningún título sobre el bien), no ocurre lo mismo respecto de los “terceros calificados”, esto es, aquellos que, al igual que quien ha contratado sobre el bien, también cuentan con algún derecho que podría terminar siendo protegido por el principio de oponibilidad o fe pública registral⁽²⁵⁶⁾.

(255) Un interesante análisis sobre el fenómeno del *boom* inmobiliario, analizado desde una perspectiva legal, puede verse en *La Ley*, N° 5, año I, noviembre, 2014.

(256) Saber diferenciar entre los terceros “simples” y “calificados” es fundamental para poder entender el rol que cumple el Registro a través de su publicidad y cuándo esta constituye un plus a favor del propietario. Hace algún tiempo, comentando un caso de construcción en terreno ajeno (PASCO ARAUCO, Alan. “Edificación en terreno ajeno: entre la buena y la mala fe del constructor. ¿Convirtiendo las presunciones absolutas en presunciones *iuris tantum*?”). En: *Actualidad Jurídica*. N° 183, Gaceta Jurídica, Lima, febrero 2009), reflexioné sobre la importancia de que los propietarios tengan su derecho debidamente inscrito, pues ello les permitía probar de forma inmediata la mala fe de quienes construyan sobre su terreno. Por ejemplo, si A es propietario de un terreno con derecho inscrito a su favor, y B toma posesión de dicha área luego de habérsela comprado a C (quien se hace pasar como propietario) y construye una casa, no hay dudas de que tal edificación habrá sido hecha de mala fe, porque en todo momento el propietario registral fue A (art. 914 del CC). B (ni nadie) podría alegar que desconocía que el bien sobre el cual construía le pertenecía a otra persona (A), pues la información registral se presume de conocimiento de todos sin admitir prueba en contrario (art. 2012 del CC). Entonces, el que A tenga inscrito su derecho le permite

Es por ello que siempre se le recomienda al adquirente que inscriba su derecho, a efectos de hacer de conocimiento de todos tal situación, evitando así el conflicto con los terceros calificados y dotando de plena seguridad su adquisición.

No obstante, la seguridad jurídica que otorga el Registro ha venido siendo mal empleada por agrupaciones delictivas (mafias) que se apropian de inmuebles ajenos presentando documentación falsificada o suplantando la identidad de los propietarios registrales. El *modus operandi* de estas mafias es el siguiente:

- i) Se falsifica una escritura pública de transferencia en donde A (propietario real con derecho inscrito a su favor) transfiere el bien a favor de B, o se suplanta la identidad de A ante un verdadero notario, con lo cual la escritura pública verdadera da cuenta de la transferencia de A a favor de B.
- ii) El documento de transferencia (ya sea el falsificado o aquel en donde hubo la suplantación de identidad) se presenta a Registros Públicos para su inscripción.
- iii) B queda inscrito como nuevo propietario registral del inmueble, y valiéndose de ello transfiere el bien a favor de C, quien lo inscribe a su nombre.
- iv) Cuando A se entera de lo sucedido ya quedó rezagado en la partida registral, pues el bien ya figura a nombre de C. A demanda la nulidad de las dos transferencias (la suya a favor de B y la de este a favor de C). C se defiende señalando que el vicio (la falsificación o suplantación de identidad) se dio en la primera transferencia (la de A a favor de B), por lo que él es un tercero frente a dicho vicio (“tercero registral”, como se le suele denominar), no pudiendo verse perjudicado por dicha circunstancia de conformidad con el artículo 2014 del CC.

destruir la buena fe de quienes pretenden alegar sobre el mismo bien algún tipo de titularidad (es decir, frente a los terceros calificados).

Esta reflexión fue criticada señalando que no era necesario que A tuviera inscrito su derecho para poder probar la mala fe de B (constructor), porque “el sujeto que ingresa a poseer un bien sin título [invasión], se le reputa de mala fe pues carece de la mínima base jurídica por la cual podría fundar una hipotética buena fe”: GONZALES BARRÓN, Gunther. *Código Civil y reforma*. Libros V (Derechos Reales) y IX (Registros Públicos). Jurista Editores, Lima, 2001, p. 169).

La “crítica” carece de sustento porque no diferencia al tercero simple del tercero calificado. Mientras mi comentario se enfocaba en los terceros “calificados” (B había comprado el bien a quien no era propietario), Gonzales se refiere a los terceros “simples” (B es un invasor del terreno, ni siquiera cuenta con un título). Frente a los terceros “simples” (invasores) en poco o nada ayuda al propietario tener su derecho inscrito, pues la mala fe de dicho invasor derivará del solo hecho de que este no tiene un título (esto lo señalé hace mucho en mi trabajo: “Sobre la posesión precaria, el desalojo y los intolerantes. Analizando al analizador: una tesis sugestiva pero poco recomendable”. En: *Actualidad Jurídica*. N° 219, Gaceta Jurídica, Lima, febrero 2012, p. 65). Por el contrario, frente a los terceros “calificados”, tener el derecho inscrito sí es de gran ayuda, en tanto la mala fe del constructor queda automáticamente acreditada por el solo hecho de que aquel adquirió un derecho de quien no figuraba en el Registro como titular.

En conclusión: i) para probar la mala fe del tercero simple basta con probar que este no cuenta con un título; que el propietario tenga o no su derecho inscrito le suma poco o nada; ii) para probar la mala fe del tercero calificado es indispensable tener el derecho inscrito, pues el artículo 914 del Código Civil descarta de plano la buena fe de aquel que adquiere un derecho de quien no figura inscrito en el Registro.

- v) Finalmente, los jueces hacen prevalecer la posición del “tercero registral” (C) sobre la propiedad de A, con lo cual se permite que aquel conserve su adquisición sin siquiera haberse indagado sobre los posibles vínculos que mantiene con B, y que podrían acreditar un acuerdo fraudulento encaminado a arrebatarle la propiedad a A.

Una primera aproximación al tema podría llevarnos a pensar que el origen del problema está en el artículo 2014 del CC, en tanto este protege al tercero que adquiere el bien (C) y deja de lado al propietario original afectado por la falsificación o suplantación de su identidad.

Sin embargo, dicha conclusión es el resultado de no ver el problema en su real dimensión: el artículo 2014 del CC es importante en tanto otorga predictibilidad a las adquisiciones, las hace inmunes frente a vicios que uno no tuvo oportunidad de conocer. Si no existiera dicha norma, nadie podría adquirir con seguridad, pues estaría en la incertidumbre de que su adquisición se viera afectada por situaciones viciosas que se presentaron en las transferencias previas con muchos años de antigüedad (10 como máximo). Derogar el principio de fe pública registral es un extremo cuya conveniencia nadie podría sustentar de manera sólida.

Pero nótese que el otro extremo, consistente en proteger a cualquier tercero adquirente, es igual de pernicioso. La fe pública registral no protege a cualquier adquirente, sino solo a aquel que actúa de buena fe. La norma, es clarísima en tanto deja por sentado la necesidad de que aquel que invoca su condición de tercero registral haya actuado de buena fe. El problema, sin embargo, es el análisis judicial que se hace para determinar si dicho tercero realmente actuó o no de buena fe.

Entonces, lo que causa problemas no es el principio de fe pública registral, sino su aplicación por parte de nuestros magistrados. Si un juez logra determinar que hubo un concierto fraudulento entre B y C para afectar la propiedad de A, entonces el interés de este deberá prevalecer. Pero para llegar a esta conclusión el juez deberá primero “animarse” a indagar sobre los posibles vínculos entre B y C, que le permitan determinar si este último conoció o estuvo en posibilidad de conocer que previamente a su adquisición la voluntad de A había sido falsificada o suplantada.

El caso materia de análisis es importante porque nos muestra los dos extremos recién comentados: por un lado, el juez de primera instancia falló a favor del tercero (sociedad conyugal) como consecuencia de haber renunciado a un análisis exhaustivo sobre la buena o mala fe de este; la Sala Superior, por su parte, renunció también a dicho análisis, pero para concluir algo diametralmente distinto: protegió la propiedad de los demandantes sin interesarle el hecho de que el tercero (la sociedad conyugal) haya podido actuar realmente con buena fe.

Ambos extremos son perniciosos, pues llevan a proteger uno de los intereses en conflicto de manera automática, renunciando al análisis exhaustivo que requiere este tipo de casos, tal como a continuación paso a demostrar.

III. ANÁLISIS DE LA DEMANDA Y SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En primer lugar, es pertinente dar cuenta de la forma defectuosa en que los accionantes plantearon su demanda, invocando causales de nulidad que se contradicen entre sí: falta de manifestación de voluntad, fin ilícito, simulación absoluta y vulneración del orden público y las buenas costumbres.

Lo correcto era plantear la demanda diferenciando las causales de nulidad que aquejaban a cada uno de los actos de transferencia. Respecto de la supuesta compraventa otorgada por los demandantes a favor del demandado, la causal invocada debió ser la de “falta de manifestación de voluntad”, pues en dicho acto jamás intervinieron los demandantes (la escritura pública había sido falsificada). Y con relación a la segunda transferencia (otorgada por el demandado a favor de la sociedad conyugal), la causal invocada debió ser –en el peor de los casos– la de “fin ilícito”, pues si los demandantes sostenían que la sociedad conyugal tenía pleno conocimiento de la falsificación que había precedido a su adquisición, entonces se habría producido un acuerdo fraudulento entre aquella y el demandado, lo cual –en el extremo– calificaría como un motivo ilícito común encaminado a afectar el interés de los verdaderos propietarios (demandantes)⁽²⁵⁷⁾.

Pero, al margen de las incongruentes causales invocadas por los demandantes, el juez debió encuadrar los hechos de la demanda dentro de la causal correcta, en aplicación del denominado principio *iura novit curia*⁽²⁵⁸⁾. Lamentablemente, el juez no solo no encajó el hecho en la causal de nulidad correcta, sino que aplicó una serie de causales absolutamente contradictorias entre sí. Así, declaró que la transferencia efectuada por los demandantes a favor del demandado era nula por adolecer de falta de manifestación de voluntad, fin ilícito, simulación absoluta y contravención del orden público y las buenas costumbres. Todas al mismo tiempo.

Nótese que en este caso la “falta de manifestación de voluntad” se sustentaba en el hecho de que la firma de los demandantes había sido falsificada, es decir, ellos jamás intervinieron en el acto. Por el contrario, la “simulación absoluta”, como causal de nulidad, presupone un verdadero acuerdo entre las partes (demandantes y demandado) encaminado a dar la apariencia de realizar

(257) Particularmente, considero que la segunda transferencia, en tanto fue hecha por quien no era realmente el propietario del inmueble, resultaría ineficaz –antes que nula– por falta de legitimidad para contratar.

(258) Artículo VII del Código Procesal Civil.- “El Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente”.

un acto que en realidad no quieren celebrar, lo cual se conoce como “acuerdo simulatorio”⁽²⁵⁹⁾.

Entonces, como resulta obvio, es un contrasentido señalar, por un lado, que los demandantes nunca participaron en la celebración de la compraventa a favor del demandado (falta de manifestación de voluntad), y luego sostener que los demandantes y el demandado acordaron aparentar la celebración de un acto que en realidad nunca quisieron formalizar. Lo correcto es optar por uno de los dos caminos: o se dice que los demandantes nunca participaron en la compraventa, pues estaba contenida en un documento falsificado, o se sostiene que los demandantes sí intervinieron voluntariamente en la celebración de dicho contrato, pero ocultando –en concilio con el demandado– aquello que realmente querían realizar.

Entonces, la invocación de la causal de “falta de manifestación de voluntad” cancela cualquier posibilidad de que en dicha compraventa haya habido una simulación. ¿Cómo es posible que el juez haya aplicado al mismo acto dos causas de nulidad que resultan contradictorias?

Lamentablemente, en nuestro medio –tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial– existe una falta de uniformidad sobre lo que implica cada una de las causales de nulidad, lo cual determina que muchas veces los abogados litigantes y los propios jueces no sepan cuándo es pertinente invocar determinada causal de nulidad y cuándo es impertinente aplicar para un mismo supuesto dos o más de estas causales.

Sin perjuicio de ello, el acierto del juez consistió en haberse percatado de que la pretensión de los demandantes, encaminada a atacar la compraventa otorgada a favor de la sociedad conyugal, exigía que previamente se acredite su mala fe. Dado que, a criterio del juez, ello no había sido probado, aquel decidió no “extender” los efectos de la nulidad que afectaba a la primera transferencia (otorgada a favor del demandado) a la adquisición de la sociedad conyugal.

IV. LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA Y LA INVOCACIÓN DEL PLENO JURISDICCIONAL NACIONAL

Si bien la Sala Superior no objetó las causales por las que se declaró nula la transferencia a favor del demandado (con lo cual confirmó el error del juez), sí estableció un nuevo criterio con relación a si la nulidad del primer contrato (en el que se falsificó la firma de los demandantes) afectaba la adquisición de la sociedad conyugal: mientras para el juez la sociedad conyugal quedaba protegida por la fe pública registral, la Sala consideró que dicho principio no protegía aquellas

(259) CARIOTA FERRARA, Luigi. *El negocio jurídico*. Aguilar, Madrid, 1956, p. 440; TRABUCCHI, Alberto. *Instituciones de Derecho Civil*. Tomo I. Traducción de Luis Martínez Calcerrada. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1966, p. 162.

adquisiciones en cuyos antecedentes se hubiese presentado una falsificación documental o suplantación de identidad, tal como había ocurrido en el caso que vengo comentando.

Para llegar a dicha conclusión la Sala Superior tuvo en cuenta lo señalado en el Pleno Jurisdiccional Civil de octubre de 2012 (en adelante, el Pleno), en donde uno de los temas sometidos a debate fue “La fe pública registral en el caso de falsificaciones de títulos”. Corresponde analizar los argumentos esbozados en dicho Pleno para determinar la validez de sus conclusiones y la conveniencia de que los magistrados tomen estas como modelos para sus futuras decisiones.

En el Pleno se plantearon dos ponencias (alternativas de solución) con relación al tema en cuestión⁽²⁶⁰⁾:

“Primera Ponencia: La fe pública registral protege a los terceros de buena fe cuando el acto previo es nulo o falso, pues el artículo 2014 del Código Civil, no distingue, en consecuencia, por efecto de la seguridad jurídica del tráfico, no importa la magnitud del vicio que afecte el título, pues basta que el tercero cuente con título oneroso, sea de buena fe e inscriba su derecho, para gozar de la tutela legal”.

“Segunda Ponencia: La fe pública registral no protege a los terceros de buena fe cuando se trata de vicios radicales de nulidad, como es el caso de la falsificación de los títulos, pues el artículo 70 de la Constitución del Estado, dice que la propiedad es inviolable, lo que no es coherente si admitimos que un titular pueda ser despojado fácilmente a través de una falsificación. El artículo 2014 del Código Civil debe leerse desde la perspectiva constitucional de protección de la propiedad, evitando que los actos ilícitos consumen derechos”.

De acuerdo con la primera ponencia, la fe pública registral protegía al tercero adquirente independientemente del vicio que haya afectado al título de aquel que le transfirió el derecho. La segunda ponencia, por el contrario, señaló que ante la presencia de “vicios radicales de nulidad”, tales como falsificaciones o suplantaciones de identidad, no se aplicaba la fe pública registral.

La primera ponencia, favorable al tercero adquirente, se sustentó en la protección del “tráfico patrimonial”:

Fundamentos de la primera ponencia:

“El soporte jurídico de la primera ponencia está constituido por la Casación N° 1845-2000-Junín que señala que el artículo 2014 del Código sustantivo

(260) El documento de trabajo puede verse en: <<http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/a88e4f804e-5996149d67bd56acd5e45f/Acta+Final.PDF?MOD=AJPERES&CACHEID=a88e4f804e5996149d67bd56acd5e45f>>.

desarrolla el principio e instituto de la buena fe registral según el cual se protege la adquisición de buena fe, de quien aparece en el Registro como titular registral, que se inscribe en el Registro, contra cualquier intento de enervar dicha adquisición que se fundamente en causas no inscritas antes. El fundamento del principio de la fe pública radica en la necesidad de asegurar el tráfico patrimonial cuyo objeto consiste en proteger las adquisiciones que por negocio jurídico efectúen los terceros adquirentes y que se hayan producido confiados en el contenido del Registro; para ello, la ley reputa exacto y completo el contenido de los asientos registrales, en efecto las inscripciones del Registro se consideran exactas y completas respecto de terceros adquirentes de buena fe, y quien adquiere el derecho de propiedad, una servidumbre o un derecho de hipoteca, confiado en la actitud del Registro deviene en propietario, titular de la servidumbre o de la hipoteca (Casación N° 1168-98-Lambayeque)”.

La segunda ponencia, favorable al propietario afectado por el acto de falsificación o suplantación de identidad, se sustentó en la inviolabilidad de la propiedad (art. 70 de la Constitución):

Fundamentos de la segunda ponencia:

“El artículo 70 de la Constitución del Estado preceptúa que ‘El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de la Ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por la Ley, y previo pago en efectivo de indemnización justa que incluya compensación por el eventual perjuicio’. En este sentido, la inviolabilidad a la que se hace referencia en la norma constitucional, trae consecuencia, que nadie puede afectar, desconocer o cuestionar la propiedad, esto es, el propietario no puede ser privado de su derecho, salvo que sea por una decisión judicial, además en concordancia con lo previsto en el inciso 16) del artículo 2 de la Constitución del Estado, el Estado garantiza y asegura que se respetará el derecho a la inviolabilidad de la propiedad, por ser este un derecho fundamental. Por consiguiente, el principio de fe pública, entendido como principio y no como excepción, es una clara muestra de interpretación normativa contraria a los valores constitucionales, pues se limita a legalizar el despojo de un propietario sin verificar la diligencia del tercero, ni la negligencia del titular afectado. De lo contrario, estaríamos simplemente despojando a uno, para terminar atribuyendo el bien a otro casi por azar, sin racionalidad, sin que el titular originario haya contribuido de forma alguna con la apariencia que le perjudicó”.

Luego de la votación de los distintos grupos de trabajo, la primera ponencia fue respaldada por 28 votos, mientras que la segunda obtuvo 55. Producto de ello, la conclusión plenaria fue la siguiente:

“La fe pública registral no protege a los terceros de buena fe cuando se trata de vicios radicales de nulidad, como es el caso de la falsificación de los títulos, pues el artículo 70 de la Constitución del Estado, dice que la propiedad es inviolable, lo que no es coherente si admitimos que un titular pueda ser despojado fácilmente a través de una falsificación. El artículo 2014 del Código Civil debe leerse desde la perspectiva constitucional de protección de la propiedad, evitando que los actos ilícitos consumen derechos”.

La Corte Superior tomó esta conclusión como base para amparar la demanda de nulidad y afectar la adquisición de la sociedad conyugal. Particularmente, considero un error tanto la conclusión del Pleno como su justificación con base en el artículo 70 de la Constitución. Las razones las paso a detallar.

V. EL ERROR DEL PLENO: LA “CONSTITUCIONALIZACIÓN” DE LA PROPIEDAD Y LA RELATIVIZACIÓN DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE ADQUISICIONES *A NON DOMINO*

La invocación de la inviolabilidad de la propiedad como argumento para afectar al tercero registral termina relativizando todo el sistema de adquisición *a non domino* que nuestro Código Civil reconoce y regula en distintas normas, una de las cuales es el artículo 2014 del CC.

Estamos ante un supuesto de adquisición *a non domino* siempre que la adquisición del derecho se produce sacrificando al titular real, como sucede, por ejemplo, en los casos de concurrencia de acreedores sobre bienes inmuebles (art. 1135 del CC); la adquisición que se realiza con quien tiene la posesión del bien y, por ende, se le presume propietario sin serlo (art. 948 del CC); las adquisiciones derivadas de la publicidad registral (art. 2014 del CC); las adquisiciones derivadas de un heredero aparente (art. 665 del CC); las adquisiciones de quien confía en la validez y eficacia de un negocio simulado (art. 194 del CC), entre otras.

Se debe partir por considerar que todos los casos de adquisición *a non domino* son excepcionales y están pensados para proteger la posición de un adquirente que actúa de buena fe.

