

**UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**«LA PRESCRIPCIÓN ADQUISTIVA DE DOMINIO Y SU PERJUICIO POR
GRAVAMENES DEL PROPIETARIO REGISTRAL NO POSEEDOR»**

TESIS

PARA OPTAR EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO

AUTOR:

DINO EDUARDO FERRER MANTILLA

ASESOR:

Dr. FRANCISCO JAVIER MAURICIO JUAREZ

**TRUJILLO – PERU
2015**

RESUMEN

La prescripción adquisitiva es un modo de adquirir la propiedad debido al transcurso del tiempo, y es así como lo señalan expresamente los artículos 950 y 951 del Código Civil. Es un modo de adquirir la propiedad porque se produce en base a la transformación del poseedor en propietario de un bien a través del transcurso del tiempo, mediante la prescripción adquisitiva de dominio lo que se busca es reconocer como propietario de un inmueble a aquel que lo tuvo, utilizándolo como si fuera real dueño, durante el plazo que la ley indica.

En los hechos, antes de que el prescribiente inicie el proceso de prescripción adquisitiva, el propietario no poseedor del bien puede afectar en cualquier momento o anticiparse a la inscripción de la demanda en registros públicos para afectar el bien con garantías reales como es la hipoteca, los que afectarán directamente al poseedor prescribiente. Lo que hace formularnos las siguientes preguntas: de qué manera afectan estas hipotecas sobre el bien inmueble materia de usucapión que son gravadas intencionalmente por el propietario al ver que una decisión del juez le otorgue la propiedad al prescribiente. ¿Existen mecanismos legales de defensa? ¿Se puede ejecutar la garantía real recaída sobre el bien inmueble sin importar el derecho del poseedor? ¿Una vez que inicia el proceso de prescripción adquisitiva, el poseedor adquirirá la propiedad con todas las cargas sobre el inmueble?

Nada impide que el titular registral de la propiedad inmueble materia de prescripción se le constituya gravámenes para asegurar obligación alguna a favor de un tercero de buena fe.

Es aquí donde entra conceptos tan fundamentales como es la publicidad registral que surge por necesidad de la certidumbre de la contratación y otorgar seguridad jurídica a través de un registro, siendo relevante el contenido de la publicidad registral en nuestro sistema registral. La publicidad registral, sería la exteriorización sostenida e ininterrumpida de determinadas situaciones jurídicas que organiza e instrumenta el Estado a través de un órgano operativo para producir cognoscibilidad general respecto de terceros, con el fin de tutelar los derechos y la seguridad en el tráfico de los mismos. En tal sentido, la hipoteca de la que hablamos en perjuicio del prescribiente, es un derecho real de garantía. También lo expresa así el Código Civil: Por la hipoteca se afecta un inmueble en garantía del cumplimiento de cualquier obligación, propia o de un tercero. La garantía no determina la desposesión y otorga al acreedor los derechos de persecución, preferencia y venta judicial del bien hipotecado. La hipoteca, como todos los derechos reales de garantía, es accesorio de una obligación. Esta última es lo principal y tiene vida propia: puede subsistir sin la garantía. En cambio, la hipoteca no puede existir sola, necesariamente debe ser accesorio de una obligación. La sujeción del bien a favor del acreedor es así consecuencia del registro y no de la entrega del bien como en la prenda. Hay pues una sujeción jurídica y no material.

El tercero adquirente ha estado en aptitud de saber, por el dato registral, que el inmueble estaba hipotecado. Sufre entonces el embate del acreedor hipotecario, a pesar de que no tiene relación jurídica con él.

Si bien es cierto la seguridad jurídica puede verse afectada al admitirse que los asientos registrales se presumen válidos sobre los cuales recaería a la vez válidamente un gravamen, al existir fácticamente una realidad extra registral que la contradice. Al hablar sobre un gravamen de hipoteca que recae sobre una propiedad inmueble adquirida por

prescripción adquisitiva puede extrapolarse las conclusiones a los que la doctrina se orienta cuando hablan de un acreedor diligente, que puede traducirse en la verificación o comprobación de que no solo se trata del propietario y titular registral quien ofrece en garantía el inmueble sino que además tenga la certidumbre de que la posesión actual al momento de su constitución se trate de un poseedor no prescribiente en este caso. Entonces resultaría conveniente exigir al acreedor hipotecario realizar las diligencias necesarias para la verificación, no siendo suficiente acogerse a los principios registrales en cada uno de sus requisitos, como el de la fe pública, sino que deberá ser exhaustivo en los hechos, en los que predomina la facticidad del poseedor usucapiente.