Por ejemplo, en la adquisición *a non domino* de bienes muebles (art. 948 del CC), al negocio traslativo inicialmente ineficaz –por falta de legitimidad del enajenante– se le agrega como elementos del supuesto de hecho la entrega de la cosa (“recepción de la posesión”) y la buena fe del adquirente⁽²⁶¹⁾, lo cual permite que la adquisición surta plenos efectos y resulte inatacable. Esto mismo sucede con

(261) “En las adquisiciones *a non domino*, en cambio, se constituye una *fattispecie* jurídica, de la cual el negocio traslativo –de por sí incapaz de tener algún efecto jurídico, por defecto de legitimación–, constituye un elemento necesario, pero del todo insuficiente, porque debe ser complementado por la entrega de la cosa y la buena fe del adquirente”: FALZEA, Angelo. “El principio jurídico de la apariencia”. En: *Derecho PUCP*. N° 59, 2007, p. 189.

las adquisiciones derivadas de la publicidad registral (art. 2014 del CC), donde el adquirente conserva la titularidad sobre el derecho a pesar de que su transferente la haya perdido (o incluso si nunca la tuvo), siempre y cuando haya actuado de buena fe⁽²⁶²⁾ (y en concurrencia con otros requisitos como la onerosidad y demás). Así también, la acción reivindicatoria contra al tercero que adquirió los bienes de la masa hereditaria de quien no era el heredero pero aparentaba serlo (art. 665 del CC) encuentra un límite infranqueable en la buena fe de dicho adquirente⁽²⁶³⁾. Lo mismo sucede en la denominada concurrencia de acreedores (1135 del CC), donde el elegido para quedarse con el bien debe haber actuado de buena fe⁽²⁶⁴⁾. En conclusión, todo el sistema de preferencia en los casos de adquisiciones *a non domino* tiene como presupuesto la buena fe del adquirente protegido.

Pero ello no busca negar que los supuestos de adquisición *a non domino* implican una afectación de la libertad de contratación y del derecho de propiedad del verdadero titular. Quien compra un inmueble al real propietario y luego lo pierde porque un segundo comprador lo inscribió primero no solo ve frustrada su adquisición y con ello su derecho de propiedad, sino que también el sistema desconoce su libertad de contratación porque permite que una conducta que le es ajena (la compra entre el aparente propietario y el segundo adquirente) termine decidiendo el destino de un inmueble que ya le pertenecía.

Sin embargo, el sistema opta por sacrificar estos valores (propiedad y libertad de contratación) para proteger otro que considera digno de mayor tutela: la protección de la confianza; es decir, la protección de aquellas adquisiciones que se hacen confiando en la información publicitada por el Registro.

Por ejemplo, imaginemos que dos personas celebran simuladamente una venta y, para hacerla más real, el adquirente simulado inscribe el bien a su nombre. Luego de ello, este adquirente simulado, valiéndose de la legitimidad aparente que le otorga el Registro, vende el bien a favor de un tercero que actúa de buena fe (es decir, creyendo que quien se lo vende es realmente el propietario). El artículo 194 del CC protege a este adquirente frente al verdadero propietario

(262) Considera a la buena fe como el fundamento de la protección del tercero en la aplicación del principio de fe pública registral: GORDILLO CAÑAS, Antonio. *El principio de fe pública registral*. N° 3, Biblioteca Moderna de Derecho Civil, Jurista Editores, Lima, 2010.

(263) De acuerdo a Falzea, "(...) la apariencia hace gravitar la *fattispecie* del acto o negocio en la protección y en la posición jurídica del tercero de buena fe y en la legitimación de este (...) el efecto de la adquisición del heredero aparente no se deriva de la legitimación de este para transferir el derecho hereditario, sino únicamente de la legitimación del adquirente de buena fe, motivo por el cual es más apropiado hablar, para esta última hipótesis, de una mutación jurídica de sucesión, y no de una transferencia": FALZEA, Angelo. Ob. cit., p. 196.

(264) "Por ello a la pregunta de por qué se prefiere en la concurrencia de acreedores sobre un mismo bien inmueble al adquirente que inscribe con buena fe, respondemos que dicha prelación se otorga sobre la base de la noción de seguridad jurídica que tutela el derecho. Entre sucesivos adquirentes, se prefiere a aquel que encarna la noción de seguridad jurídica que no es otro que el adquirente de buena fe: aquel que creyó (buena fe creencia) en la legitimidad de su adquisición, sea por ignorancia o por error": FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. "La buena fe en la concurrencia sobre bienes muebles". En: *Derecho PUCP*. N° 41, 1987, p. 195.

que simuló la venta. Es decir, el sistema protege la confianza con que actuó el tercero comprador aun cuando ello lesiona el derecho de propiedad y la libertad de contratación del vendedor simulado, quien no manifestó una voluntad real ni sería de vender su inmueble.

Lo mismo pasa con el propietario que presta su bien mueble (un celular, por ejemplo) y luego el poseedor (no propietario) lo vende a favor de un tercero que toma posesión del bien creyendo que quien se lo vende es el genuino propietario. En este caso, el verdadero propietario ve cómo su propiedad “inviolable” y su libertad de contratación “intangibles” terminan siendo sacrificadas para proteger la adquisición del tercero que actuó de buena fe (art. 948 del CC).

Estos ejemplos buscan demostrar cómo en todos los casos de adquisición *a non domino* la propiedad termina siendo vulnerada —aun cuando la Constitución dice que es “inviolable”— y la libertad de contratación del verdadero propietario es hecha a un lado y reemplazada por la protección de quien actuó creyendo legítimamente que contrataba con el verdadero titular del derecho de propiedad. Es decir, nuestro sistema admite este “sacrificio” con tal de proteger otro valor que considera más importante: la tutela de la confianza.

Por ello, si el argumento del Pleno Jurisdiccional para proteger al real propietario afectado con el acto de falsificación o con la suplantación de identidad es que la Constitución preserva la propiedad por encima de todo, en tanto es “inviolable”, y que la libertad de contratación determina que un cambio de titularidad solo puede producirse con el asentimiento real, libre, sano y serio del verdadero titular del derecho, entonces aplicando la misma lógica deberán borrarse de un plumazo todas las normas de adquisición *a non domino* (arts. 665, 948, 194, 1135, 1136 y 1670 del CC), debiendo quedar como única regla vigente en nuestro Código el *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habere* (nadie puede transmitir a otro más derecho que el que él mismo tiene).

Esta es la inevitable consecuencia de considerar el artículo 70 de la Constitución como un axioma frente al cual deben ceder todas las demás normas. Si el argumento va a ser que “la propiedad es inviolable” y que la libertad de contratación tiene rango constitucional, entonces olvidémonos de las adquisiciones *a non domino*, la fe pública registral y la apariencia jurídica, porque la conclusión siempre deberá ser la misma: quien primero adquirió es el verdadero propietario, y a partir de ahí ninguna transferencia se podrá dar sin su expresa, seria, sana y real manifestación de voluntad. ¿Cuál será la consecuencia de ello? Muy simple: la adquisición *a non domino* nunca tendrá campo de aplicación.

Por eso considero que el argumento constitucional que invoca el Pleno Nacional parte de la errada premisa de que, por tratarse de normas constitucionales, ellas solas nos solucionan la vida y no admiten matices. Lo cierto es que invocar el artículo 70 y hablar de la propiedad “inviolable” es más un acto de demagogia jurídica y de simplismo para resolver el problema de la fe pública

registral y la falsificación documentaria, el cual por su complejidad y relevancia merecería soluciones más elaboradas y con mayor sustento.

Ahora, si se va a sostener que aquello que hace “especial” a los casos de falsificación documentaria o suplantación de identidad es que el propietario afectado (a diferencia de los otros supuestos de adquisición *a non domino*, como, por ejemplo, el de la venta simulada o el préstamo del celular) no tuvo participación alguna en el hecho creador de la apariencia registral, entonces ya estamos ante un argumento distinto: la razón para proteger al propietario afectado ya no sería la “inviolabilidad” de su propiedad ni mucho menos su indispensable manifestación de voluntad para modificar su situación jurídica (respeto a su libertad de contratación), sino más bien su ausencia de culpa en la creación de la apariencia (en la que termina confiando el tercero adquirente). Sin embargo, este argumento no fue invocado en el Pleno.

VI. EL PROYECTO DE LEY QUE –AL IGUAL QUE EL PLENO– BUSCA DESTRUIR LA FE PÚBLICA REGISTRAL

El Pleno Jurisdiccional no es la única iniciativa que trata de limitar los alcances de la fe pública registral. Hace algunos años se presentó el proyecto de ley titulado “Ley de protección jurídica del derecho de propiedad y de la vivienda”⁽²⁶⁵⁾ (en adelante, el proyecto) que buscaba –entre otras cosas– la modificación del artículo 2014 del CC para excluir al tercero registral de su ámbito de protección siempre que su adquisición haya tenido como antecedente un contrato falsificado o uno otorgado mediante la suplantación de identidad del verdadero titular.

El proyecto planteaba que el artículo 2014 del CC quede redactado en los siguientes términos:

“La inscripción no convalida la nulidad, empero, cuando el titular inscrito ha otorgado algún derecho real a un tercer adquirente oneroso y de buena fe, que a su vez se inscribe, entonces mantendrá su adquisición, aunque se declare la nulidad o ineficacia del acto jurídico anterior al suyo, siempre que se tratase de vicios que no constan en el registro.

La buena fe se presume.

La protección del tercer adquirente no aplica cuando los actos jurídicos anteriores y con mayor razón el suyo propio, son falsificados o adolecen de nulidad por ausencia total de manifestación de voluntad o voluntad suplantada⁽²⁶⁶⁾ (el énfasis es agregado).

(265) El Proyecto tuvo como autor al doctor Gunther Gonzales Barrón, y su texto puede encontrarse en: <http://www.gunthergonzalesb.com/doc/notas_breves_ggb/proyecto_de_ley_contra_el_fraude_inmobiliario.pdf>.

(266) GONZALES BARRÓN, Gunther. *Proyecto de ley: Ley de protección jurídica del derecho de propiedad y de la vivienda*. Disponible en: <http://www.gunthergonzalesb.com/doc/notas_breves_ggb/proyecto_de_ley_contra_el_fraude_inmobiliario.pdf>, p. 25.

El proyecto se sustentaba en tres argumentos: i) constitucional; ii) negocial; y (iiii) de moralidad racional. Da la casualidad que el “argumento constitucional” que plantea el proyecto es muy parecido al argumento en el que se basó el Pleno para negar la aplicación de la fe pública registral a los casos de falsificación documentaria y suplantación de identidad (en ambos se invoca la protección constitucional de la propiedad como un límite infranqueable a la aplicación del art. 2014 del CC).

Dado que ya analicé el “argumento constitucional” cuando me pronuncié sobre lo resuelto en el Pleno, me voy a centrar en los otros dos argumentos que sustentan el proyecto y que no fueron mencionados en el Pleno.

1. El fundamento negocial: ¿inexistencia o nulidad del contrato falsificado?

El proyecto señala que un acto falsificado debe ser reconducido a la categoría de la “inexistencia jurídica” y no al de la nulidad:

“La doctrina del negocio jurídico, en su gran mayoría, ni siquiera se pone en el caso de las falsificaciones, ni estudia el tema, pues obviamente se trata del vacío, de la nada, de la inexistencia propiamente dicha, por lo que no merece tratamiento jurídico alguno, pues resulta obvio que tal grado de irregularidad no puede convalidarse ni ‘legalizarse’ por ningún concepto, ni por el paso del tiempo; pues si fuera así, la nada no solo valdría como fenómeno real, sino como fenómeno reconocido y validado por el orden jurídico. En buena cuenta, el ordenamiento no puede –por la contradicción, que no se le permite– elevar a la condición de *fattispecie* jurídica el negocio inexistente, que equivale a la nada en el plano del Derecho”⁽²⁶⁷⁾.

Al ser “inexistente” el acto falsificado, el mismo no puede dar pie a una transferencia sucesiva, aun cuando en ella participe un adquirente de buena fe:

“En puridad, la falsificación ni siquiera debe ser atacada con el remedio de nulidad, sino con el de inexistencia del negocio jurídico, por lo que el plazo de reacción es indefinido, sin caducidad ni prescripción extintiva. En efecto, la ‘nada’ del mundo fenoménico, la irrelevancia o invalidez factual, no puede convertirse por arte de magia en un ‘ser’ existente, vivo y real. El delito puede quedar impune con el correr del tiempo, pues se refiere únicamente al sujeto infractor y la sanción que le correspondería a él, pero el delito no puede originar actos jurídicos con perjuicio a terceros (...) En suma, la inexistencia es la nada para la ciencia, y la nada siempre será una negación; simplemente el no-ser; por tanto, el plazo para declararlo nunca se inicia, pues no existe en el mundo fenoménico; la nada impide el inicio del cómputo, por lo que se trata de una pretensión imprescriptible, pero, ¿si la ley no lo dice? ¿Qué hacemos?

(267) *Ibidem*, p. 8.

En este caso, como en muchos otros, la regla se deduce, se obtiene desde los principios y la sistemática del derecho. Es muy fácil hacer la deducción: en primer lugar, si el acto jurídico se declara nulo, entonces el no-acto se declara inexistente, pues la nulidad presupone que siquiera existe el hecho fenoménico como tal. En segundo lugar, la nulidad del acto jurídico se puede declarar en el plazo de diez años desde que la pretensión puede ejercitarse, o sea, desde que el hecho ocurre en el mundo; en cambio, el no-acto es nada, no hay derecho, por lo que el inicio del cómputo es imposible, por tanto, el remedio es imprescriptible⁽²⁶⁸⁾.

Considero que esto es un error. En primer lugar, no es cierto que la falsificación de documentos constituya un supuesto de inexistencia jurídica, en tanto aquella calza perfectamente dentro de lo que la doctrina considera como “nulidad por ausencia de acuerdo”, que –tal como es definida– podría ser reconducida dentro de nuestro sistema jurídico como una hipótesis de nulidad por falta de manifestación de voluntad:

“La nulidad por ausencia de acuerdo ocupa una minúscula región comprendida entre el vastísimo territorio de la anulabilidad por incapacidad para obrar o vicio del consentimiento y el territorio infinito de la inexistencia por no celebración del contrato. Ella no se refiere a los casos en los que falta cualquier manifestación de voluntad, que aparezca dirigida a formar el acuerdo contractual: estos son casos de inexistencia del contrato. Ni se refiere a los casos en los que una tal manifestación de voluntad existe, es referible a la parte, y está simplemente viciada por un factor subjetivo que afecta a la misma parte: estos son casos de anulabilidad. **La ausencia de acuerdo se refiere a casos en los que una manifestación de voluntad contractual parece existir, pero, justamente, existe solo en apariencia; o bien solo en apariencia se refiere a quien parece el autor**”⁽²⁶⁹⁾ (el énfasis es mío).

Dentro de la causal de nulidad por falta de acuerdo encontramos “los casos de falsificación de firma; y de contrato hecho, por representación, en nombre de una persona inexistente. En ambos, la declaración no se puede referir al sujeto al cual parece referida, como autor de esta o bien como parte (sustancia) del contrato”⁽²⁷⁰⁾.

Y como para que no queden dudas, esta doctrina termina marcando una diferencia sutil entre un caso de contrato nulo por falta de acuerdo y uno inexistente:

“La inexistencia limita con el territorio de las nulidades estructurales (por ejemplo, por falta de acuerdo), y por consiguiente se distingue de estas. En las nulidades estructurales **existe una apariencia de declaración contractual**

(268) *Ibidem*, p. 9.

(269) ROPPO, Vincenzo. *El contrato*. Traducción de Nelvar Carreteros Torres. Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 685.

(270) *Ídem*.

referida a la parte (aunque una indagación que vaya más allá de la apariencia muestra que en realidad no existe una declaración referida a la parte): **piénsese en el contrato con firma falsa**. En cambio, puede hablarse de contrato inexistente cuando existe ciertamente una apariencia de contrato, un hecho material bajo algún perfil reconducible a un supuesto de hecho de contrato (y por alguien invocado como tal) pero que bajo otro perfil ya *prima facie* resulta que no subsumible en el supuesto de hecho del contrato: piénsese en el demandante que como fundamento de su demanda exhibe en el juicio un contrato en el que **falta la firma del demandado**; o exhibe copia de su oferta y una **aceptación del demandado evidentemente no conforme a la oferta**. En ambos casos, el demandado podrá excepcionar la inexistencia del contrato⁽²⁷¹⁾.

En conclusión, no es cierto que la doctrina ubique a los contratos falsificados en el ámbito de la inexistencia jurídica. Por el contrario, a dichos casos se les aplica la causal de nulidad por ausencia de acuerdo o falta de manifestación de voluntad de una de las partes. Con ello queda descartado el “argumento negocial” que sustenta al proyecto.

2. Fundamento de moralidad racional: ¿es relevante la culpa de quien no inscribe?

El otro argumento sobre el cual se sustenta el proyecto es el de la “moralidad racional”, según el cual:

“Si el propietario es inocente frente al fraude, y esa situación genera una indebida inscripción que engaña de buena fe al tercero, entonces tenemos dos víctimas que han actuado sin culpa alguna (el propietario falsificado y el tercero que confió en la falsificación). Si los dos sujetos se encuentran en la misma situación valorativa (inocencia), entonces ¿quién tiene la preferencia? En tal caso, la primacía se inclina decididamente a favor del propietario falsificado, pues se trata del sujeto que representa la realidad jurídica, mientras que el tercero representa la apariencia; y en igualdad de condiciones, la preferencia favorece a la realidad, pues lo contrario implicaría que la apariencia

(271) *Ibíd.*, p. 696. El autor se anima incluso a hablar de una “inexistencia irrelevante o no significativa”. “Imaginemos que A y B no hayan intercambiado nunca ninguna declaración, e incluso ni siquiera se conozcan y, con todo, que nadie dirija una pretensión contra el otro: en esta situación puede decirse que no existe entre ellos ningún contrato con el que A venda a B su automóvil; pero no tendría sentido hablar de la venta de a B del automóvil de A como de un contrato inexistente; simplemente, no existe ninguna razón para hablar de un contrato entre A y B. O bien imaginemos que X dirija contra Y una pretensión que dice fundada en un contrato con el demandado, pero se limita a enunciar tal contrato sin ofrecer algún elemento material idóneo para configurar el supuesto de hecho (ningún documento escrito, ninguna circunstancia de tiempo, de lugar, de modo en base al cual el contrato habría sido celebrado oralmente o por comportamientos concluyentes): aquí el demandado no tiene necesidad de incomodar la categoría de la inexistencia para excepcionar que el contrato es inexistente; le basta excepcionar que no existe ninguna prueba de un contrato”.

(falsa) es mejor que la realidad, lo cual es absurdo pues ningún sistema jurídico de mínima racionalidad puede asentarse en fraudes o engaños. Solo de esta forma se respeta la garantía constitucional de la propiedad, pues la norma fundamental la considera ‘inviolable’, esto es, nadie puede perder el derecho en contra de su voluntad, salvo que ese mismo propietario haya propiciado el engaño al tercero, lo que claramente no ocurre en este caso”⁽²⁷²⁾.

A partir de ello el autor del proyecto concluye que solamente el tercero registral podrá invocar la protección del artículo 2014 del CC si acredita que el propietario original perjudicado tuvo culpa en la creación de la apariencia en la que confió dicho tercero:

“La tutela de la apariencia es una figura de carácter excepcional, pues su generalización implicaría desproteger la seguridad del propietario; por tanto, solo puede protegerse al tercero de buena fe cuando se agrega la culpa del titular primigenio que ha originado la situación de apariencia que engaña al tercero; en caso contrario, si no hay culpa del propietario, entonces nada justifica el despojo del *verus dominus*, por lo que en tal ámbito debe imponerse la realidad jurídica, esto es, la seguridad del propietario”⁽²⁷³⁾.

En tal sentido, de acuerdo con lo señalado en el proyecto, mientras no haya culpa del propietario afectado, entonces no se justifica la protección del tercero registral. ¿Realmente la aplicación del principio de fe pública exige que la generación de la apariencia registral (aquella sobre la base de la cual actúa y confía el tercero) sea consecuencia de la culpa del propietario afectado? Un sector de la doctrina considera que no:

“El examen de los supuestos positivamente consagrados de protección de la apariencia jurídica permite establecer como criterio general que, siendo la filosofía de esta la protección del tráfico, concretada y encarnada en las expectativas del tercero de buena fe, y no, en cambio, la penalización o sanción de quien causó la apariencia, no es requisito absolutamente necesario en la protección de la confianza que esta suscita, que su causación se haya producido culpablemente o que de algún modo resulte imputable a quien tendrá que padecer los efectos de su protección. Es evidente que todo será más fácil si ese dato de imputabilidad se produce efectivamente”⁽²⁷⁴⁾, sin embargo, “aún sin la producción de ese dato, la *ratio* de la protección de la apariencia sigue clamando, de suyo, por la protección del tercero que en tal apariencia confía, y que, guiada por dicha *ratio*, la ley puede dispensar su protección al tercero sin supeditación a criterio alguno de imputabilidad de la apariencia”⁽²⁷⁵⁾.

(272) *Ibidem*, p. 13.

(273) *Ibidem*, p. 16.

(274) GORDILLO CAÑAS, Antonio. *El principio de fe pública registral*. Ob. cit., p. 58.

(275) *Ídem*.

La cuestión es, desde luego, polémica, y poco aportan los modelos foráneos porque ellos no presentan una uniformidad en el tratamiento de la cuestión. Así, contra el criterio histórico del Derecho alemán⁽²⁷⁶⁾, que exigía la salida voluntaria de la cosa mueble de manos de su dueño para admitir la adquisición mobiliaria *a non domino* a favor del tercero de buena fe⁽²⁷⁷⁾, el artículo 1553 del Código italiano ha prescindido de ella⁽²⁷⁸⁾: basta haber adquirido de un no propietario para que la posesión de buena fe convierta en dueño al adquirente.

Es importante tener esto en cuenta porque acredita que “incluso en los grandes lugares comunes de nuestros Derechos romano-germánicos los diferentes ordenamientos pueden introducir datos diferenciadores que impidan trasladar de uno a otro, sin más, los elementos que sirven al fundamento y a la explicación”⁽²⁷⁹⁾.

En el sistema español, por su parte, la falsificación de documentos (que presupone la ausencia de culpa en el propietario real) no imposibilita la tutela del tercero adquirente: “En definitiva, pues, en nuestro sistema registral la imputabilidad de la inexactitud registral al titular sacrificado por efecto de la fe pública no es condición necesaria para el funcionamiento de este principio. Igual ocurre, además, en los sistemas suizo y alemán, donde ni hay norma alguna que imponga tal condición, ni en su tratamiento doctrinal se la entiende necesaria como presupuesto necesario, aunque no explícito, de su régimen positivo”⁽²⁸⁰⁾.

Particularmente, considero que el requisito de la imputabilidad o culpa del titular afectado en la creación de la apariencia está mucho más ligado al principio

(276) § 935 (1) del BGB: La adquisición de la propiedad de acuerdo a lo estipulado en los parágrafos 932 a 934 no se producirá si la cosa le fue robada al propietario, está perdida o ha sido extraviada de cualquier otra forma.

Esta norma diera la impresión de proteger al tercero adquirente solo cuando haya habido cierta culpa en la creación de la apariencia por parte del propietario afectado. Sin embargo, frente a ello un sector doctrinal considera que en el sistema alemán la culpa importa desde el punto de vista del tercero que adquiere, y no del propietario afectado: “En el sistema alemán, el principio de la fe pública, debido a la mayor confianza generada por el Registro, en virtud de ser constitutivo, tiene mayor alcance en la protección de los terceros. El concepto de la buena fe consiste en el desconocimiento de la inexactitud registral, estando protegido el tercero que ignora sin culpa”: SOTTOMAYOR, María Clara. *Invalidez e registro, A proteção do terceiro adquirente de boa fé*. Edições Almedina, Coimbra, 2010, p. 251.

(277) Incluso un autorizado sector de la doctrina alemana consideraba necesaria la culpa del propietario para la consumación de la adquisición *a non domino*. Así, para Canaris eran necesarios los siguientes elementos: a) el supuesto base de la confianza (*vertrauensatbestand*), 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); y d) imputabilidad al titular de causar el supuesto base de la confianza: DE EIZAGUIRRE, José María. *Derecho Mercantil*. Civitas, Madrid, 1999, pp. 231-232.

(278) Sobre ello, ampliamente, MENGONI, Luigi. *Gli acquisti “a non domino”*. 3ª edición, Milano. 1975, pp. 77-89.

(279) En este sentido GORDILLO CAÑAS, Arturo. Ob. cit., p. 60.

(280) *Ibidem*, p. 71. En el mismo sentido ROCA SASTRE, “El problema de la relación que respecto del artículo 34 de la Ley Hipotecaria guarda el artículo 32 de la misma”. En: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. 1965, p. 810: “En estos sistemas (los de fe pública) no se habla de sanción a la negligencia en inscribir la adquisición, sino de proteger la confianza del tercer adquirente en el contenido del Registro, y la protección de la fe pública registral opera a todo evento jurídico”.

de inoponibilidad⁽²⁸¹⁾ (art. 2022 del CC, también conocido como principio de oponibilidad) que al de la fe pública registral (art. 2014 del CC). Así, mientras el principio de inoponibilidad se apoya en la culpa del titular que no inscribe para sacrificar el derecho de este al entrar en conflicto con el del adquirente que sí inscribe, el principio de fe pública se inspira en la idea de la protección de la confianza en la previa inscripción, para proteger a quien adquiere ateniéndose a ella, sin necesidad de atender complementariamente a la razón por la cual el derecho no inscrito dejó de ser publicado⁽²⁸²⁾.

Sin embargo, las cosas no son tan simples, pues no existe una línea divisoria absoluta entre los referidos principios: “Algo de buena fe –extrarregistral– se exige también para la protección registral del tercero en el sistema latino [principio de inoponibilidad]. A su vez, la protección de la confianza en lo que el Registro publica no excluye que en el presupuesto ordinario [de la aplicación del principio de fe pública registral] haya de contarse algún elemento de descuido o desidia por parte de quien, al no inscribir su propio derecho, provocó la inexactitud registral contra la cual se protege al tercero”⁽²⁸³⁾.

Dada las diferentes posiciones doctrinales que existen sobre el particular, tal vez lo más conveniente sea plantear una solución no sobre la base de lo que la doctrina sostiene, sino en función de aquello que se desprende de los argumentos esbozados en el proyecto.

Así, si lo que este plantea es desproteger al tercero adquirente cuando la creación de la apariencia no le sea imputable al propietario afectado, entonces serán muchísimos los casos –distintos a los de falsificación de documentos y suplantación de identidad– en donde el tercero no deberá merecer la protección del artículo 2014 del CC por no ser posible reprocharle nada al propietario afectado.

Por ejemplo, si el propietario suscribe una escritura pública de transferencia producto de haber sido amenazado con una pistola, y dicha escritura se inscribe en el Registro, sin duda alguna la creación de la apariencia registral no le es imputable a dicho propietario. ¿Se diferencia en algo este supuesto de la

(281) “Pero quien ha dejado de inscribir, por descuido, negligencia o por negarse voluntariamente a solicitar la inscripción, no puede gozar de la protección que a través del Registro se dispensa (...). Más que proteger a quien confía en el contenido del Registro, y a la legitimación derivada de la apariencia registral, se sanciona a quien no ha inscrito (...) Todo ello con independencia de que la falta de inscripción crea una apariencia negativa, la creencia de ahí resultante en que no existe el derecho no inscrito, pueden justificar que el tercero adquiera desconociendo la situación no publicada. También por esta vía de proteger la confianza en la apariencia puede llegarse a la misma solución. Pero, de estos dos argumentos, parece más relevante el primero como fundamento de la inoponibilidad” (el énfasis es agregado): AMOROS GUARDIOLA, Manuel. “La buena fe en la interpretación de los problemas hipotecarios”. En: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. N° 463, Madrid, noviembre-diciembre 1967, p. 287.

(282) En este sentido: LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Derecho Inmobiliario registral*. Bosch, Barcelona, 1984, p. 196.

(283) GORDILLO CAÑAS, Arturo. Ob. cit., p. 61.

falsificación documentaria? No, y, sin embargo, el proyecto solo busca excluir del ámbito de protección del artículo 2014 del CC la falsificación, mas no la amenaza con arma de fuego. ¿No se supone que a igual razón igual derecho?

¿Y qué pasa cuando el propietario, amenazado por una mafia de extorsionadores, decide firmar la escritura pública de donación de su inmueble, la cual termina siendo inscrita? La creación de la apariencia tampoco le fue imputable, como tampoco lo es cuando, producto de la fuerza ejercida contra su persona, se ve obligado a poner su huella digital en un documento de transferencia.

Todos estos casos comparten con la falsificación y la suplantación de identidad la ausencia de culpa del verdadero propietario en la creación de la apariencia. Sin embargo, el proyecto solo protege al verdadero propietario en unos casos (falsificación y suplantación) y lo desprotege en todos los demás, lo cual es un absoluto contrasentido. Si el argumento para paralizar el efecto protector de la fe pública registral es la ausencia de culpa del propietario afectado, entonces en todos estos casos se le debería permitir a dicho propietario recuperar su bien, independientemente de la buena fe con que haya actuado el tercero adquirente.

Pero admitir esto —y precisamente por eso el proyecto no lo plantea— implicaría reducir a su mínima expresión la aplicación de la fe pública registral, pues en la gran mayoría de casos en donde esta se aplica ninguna culpa tiene el propietario (afectado) en la creación de la apariencia registral (tal vez uno de los pocos casos en los que sí tendrá culpa es cuando simula transferir su propiedad y dicho acto se inscribe, luego de lo cual el adquirente simulado, valiéndose de la apariencia de propietario que le otorga el Registro, vende el bien a un tercero, quien inscribe su adquisición)⁽²⁸⁴⁾.

Tal vez para justificar este doble rasero, el proyecto considera (indebidamente) como supuestos imputables al propietario aquellos casos en donde este es engañado o intimidado (en honor a la verdad, en ninguno de estos casos cabe hacer algún tipo de reproche al propietario):

“Primer caso: A vende a B (inscribe), pero incurre en vicio de la voluntad, y luego B vende a C (inscribe). ¿Quién está en mejor posición? ¿A o C? Si bien A declaró movido por error o por el dolo de la parte contraria (B), sin embargo, debe reconocerse que la declaración de voluntad fue suya, por lo que incurrió en culpa, mayor o menor, cuando comunicó algo que no representaba plenamente su voluntad, por tanto, debe responder por el hecho propio que originó la falsa apariencia de convertir a B en propietario, lo que a su vez propicia el engaño al tercero de buena fe (C). Obviamente,

(284) Para un análisis de este supuesto en particular puede verse nuestro trabajo “La inoponibilidad del contrato nulo frente a los terceros contratantes a título oneroso y de buena fe, ¿norma especial o excepcional? Análisis del artículo 194 del Código Civil”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 210, Gaceta Jurídica, Lima, mayo 2011, pp. 95-104.

la posición jurídica preferente es la de C, pues su buena fe se valora positivamente en relación con la culpa de A. Es más, bien podría decirse que **sin la conducta descuidada de A, jamás se habría producido la compra de C**, por lo que A es causante de C, en consecuencia, se le debe imputar las consecuencias negativas de su propia acción. La protección de C es racional, pues **lo contrario significaría premiar al descuidado A que produce un engaño a la buena fe de C**, y que a pesar de ello terminaría siendo tutelado por encima de la víctima que él mismo creó a través de su error. La fe pública registral, que protege al tercero, está justificada en este caso concreto⁽²⁸⁵⁾ (el énfasis es nuestro).

¿Se puede hablar de culpa y descuido de A cuando –tratándose de dolo– aquel fue víctima del engaño de su contraparte? ¿Se puede decir válidamente que el “descuido de A” produjo un “engaño a la buena fe de C? Como resulta manifiesto, la intención del proyecto no es sino forzar el ejemplo para dar la impresión de que realmente existió culpa de A en la creación de la apariencia, y así lograr diferenciar este supuesto de aquel de la falsificación, para así justificar la tutela de A en un caso (falsificación) y negársela en el otro (dolo).

El segundo ejemplo que pone el autor del proyecto es aún más forzado:

“Segundo caso: A vende a B (inscribe), pero sufre lesión contractual, y luego B vende a C (inscribe). ¿Quién está en mejor posición? ¿A o C? Si bien A declaró movido por el estado de necesidad del que se aprovechó B, sin embargo, debe reconocerse que la declaración de voluntad fue suya, por lo que incurrió en culpa cuando comunicó algo que no representaba plenamente su voluntad, por tanto, debe responder por el hecho propio que originó la falsa apariencia de convertir a B en propietario, lo que a su vez propicia el engaño al tercero de buena fe (C). La posición jurídica preferente es la de C, pues su buena fe se valora positivamente en relación con la culpa de A, quien por negligencia suya, dio origen a la apariencia que engaña a C”⁽²⁸⁶⁾.

En este segundo caso alguien se aprovecha del estado de necesidad de A, quien acorralado por las circunstancias decide firmar un contrato leonino para sus intereses, pero lo hace porque no firmar lo dejaría en una situación incluso peor que aquella que asume en el contrato. ¿Puede hablarse de culpa de A cuando más bien es él la víctima? Claramente –al igual que en el ejemplo anterior– el autor del proyecto busca imputarle negligencia a A, para así poder señalar que solo en el caso de la falsificación o suplantación de identidad no hay culpa del propietario afectado, por lo que (solo en este caso) no habría razón para proteger al tercero registral.

(285) GONZALES BARRÓN, Gunther. *Proyecto de ley: Ley de protección jurídica del derecho de propiedad y de la vivienda*, p. 19.

(286) *Ibidem*, p. 20.

Considero que esta es la razón fundamental por la que debe rechazarse el argumento de moralidad racional que plantea el proyecto. El autor del proyecto podría citar cuantiosa doctrina —opuesta a aquella en la que yo me amparo— según la cual la aplicación del artículo 2014 del CC presupone que el titular afectado haya tenido culpa en la creación de la apariencia. Sin embargo, la confrontación de ideas no se zanja citando autores, porque de ser así el debate se convertiría en una especie de batalla de “doctrina al peso” y se caería irremediablemente en la falacia *ad verecundiam* o argumento de autoridad.

Si la razón para excluir de la protección del artículo 2014 del CC a los casos de falsificación y suplantación es que el propietario afectado no tuvo culpa o participación en la creación de la apariencia, entonces serían muchísimos los casos de nulidad o anulabilidad en los que el tercero registral no debería merecer protección de este artículo. De este modo, el proyecto una vez más termina por relativizar y reducir a su mínima expresión todo el sistema de protección de la fe pública registral.

VII. EL ERROR DE LA CORTE SUPREMA

La decisión de la Corte Suprema, en el sentido de amparar la adquisición de la sociedad conyugal pese a que el título de esta derivaba de un acto previo de falsificación (que había quedado debidamente acreditado), podría tomarse como un rechazo de las conclusiones del Pleno, lo cual me parece correcto. Como consecuencia de ello, la única posibilidad para que la fe pública registral no aplique a favor de un tercero registral es que se acredite su mala fe al momento de su adquisición.

En efecto, bastará que alguien (demandante) pretenda afectar a un tercero con la nulidad de un contrato en el que este no participó, para que se deba analizar el estado subjetivo (buena o mala fe) de dicho tercero frente al contrato que pretende anularse. Aun cuando el demandante no haga referencia a la mala fe del tercero, ni este se defienda invocando la fe pública registral, el juez sabe que para que dicha nulidad lo afecte deberá determinar si corresponde ceder o pasar por encima de dicho principio, y para ello se debe solicitar, actuar y valorar el material probatorio que le permita concluir si el tercero actuó o no de buena fe.

En el caso materia de comentario, el análisis de la buena o mala fe con que actuó la sociedad conyugal no se hizo adecuadamente a nivel de primera instancia, pues se omitió la actuación de los medios probatorios que precisamente habrían permitido determinar si la sociedad conyugal conocía o no del previo acto de falsificación en perjuicio de los demandantes.

Por ello considero que lo correcto habría sido que la Corte declare nula la sentencia de primera instancia y devuelva el expediente para que se haga el análisis respectivo con el material probatorio necesario para tal fin.

VIII. CONCLUSIÓN

La fe pública registral es un principio pensado para el tercero, por lo que los requisitos para su procedencia deben enfocarse principalmente en este. Entender la fe pública registral como una excepción a la regla según la cual solo los actos válidos deben servir como fuente o causa de sucesivas transferencias no justifica restringir arbitrariamente su aplicación para determinados casos, sino más bien conmina a ser exigentes con el tercero registral que busca tutela: debemos ser exhaustivos tanto al momento de definir el alcance de los requisitos del artículo 2014 del CC como en su aplicación a cada caso en concreto. Si el sistema ha diseñado el principio de la fe pública registral para proteger la confianza (real, seria y legítima) en las adquisiciones, no existe razón para privar de tutela al tercero registral que confió y desconoció (legítimamente) que previamente a su adquisición se había producido un acto de falsificación o suplantación de identidad.

Lo peor que se puede hacer es excluir de plano y sin justificación de por medio la protección del tercero registral por el solo hecho de que en la cadena de adquisiciones se produjo un caso de falsificación o suplantación. La solución pasa, antes que por la aplicación de una regla rígida sin sustento válido (como lo es la conclusión a la que se arribó en el Pleno), por realizar un correcto análisis de la buena o mala fe del tercero registral.

Finalmente, en lo que respecta al proyecto de ley que pretendía modificar el artículo 2014 del CC, solo queda por señalar que hubiese sido provechoso que su autor (el profesor Gonzales Barrón) meditara respecto de sus propias palabras antes de haberse aventurado a presentar el referido proyecto:

“(…) 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 (sic) 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. No creemos en reformas apuradas, ni en el inmovilismo legislativo que petrifica textos normativos que terminan convirtiéndose en preceptos desconocidos o abrogados por el no-uso. Si la jurisprudencia puede ‘refrescar’ los enunciados sin cambiar la letra, pues bienvenida esa fórmula de ‘aggiornamento’, y si ello no es posible, entonces el legislador debe tomar la palabra. No es posible adoptar posiciones inflexibles y heroicas, sino moderadas, prudentes y razonables (...) Mientras no se pruebe fehacientemente que la nueva regulación constituye realmente una mejora en el contenido de las normas o en los principios que las inspiran, entonces resulta preferible no intentar reformas apresuradas, dudosas o cuestionadas por amplios sectores”⁽²⁸⁷⁾.

(287) GONZALES BARRÓN, Gunther. *Código Civil y reforma*. Libros V (Derechos Reales) y IX (Registros Públicos). Ob. cit., pp. 42-43.

CAPÍTULO VI

DERECHO DE SUPERFICIE

¿Es posible demandar mejor derecho de propiedad sobre la edificación sin incluir el terreno? Reflexiones sobre el derecho de superficie

COMENTARIO A LA CASACIÓN N° 2157-2015-LA LIBERTAD

I. EL CASO MATERIA DE COMENTARIO

En la Cas. N° 2157-2015-La Libertad, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema resolvió el siguiente caso:

Los señores José Eduardo Reyes Solís, José Miguel Reyes Lara y Nery Mary Reyes Velásquez (en adelante, los demandantes) interpusieron contra Walter Benjamín García Miñano una demanda de mejor derecho de propiedad, solicitando como pretensión principal ser declarados titulares de un mejor derecho de propiedad respecto del local comercial de dos pisos (en adelante, el local comercial)⁽²⁸⁸⁾ construido sobre el terreno ubicado en la calle Gamarra N° 743 de la ciudad de Trujillo (en adelante, el terreno) y como pretensiones accesorias: i) que se disponga a favor de los demandantes la accesión del local comercial; y ii) el pago de una indemnización por parte del demandado al haberles impedido el uso y disfrute del referido establecimiento.

Los hechos que dieron lugar a la sentencia fueron los siguientes:

En el año 1971 los señores Inocente Reyes Zavaleta y Zita Solís de Reyes, padres de los demandantes, construyeron el local comercial sobre el terreno, contando para ello con la autorización expresa de la entonces propietaria, la sociedad colectiva Leonardo Risco de la Torre & Cía, con quien mantenían una relación de arrendamiento (es decir, los padres de los demandantes eran arrendatarios del terreno).

Como consecuencia de la construcción, los padres de los demandantes –sostienen estos últimos– se convirtieron en únicos y exclusivos propietarios del local comercial, habiéndose declarado así en la escritura pública de fecha treinta de noviembre de mil novecientos setenta y dos, posteriormente aclarada e inscrita en la Partida N° 03118069 del Registro de Predios de Trujillo.

(288) En un primer momento el local comercial contó con dos pisos. Posteriormente, el demandado construyó dos pisos adicionales (tercero y cuarto), por lo que al momento en que se inició el litigio el local comercial estaba conformado por cuatro pisos.