ABSTRACT

Acquisitive prescription is a way to acquire the property due to the passage of time, so as expressly stated in Articles 950 and 951 of the Civil Code. It is a way to acquire the property because it is produced based on the transformation of the keeper owner or through the passage of time, by acquisitive prescription domino what you are looking for is recognized as a property owner to one who I was using it as if it were real owner, during the term that indicates lay.

In fact, before prescribing begin the process of acquisitive prescription, no owner the owner of the property can affect at any time or anticipate enrollment demand in public records to affect the well with collateral such as the mortgage, which directly affect prescribing holder. What makes ask ourselves the following question: how they affect these mortgages on the property subject of adverse possession which are taxed intentionally by the owner to see that a judge's decision granted the property to the prescriber. Are there legal defense mechanisms? Can you run the collateral relapse about the property regardless of the right holder? Any time you start the process of acquisitive prescription, the holder acquire ownership with all the burdens on the property?

Nothing prevents the registered owner of the real property of limitations will constitute liens to secure an obligation in favor of a third party in good faith.

This is where comes concepts as fundamental as land registration that arises from necessity of certainty of contracting and grant legal security through a register content to be relevant land registration in our registration system. Land registration would be sustained and uninterrupted externalization of certain legal situations that organizes and

implements the State through an operational body to produce cognoscibilidad to third overall in order to protect the rights and safety in traffic thereof.

In this regard, the mortgage we talked to the detriment of prescribing is a security interest. Also expresses well the Civil Code: By the mortgage a property as security for performance of any obligation, own or third party is affected. The warranty does not determine the dispossession and gives the creditor's rights persecution, preference and judicial sale of the mortgaged property. The mortgage, like all security rights is ancillary to an obligation. The latter is the main thing and has its own life: can subsist without warranty. Instead, the mortgage can not exist alone, necessarily must be ancillary to an obligation. The subject of right to the creditor is well result of registration and not the supply of goods as in the garment. There is therefore no legal support and material.

The third party purchaser has been in a position to know, by the registered data, that the property was mortgaged. Then suffers the brunt of the mortgagee, despite having no legal relationship with him While it is true legal certainty can be affected in recognition that the registration records are presumed valid on which would fall at once validly levy, to be a non registered factually contradicts reality. Speaking on a mortgage tax levied on real property acquired by adverse possession can extrapolate the conclusions to which the doctrine is oriented when they speak of a diligent creditor, which may result in verifying or checking that is not the only owner and registrant who offers guarantee the property but also have the certainty that the actual possession at the time of its formation the case of a holder does not prescribing in this case. Then it would be appropriate to require the mortgagee make the necessary verification measures, is not sufficient benefit to the main registry on each of your requirements, such as good faith, but should be comprehensive in effect, in which predominates facticity of usucapiente holder.

AGRADECIMIENTO

A DIOS.

Por sobre todas las cosas. Por darme la oportunidad de vivir y haberme guiado por el buen camino, por darme las fuerzas para seguir adelante y no desmayar en los problemas que se presentan, y por haber puesto en mí camino a las personas indicadas que hicieron posible culminar con esta etapa de mi vida.

A MIS PADRES

Roberto y María Alejandrina, por creer en mí y darme el apoyo necesario para cumplir esta meta convirtiéndote en el pilar fundamental para mi vida, por su amor, perseverancia y buenos consejos para seguir adelante y por ser mi haz bajo la manga en esta nueva etapa de mi vida.

PRESENTACIÓN

SEÑORES MIEMBROS DEL JURADO:

De mi consideración:

Dando cumplimiento a lo establecido en el Reglamento de Grados y Títulos de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada Antonor Orrego, tengo el agrado de dirigirme a ustedes para presentar la tesis titulada: «**LA PRESCRIPCIÓN ADQUISTIVA DE DOMINIO Y SU PERJUICIO POR GRAVAMENES DEL PROPIETARIO REGISTRAL NO POSEEDOR**» con el propósito de optar el Título de Abogado.

Tratándose obtener el máximo grado de claridad y rigurosidad, esta investigación ha sido desarrollada de acuerdo a la normatividad vigente, la doctrina científica y el desarrollo jurisprudencial.

Deseando que la presente tesis satisfaga con las expectativas científicas y académicas pongo a vuestra disposición la misma para su evaluación y consiguiente dictamen correspondiente.