En el año 1993, los nuevos propietarios del terreno (Luis Alberto Risco La Torre, Blanca Debernardini Alva, Constante Aguilar Cornelio y su cónyuge María Cristina León Aguilar) desconocieron el derecho de los padres de los demandantes sobre el local comercial, para lo cual iniciaron un proceso judicial de nulidad de escritura pública y accesión (por mala fe), el cual fue desestimado.

Finalmente, luego de diversas e infructuosas negociaciones que estuvieron encamiandas a solucionar las divergencias existentes entre los propietarios del terreno y los demandantes, en el año 2002 el predio en su totalidad (terreno más local comercial) fue transferido por los propietarios del terreno a favor de Walter Benjamín García Miñano (demandado), cuyo derecho quedó inscrito en la Partida N° 11058736 del Registro de la Propiedad Inmueble de Trujillo.

Lo que hace particularmente especial al caso que vengo narrando es la duplicidad de partidas que se generó desde un inicio:

- i) De acuerdo con la Partida Registral N° 11058736, el demandado cuenta con un derecho de propiedad inscrito sobre la totalidad del predio: terreno más local comercial.
- ii) De acuerdo con la Partida Registral N° 03118069, los demandantes cuentan con derecho de propiedad inscrito sobre los dos primeros pisos del local comercial.

En primera instancia, el juez declaró improcedente la demanda, pues consideró que no existía incompatibilidad en los títulos presentados por cada una de las partes, ya que mientras registralmente los demandantes figuraban como dueños de la construcción (local comercial), el demandado era propietario del terreno, de acuerdo con lo inscrito en cada una de las partidas registrales. Por ende, el juez concluyó que al no existir oposición de derechos carecía de sentido declarar un “mejor derecho de propiedad” a favor de alguna de las partes.

La Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad revocó la decisión del juez y reformándola la declaró fundada, pero con una particularidad: declaró el mejor derecho de propiedad a favor de los demandantes únicamente sobre los dos primeros pisos del local comercial (los que fueron construidos por sus padres), reconociendo a favor del demandado la propiedad sobre el terreno y el tercer y cuarto piso del local comercial.

Es decir, para la Sala Superior sí existía una oposición entre los derechos acreditados por las partes, pues –según sostuvo– mientras la partida de los demandantes publicitaba su derecho de propiedad sobre los dos primeros pisos del local comercial (sin incluir el terreno), la partida registral del demandado lo declaraba propietario de la totalidad del predio (terreno más los cuatro pisos de construcción). En consecuencia, para la Sala había una colisión de derechos de propiedad únicamente respecto de los dos primeros pisos del local comercial, situación que

debía ser resuelta –según sostuvo– de acuerdo a los artículos 1135⁽²⁸⁹⁾ y 2022⁽²⁹⁰⁾ del CC, dándose prioridad a la fecha de la inscripción registral.

Entonces, al tener los demandantes una inscripción más antigua (27 de noviembre de 1985) que la del demandado (2007), se concluyó que aquellos tenían un mejor derecho de propiedad sobre los dos primeros pisos del local comercial, conservando el demandado la propiedad del terreno y del tercer y cuarto piso.

Como consecuencia de esta decisión de la Sala Superior, el inmueble en litigio quedó distribuido del siguiente modo:

- i) El terreno de propiedad del demandado;
- ii) El primer y segundo piso del local comercial de propiedad de los demandantes; y
- iii) El tercer y cuarto piso del local comercial de propiedad del demandado.

El demandado interpuso recurso de casación contra lo resuelto en segunda instancia. En su sentencia casatoria, la Corte Suprema corrigió el criterio de la Sala Superior y consideró que, al ser este un caso de construcción en terreno ajeno, la solución no pasaba por reconocer derechos singulares a favor de cada una de las partes, generándose una “separación” entre la propiedad del terreno y la construcción, sino más bien en consolidar la propiedad a favor de una sola de las partes, integrándose lo construido (local comercial) al suelo (terreno), para de este modo no destruir el valor económico del predio total resultante.

Por ende –según la Corte Suprema–, en caso de que la construcción por parte de los padres de los demandantes se hubiese hecho de buena fe, le correspondería al dueño del terreno –de acuerdo con el artículo 941 del CC– optar entre: i) hacer suyo lo edificado, consolidándose la propiedad a su favor sobre la totalidad del predio y pagando el valor de la construcción a favor de quien la hizo; o ii) obligar al constructor a que le pague el valor del terreno, en cuyo caso la propiedad total resultante pasaría a su favor.

Para la Corte Suprema, entonces, la pretensión de mejor derecho de propiedad propuesta por los demandantes no se adecuaba al tratamiento que nuestro ordenamiento jurídico establece para este tipo de supuestos, debiéndose resolver

(289) Artículo 1135 del Código Civil.- “Cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en defecto de inscripción, al acreedor cuyo título sea de fecha anterior. Se prefiere, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua”.

(290) Artículo 2022 del Código Civil.- “Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquel a quien se opone”.

de conformidad con las normas de accesión por edificación en suelo ajeno. Es por ello que la Corte declaró fundado el recurso de casación y, actuando en sede de instancia, confirmó la sentencia de primera instancia declarando improcedente la demanda.

Y si bien es cierto que los demandantes plantearon como pretensión accesoria la accesión de lo edificado, la Corte consideró que no podía amparar dicho pedido en tanto: i) al haber sido planteado como pretensión accesoria debía correr la misma suerte que la principal (improcedente); y ii) la sentencia de vista, que desestimó la pretensión accesoria, no fue impugnada por los demandantes, por lo que no podía ser materia de pronunciamiento por la Corte Suprema.

A continuación pasaré a analizar cada una de las decisiones expedidas a lo largo del proceso, a efectos de develar los errores y aciertos en que cada una de las instancias incurrió. No obstante, previamente voy señalar algunos datos no plasmados en la sentencia casatoria y que nos permitirán comprender mucho mejor el origen de la controversia.

II. LOS HECHOS NO NARRADOS EN LA SENTENCIA

Desde un inicio, cuando comencé a analizar el caso, hubo algunos aspectos que no me quedaron claros; principalmente tres:

- i) Cómo y en qué momento los padres de los demandantes (en adelante me referiré a ellos como los causantes), que construyeron los dos primeros pisos del local comercial en calidad de arrendatarios, pasaron a figurar como propietarios registrales de lo edificado.
- ii) Cómo y en qué momento se generó la superposición registral entre demandantes y demandado.
- iii) Qué es lo que finalmente publicitaban las partidas registrales a favor de cada una de las partes en litigio.

En la medida que estas dudas no encontraban respuestas en los considerandos de la sentencia casatoria, opté por tramitar y obtener personalmente de Registros Públicos cada una de las partidas registrales que presentaron las partes en el proceso. Luego de haberlas analizado en detalle, accedí a una historia que no ha sido debidamente detallada en la sentencia.

Es cierto que los causantes construyeron los dos primeros pisos del local comercial en su calidad de arrendatarios. Sin embargo, posteriormente, mediante acuerdo celebrado en 1970, “adquirieron la propiedad de lo construido” (el entrecomillado no es gratuito). Y es precisamente aquí donde empiezan los problemas.

En principio, el suelo y la construcción constituyen una única unidad inmobiliaria: son un todo inescindible en tanto la construcción es parte integrante del

suelo. Sin embargo, esta regla admite una excepción de acuerdo con el Código Civil (CC): el derecho de superficie⁽²⁹¹⁾. Mediante la constitución de este derecho es posible (por un plazo máximo de 99 años) que la propiedad sobre el suelo y sobre lo edificado recaiga en distintas personas⁽²⁹²⁾ (al “dueño” de la construcción se le conoce como “propietario superficiario”; mientras que al dueño del suelo se le sigue denominando “propietario”). Mediante la superficie, entonces, se admite que el suelo y la construcción le pertenezcan a distintas personas, pudiendo ambos bienes ser materia de transferencia por separado; es decir, el dueño del terreno podría venderlo a favor de A, mientras que el propietario superficiario podría vender lo edificado a favor de B.

Fuera del ámbito del derecho de superficie, esta separación o disociación no es admisible⁽²⁹³⁾. Fuera del régimen de la superficie, si se vende el terreno, indefectiblemente se transfiere el dominio sobre lo construido. Y viceversa: si lo que es materia de transferencia es la construcción, el suelo sobre el cual se levanta la misma acompañará a la venta.

Sin embargo, en el caso que vengo comentando ocurrió algo particular. No olvidemos que fueron los causantes quienes, en su condición de arrendatarios, construyeron los dos primeros pisos del local comercial. Luego de ello, sorprendentemente, pasaron a figurar como propietarios de lo construido. Esto significa que necesariamente hubo un acto de transferencia de propiedad a favor de los causantes.

Y en efecto así sucedió: mediante documento de fecha 25 de julio de 1970, los Causantes adquirieron (así se indica en Registros Públicos) “la propiedad del dominio útil o construcción del edificio comercial de dos plantas ubicado en el Jirón Gamarra N° 743 de Trujillo”. Este acto de transferencia sobre la construcción dio lugar a que esta (sin incluir el terreno) sea “inmatriculada” (es decir, inscrita por primera vez) a favor de los causantes en la Partida N° 03118069. Es así como se generó la partida registral a nombre de los demandantes como propietarios del local comercial (**respuesta a la primera pregunta planteada**).

Sin embargo, las dudas quedan latentes: ¿por qué razón el registrador inscribió un acto de transferencia únicamente sobre lo construido, dejando de lado el dominio sobre el terreno? Si el acuerdo entre los causantes y el entonces dueño del terreno contemplaba la constitución de un derecho de superficie a favor de aquellos, se entendería que el registrador haya abierto una partida registral

(291) No me voy a pronunciar en este espacio sobre el régimen de propiedad exclusiva y propiedad común, que si bien al igual que la superficie admite una disociación de la propiedad sobre el terreno y la construcción, encuentra su regulación en una normativa especial (Ley N° 27157).

(292) Artículo 1030 del Código Civil.- “Puede constituirse el derecho de superficie por el cual el superficiario goza de la facultad de tener temporalmente una construcción en propiedad separada sobre o bajo la superficie del suelo”.

(293) Como indiqué anteriormente, estoy excluyendo de mi análisis a la propiedad horizontal.

únicamente sobre la construcción a favor de los causantes, manteniendo la propiedad del terreno a favor de la contraparte. Sin embargo, las partes no constituyeron un derecho de superficie, pues de haberlo hecho el registrador habría dado cuenta de ello en la partida que se abría, señalando que se trataba de una partida especial (así se le denomina a las partidas registrales donde se inscribe un derecho de superficie) e indicando el plazo de vigencia del derecho de superficie sobre el local comercial a favor de los causantes.

Estas dudas habrían podido ser absueltas si es que el juez o la Sala Superior hubiesen analizado en detalle el acuerdo suscrito entre los causantes y el entonces propietario del terreno, para confirmar si lo que se hizo fue constituir un derecho de superficie (lo cual, como acabo de señalar, dudo mucho que se haya hecho) o si simplemente se “vendió” la construcción dejando el terreno a favor del anterior propietario (lo cual constituiría un imposible jurídico). Lamentablemente, ninguna de estas cuestiones fue analizada en las instancias de mérito.

De la revisión de los documentos registrales, mi conclusión es que los causantes y su entonces “vendedor” (en ese entonces propietario del terreno) no suscribieron un contrato de superficie, sino más bien optaron (desconociendo que se trataba de un imposible jurídico) por celebrar un acto de transferencia sobre el local comercial, sin incluir en dicha venta el terreno. Era obligación del registrador reparar en ello y denegar la inscripción de dicha transferencia.

Este primer error dio lugar al segundo: como el registrador consideró que, aun sin haberse constituido previamente un derecho de superficie, la construcción (local comercial) y el suelo (terreno) podían vivir independientemente uno del otro, abrió una partida registral a la construcción a nombre de los causantes, dejando que el terreno se mantuviese inscrito a favor de la contraparte en la partida que hasta ese momento tenía (Partida N° 11058736). Es así como se generó la duplicidad registral (**respuesta a la segunda pregunta**).

En conclusión, como consecuencia de un contrato mal elaborado entre los causantes y el propietario del terreno, y una mala calificación registral, los causantes (hoy demandantes) terminaron como propietarios registrales de un local comercial de dos pisos que no incluía el terreno sobre el cual se había edificado (**respuesta a la tercera pregunta planteada**).

¿Y qué sucedió con el terreno? El terreno se mantuvo inscrito en su partida original (Partida N° 11058736) a nombre del entonces propietario⁽²⁹⁴⁾, y en esta nunca se mencionó que el local comercial había sido independizado e inscrito en otra partida (N° 03118069) a favor de los causantes (hoy demandantes). Entonces, de acuerdo con la partida registral del terreno, este no se encontraba

(294) Luego de sucesivos actos de transferencia en esta partida registral, quedó inscrito el derecho de propiedad del demandado.

disociado o separado de una eventual construcción, por lo que cualquier acto de transferencia sobre el terreno incluía también la construcción. Es por ello que cuando en el año 2002 el demandado inscribió su derecho de propiedad en la Partida N° 11058736, formalmente su dominio incluía el terreno más la construcción. Fue a razón de esto que el demandado, luego de haber construido dos pisos más en el local comercial (cuatro pisos en total), no tuvo problemas en inscribir a su favor la totalidad de la edificación en la Partida N° 11058736.

En conclusión, construir sobre un terreno ajeno no lo convierte a uno en propietario de lo edificado. En el caso que vengo comentando, si bien los causantes construyeron en su condición de arrendatarios, ello no los convertía automáticamente en dueños de lo edificado. En el acuerdo que suscribieron los causantes con la entonces propietaria del terreno se debió definir cómo quedaba configurada la propiedad sobre el inmueble resultante. Las partes pudieron optar por alguna de estas tres opciones:

- i) Que el dueño del terreno pagase a los causantes el valor de lo construido, con lo cual aquel se convertía en propietario de la totalidad del inmueble.
- ii) Que los causantes pagaran al dueño del terreno el valor del mismo, con lo cual aquellos se convertían en propietarios de todo el inmueble.
- iii) Que las partes hubiesen constituido un derecho de superficie, en virtud del cual la construcción pasaba a ser de propiedad de los causantes por un plazo no mayor a 99 años⁽²⁹⁵⁾, conservando la contraparte el dominio sobre el terreno. Al vencimiento del plazo la construcción volvía a ser de propiedad del dueño del terreno, con lo cual la propiedad en su conjunto terminaba consolidada en una sola mano.

Lamentablemente, las partes no optaron por ninguna de estas opciones, sino que eligieron un imposible jurídico: separaron de manera indefinida el dominio sobre el local comercial de la propiedad sobre el terreno, sin haber constituido previamente un derecho de superficie. Hubiese sido por ello importante que en las instancias de mérito —y, por qué no, en sede casatoria— se deje establecido que un acuerdo de este tipo se encontraba incurso en la causal de nulidad por tener un objeto jurídicamente imposible⁽²⁹⁶⁾. Lamentablemente, el análisis de un tema tan relevante fue pasado por alto.

(295) Artículo 1030 del Código Civil.- “El derecho de superficie no puede durar más de noventinueve años. A su vencimiento, el propietario del suelo adquiere la propiedad de lo construido reembolsando su valor, salvo pacto distinto”.

(296) Artículo 219 inciso 3 del Código Civil: “El acto jurídico es nulo cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable”.

III. ERRORES EN LA DEMANDA

Desde un inicio, los demandantes reconocieron que la propiedad sobre el terreno no les pertenecía, por ello plantearon su demanda de mejor derecho únicamente sobre lo construido (local comercial). Aquí hay un problema: tal como ya indiqué, reconocer que el terreno no me pertenece y en simultáneo exigir un derecho de propiedad sobre lo construido solo es factible cuando soy titular de un derecho de superficie: mi condición de propietario superficiario me permite declararme propietario de lo construido (una “propiedad temporal”, que no podría superar los 99 años), aun cuando reconozco a otro como dueño del suelo sobre el cual se levanta dicha construcción. Sin embargo, ya quedó claro que en este caso nunca se constituyó un derecho de superficie (ni a favor de los causantes ni de los demandantes).

Entonces, al no existir un derecho de superficie y al haber reconocido los demandantes que otro era propietario del suelo, no había sustento para exigir un derecho de propiedad sobre lo edificado por una sencilla razón: al propietario del suelo le corresponde el dominio sobre lo construido (lo edificado es parte integrante del suelo y, por ende, sigue la suerte de este).

El único caso en donde se podría plantear (con éxito) una demanda de mejor derecho de propiedad sobre lo edificado, aun reconociendo que la propiedad del suelo le pertenece a otra persona, sería aquel en donde el propietario del suelo celebra con dos personas distintos contratos de superficie sobre la misma área de terreno: es decir, habrían dos propietarios superficiarios. Para resolver el conflicto se tendría que recurrir a las normas sobre oponibilidad de derechos reales: la superficie que primero se inscribió sería oponible frente a la no inscrita. Sin embargo, este es un caso muy distinto al que vengo comentando porque aquí no solo nunca se constituyó un derecho de superficie, sino que la demanda de mejor derecho de propiedad fue planteada contra el único propietario a la vista: el dueño del terreno (y de lo edificado).

Por estas consideraciones, mi opinión es que la demanda estaba destinada al fracaso. En todo caso, si los demandantes querían ser declarados dueños de la construcción, la estrategia debió ser cualquiera de las siguientes:

- i) Sostener que el contrato de transferencia celebrado en 1970 con la entonces propietaria del terreno abarcó la totalidad del bien, es decir, no solo el “dominio útil” (construcción), sino también el suelo. Esto hubiese implicado que los demandantes negaran cualquier derecho del demandado sobre el terreno. En este escenario, los demandantes habrían tenido que plantear una reivindicación sobre la totalidad del predio (terreno más construcción), y esta demanda habría dado lugar a una discusión de “mejor derecho de propiedad” luego de que el demandado la hubiese contestado invocando también un derecho de propiedad sobre la totalidad del predio.

- ii) Sostener que el contrato de transferencia celebrado en 1970 con la entonces propietaria del terreno fue en realidad un contrato de constitución de derecho de superficie, mediante el cual los causantes (hoy demandantes) adquirieron la propiedad sobre lo construido sin incluir el terreno. Esta no habría sido la mejor estrategia, pues los demandantes habrían tenido que: (a) reconocer que su derecho sobre lo construido era temporal (la superficie no puede ser perpetua), con lo cual habrían estado obligados a devolver la edificación a favor del dueño del terreno una vez vencido dicho plazo; y (b) demostrar cuál fue el plazo por el que se constituyó el derecho de superficie a su favor (algo que no se desprende del acuerdo celebrado en 1970).
- iii) Reconocer tres cosas: a) que nunca suscribieron un contrato de superficie con la entonces propietaria del terreno; b) que el contrato celebrado en 1970 contenía un imposible jurídico, pues no resultaba factible separar jurídicamente el terreno del local comercial; y c) que los causantes construyeron el local comercial de buena fe sobre un terreno ajeno (en efecto, se contó con el permiso de la entonces propietario). En este escenario, la pretensión de los demandantes debió consistir en exigir que el demandado, en su condición de actual propietario del terreno, escoja alguna de las opciones del artículo 941 del CC: pagar el valor de la edificación a favor de los demandantes o hacer que estos le paguen el valor del terreno (en este último caso los demandantes se convierten en propietarios del terreno más la construcción).

De todas estas posibilidades, la más idónea —dadas las pruebas con que se contaba— hubiese sido la última⁽²⁹⁷⁾, invocando para ello normas de “accesión”. Antes de entrar a analizar algunas cuestiones vinculadas con esta figura, voy a identificar los errores en lo que se incurrió en cada una de las instancias de mérito.

IV. ERRORES EN LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Como ya indiqué en el acápite 1) del presente trabajo, en primera instancia el juez consideró que no correspondía declarar un mejor derecho de propiedad a favor de los demandantes en tanto no existía colisión de derechos entre las partes:

(297) ¿Se podría considerar como una estrategia para los demandantes (en caso de que hubiesen cumplido con el plazo que exige el Código Civil) accionar la prescripción adquisitiva para obtener el derecho de propiedad sobre la construcción? Aquí habría que diferenciar dos cosas: i) la intención de ganar por prescripción la propiedad superficiaria (es decir, el derecho de propiedad solo respecto de la construcción); y ii) la intención de adquirir por prescripción la totalidad del inmueble (terreno más construcción). La primera posibilidad queda vetada porque nuestra normativa civil no reconoce como una forma de adquirir el derecho de superficie a la prescripción adquisitiva. Y con relación a la segunda posibilidad, la misma queda descartada, pues en todo momento los demandantes reconocieron a la contraparte como propietaria del terreno, con lo cual no habrían poseído el local comercial con *animus domini*, es decir, reconociéndose como únicos propietarios.

mientras los demandantes eran titulares registrales del primer y segundo piso del local comercial (Partida N° 03118069), el demandado era titular registral únicamente del terreno (Partida N° 11058736).