Atentamente,

DINO EDUARDO FERRER MANTILLA
Bachiller en Derecho

TABLA DE CONTENIDOS

RESUMEN	II
ABSTRACT	V
AGRADECIMIENTO	VVII
PRESENTACIÓN	VVIII
ÍNDICE	IX
CAPITULO I	16
INTRODUCCION	16
1.1. REALIDAD PROBLEMÁTICA	16
1.2. ENUNCIADO DEL PROBLEMA	20
1.3. HIPOTESIS.....	20
1.4. OBJETIVOS.....	21
1.4.1. OBJETIVOS GENERALES.....	21
1.4.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS.....	21
1.5. MÉTODOS Y MATERIALES	21
1.5.1. METODOLOGIA.....	21
1.5.2. TIPOS DE METODOS.....	21
1.5.3. MATERIAL DE INVESTIGACION.....	22
1.5.4. MATERIAL.....	25
1.5.4.1. TECNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCION DE DATOS.....	25
1.5.5. METODO DE ANALISIS DE DATOS.....	26

1.5.6. INSTRUMENTOS Y PROCEDIMIENTOS.....	26
1.5.7.MATERIAL DE ESTUDIO.....	28
1.5.8.DISEÑO DE LA INVESTIGACION.....	28
1.5.9. JUSTIFICACION DE LA INVESTIGACION.....	29
1.5.10. ANTECEDENTES SOBRE EL TEMA.....	30
CAPITULO II	32
LA POSESION.....	32
2.1. ETIMOLOGIA.....	32
2.2. DEFINICIÓN	32
2.3. NATURALEZA JURÍDICA DE LA POSESIÓN.....	34
2.3.1. TEORIA SUBJETIVA.....	35
2.3.1. TEORIA OBJETIVA.....	36
2.4. ELEMENTOS:.....	38
2.4.1. EL CORPUS.....	38
2.4.2. EL ANIMUS POSSIDENDI.....	38
2.5. OBJETO DE LA POSESIÓN.....	40
2.6. SUJETOS DE LA POSESIÓN.....	41
2.7. ADQUISICIÓN DE LA POSESIÓN EN NUESTRO CÓDIGO CIVIL.....	41
2.7.1. LOS MODOS ORIGINARIOS.....	42
2.7.2. LOS MODOS DERIVATIVOS.....	44

2.8. PÉRDIDA DE LA POSESIÓN	46
2.9. CARACTERÍSTICAS DE JURÍDICAS DE LA POSESIÓN	48
2.10. MANIFESTACIONES JURÍDICAS DE LA POSESIÓN:.....	49
2.11. LA COPOSESIÓN.....	49
2.12. MODALIDADES DE LA COPOSESIÓN:	50
2.13. CARACTERÍSTICAS DE LA COPOSESIÓN.....	50
CAPITULO III	51
LA PROPIEDAD.....	51
3.1. DEFINICION	51
3.2. TEORÍAS QUE FUNDAMENTAN LA PROPIEDAD.	52
3.2.1. TEORIA DE LA OCUPACION.....	53
3.2.2. TEORIA DE LA CONVENCION SOCIAL.....	53
3.2.3. TEORIA DEL TRABAJO.....	54
3.2.4. TEORIA DE LA LEY.....	54
3.2.5. TEORIA DE FUNCION SOCIAL.....	55
3.3. CARACTERES DE LA PROPIEDAD.....	56
3.3.1. ES ABSOLUTO.....	56
3.3.2. ES EXCLUYENTE.....	57
3.3.3. ES PERPETUO.....	58
3.4. OBJETO DE LA PROPIEDAD.....	58
3.5. EXTENSIÓN DE LA PROPIEDAD	59

3.6.	EL TÍTULO DE PROPIEDAD.....	61
3.7.	LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD.....	62
3.7.1.	LA ACCION REIVINDICATORIA.....	63
CAPITULO IV.....		69
LA PRESCRIPCION ADQUISITIVA DE DOMINIO.....		69
4.1.	DEFINICION.....	69
4.2.	NATURALEZA JURÍDICA.....	71
4.3.	FUNDAMENTO Y FINALIDAD.....	72
4.4.	PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA ORDINARIA.....	74
4.4.1.	POSESION CONTINUA A TITULO DE PROPIETARIO.....	74
4.4.2.	POSESION PACIFICA.....	76
4.4.3.	POSESION PUBLICA.....	76
4.4.4.	DEBE EXISTIR JUSTO TITULO.....	77
4.4.5.	BUENA FE.....	81
4.5.	PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA EXTRAORDINARIA.....	82
4.6.	BIENES PRESCRIBIBLES E IMPRESCRIBIBLES.....	84
4.7.	EFFECTOS DE LA PRESCRIPCIÓN.....	85
4.8.	IMPORTANCIA PARA LA PRUEBA DE LA PROPIEDAD.....	87
CAPITULO V.....		88
HIPOTECA.....		88
5.1.	DEFINICION.....	88