El primer error del juez consiste en haber considerado que la partida registral a favor del demandado solo lo reconocía como propietario del terreno. Y esto es un error no solo porque en dicha partida se había inscrito una “declaratoria de fábrica” que daba cuenta de la existencia de una edificación de cuatro pisos sobre el terreno (es decir, registralmente estaba inscrita la totalidad de la construcción a favor del demandado), sino también porque, aun cuando no se hubiese inscrito tal declaratoria de fábrica, la regla es que si alguien es propietario de un terreno, su dominio se extiende a lo que se construya sobre el mismo (no olvidar que la edificación es parte integrante del suelo). Entonces, no se entiende la razón por la que el juez consideró que la titularidad registral del demandado se limitaba al terreno sin incluir los cuatro pisos.

Pero incluso asumiendo por un momento que registralmente la construcción no le pertenecía al demandado, el juez no debió descartar la existencia de un conflicto de derechos solo porque los títulos registrales no se oponían. Partamos por algo muy básico: el Registro es declarativo; los distintos derechos reales (salvo la hipoteca) no nacen con su inscripción registral, sino con el acuerdo de las partes (contrato de constitución de usufructo, contrato de constitución de superficie, contrato de compraventa, etc.). Por ello resulta perfectamente posible que exista un conflicto entre derechos reales aun cuando estos registralmente no se opongan.

El juez indebidamente consideró que como la partida registral de los demandantes los declaraba propietarios de dos pisos, y según la partida del demandado este era dueño solo del terreno, entonces los derechos de propiedad no se confrontaban (recaían sobre objetos distintos), por lo que no correspondía emitir un pronunciamiento respecto de un “mejor derecho de propiedad” a favor de alguna de las partes.

Para determinar si existe una oposición entre derechos debemos ir a los títulos (generalmente contratos), más allá de si estos han sido o no inscritos. Supongamos que una persona adquiere el día 1 el derecho de propiedad sobre un predio pero no lo inscribe a su favor; el día 2 otra persona adquiere el dominio del mismo bien, pero a diferencia del primero sí lo inscribe. Sin duda alguna, existe un conflicto de derechos, aun cuando registralmente estos no se opongan. Entonces, para determinar si estamos ante un conflicto de derechos, lo primero que debemos hacer es analizar si estos existen, y este análisis no se hace a nivel del Registro (aquí los derechos no nacen)⁽²⁹⁸⁾, sino a nivel de la realidad, revisando los títulos que cada una de las partes exhibe a su favor.

(298) Como reza un conocido adagio jurídico: el Registro no es cuna (donde los derechos nacen), sino castillo (donde se protegen).

El Registro es un elemento determinante no para establecer si existe o no oposición entre derechos, sino para resolver la controversia ya surgida (el derecho que accedió primero al Registro es el que prevalece)⁽²⁹⁹⁾.

Un ejemplo más para que quede claro: el propietario de un predio de 1000 m² constituye usufructo sobre la totalidad del mismo a favor de A; el derecho no se inscribe. Al día siguiente el mismo propietario otorga un nuevo usufructo sobre los 1000 m² a favor B, el cual sí se inscribe. Sin embargo, por un error registral se indica en la partida que el usufructo de B recae solamente sobre 950 m². No hay dudas que existe un conflicto entre los derechos de A y B con relación a los 1000 m², pese a que registralmente el derecho de B solo recae sobre 950 m². La idea de fondo es la misma: el Registro no es el elemento a tener en cuenta para determinar si existe o no un conflicto de derechos.

Precisamente por ello, lo fundamental para la solución de la controversia pasaba por analizar no las partidas registrales, sino los títulos de cada una de las partes, lo cual exigía revisar el contrato suscrito por los demandantes con la entonces propietaria del terreno en el año 1970 para dar respuesta a las siguientes preguntas: ¿qué fue lo que realmente acordaron las partes?, ¿una transferencia sobre la totalidad del inmueble?, ¿la constitución de un derecho de superficie?

V. ERRORES EN LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad revocó la decisión del juez y, reformándola, la declaró fundada, pero con una particularidad: declaró el mejor derecho de propiedad de los demandantes únicamente sobre los dos primeros pisos del local comercial, manteniendo a favor del demandado el dominio sobre el terreno y el tercer y cuarto piso de la edificación.

Para la Sala Superior sí existía una oposición entre los derechos de las partes, pues mientras de acuerdo a la partida de los demandantes estos eran propietarios de los dos primeros pisos del local comercial, el demandado era registralmente dueño de todo el predio (terreno más local comercial). Por ello, para la Sala sí había una colisión de derechos pero únicamente sobre los dos primeros pisos del local comercial, la misma que debió resolverse a favor de los demandantes, en tanto estos accedieron primero al Registro (arts. 1135 y 2022 del CC).

El acierto de la Corte Superior —con relación a lo resuelto por el juez— estuvo en percatarse que la partida registral del demandado publicitaba su derecho no solo sobre el terreno, sino también sobre la totalidad de la edificación (cuatro pisos). Sin embargo, el error se mantiene respecto a cómo entender el derecho

(299) Artículo 2022 del Código Civil.- “Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquel a quien se opone”.

inscrito a favor de los demandantes: la Corte se limitó a sostener que, de acuerdo con la información registral, el derecho de propiedad se extendía sobre los dos primeros pisos del local comercial sin incluir el terreno. ¿No se preguntó la Corte Superior cómo era posible que exista una partida registral en donde –sin haberse constituido previamente un derecho de superficie– se haya inscrito una edificación con exclusión del suelo sobre el cual ella se levanta? ¿No se debió reparar en ello? ¿No debió la Sala revisar el contrato suscrito en el año 1970?

Pero incluso dando por válida la premisa de la Sala –en el sentido de que registralmente tanto los demandantes como el demandado tenían un derecho inscrito sobre los dos primeros pisos del local comercial–, la solución que dio al privilegiar el derecho que primero se inscribió fue errónea: si existen dos titulares registrales sobre una misma área, entonces estamos ante una duplicidad de partidas registrales y este problema no se resuelve en función a la antigüedad de la fecha de inscripción.

La fecha de inscripción como posible solución a un caso de duplicidad de partidas existe a nivel registral, pero aquella no implica una definición del problema de fondo (quién tiene el mejor derecho de propiedad). En este sentido, es cierto que el artículo 60 del Reglamento General de los Registros Públicos permite que la partida registral menos antigua sea cerrada en beneficio de aquel que inscribió primero:

“Cuando las partidas registrales duplicadas contengan inscripciones o anotaciones incompatibles, la Gerencia Registral correspondiente dispondrá el inicio del trámite de cierre de partidas y ordenará se publicite la duplicidad existente (...) Transcurridos 60 días desde la última publicación, la Gerencia dispondrá el cierre de la partida registral menos antigua (...)”.

Sin embargo, el propio Reglamento establece que el cierre de la partida menos antigua no implica un pronunciamiento de fondo sobre los derechos en conflicto (art. 60):

“Una vez extendida la anotación de cierre, no podrán extenderse nuevos asientos de inscripción en la partida cerrada. Sin embargo, dicho cierre no implica en modo alguno declaración de invalidez de los asientos registrados, correspondiendo al órgano jurisdiccional declarar el derecho que corresponde en caso de inscripciones incompatibles” (el énfasis es agregado).

Entonces, la solución de fondo no la determina quién inscribió primero su derecho.

Es más, si bien los artículos 1135 y 2022 del CC –que fueron las normas empleadas por la Sala Superior– resuelven el conflicto a favor del derecho que primero se inscribió, ellos no están pensados para los supuestos de duplicidad

registral. Ambas normas son aplicables cuando sobre un mismo bien, inscrito en la misma (y única) partida, el titular constituye derechos contradictorios a favor de distintas personas, debiendo prevalecer el derecho que primero se inscribió de buena fe. La lógica de esta solución es premiar al que confió en la información registral e inscribió su derecho y sancionar a aquel que no lo hizo, permitiendo de este modo que se produzca una apariencia registral generadora de confianza en terceros adquirentes (por ejemplo, el propietario registral A vende el bien a B pero este no inscribe su derecho, con lo cual A sigue figurando indebidamente en la partida como propietario, y valiéndose de ello transfiere el bien a un segundo comprador –C– que inscribe su derecho. En el conflicto entre B –primer comprador– y C, prevalecerá este último por haber inscrito su derecho confiando en que lo publicitado por el Registro era cierto).

Sin embargo, este presupuesto no se cumple en un caso de duplicidad registral, en donde ambos adquirentes confían en la información publicitada en su respectiva partida. Entonces, ante un caso de duplicidad registral corresponde que ambas inscripciones se neutralicen (sin que ninguna prevalezca sobre la otra), debiendo resolverse la controversia al margen del dato registral, tomando en cuenta para ello criterios extrarregistrales, como podría ser la validez de los títulos que presenta cada una de las partes o la posesión ejercida por alguna de ellas sobre el bien en disputa (posesión que le permitiría adquirir el bien por usucapión).

Aplicando esto, tendríamos a unos demandantes que contaban con un título mediante el cual adquirieron la propiedad sobre la construcción (“dominio útil”, tal como lo llamaron en el documento) con exclusión del terreno, algo que –como ya indiqué– constituye un imposible jurídico⁽³⁰⁰⁾. Por ende, si la Sala Superior consideró que existía un conflicto de derechos, debió tomar en cuenta que el derecho de los demandantes había nacido de un contrato nulo, por lo cual la razón le asistía al demandado.

Finalmente, el tercer error de la Sala Superior consiste en haber creado una especie de “superficie legal”, en donde a una de las partes (demandado) le correspondía el derecho sobre el terreno y el tercer y cuarto piso del local comercial, y a la otra (demandantes) el derecho sobre el primer y segundo piso de la edificación.

Tal como ya indiqué, no pueden existir propietarios distintos sobre los pisos de un mismo inmueble, salvo que se haya constituido un derecho de superficie o un régimen de propiedad horizontal. Fuera de estos casos no existe sustento jurídico para que un juez declare que el terreno le pertenece a A, el primer y segundo piso a B, y el tercero y cuarto nuevamente a A, porque de ser así se estaría imponiendo, por sobre la voluntad de los interesados –e incluso en contra de

(300) Salvo que previamente se hubiese constituido un derecho de superficie, lo que no ocurrió en el caso que comento.

ella—, un derecho de superficie, obligándolos a compartir una misma edificación por tiempo ilimitado, algo que ni el propio Código Civil admite cuando la superficie responde a la voluntad de los interesados.

Fuera del ámbito del derecho de superficie, la construcción es parte integrante del suelo y, por ende, sigue la suerte de este último. El artículo 887 del CC hace referencia a un solo bien de estructura compleja, conformado por un bien principal y partes integrantes, en donde la separación de los distintos elementos que lo conforman genera la alteración o perjuicio del bien total (a diferencia del art. 888 del CC, que regula aquellos casos en donde existen diversos bienes que encontrándose unidos por un vínculo de pertenencia o accesoriedad, mantienen su individualidad, por lo que cabe la posibilidad de separarlos sin destruir, deteriorar o alterar la sustancia del bien total).

De acuerdo con el segundo párrafo del artículo 887 del CC, las partes integrantes “no pueden ser objeto de derechos singulares”. Se impide así que los diversos elementos que conforman un bien de estructura compleja puedan ser objeto de relaciones jurídicas desintegradas (por ejemplo, que las paredes y las ventanas de una misma casa les pertenezcan a propietarios distintos).

Como bien señaló la Corte Suprema, la segunda parte del artículo 887 del CC responde a una lógica económica:

“[la razón de ser del segundo párrafo del art. 887 del CC] se encuentra en la intención de preservar el valor económico o utilidad social de los bienes, dado que si, como se ha explicado, las partes integrantes de un bien no pueden ser separadas de él —sin destruirlo, deteriorarlo o alterarlo—, el reconocimiento de derechos singulares sobre ellas no solo afectaría la propia unidad que otorga sustancia al bien, sino que forzaría una separación económicamente irracional. Es evidente que cuando ellas hayan sido separadas, por cualquier causa, podrán entonces ser objeto de derechos singulares, en la medida que ello sea posible, pero en tanto no sea así la constitución de derechos singulares sobre ellas producirá, por regla general, la desnaturalización y perjuicio al valor o utilidad del bien” (considerando décimo cuarto).

Y es precisamente dicha lógica económica la que se ve distorsionada o afectada por la decisión de la Sala Superior:

“(…) este [art. 887 del CC] prohíbe que las partes integrantes de un bien puedan ser objeto de derechos singulares. Y las distorsiones que esta infracción produce en la utilidad del predio son evidentes, pues cabe preguntarse ¿en qué modo podrán ser útiles a su propietario (demandado) las dos últimas plantas del predio si no tiene la propiedad de las dos primeras? ¿En qué modo deberán llevar a cabo los demandantes el aprovechamiento de las dos primeras plantas si no tienen la propiedad del terreno? ¿Podrán accionar la reivindicación de la construcción contra el propietario del terreno y de las dos últimas

plantas? ¿Qué provecho tendrá la propiedad singular del terreno sin la de la construcción? Como puede apreciarse, la inobservancia de la regla contenida en el artículo en mención ha provocado en este caso una grave afectación al valor económico y la utilidad del inmueble, pues, como es de esperarse, las partes integrantes de él no pueden ser separadas sin perjudicar la esencial del bien e, incluso, en este caso, destruirlo por completo”.

Finalmente, la Corte Suprema resalta que, a diferencia de los casos de superficie y propiedad horizontal, en donde la disgregación entre suelo y edificación tiende a favorecer un aprovechamiento efectivo del derecho de propiedad, el régimen “creado” por la Sala Superior va en un sentido totalmente opuesto, en tanto determina una asignación de titularidades inútil e ineficiente:

“La posibilidad de aprovechamiento o utilidad que reportan los bienes que son pasibles de este derecho [propiedad], juega un papel fundamental, pues es justamente ella la que convierte a tal derecho en provechoso para la sociedad. Es por ello que, aun cuando este propósito pueda no conseguirse en casos concretos, las reglas previstas en los artículos 955 y 958 del Código Civil deben ser entendidas como medios para favorecer el provecho de la propiedad y no para inutilizarla. Aun en los casos de propiedad horizontal, la posibilidad de aprovechamiento independiente de cada unidad desmembrada juega un papel indiscutible; en tanto que en el derecho de superficie, el segundo párrafo del artículo 1030 del Código Civil evidencia la intención de consolidar la propiedad. En este caso, no obstante, la descomposición operada por el *ad quem* ha contrariado esta finalidad, pues la sentencia de vista no evidencia en modo alguno que la construcción que conforma el inmueble objeto de debate permita que se pueda aprovechar independientemente cada una de las partes en las que ha quedado dividida. Por el contrario, los actores han sido claros al afirmar en su demanda que las disputas existentes entre ellos y el demandado han terminado por hacer inútil para ella el bien, y el plano obrante a fojas mil quinientos cuarenta y siete corrobora esta realidad, al evidenciar que la construcción de cuatro plantas no es posible de aprovechamiento independiente, pues mantiene una unidad inescindible (ya que cada planta se encuentra diseñada de tal modo que no solo son inseparables en su distribución y acceso, sino que, además, cumplen funciones complementarias entre ellas)” (décimo octavo).

Sin duda alguna, contractualmente las partes podrían replicar un esquema similar al que la Sala Superior creó: es decir, A, siendo dueño del terreno, constituye superficie a favor de B, quien luego de haber construido 2 pisos constituye subsuperficie (a partir del segundo piso) a favor de C para que construya el tercer y cuarto piso. Pero este esquema legal debe responder necesariamente de la voluntad de los interesados, y no a una imposición judicial. Como bien ha señalado la Corte Suprema:

“La posibilidad de establecer derechos singulares sobre el subsuelo o sobresuelo de la propiedad predial, reconocida legislativamente en el Código Civil,

encuentra fundamento en su utilidad como medio para facilitar el aprovechamiento del bien y, además, presupone la voluntad del propietario inicial”.

VI. ¿CÓMO DEBIÓ RESOLVERSE EL CASO?

En la medida que el contrato por el cual los causantes adquirieron la “propiedad” del local comercial con exclusión del terreno resultaba nulo por recaer sobre un objeto jurídicamente imposible, no hay dudas de que estamos ante un supuesto de construcción en terreno ajeno (no olvidemos que los causantes construyeron cuando eran arrendatarios; sumado a ello en todo momento los demandantes reconocieron la propiedad sobre el terreno a favor del demandado), que debió ser resuelto de acuerdo con las normas de accesión. Como bien señaló la Corte Suprema:

“Décimo noveno: La solución que, en cambio, propone nuestro ordenamiento para este tipo de situaciones, en las que se ha producido la construcción de buena fe en un terreno ajeno, se encuentra dada por los artículos 938 y 941 del Código Civil. Estas disposiciones evidencian en primer término que la respuesta legislativa a estos supuestos no radica en reconocer derechos singulares a favor del propietario del terreno y de la construcción, sino más bien en consolidar la propiedad, integrando lo construido al terreno, a efectos, justamente, de no destruir el valor económico de la nueva unidad real resultante”.

Frente a un supuesto de construcción en terreno ajeno, nuestro legislador ha optado por asignarle la propiedad de la totalidad del predio resultante a alguna de las partes en conflicto (ya sea el dueño del suelo o el constructor).

Tal como señalé en uno de mis últimos trabajos⁽³⁰¹⁾, el artículo 938 CC es importante no tanto por la solución que da (“el propietario del bien principal –suelo– se hace dueño del producto resultante luego de la adhesión o unión) sino por la idea que subyace: el bien resultante (suelo + edificación), debe pertenecerle a la misma persona, ya sea al propietario del suelo o a quien construyó.

En efecto, este supuesto podría haber sido resuelto de otro modo por el legislador: por ejemplo, otorgándole al constructor un derecho de superficie forzosa, de tal forma que este se convierta en propietario de lo construido por un tiempo determinado, manteniéndose el dominio sobre el suelo a favor de la contraparte. ¿Por qué el legislador no optó por esta solución? De haberlo hecho, se habría tenido que establecer el plazo de la superficie forzosa, el monto de la renta por

(301) PASCO ARAUCO, Alan. “Prescripción contra el Estado y la reivindicación vs. construcción en terreno ajeno. A propósito del Pleno Nacional 2016”. En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*. Tomo 40, Gaceta Jurídica, Lima, octubre 2016, pp. 121-141.

el uso del suelo ajeno, se habría tenido que determinar cuál de las partes tendría el derecho de consolidarse como propietario de la totalidad del bien una vez vencido el plazo legal, entre otros aspectos no menos relevantes. Este esquema, claramente, resultaba demasiado costoso y engorroso.

Otra forma de resolver el problema habría sido establecer entre las partes un régimen de copropiedad sobre la totalidad del bien: constructor y dueño del suelo se convertirían en titulares del 50 % de acciones y derechos sobre la totalidad del predio resultante. No obstante, ello habría representado, al igual que la “superficie forzosa”, un régimen antieconómico y complejo, dada la exigencia de unanimidad o mayorías absolutas para las tomas de decisiones sobre el bien común⁽³⁰²⁾ (*communio est mater discordiarum*).

Frente a estas dos opciones, nuestro legislador optó (acertadamente) por una tercera vía (que es la tradicional en los sistemas jurídicos de formación romano-germánica): debe haber un único propietario para el bien resultante: “No queda, pues, otra solución más justa y económica, que la impuesta por la lógica del *accessorium sequitur principale*: de este modo, cuando dos cosas de diferente dueño se unen o se incorpora una a la otra, la accesoria seguirá a la principal; *accessorium sequitur principale*: lo accesorio cede a lo principal: el dueño de la cosa principal se convertirá en dueño de la cosa accesoria”⁽³⁰³⁾.

Admitida tal solución, lo que quizá pueda resultar más discrecional es decidir qué cosa es la principal y cuál la accesoria. Nuestro legislador, siguiendo la tradición, ha considerado al suelo como el bien principal y a la edificación como lo accesorio. No obstante, para mitigar un poco los excesos que ello podría generar, se ha optado por darle relevancia a la buena o mala fe con que actúan las partes.

Así, para los casos de construcción en terreno ajeno la regla a aplicarse no siempre es la del artículo 938 del CC (el dueño del suelo se queda con el bien resultante). Todo dependerá, como bien ha establecido el CC, de la buena o mala fe con que las partes hayan actuado:

Constructor	Propietario del suelo	Solución
Mala fe	Buena o mala fe (es irrelevante)	El propietario escoge si se queda con lo edificado sin pagar nada a cambio o si ordena al constructor que destruya lo edificado.

(302) Artículo 971 del Código Civil.-

“Las decisiones sobre el bien común se adoptarán:

1. Unanimidad, para disponer, gravar o arrendar el bien, darlo en comodato o introducir modificaciones en él.
2. Mayoría absoluta, para los actos de administración ordinaria. Los votos se computan por el valor de las cuotas”.

(303) CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo. “Superficie solo cedit: Un principio (natural) en crisis (económica)”. En: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Nº 278, pp. 3063-3104.

Buena fe	Buena fe	El propietario decide si se queda con todo o si le vende el suelo al constructor.
Buena fe	Mala fe	El constructor decide si se queda con todo o si le vende lo construido al propietario del suelo.

Atendiendo a estas normas, la estrategia procesal de los demandantes debió ser: i) invocar que la construcción realizada por sus causantes se hizo de buena fe, con la venia de la entonces propietaria del terreno; ii) exigir que el demandado escoja alguna de las posibilidades que le otorga el artículo 941 del CC: pagar el valor de lo construido, convirtiéndose en propietario del predio total, o transferir onerosamente el terreno a favor de los demandantes, para que estos consoliden el dominio a su favor.

Por ello fue un acierto que la Corte Suprema reconociera el derecho del constructor de accionar judicialmente exigiéndole al dueño del suelo escoger alguna de tales opciones:

“(…) en el caso específico de la edificación de buena fe en terreno ajeno (como ha ocurrido en esta ocasión, en la que la construcción se realizó con la autorización del propietario) el dueño tiene reconocida por el legislador la atribución de elegir entre: i) hacer suyo lo edificado (en cuyo caso la propiedad se consolidará a su favor), u ii) obligar al invasor a que le pague el terreno (en cuyo caso la propiedad se consolidará a favor del constructor) (...)Es cierto que esta atribución –de optar entre una y otra posibilidad– es reconocida en primer término al dueño del terreno, pero **ello no obsta en ningún modo para que quien construyó pueda acudir al órgano jurisdiccional solicitando que aquel ejerza esta opción y que, incluso, en caso de negarse, pueda ser ejercida por este último**, pues una interpretación que no permita esta posibilidad solo por no haber sido contemplada expresamente en la ley no solo incurriría en un formalismo insostenible, sino que dejaría de lado el fin de aprovechamiento de la propiedad que persiguen estas disposiciones” (el énfasis es agregado).

Sin perjuicio de ello, si los demandantes querían ejercer el derecho a elegir, habrían tenido que acreditar –además de su buena fe– la mala fe del demandado. De acuerdo con el artículo 942 del CC, cuando es el dueño del suelo quien actúa de mala fe⁽³⁰⁴⁾, el constructor (cuya actuación de buena fe debe estar acreditada) tiene el derecho de elegir entre quedarse con la totalidad del predio

(304) Usualmente la mala fe del dueño del suelo consiste en permitir que un tercero, sin derecho de por medio, construya sobre su propiedad, para reclamar lo construido solo una vez que la edificación ha sido culminada.

pagando el valor del terreno u obligar al propietario del suelo a pagarle el valor de la construcción.

No obstante, en el caso que vengo comentando era complicado probar la mala fe del demandado, ya que: i) cuando él adquirió el inmueble, la construcción ya se había terminado; ii) registralmente la totalidad del predio (terreno más local comercial) estaba inscrita a favor de quien se lo vendió; y iii) la posesión sobre la totalidad del predio la ejercía también su vendedor. Todas estas circunstancias hacían difícil acreditar que el demandado conocía de la controversia sobre la edificación⁽³⁰⁵⁾.

VII. CONCLUSIÓN

La decisión de la Corte Suprema coincidió con la del juez en primera instancia, a favor de la improcedencia de la demanda. Si bien la decisión me parece adecuada, hubiese sido conveniente que así como criticó acertadamente los argumentos de la Sala Superior, la Corte se pronunciara sobre los fundamentos del juez que han sido cuestionados en el presente trabajo (por ejemplo, el que se descarte la existencia de un conflicto de derechos solo porque registralmente los títulos de las partes no se oponen).

De igual forma, hubiese sido importante que la Corte Suprema descarte que una superposición de partidas registrales se resuelva atendiendo a la fecha de la inscripción de los títulos (tal como concluyó la Sala Superior). Como indiqué previamente, los artículos 1135 y 2022 del CC no aplican cuando la colisión de derechos tiene su origen en una duplicidad de partidas registrales: si ambas partes tienen derechos inscritos en partidas paralelas, las inscripciones se neutralizan y, por ende el criterio registral deja de ser un parámetro para solucionar la controversia.

Pero al margen de estas omisiones, la sentencia emitida por la Corte Suprema es adecuada. No solo confirma la imposibilidad jurídica –con excepción del derecho de superficie y la propiedad horizontal– de que el suelo y la construcción le pertenezcan a distintos propietarios, sino que resalta la lógica económica que respalda dicha solución.

(305) Es cierto que el derecho de propiedad sobre los dos primeros pisos estaba inscrita a favor de los causantes en la Partida N° 03118069, pero el demandado, al momento de adquirir la propiedad, se basó en la información contenida en la Partida N° 11058736, la cual no daba cuenta de los problemas existentes sobre la edificación.

¿Se pueden aplicar las normas de accesión si no está acreditado quién es el propietario del suelo? Una solución a medias

COMENTARIO A LA CASACIÓN N° 156-2015-CALLAO

I. LOS HECHOS DE LA SENTENCIA

En la sentencia Cas. N° 156-2015-Callao, la Corte Suprema resolvió la demanda de accesión interpuesta por Carlos Sánchez Manrique y Aida Tavella Zencovich (en adelante, los demandantes) contra David Saúl Alva Chacón (en adelante, el demandado), en la cual solicitaron lo siguiente:

- i) Pretensión principal: se les declare propietarios por accesión –sin pago de por medio– de la edificación (en adelante, la edificación) realizada de mala fe por el demandado sobre el terreno de 160 m² (en adelante, el terreno) de propiedad de los demandantes, correspondiente al lote 34, manzana I, de la Asociación de Propietarios Las Fresas, Callao (en adelante cuando haga referencia al terreno más la edificación emplearé el término inmueble).
- ii) Pretensión accesoria: se disponga el desalojo del demandado y, por ende, la restitución del inmueble a favor de los demandantes.
- iii) Pretensión subordinada: se les adjudique la totalidad del inmueble pagando el valor comercial de la edificación a favor del demandado.

Los hechos que dieron lugar al caso fueron los siguientes:

- Los demandantes sostuvieron ser propietarios de un predio de 96,777.26 m², debidamente inscrito a su favor en la Ficha N° 58965 del Registro de Propiedad Inmueble del Callao, dentro de cuya área se ubica el terreno, el cual fue ocupado ilegítimamente por el demandado.
- Sobre el terreno el demandado habría levantado de mala fe la Edificación, pues –según lo dicho por los demandantes– aquel sabía que la propiedad le pertenecía a estos últimos. Prueba de ello sería el proceso de prescripción adquisitiva interpuesto en su momento por el demandado para hacerse de la propiedad del terreno, proceso que finalizó sin pronunciamiento sobre el fondo al haber sido declarado en abandono.

- El demandado no contestó la demanda por lo que fue declarado rebelde. Sin embargo, fueron incorporados al proceso en calidad de litisconsortes necesarios pasivos Máximo Alva Contreras y su cónyuge Rufina Chacón de Alva (en adelante, los litisconsortes), quienes sí contestaron la demanda invocando su condición de propietarios del terreno con derecho inscrito en la Partida N° 70353636, como consecuencia de haber sido declarados administrativamente dueños por prescripción adquisitiva de dominio.

Cabe señalar que la partida donde los litisconsortes inscribieron su derecho de propiedad fue independizada de la Ficha N° 58965, en donde los demandantes figuraban como propietarios de un área mayor.

- Frente a lo señalado por los litisconsortes, los demandantes sostuvieron que las Resoluciones Gerenciales N° 141 y 3008-2009-MPC-GGAH, expedidas en el procedimiento de prescripción adquisitiva de dominio, venían siendo cuestionadas en la vía judicial a través de un proceso contencioso-administrativo.
- Asimismo, señalaron que sobre la Partida N° 70353636 (en la que los litisconsortes figuraban como propietarios) se había anotado una medida cautelar de no innovar, la cual estaría vigente hasta que se resolviera el referido proceso contencioso administrativo.

En primera instancia, el juez consideró que si bien se había acreditado el derecho de propiedad de los demandantes sobre el terreno, no se había acreditado la mala fe del demandado al momento de realizar la edificación, por lo que declaró: i) infundadas las pretensiones principal y accesoria; y ii) fundada la pretensión subordinada. Es decir, se reconoció a los demandantes como propietarios del inmueble (terreno más edificación), pero se ordenó el pago del valor de la edificación a favor del demandado.

La Sala consideró que en tanto había una controversia entre los demandantes y los litisconsortes respecto de quién era el propietario del terreno, no se podía emitir un pronunciamiento sobre la accesión, pues esta presupone tener claramente identificado al propietario del suelo. Entonces, al no estar aclarada esta condición, un pronunciamiento sobre la accesión implicaría otorgar implícitamente a alguna de las partes (demandantes o litisconsortes) un mejor derecho de propiedad sobre el terreno, algo que no corresponde hacer en un proceso de accesión. Por ello, primero debía determinarse en un proceso de mejor derecho de propiedad quién era el propietario del terreno y solo luego podría resolverse el pedido de accesión.

Atendiendo a tales consideraciones, la Sala Superior revocó la sentencia de primera instancia solo en el extremo que amparaba la pretensión subordinada y reformándola la declaró improcedente. En consecuencia, la demanda fue desestimada en todos sus extremos.

En su recurso de casación, los demandantes señalaron que no debía reconocerse el derecho de propiedad invocado por los litisconsortes, en tanto la declaración administrativa de prescripción adquisitiva otorgada a su favor venía siendo cuestionada judicialmente, por lo que aquellos no contaban con un reconocimiento firme y definitivo de su derecho de propiedad.

En el considerando octavo de su sentencia casatoria, la Corte Suprema consideró que si bien existía una medida cautelar contra la inscripción registral de la propiedad (ganada por prescripción) a nombre de los litisconsortes, ello no resultaba suficiente para negar validez a dicha inscripción, en tanto esta solo puede ser dejada sin efecto por mandato judicial (conforme lo prevé el art. 2013 del CC)⁽³⁰⁶⁾, y los efectos de una medida cautelar no son definitivos⁽³⁰⁷⁾:

“Que, al existir dos títulos de propiedad sobre el mismo bien, resulta jurídicamente imposible amparar la presente demanda, cuya pretensión es la declaración de propiedad de la construcción en terreno ajeno, lo que por el momento no es posible determinar, pues corresponde previamente dilucidar la nulidad del título registral de la parte demandada; por consiguiente, resulta evidente que la parte demandante carece de interés para obrar; por lo tanto, debe declararse improcedente la demanda a tenor de lo previsto en el artículo 427 inciso 2 del Código Procesal Civil”.

En conclusión, la Corte Suprema declaró infundado el recurso de casación planteado por los demandantes, con lo cual la demanda fue declarada improcedente.

II. ALCANCES SOBRE LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA EN SEDE ADMINISTRATIVA

Mediante Decreto Legislativo N° 1089 (en adelante, el Decreto N° 1089), se declaró de interés público la formalización y titulación de predios rústicos y tierras eriazas a nivel nacional, creándose para ello un Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de dichos predios por un periodo de cuatro (4) años, encargándosele al Cofopri la ejecución de las labores de formalización y titulación.

Por su parte, el Reglamento del Decreto N° 1089, aprobado mediante Decreto Supremo N° 032-2008-VIVIENDA (en adelante, el Reglamento), desarrolla, como una de las herramientas de formalización de la propiedad el procedimiento de prescripción adquisitiva.

(306) Artículo 2013 del Código Civil: “El contenido del asiento registral se presume válido y produce todos sus efectos mientras no se rectifique por las instancias registrales o se declare su invalidez por el órgano judicial o arbitral mediante resolución o laudo firme”.

(307) Artículo 612 del Código Procesal Civil: “Toda medida cautelar importa un prejuzgamiento y es previsorio, instrumental y variable”.

De acuerdo con el artículo 39 del Reglamento:

“Mediante la prescripción adquisitiva de dominio los poseedores de un predio rústico adquieren su propiedad como consecuencia del ejercicio de la posesión y explotación económica del mismo por un plazo no menor a cinco (5) años, cumpliendo los requisitos que establece el presente Reglamento; siempre que dicha posesión se hubiera efectuado hasta antes de la entrada en vigencia del presente Reglamento”.

Este procedimiento tiene la particularidad de desarrollarse en sede administrativa, con lo cual es factible su cuestionamiento en sede judicial (lo cual es, precisamente, lo que ocurrió en el caso materia de análisis, pues las resoluciones que declararon la prescripción a favor de los litisconsortes fueron impugnadas judicialmente).

Artículo 4 de la Ley:

“Las Oficinas Zonales del Cofopri resolverán en primera instancia los procedimientos administrativos referidos a predios rurales a su cargo, así como las oposiciones que se presenten durante el desarrollo de dichos procedimientos.

El Tribunal Administrativo de la Propiedad del Cofopri conocerá en segunda y última instancia los procedimientos mencionados en el párrafo precedente, siendo de aplicación, en lo que fuera pertinente, el Reglamento de Normas que Regulan la Organización y Funciones de los Órganos de Cofopri Responsables del Conocimiento y Solución de Medios Impugnatorios, aprobado por D.S. N° 039-2000-MTC”.

Otra particularidad que presenta esta normativa es que desarrolla una serie de cuestiones vinculadas con la prescripción adquisitiva respecto de las cuales el Código Civil guarda absoluto silencio.

Así, por ejemplo, en el artículo 40 del Reglamento se definen cada uno de los requisitos de la prescripción:

- Posesión pacífica: posesión exenta de violencia, de manera que la continuidad de la posesión se haya basado en circunstancias que no impliquen el uso de la coacción o la fuerza, independientemente de la forma como se originó la ocupación. Si la posesión se originó en forma violenta, el plazo prescriptorio comenzará a computarse desde la cesación de los actos violentos.
- Posesión pública: posesión reconocida por la colectividad, de modo tal que sea identificada claramente por los colindantes o vecinos del predio rústico a formalizar u organizaciones representativas de la zona.

- Posesión como propietario: poseedor que se comporta respecto del predio como lo haría su propietario. No cumplen con este requisito los arrendatarios, comodatarios, usufructuarios o quienes mantiene cualquier otra modalidad contractual de acuerdo al artículo 905 del CC⁽³⁰⁸⁾.

De igual forma, el Reglamento:

- Reconoce la figura de la “intervención”, en tanto admite que quien originalmente entró en posesión del bien como consecuencia de una mediación posesoria (es decir, en calidad de poseedor inmediato) pueda perder dicha calidad y acreditar una posesión pública, pacífica, continua y como propietaria por el plazo del Reglamento.
- Reconoce que los poseedores mediatos podrán prescribir y se descarta la prescripción a favor de los servidores de la posesión.
- Se declara que la prescripción opera *ipso iure*, sin necesidad de sentencia: “La adquisición por prescripción adquisitiva de dominio opera de pleno derecho por el transcurso del plazo establecido, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el presente reglamento, siendo la resolución que se emita meramente declarativa”.

Sin perjuicio de la naturaleza “administrativa” de este procedimiento de prescripción, mientras la impugnación en vía judicial no resulte amparada, el título expedido produce plenos efectos jurídicos, al punto que tiene mérito para ser inscrito en el Registro:

“Los títulos de propiedad y otros instrumentos de formalización, serán aprobados por el Cofopri y tendrán mérito suficiente para su inscripción en el Registro de Predios”.

Entonces, hizo bien la Corte Suprema en sostener que el cuestionamiento judicial que se venía haciendo respecto del título de prescripción a favor de los litisconsortes, no interrumpía ni suspendía sus efectos, con lo cual al momento en que se desarrollaba el proceso de accesión existían dos personas con derecho de propiedad acreditado sobre el terreno.

III. SOBRE EL PROCESO DE ACCESIÓN

Mediante la accesión se resuelve un problema de asignación de titularidad: quién se queda con la propiedad de aquello que ha sido construido por alguien que no es dueño del terreno sobre el cual construyó.

(308) Artículo 905 del Código Civil.- “Es poseedor inmediato el poseedor temporal en virtud de un título. Corresponde la posesión mediata a quien confirió el título”.

Las posibilidades que arrojan las normas de accesión son 3: i) que el dueño del suelo se haga propietario de la totalidad del bien sin pagar nada al constructor⁽³⁰⁹⁾; ii) que el dueño del suelo se haga propietario de la totalidad del bien pagando el valor de la construcción; iii) que el constructor se haga propietario de la totalidad del bien pagando al dueño del suelo el valor de este. La aplicación de una u otra opción dependerá del estado subjetivo con que hayan actuado cada una de las partes (dueño del suelo y constructor).

Todas estas consecuencias involucran siempre a dos partes: el dueño del suelo y quien realizó la construcción. Es por eso que para aplicar las reglas de accesión primero debe estar acreditado: a) quién es el propietario del suelo; y b) que aquel que construyó lo hizo sobre un terreno que no le pertenecía. Es decir, las calificaciones de “dueño del suelo” y “constructor” deben recaer sobre distintas personas:

- i) Si ambas condiciones recaen en la misma persona (el propietario construye sobre un terreno de su propiedad) no será necesario aplicar las reglas de la acción: quien edifica sobre su terreno hace suya la edificación.
- ii) Si se ha identificado al propietario del suelo, pero no existe certeza respecto de quién edificó (dos personas dicen haber hecho la construcción) tampoco se podrán aplicar las reglas de accesión. Primero deberá identificarse al constructor, pues la aplicación de las normas de accesión presupone determinar el estado subjetivo del constructor (es decir, si se edificó con buena o mala fe). Si no se conoce al constructor no se podrá hacer este análisis.

Y si se comete el error de aplicar las reglas de accesión sin tener certeza sobre quién fue el constructor, se podría terminar favoreciendo o perjudicando indebidamente a alguien. Así, haberle atribuido indebidamente a alguien la condición de “constructor”, podría terminar: a) convirtiéndolo (indebidamente) en propietario de la totalidad del bien; o b) favoreciéndolo (indebidamente) con el pago de una construcción que no hizo; o c) condenándolo (indebidamente) a pagar una indemnización más la demolición de una construcción en la que no participó.

- iii) Ahora, si se diera el caso en donde el constructor sí ha sido debidamente identificado, pero existe incerteza respecto de quién es el propietario del suelo (tal como sucedió en la casación materia de análisis) tampoco podrán aplicarse las reglas de accesión en tanto ello podría favorecer indebidamente a quien se hizo para como propietario del suelo.

(309) En este caso, en determinadas circunstancias, el dueño del suelo podrá exigirle al constructor que asuma el costo de la demolición de lo construido.

Así, por ejemplo, en caso A se haga pasar como propietario de un terreno que realmente le pertenece a B, la aplicación de las normas de accesión generarían: a) que A sea declarado propietario de la totalidad del bien; o b) que A reciba el pago del valor del suelo; o c) que A sea indemnizado porque alguien construyó de mala fe sobre el terreno respecto del cual aparenta ser propietario.

Por su parte, B sería el gran perjudicado, en tanto perdería su terreno sin haber recibido ninguna compensación de por medio.

Entonces, muchas consecuencias negativas se podrían generar si es que se lleva adelante un proceso de accesión sin que se haya identificado correctamente tanto dueño del suelo como al constructor.

Por eso hizo bien la Corte Suprema en señalar que mientras no se definiera al propietario del suelo no podía analizarse la accesión:

“Octavo: Que, siendo así y al existir dos títulos de propiedad sobre el mismo bien [el suelo] (...) corresponde previamente dilucidar la nulidad del título registral de la parte demandada [quién tiene el mejor derecho de propiedad]”.