5.2. FORMALIDAD DE LA HIPOTECA.....	92
5.3. REQUISITOS DE VALIDEZ.....	93
5.4. BIENES SOBRE LOS QUE RECAE LA HIPOTECA.....	99
5.5. EXTENSION DE LA HIPOTECA EN CUANTO AL BIEN.....	101
5.5.1. PARTES INTEGRANTES.....	101
5.5.2. PARTES ACCESORIAS.....	101
5.5.3. IMPORTE DE INDEMNIZACIONES DE LOS SEGUROS Y DE LA EXPROPIACION.....	103
5.6. INDIVISIBILIDAD DE LA HIPOTECA.....	104
5.6.1. CONSECUENCIAS DE LA INDIVISIBILIDAD.....	104
5.6.2. RELACION CON LA REDUCCION DEL MONTO DE LA HIPOTECA.....	106
5.7. EXTENSION DE LA HIPOTECA EN CUANTO AL CREDITO.....	107
5.7.1. EL CAPITAL.....	108
5.7.1. INTERESES.....	108
5.7.2. PRIMAS DEL SEGURO Y COSTAS DEL JUICIO.....	109
5.8.EL PACTO COMISORIO.....	109
5.8.1. OPCIONES PERMITIDAS EN EL SISTEMA ACTUAL.....	110
5.9. LA EXTENSION DE LA HIPOTECA.....	112

5.9.1 EXTENCION DE LA OBLIGACION QUE GARANTIZA.....	112
5.9.2. ANULACION, RESCISION O RESOLUCION DE DICHA OBLIGACION.....	115
5.9.2. RENUNCIA ESCRITA DEL ACREEDOR.....	116
5.9.3. DESTRUCCION TOTAL DEL INMUEBLE.....	116
5.9.4. CONSOLIDACION.....	117
5.9.5. OTRO SUPUESTO LEGAL: EXTENCION DE LA HIPOTECA POR CADUCIDAD.....	118
SUB CAPITULO V.....	122
PUBLICIDAD REGISTRAL.....	122
5.5.1. DEFINICION.....	122
5.5.2. LA PUBLICIDAD MATERIAL Y LA PUBLICIDAD FORMAL.....	124
5.5.2.1. PUBLICIDAD MATERIAL.....	125
5.5.2.1. PUBLICIDAD FORMAL.....	126
5.5.3. PRINCIPIO DE LA FE PUBLICA REGISTRAL.....	127
5.5.3.1. DEFINICION.....	127
5.5.3.2. REQUISITOS.....	129
5.5.4. EL TERCERO REGISTRAL.....	130

CAPITULO VI.....	132
 RESULTADOS Y DISCUSIÓN.....	133
CONCLUSIONES.....	140
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	141

CAPITULO I

INTRODUCCION

1.1. REALIDAD PROBLEMÁTICA

Llamamos prescripción adquisitiva o usucapión a la adquisición del dominio (u otro Derecho real) por la posesión (*stricto sensu*) continua e interrumpida, publica y pacífica, por el plazo que fija la ley.

En tal sentido la prescripción adquisitiva es un modo de adquirir la propiedad debido al transcurso del tiempo, y es así como lo señalan expresamente los artículos 950 y 951 del Código Civil. Es un modo de adquirir la propiedad porque se produce en base a la transformación del poseedor en propietario de un bien a través del transcurso del tiempo, mediante la prescripción adquisitiva de dominio lo que se busca es reconocer como propietario de un inmueble a aquel que lo tuvo, utilizándolo como si fuera real dueño, durante el plazo que la ley indica.

Entre los fundamentos de la prescripción o usucapión tenemos el de brindar de seguridad y servir de incentivo al poseedor para explotar el inmueble evitando que en cualquier momento pueda sorprenderlo un tercero a través de un proceso de reivindicación.

En los hechos, antes de que el prescribiente inicie el proceso de prescripción adquisitiva, el propietario no poseedor del bien puede afectar en cualquier momento o anticiparse a la inscripción de la demanda en Registros Públicos para afectar el bien con garantías reales como es la hipoteca, los que afectarán directamente al poseedor prescribiente. El propietario, al dar cuenta de la alta probabilidad que tendría el usucapiente de que se le reconozca la propiedad a través de un proceso de prescripción adquisitiva, podría

contraer una deuda real o ficticia garantizando el pago de la misma gravando con una garantía real (la hipoteca que se constituye por excelencia como la garantía real sobre bienes inmuebles) a favor de alguna institución financiera o persona natural. Por un lado, al ser el propietario con su Derecho debidamente inscrito en Registros Públicos legalmente no se encuentra impedido de gravar sobre el inmueble, lo que tampoco existirá oposición en su inscripción por parte del registrador.