Pero la pregunta que queda pendiente es si la determinación de quién era el propietario del suelo no podía hacerse dentro del proceso de accesión que se venía siguiendo. Para la Corte Suprema este tema debía ser resuelto en otro proceso judicial, no siendo factible de ser analizado dentro del proceso de accesión:

“(...) resulta jurídicamente imposible amparar la presente demanda, cuya pretensión es la declaración de propiedad de la construcción en terreno ajeno, lo que por el momento no es posible determinar (...) por consiguiente, resulta evidente que la parte demandante carece de interés para obrar; por lo tanto, debe declararse improcedente la demanda”.

La decisión me parece acertada. Dada la relevancia particular que asume el elemento subjetivo (buena o mala fe con que actúan tanto el propietario del suelo como el constructor) en un proceso de accesión, es fundamental para el constructor, a efectos de poder ejercer adecuadamente su defensa, conocer quién es su contraparte, pues deberá alegar (y probar) respecto de esta ya sea su buena o mala fe.

Ello determina que mientras no se dilucide quién es el propietario del suelo el proceso de accesión quede paralizado. En la discusión de quién es el propietario del suelo, el constructor sale sobrando⁽³¹⁰⁾, por lo tanto, antes que abrir dicha

(310) Salvo que sea el mismo constructor quien invoque tener derecho de propiedad respecto del suelo sobre el cual edificó, supuesto que analizaré en el acápite siguiente.

controversia dentro del proceso de accesión, lo adecuado es resolverla en un proceso de mejor derecho de propiedad, en el cual aquellos que se consideren propietarios del suelo tengan la posibilidad de acreditar su mejor derecho.

IV. SI EL CONSTRUCTOR ALEGA SER EL PROPIETARIO DEL SUELO, ¿SE PUEDE DETERMINAR EL MEJOR DERECHO DENTRO DEL PROCESO DE ACCESIÓN?

Distinto es el caso en donde aquel que invoca ser dueño del suelo no es un tercero al proceso de accesión (que ingresa al mismo en calidad de litisconsorte), sino el mismo constructor. Considero que en este caso no hay inconveniente para analizar, dentro del mismo proceso, a cuál de las partes le asiste el derecho de propiedad sobre el suelo. Este supuesto podría presentarse de dos formas.

1. El constructor invoca ser propietario del suelo con mejor derecho que el demandante

Imaginemos que A cuenta con un título de propiedad respecto de un terreno sobre el cual B ha levantado dos pisos. A demanda a B por accesión solicitando se le declare propietario de la totalidad del inmueble, a lo cual B responde indicando que no corresponde aplicar las normas de accesión en tanto él no construyó sobre un terreno ajeno, sino sobre uno que le pertenece, y para ello presenta un documento que acredita su condición de propietario del suelo.

A, por su parte, señala que la propiedad invocada por B no le es oponible, en tanto (por ejemplo) el título de este último consta en documento privado, mientras que aquel cuenta con un documento de fecha cierta (escritura pública). Por ello, en aplicación de las normas de concurrencia, la propiedad de A es “mejor” que el derecho invocado por B. ¿Es factible hacer este análisis dentro del proceso de accesión a efectos de determinar a cuál de las partes le asiste el mejor derecho de propiedad sobre el suelo?

Para responder adecuadamente debemos partir por reconocer que cada vez que el juez aplica las reglas de accesión es porque tiene claro quién es el propietario del suelo. Así, para resolver la demanda de accesión planteada por A contra B, en la que aquel solicita se le entregue la totalidad del inmueble, el juez primero debe determinar que efectivamente A sea propietario del suelo (y que B construyó sobre algo que no le pertenecía). Es decir, en todo proceso de accesión, a efectos de aplicar algunas de las soluciones que brinda el Código Civil, el juez reconoce (implícitamente) a una de las partes como propietaria del suelo.

Es por eso que considero que no existe inconveniente en que se mismo análisis sea hecho cuando el constructor invoca ser titular, al igual que el demandante, del derecho de propiedad sobre el terreno. En estos casos el juez deberá hacer lo

mismo que hace en cualquier proceso de accesión: llegar al convencimiento de quién es el dueño del suelo para luego de eso aplicar las normas de accesión.

De no aceptarse esta solución, el juez tendría que declarar improcedente la demanda para que, en un proceso aparte, A y B discutan sobre quién es el propietario del suelo. Y luego de dicho proceso recién se debería interponer la demanda de accesión. Es decir, se duplican los procesos judiciales para terminar discutiendo lo mismo que podría ventilarse en un único proceso. Considero por ello que los jueces no deberían poner mayores reparos en que dentro de la accesión se pueda determinar cuál de las partes es el propietario del suelo.

Entonces, si de su análisis el juez concluye que el demandado (constructor) es el propietario del suelo, entonces la demanda de accesión será desestimada en tanto el constructor habría construido sobre un predio que era suyo y, por ende, corresponderá que se le declare propietario de la totalidad del inmueble (terreno más construcción).

Por el contrario, si el análisis arroja que la propiedad del suelo le corresponde al demandante, entonces el juez podrá tomar en cuenta las pruebas que el constructor aportó (a efectos de probar su derecho de propiedad) para determinar si cuando construyó habían realmente motivos para que creyera que estaba construyendo sobre un terreno que le pertenecía. Si la respuesta es afirmativa (lo cual implicaría que se construyó de buena fe) habrá que declarar al demandante propietario de la totalidad del inmueble imponiéndole el pago del valor de la edificación a favor del constructor. Por el contrario, si la respuesta es negativa (lo cual implicaría que se construyó de mala fe) habrá que declarar al demandante como propietario de la totalidad del inmueble sin obligarlo a reconocer ningún valor por la construcción (es más, el demandante podría solicitar que el constructor asuma el costo de la demolición de lo edificado).

2. El constructor invoca ser propietario del suelo por prescripción adquisitiva

Un caso similar al recién planteado, aunque un poco más complejo, sería aquel en donde el constructor que es demandado por accesión invoca ser propietario del terreno al haberlo adquirido por prescripción adquisitiva, sin embargo, no cuenta con una sentencia que reconozca tal hecho.

Imaginemos que A cuenta con un título de propiedad respecto de un terreno sobre el cual B ha levantado dos pisos. A demanda a B por accesión solicitando se le declare propietario de la totalidad del inmueble, a lo cual B responde que no corresponde aplicar las normas de accesión porque él no construyó sobre un terreno ajeno, sino sobre uno que le pertenece, en tanto viene poseyendo el bien de forma pública, pacífica, continua y como propietario por más de diez años.

¿Es posible analizar la prescripción invocada por el constructor dentro del proceso de accesión?

El caso que dio lugar a la sentencia del IV Pleno Casatorio se asemeje en algún sentido a este supuesto: ante una demanda de desalojo el demandado se defiende invocando su condición de propietario por prescripción. ¿Qué dijo la Corte sobre el particular?

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

Es decir, en un proceso de desalojo el tema de la prescripción sí puede ser valorado por el juez, y en caso dicho análisis sea favorable al demandado, el juez desestimar la demanda, por el contrario ordenará el desalojo. Sin embargo, ello no determina un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, es decir: i) incluso perdiendo en el desalojo el demandado podría plantear una demanda una prescripción adquisitiva y terminar ganándola; y ii) incluso perdiendo en el desalojo el demandante podría plantear una demanda de reivindicación y recuperar la posesión del bien.

Siguiendo el criterio del IV Pleno al supuesto recién planteado, la prescripción invocada por el constructor debería ser analizada dentro del proceso de accesión, para determinar (provisionalmente) cuál de las partes es el verdadero dueño del suelo.

El problema con adoptar esta solución es que, a diferencia del desalojo, en donde no se busca determinar quién es el propietario del bien, sino únicamente si es que el demandado tiene o no derecho a permanecer en el bien (y a tal punto es así que el desalojo lo puede plantear quien no es el propietario), en la accesión sí es necesario determinar de manera definitiva quién es el dueño del suelo, pues –tal como señalé previamente– para aplicar las reglas de la accesión primero tiene que tenerse certeza sobre a quién le corresponde la propiedad del suelo, y esta “certeza” implica que el tema no pueda ser vuelto a discutir en un proceso posterior.

Por ejemplo, no tendría ningún sentido que en el proceso de accesión el juez considere que el demandado (B) no ha logrado consumir la prescripción, por lo que la totalidad del inmueble le es devuelto al demandante sin obligación de pagar

al demandado el valor de la edificación, y luego ese mismo demandado termina siendo declarado, en otro proceso, dueño por prescripción de ese mismo inmueble.

Entonces, un proceso de accesión no puede ser resuelto considerando provisionalmente a alguien como propietario, dejando abierta la posibilidad para que luego esta condición le sea negada.

Es por ello que si en el proceso de accesión se va a permitir que el constructor se defienda invocando la prescripción adquisitiva, la decisión que se tome en dicho proceso (si es o no un prescribiente) deberá ser definitiva, sin posibilidad de que la controversia sea reabierta en otro proceso. De este modo, ante la defensa del constructor invocando la usucapión el juez deberá: i) declararlo como propietario por prescripción y desestimar la demanda; o ii) desestimar su condición de prescribiente y amparar la demanda de accesión (lo cual implicará reconocer como propietario del suelo al demandante), permitiendo que el dueño del suelo se quede con la totalidad del bien.

Y téngase en cuenta que esta no sería la primera vez que en un proceso en donde se discute determinada pretensión se termina resolviendo una cuestión distinta. En la sentencia del IX Pleno Casatorio, la propia Corte Suprema ha establecido que como consecuencia de un proceso de otorgamiento de escritura pública, el juez puede terminar declarando (en la parte resolutive del fallo) la nulidad del contrato que se pretendía escriturar.

¿Por qué razón en el IV Pleno solo se le permite juez “analizar”, mas no declarar, un tema (prescripción) distinto al que es materia de la pretensión (desalojo), mientras que en el IX Pleno sí se autoriza al juez a resolver sobre un tema (nulidad) distinto a la pretensión principal (otorgamiento de la escritura pública)? ¿Por qué razón en el IV Pleno se deja abierta la oportunidad para que el tema analizado sea reabierto en un proceso posterior, mientras que en el IX Pleno se cierra (con calidad de cosa juzgada) la controversia? Para ser más precisos: ¿por qué razón en el IV Pleno no se permitió al juez del desalojo pronunciarse en la parte resolutive sobre la prescripción adquisitiva?

Considero que ello podría haberse debido a una razón fundamental: mientras que la nulidad que puede ser declarada en el proceso de otorgamiento de escritura pública sí puede ser “manifiesta”, es decir, carecer de la necesidad de un análisis más profundo, ello no sucede con la prescripción adquisitiva, la cual no solo no es manifiesta, sino que requiere un considerable análisis probatorio superior al de otra clase de pretensiones, el cual no podría ser realizado dentro de un proceso con estructura sumarísima, como lo es el desalojo.

Sin embargo, este inconveniente no se presenta con el proceso de accesión, el cual podría compartir con la prescripción adquisitiva la misma vía procedimental (ambos son procesos plenarios que se tramitan en la vía abreviada), lo cual sumado a las razones de fondo ya detalladas (la solución de una demanda

de accesión presupone tener certeza sobre quién es el propietario del suelo, lo cual excluye cualquier posibilidad de que el pronunciamiento respecto de la prescripción invocada por el constructor sea provisional) llevaría a la conclusión que dentro de un proceso de accesión sí es posible resolver la prescripción adquisitiva invocada por el constructor.

V. ¿CUÁL ES LA MEJOR ESTRATEGIA PARA UN PROPIETARIO QUE BUSCA RECUPERAR EL BIEN SOBRE EL CUAL UN TERCERO HA EDIFICADO?

Finalmente, solo queda por señalar que la demanda de accesión no siempre será la mejor alternativa cada vez que un propietario busque recuperar su terreno respecto del cual un tercero ha construido.

Si el dueño del suelo tiene la certeza que el poseedor no tiene ningún título con el cual justificar su posesión, lo más idóneo sería demandar el desalojo, pues frente a esta demanda el constructor no podrá ampararse en las construcciones realizadas para impedir u obstaculizar el desalojo. Así lo ha establecido la Corte Suprema en el IV Pleno Casatorio:

“Cuando el demandado afirme haber realizado edificaciones o modificaciones sobre el predio materia de desalojo —sea de buena o mala fe—, no justifica que se declare la improcedencia de la demanda bajo el sustento de que previamente deben ser discutidos dichos derechos en otro proceso. Por el contrario, lo único que debe verificarse es si el demandante tiene derecho o no a disfrutar de la posesión que invoca, dejándose a salvo el derecho del demandado a reclamar en otro proceso lo que considere pertinente”.

Entonces, en este caso, lo ideal para el dueño del suelo es demandar el desalojo para obtener así, de forma mucho más expeditiva, la posesión de la totalidad del inmueble (terreno más construcción), quedando a costo del poseedor desalojado el inicio de un proceso de accesión a efectos de que se le pague el valor de su edificación (siempre que la misma no se hubiese realizado de mala fe)⁽³¹¹⁾.

Por el contrario, si el dueño del suelo sabe que el constructor podría acreditar su condición de propietario por prescripción adquisitiva, lo ideal no es demandar el desalojo, pues dentro de este proceso sí es factible analizar la usucapión que alegue el demandado, y como este análisis es superficial, el demandado podría lograr que el juez crea que, en efecto, ha consumado la prescripción, lo

(311) Y en el mejor escenario posible para el constructor, si este puede acreditar que construyó de buena fe y que fue el dueño del suelo quien actuó de mala fe, entonces la elección sobre el destino de la totalidad del inmueble le corresponderá al constructor: podrá optar entre quedarse con el inmueble pagando el valor del terreno o permitir que el dueño del suelo se quede con la totalidad del bien pagándole el valor de la edificación.

cual le permitiría al demandado quedarse en posesión del bien, obligando al propietario a iniciar un nuevo proceso (esta vez de accesión).

Para evitar esta pérdida de tiempo, la mejor estrategia para el dueño del suelo sería plantear directamente una demanda de accesión, en donde se analice con detenimiento (y con carácter definitivo) la prescripción adquisitiva invocada por el constructor.

VI. ¿LA PRESCRIPCIÓN SOBRE EL TERRENO ENGLOBA LAS CONSTRUCCIONES?

Algunas dudas podrían presentarse en caso alguien que construyó sobre un terreno ajeno demanda la prescripción.

Imaginemos que A invade un terreno y lo posee durante 9 años cumpliendo con los requisitos de la prescripción adquisitiva. Durante el último año de posesión construye sobre el terreno una vivienda de 2 pisos y cuando completa 10 años de posesión demanda la prescripción adquisitiva. ¿Dicha demanda comprenderá solo el terreno o también la construcción? Nótese que si bien A poseyó el terreno durante 10 años, la construcción se hizo durante el último año, es decir, la construcción como tal no fue poseída por diez años.

Si se considera que la prescripción aplica retroactivamente (algo que desde mi punto de vista no tiene amparo legal), entonces no habría ningún problema con que A demande la prescripción sobre todo el inmueble: ya que retroactivamente se le consideraría propietario desde el día que invadió el bien, eso significaría que cuando realizó la construcción ya era propietario del suelo sobre el cual edificó.

Sin embargo, si se descarta que la prescripción opere retroactivamente (algo con lo que estoy de acuerdo), ¿es posible que ella comprenda a la construcción? Considero que sí por una sencilla razón: el haber sido declarado propietario del suelo determina que A automáticamente asuma la misma condición respecto de las edificaciones, en tanto estas son parte integrante del suelo y siguen la suerte del mismo. Lo contrario llevaría a considerar a A como propietario por prescripción respecto del suelo, pero un poseedor ilegítimo en lo que se refiere a la construcción, la misma que seguiría siendo de propiedad del anterior dueño. Esta situación solo es admitida por el ordenamiento jurídico cuando se constituye un derecho de superficie, algo que no se ha dado en este caso. Entonces, la conclusión es que A se hace propietario por prescripción de la totalidad del inmueble (terreno más construcción).

Ahora piénsese en el siguiente caso: A invade un terreno y sobre el mismo construye 2 pisos. Al cabo de 1 año A es despojado del bien por B (también invasor), quien pasa a ocuparlo y completa 10 años de posesión. ¿La demanda de prescripción que plantee B podrá incluir la edificación realizada por A? Por las

mismas razones del caso anterior, B deberá ser declarado dueño por prescripción respecto de la totalidad del inmueble, con lo cual se cierra cualquier posibilidad para que A pueda demandar por accesión a B, a efectos de que le pague el valor de la edificación. Esto procedería si es que la construcción de A se hubiese hecho sobre un terreno que (al momento de la edificación) le pertenecía a B, pero este no es el caso. Adicionalmente a ello, A tampoco podría demandar a la persona que al momento de la edificación era el dueño del suelo, en tanto este propietario no se ha visto beneficiado por la edificación realizada por aquel.

Entonces, al constructor (A) no le quedará otra herramienta que el “enriquecimiento sin causa” a efectos de obtener del prescribiente (B) el pago del valor de la edificación.

Finalmente, si alguien construye sobre un bien respecto del cual otra persona ya consumó la prescripción adquisitiva, estamos ante un caso de construcción en terreno ajeno. Si el prescribiente es finalmente reconocido como tal y pretende quedarse con la totalidad del inmueble (terreno más construcción), deberá demandar la accesión y dependerá la buena o mala fe con que haya actuado el constructor si el prescribiente puede quedarse con todo el bien de manera gratuita o pagando el valor de la construcción.

VII. CONCLUSIÓN

La aplicación de las reglas de accesión presupone tener certeza respecto de quién es el propietario del suelo. Así, para resolver la demanda de accesión planteada por A contra B, en la que aquel solicita se le entregue la totalidad del inmueble, el juez primero debe determinar que efectivamente A sea propietario del suelo (y que B construyó sobre algo que no le pertenecía). Es decir, dentro del proceso de accesión el juez analiza y concluye favorablemente que el demandante (A) es efectivamente propietario del suelo.

En tal sentido, si aparece un tercero que invoca también ser propietario del terreno se genera una duda que imposibilita aplicar las reglas de accesión. Por eso fue un acierto de la Corte Suprema exigir que primero se dilucide, de manera definitiva y en un proceso aparte, a quién le corresponde la propiedad del terreno, para recién allí pasar a aplicar las normas de accesión.

Sin embargo, cuando sea el mismo constructor (y no un tercero) quien dentro del proceso de accesión invoque ser él el legítimo propietario del suelo, el análisis debería ser hecho dentro del mismo, evitando así una duplicidad de procesos que podría resultar innecesario (sin embargo, sobre este punto en concreto la Corte omitió pronunciarse).



ÍNDICE GENERAL

ÍNDICE GENERAL

Agradecimientos.....	5
Introducción.....	7

CAPÍTULO I

OCUPACIÓN PRECARIA

CUANDO EL AMOR ES PRECARIO: ¿PROCEDE EL DESALOJO ENTRE FAMILIARES?

COMENTARIO A LA CASACIÓN N° 1784-2012-ICA

I. Los hechos de la sentencia.....	15
II. La posesión legítima e ilegítima.....	17
III. Los tres supuestos de posesión ilegítima.....	18
IV. La buena y la mala fe en la posesión ilegítima.....	19
V. La posesión precaria como una variante de la posesión ilegítima: entre la posición amplia y restrictiva del “precario”.....	22
VI. Las variantes de lo que se entiende por “título” en la posesión precaria.....	27
VII. Análisis del caso: el título “legal” invocado por la demandada para evitar el desalojo.....	29
VIII. Análisis del caso: la “unidad familiar” y la relación de parentesco como “circunstancias” que impiden el desalojo.....	31
1. Desalojo contra padres o abuelos que no pueden valerse por sí mismos.....	33
2. El desalojo entre convivientes o contra ellos.....	35
IX. Conclusión.....	36

¿ES PRECARIO QUIEN POSEE EL BIEN MEDIANTE UN COMPROMISO DE COMPRAVENTA CUYO PLAZO YA VENCIO? UN ERROR SUPREMO

COMENTARIO A LA CASACIÓN N° 1741-2014-LIMA

I. Los hechos del caso.....	39
-----------------------------	----

II.	Condiciones que debe cumplir el demandado para evitar el desalojo	40
III.	Análisis del caso: el “compromiso de compraventa” como título para impedir el desalojo	42
IV.	Cuando el demandante por desalojo es quien otorgó el compromiso de compraventa	43
V.	Cuando el demandante por desalojo es alguien distinto a aquel que otorgó el compromiso de compraventa	46
	1. ¿Un derecho de uso o una cláusula de comodato justifican la posesión frente a quien no suscribió el compromiso de compraventa?	46
	2. ¿Un derecho de retención justifica la posesión frente a quien no suscribió el compromiso de compraventa?	48
	3. ¿Un contrato definitivo de compraventa justifica la posesión frente a quien no intervino en su celebración?	51
VI.	No debe confundirse el “título” para poseer con el “justo título”	51
VII.	Conclusión.....	53

CAPÍTULO II

PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA

LA SENTENCIA EN EL PROCESO DE PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA: ¿CONSTITUTIVA O DECLARATIVA? LA CORTE SUPREMA EN SU LABERINTO

COMENTARIO A LA CASACIÓN N° 3332-2013-LA LIBERTAD

I.	Introducción	57
II.	La usucapión dentro del género de la prescripción	57
III.	Los hechos de la sentencia	59
IV.	¿Sentencia constitutiva o “presentación de demanda” constitutiva?	61
V.	La Corte Suprema ha creado un plazo indefinido para lograr adquirir por prescripción.....	64
VI.	La casación contradice al Cuarto Pleno Casatorio.....	68
VII.	La casación modifica el artículo 927 del Código Civil.....	69
VIII.	¿Ha creado la Corte dos tipos de prescripción dependiendo de si el inmueble está o no inscrito a favor del demandado?	69
IX.	Conclusión.....	71

SI EL PRESCRIBIENTE COMPRA EL BIEN, ¿SE INTERRUMPE LA PRESCRIPCIÓN O SE DEJA DE POSEER COMO PROPIETARIO?

COMENTARIO A LA CASACIÓN N° 2153-2014-HUÁNUCO

I.	Los hechos que dieron lugar a la sentencia.....	73
II.	Síntesis del caso y las preguntas fundamentales	76
III.	Errores de la sentencia de primera instancia.....	77
IV.	La declaración de ineficacia de la compraventa no interrumpe la prescripción	78
V.	¿Qué significa poseer como propietario?	81
VI.	¿La compra del bien por parte del prescribiente determina que este deje de poseer como propietario?	83
VII.	Reconocer a otro como propietario tampoco interrumpe el plazo prescriptorio	87
	1. Primera interpretación: reconocer a otro como propietario afecta la continuidad e interrumpe, por ende, el plazo prescriptorio	87
	2. Segunda interpretación: reconocer a otro como propietario no afecta la continuidad sino que determina que el prescribiente deje de poseer como propietario	88
VIII.	¿Puede el prescribiente interrumpir su propia prescripción? Diferencias importantes entre interrupción del plazo y pérdida de la posesión	90
IX.	El pronunciamiento de la Corte Suprema	94
	1. La confusión: ¿sentencia constitutiva o declarativa?.....	94
	2. El error: confundir la pacificidad de la prescripción con su continuidad	95
	3. La omisión manifiesta: no señala qué efectos genera sobre la prescripción el que la compraventa se haya declarado ineficaz ..	96
X.	Conclusión.....	97

¿LA POSESIÓN DEJA DE SER PACÍFICA CUANDO EXISTEN CARTAS NOTARIALES O DEMANDAS DIRIGIDAS AL POSEEDOR? UN NUEVO CRITERIO DE LA CORTE

COMENTARIO A LA CASACIÓN N° 2434-2014-CUSCO

I.	Los hechos de la sentencia	99
II.	Aclaraciones importantes sobre la compraventa	101
III.	Los errores del juez	104

IV.	Errores de la Sala Superior	106
V.	La idea de “pacificidad” y “continuidad” en la Corte Suprema: aciertos, errores y silencios.....	108
	1. La pacificidad no está determinada por la manera como se accedió a la posesión, sino cómo esta se ejerce	108
	2. Las causas de interrupción afectan la continuidad, no la pacificidad	110
	3. Primera forma de afectación de la continuidad: interrupción natural	110
	4. Segunda forma de afectación de la continuidad: interrupción civil	111
	5. ¿Qué efectos produce la interrupción?.....	113
	6. Precisiones sobre la demanda como una causa de interrupción civil	115
	7. Confusiones en nuestra normativa.....	118
	8. La Corte reconoce la eficacia inmediata o automática de la prescripción adquisitiva	118
	9. Innovaciones sobre la buena fe exigida al prescribiente.....	119
VI.	Conclusiones.....	121

¿ADQUIRIR LA POSESIÓN DE QUIEN ESTABA IMPEDIDO DE CEDERLA IMPIDE LA SUMA DE PLAZOS POSESORIOS PARA CONSUMAR LA PRESCRIPCIÓN? COMENTARIO A LA CASACIÓN N° 160-2013

I.	Los hechos de la sentencia	123
II.	¿Qué relevancia asume el que se haya declarado que la demandada abandonó el inmueble?	125
III.	Sobre la “pacificidad” como requisito para usucapir.....	125
IV.	Sobre la suma de plazos posesorios	126
V.	Implicancias de la prohibición de transferir posesión.....	134
	1. ¿Se le puede prohibir a un propietario transferir la posesión del bien? ¿Se podría inscribir dicho pacto?	134
	2. ¿Se le puede prohibir al poseedor con derecho (distinto a la propiedad) que transfiera la posesión?	136
	3. ¿Se le puede prohibir al nudo poseedor (sin derecho sobre el bien) que transfiera la posesión?	137
VI.	Conclusión.....	140

CAPÍTULO III

TRANSFERENCIA DE LA POSESIÓN

¿SE PUEDE DEMANDAR OTORGAMIENTO DE ESCRITURA PÚBLICA DE UN CONTRATO DE TRANSFERENCIA DE POSESIÓN?

COMENTARIO A LA CASACIÓN N° 104-2016-SANTA

I.	Los hechos de la sentencia	143
II.	Nuestro sistema jurídico admite los acuerdos traslativos de posesión	144
III.	El contrato de transferencia de posesión celebrado entre B y C no adolecía de “ineficacia”	146
IV.	¿Existe la obligación de otorgar la escritura pública de un acuerdo traslativo de posesión?.....	147
V.	¿Desde cuándo el acto adquiere fecha cierta? ¿Aplicación retroactiva de la escritura pública?	149
VI.	Conclusión.....	152

CAPÍTULO IV

TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD

“¿FIRMA MI ESCRITURA PÚBLICA!”. SOBRE LA COMPRAVENTA CON RESERVA DE DOMINIO Y LA DEMANDA DE OTORGAMIENTO DE FORMALIDAD COMENTARIO A LA CASACIÓN N° 2754-2013-LIMA NORTE

I.	Introducción	157
II.	Los hechos de la sentencia	158
III.	El proceso de otorgamiento de escritura pública (POEP) y la sentencia del IX Pleno Casatorio	160
	1. Análisis de validez del acto que se busca formalizar dentro del POEP: ¿es posible?	162
	1.1. Primera regla: no existe ningún impedimento para que en un POEP se analice la validez del acto que se busca formalizar	162

1.2. Segunda regla: son las partes las que deberán invocar o alegar la presunta invalidez, el juez solo lo hace de oficio si la nulidad es manifiesta.....	164
2. Análisis de eficacia del acto que se busca formalizar dentro del POEP: ¿es posible?	167
IV. El error de la Corte Suprema.....	170
V. El acierto del voto en minoría.....	173
VI. El error de la Sala Superior: ¿es posible renunciar a la escritura pública?	173
VII. Conclusiones.....	174

SI TENGO UN CONTRATO DE TRANSFERENCIA DE PROPIEDAD SOMETIDO A CONDICIÓN SUSPENSIVA, ¿PUEDO DEMANDAR EL OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA PÚBLICA?

COMENTARIO A LA CASACIÓN N° 4006-2014-HUAURA

I. Los hechos de la sentencia	175
II. ¿Ante qué tipo de contrato estamos?	177
III. La decisión del juez: un acierto a medias.....	178
IV. Los errores de la Sala Superior	181
1. Primer error: considerar que la intención de las partes fue establecer una anticresis a favor del demandante	181
2. Segundo error: considerar que el contrato de hipoteca tiene una formalidad solemne.....	182
3. Tercer error: si la intención de las partes fue establecer una hipoteca, estaríamos ante un acuerdo nulo por regular un pacto comisorio.....	184
4. Cuarto error: ninguno de los métodos de interpretación del acto jurídico conducen a concluir que la intención de las partes fue constituir una garantía.....	185
V. El error de la Corte Suprema: el contrato cuya formalización se estaba solicitando no estaba sometido a ninguna condición	186
VI. Conclusión.....	189

CAPÍTULO V

DEFENSA DE LA PROPIEDAD

	SI YA PERDÍ EN UN PROCESO DE REIVINDICACIÓN, ¿PUEDO DEMANDAR POR MEJOR DERECHO DE PROPIEDAD? ¿SE GENERA COSA JUZGADA? COMENTARIO A LA CASACIÓN N° 2937-2011-AREQUIPA	
I.	Introducción	193
II.	Los hechos de la sentencia	194
III.	Derecho de propiedad y mecanismos de protección	195
IV.	La acción reivindicatoria.....	196
V.	El mejor derecho de propiedad: ¿cuándo asume autonomía?	199
VI.	El error de la Corte Suprema.....	201
VII.	Conclusión.....	204
	CANCELACIÓN DE ASIENTO REGISTRAL EN UN PROCESO DE REIVINDICACIÓN: ¿ACCIÓN PERSONAL O PRETENSIÓN IMPRESCRIPTIBLE? COMENTARIO A LA CASACIÓN N° 2398-2015-CAJAMARCA	
I.	Los hechos de la sentencia	205
II.	Las dos formas de cancelación de asientos registrales: administrativa y judicial	207
III.	¿Se puede extender la solución de la Corte a otros casos?	209
	1. Imprescriptibilidad de la nulidad de un contrato vinculada con una acción reivindicatoria	210
	2. Imprescriptibilidad de la “acción” de mejor derecho de propiedad	211
	3. La madre del cordero: la “prescriptibilidad” de la nulidad del acto jurídico.....	211
IV.	El derecho “imprescriptible” al otorgamiento de la escritura pública	216
V.	Conclusión.....	221
	TERCERO ADQUIRENTE DE BUENA FE VS. INCAUTACIÓN DE BIENES DE ORIGEN DELICTIVO: CUANDO LA POSESIÓN TIENE ALGO QUE DECIR COMENTARIO A LA CASACIÓN N° 2147-2013-LIMA	
I.	Los hechos de la sentencia	223
II.	Alcances de la acción reivindicatoria.....	226

III.	La pérdida de dominio y su inaplicación al caso	228
IV.	Los errores de la Corte Suprema	229
	1. Primer error: considerar que se habían vulnerado las normas sobre pérdida de dominio.....	229
	2. Segundo error: si se hubiese iniciado el proceso de pérdida de dominio, debió analizarse la buena fe o mala del demandante al momento de su adquisición.....	230
	3. Tercer error: la Corte no aplicó la normativa sobre bienes incautados	231
V.	Cómo debió resolverse el caso.....	232
VI.	Conclusión.....	235

¿ES POSIBLE INVOCAR LA NORMA DE CONCURRENCIA DE ACREEDORES PARA SOLUCIONAR UN CASO DE MEJOR DERECHO DE PROPIEDAD? LA CORTE SUPREMA SE EQUIVOCA

COMENTARIO A LA CASACIÓN N° 3312-2013-JUNÍN

I.	Los hechos de la sentencia	237
II.	Delimitación del caso	239
III.	El correcto ámbito de aplicación del artículo 1135 del Código Civil	240
IV.	El error del juez	242
V.	El error de la Sala Superior	244
VI.	Los errores de la Corte Suprema	247
	1. Se confunde la fe pública registral con el principio de oponibilidad.....	247
	1.1. El análisis de la onerosidad en la acción pauliana	249
	1.2. El análisis de la onerosidad en la fe pública registral	251
	1.3. El análisis de la onerosidad en la simulación absoluta	254
	1.4. El principio romano que justifica la “onerosidad”	256
	2. Se confunde la concurrencia de acreedores con la fe pública registral	257
	3. Se afirma (erróneamente) que el artículo 1135 solo aplica hasta antes de que el deudor entregue el bien	257
	4. Se confunde el momento en que el contrato queda celebrado con el momento del perfeccionamiento de la transferencia de propiedad	261
	5. No se determinan correctamente los alcances del “mejor derecho de propiedad”	263

5.1. “Mejor derecho de propiedad” no genera cancelación del asiento registral	264
5.2. “Mejor derecho de propiedad” como defensa frente a la reivindicación.....	264
5.3. “Mejor derecho de propiedad” como pretensión en un caso de transferencias múltiples.....	264
6. Se desconoce la amplitud del artículo 1135 del Código Civil	265
VII. Conclusiones.....	266

**CONCURRENCIA DE ACREEDORES, MEJOR DERECHO DE PROPIEDAD Y DUPLICIDAD REGISTRAL: CONFUSIONES SUPREMAS
COMENTARIO A LA CASACIÓN N° 3851-2014-LAMBAYEQUE**

I. Los hechos de la sentencia	267
II. Los errores del juez.....	270
III. Los errores de la Corte Superior.....	271
1. El artículo 1135 del Código Civil no resuelve el conflicto de titularidades que derivan de distintos transferentes	272
2. Lo resuelto por la Corte en la Casación N° 3565-12 fue incorrectamente entendido por la Sala Superior.....	272
3. Lo resuelto en la Casación N° 3565-12 fue un error y, por ende, no debió servirle de ejemplo a la Sala Superior	274
4. La duplicidad registral no está contemplada dentro del artículo 2022 del Código Civil.....	274
IV. El fallo de la Corte Suprema: una de cal y otra de arena	275
1. El acierto de la Corte: sí puede aplicarse, en determinados casos, para resolver un conflicto de mejor derecho de propiedad	276
2. Reabriendo un debate: ¿el artículo 1135 del Código Civil propone una solución “obligacional” o “real”?	276
3. ¿Qué debe entenderse por “acreedor” en el artículo 1135 del Código Civil?.....	278
4. El error de la Corte: la duplicidad registral no se soluciona con base en las fechas de inscripción de los derechos	281
4.1. La duplicidad registral no se resuelve con base en la antigüedad de la inscripción.....	281
4.2. La “buena fe registral” no es útil para solucionar una duplicidad registral	282
V. La fecha de inscripción en un caso de duplicidad: ¿cuál es la partida más antigua para efectos del cierre en sede registral?	283
VI. Conclusiones.....	283

**PROPIETARIO INSCRITO VS. PROPIETARIO NO INSCRITO:
¿LA POSESIÓN “INSCRITA” DESTRUYE LA BUENA FE
DEL TERCERO REGISTRAL?
COMENTARIO A LA CASACIÓN N° 2866-2013-LA LIBERTAD**

I.	Los hechos de la sentencia	285
II.	Análisis del caso	288
III.	¿Qué norma era aplicable al presente caso?	289
	1. El error de las instancias de mérito.....	289
	2. El acierto de la Corte Suprema.....	289
IV.	¿El artículo 2022 del Código Civil exige la buena fe del tercero registral?.....	290
	1. Argumento ético	291
	2. Argumento sistemático	292
	3. Argumento analógico	292
	4. Argumento teleológico	293
V.	¿Cómo entender la buena fe en el artículo 2022 del Código Civil? ¿Existe una única “buena fe”?	294
VI.	¿Cómo viene entendiendo la “buena fe” nuestra doctrina y jurisprudencia?	295
VII.	¿Cuál es el criterio de buena fe que debemos aplicar en nuestro país?	298
VIII.	La correcta solución del caso.....	300
IX.	Conclusión.....	303

**PARA OPONER DERECHOS REALES SOBRE INMUEBLES
SE DEBE INSCRIBIR PRIMERO ¿DE BUENA FE?
LA CORTE SUPREMA SE EQUIVOCA, AFORTUNADAMENTE
COMENTARIO A LA CASACIÓN N° 2444-2015-LIMA**

I.	Los hechos de la sentencia	305
II.	Algunas precisiones sobre el caso y la demanda	308
III.	El error del juez	311
IV.	El pronunciamiento de la Sala Superior	313
V.	Primer error de la Corte Suprema: incluir el caso en el supuesto del artículo 2014 del Código Civil	314
VI.	¿Cómo construyó la “buena fe” la Corte Suprema?	316
VII.	Segundo error de la Corte: declarar nula la compraventa y analizar la buena o mala fe de los compradores demandados	318
VIII.	Conclusiones.....	320

■ ¿ACTÚA DE MALA FE QUIEN COMPRA UN INMUEBLE SIN VER LA POSESIÓN? UNA REGLA PELIGROSA PARA EL TERCERO REGISTRAL	
COMENTARIO A LA CASACIÓN N° 3187-2013-CAJAMARCA	
I.	Los hechos de la sentencia 321
II.	¿Ver para creer? La importancia de la posesión en la tutela del tráfico inmobiliario..... 325
III.	Análisis de la sentencia de primera instancia..... 327
IV.	Frente al adquirente registral, no todas las posesiones son iguales ... 329
V.	Tercero registral vs. prescribiente: prescripción <i>contra tabulas</i> 330
	1. Los argumentos a favor del prescribiente..... 331
	2. Los argumentos a favor del tercero registral 332
	3. La norma correcta: ¿cómo entenderla? 334
	4. El modelo español al rescate 335
	5. Mi posición sobre el particular 336
VI.	El error de la Sala Superior y la Corte Suprema..... 337
VII.	¿Cómo debió resolverse el caso?..... 338
VIII.	Conclusión..... 339
■ TERCERO DE BUENA FE VS. PROPIETARIO AFECTADO POR FALSIFICACIÓN DOCUMENTARIA: ¿ENTRE DOS INOCENTES QUIÉN DEBE PREVALECER?	
COMENTARIO A LA CASACIÓN N° 800-2015-HUÁNUCO	
I.	Los hechos de la sentencia 341
II.	La fe pública registral frente a la falsificación documentaria..... 344
III.	Análisis de la demanda y sentencia de primera instancia..... 347
IV.	La sentencia de segunda instancia y la invocación del Pleno Jurisdiccional Nacional 348
V.	El error del Pleno: la “constitucionalización” de la propiedad y la relativización del sistema de protección de adquisiciones <i>a non domino</i> 351
VI.	El Proyecto de Ley que –al igual que el Pleno– busca destruir la fe pública registral..... 354
	1. El fundamento negocial: ¿inexistencia o nulidad del contrato falsificado?..... 355
	2. Fundamento de moralidad racional: ¿es relevante la culpa de quien no inscribe? 357
VII.	El error de la Corte Suprema..... 363
VIII.	Conclusión..... 364

CAPÍTULO VI

DERECHO DE SUPERFICIE

¿ES POSIBLE DEMANDAR MEJOR DERECHO DE PROPIEDAD SOBRE LA EDIFICACIÓN SIN INCLUIR EL TERRENO? REFLEXIONES SOBRE EL DERECHO DE SUPERFICIE COMENTARIO A LA CASACIÓN N° 2157-2015-LA LIBERTAD

I.	El caso materia de comentario.....	367
II.	Los hechos no narrados en la sentencia	370
III.	Errores en la demanda.....	374
IV.	Errores en la sentencia de primera instancia.....	375
V.	Errores en la sentencia de segunda instancia	377
VI.	¿Cómo debió resolverse el caso?.....	382
VII.	Conclusión.....	385

¿SE PUEDEN APLICAR LAS NORMAS DE ACCESIÓN SI NO ESTÁ ACREDITADO QUIÉN ES EL PROPIETARIO DEL SUELO? UNA SOLUCIÓN A MEDIAS COMENTARIO A LA CASACIÓN N° 156-2015-CALLAO

I.	Los hechos de la sentencia	387
II.	Alcances sobre la prescripción adquisitiva en sede administrativa....	389
III.	Sobre el proceso de accesión	391
IV.	Si el constructor alega ser el propietario del suelo, ¿se puede determinar el mejor derecho dentro del proceso de accesión?.....	394
	1. El constructor invoca ser propietario del suelo con mejor derecho que el demandante	394
	2. El constructor invoca ser propietario del suelo por prescripción adquisitiva.....	395
V.	¿Cuál es la mejor estrategia para un propietario que busca recuperar el bien sobre el cual un tercero ha edificado?	398
VI.	¿La prescripción sobre el terreno engloba las construcciones?.....	399
VII.	Conclusión.....	400
	Índice general.....	403