De qué manera afectan estas hipotecas sobre el bien inmueble materia de usucapión que son gravadas intencionalmente por el propietario al ver que una decisión del juez le otorgue la propiedad al prescribiente. ¿Existen mecanismos legales de defensa? ¿Se puede ejecutar la garantía real recaída sobre el bien inmueble sin importar el Derecho del poseedor? ¿Una vez que inicia el proceso de prescripción adquisitiva, el poseedor adquirirá la propiedad con todas las cargas sobre el inmueble?

Al parecer los fundamentos que garantizan la institución de la prescripción adquisitiva entran en conflicto con los Derechos inscritos de los que goza el propietario no poseedor. En esta investigación profundizaremos en las consecuencias jurídicas sobre la propiedad adquirida por prescripción adquisitiva ante la existencia de garantías reales gravadas con el objeto de garantizar el cumplimiento de las obligaciones del propietario no poseedor a favor de sus acreedores.

El planteamiento de nuestro problema de investigación se traduce de la siguiente manera: A titular inscrito, vende un inmueble a B quien no inscribe su derecho, después de ello A deudor de C, grava a favor de este último una hipoteca para garantizar la obligación sobre el mismo inmueble que todavía aparece inscrito a nombre de A. Como podemos ver que aquí el titular actúa de mala fe porque ya lo había vendido el inmueble a B, y como B

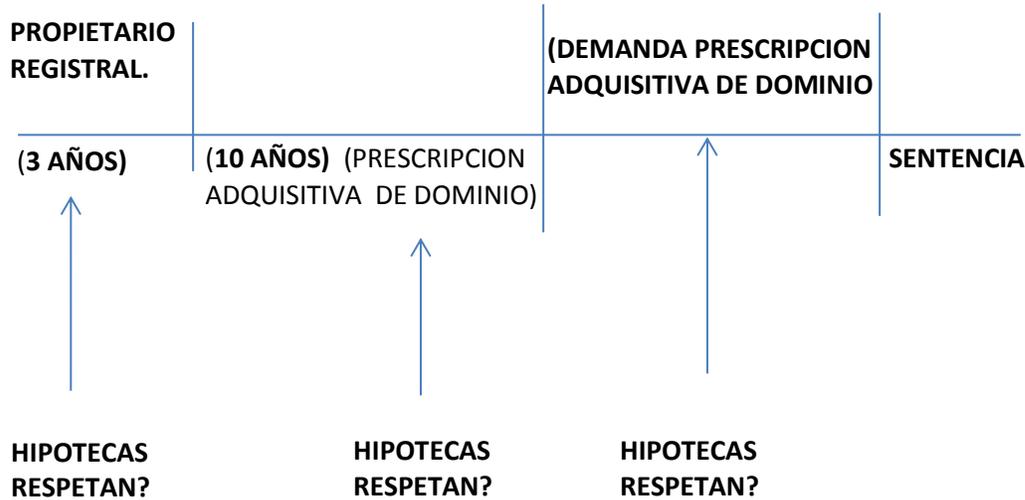
no inscribe su derecho, se aprovecha y grava una hipoteca a favor de C quien actúa de buena fe al adquirir el inmueble.

La tesis de prevalencia del derecho real no inscrito, consiste en que caso de conflicto entre un derecho real y otro de naturaleza personal, prevalece el derecho real aun cuando esté inscrito, pues, como en este caso se trata de derechos de diferente naturaleza, por un lado real y por otro personal, se tiene que aplicar el derecho común, conforme lo establece el segundo párrafo del artículo 2022 del Código Civil y, de acuerdo al derecho común, el artículo 949 del mismo Código dispone que la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario.

En nuestro país, se han mostrado partidarios de esta tesis los magistrados de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (Casación N.º 2674-2003-Arequipa), quienes han señalado lo siguiente:

En caso de que concurra un derecho real con otro de naturaleza distinta, como es el caso del embargo, prevalece el derecho real, aún éste no haya sido debidamente inscrito

Según esta posición jurídica, debería prevalecer el derecho real de propiedad emanado de escritura pública, no inscrita, sobre el derecho personal de naturaleza crediticia

ESQUEMA

Como podemos observar en el esquema tenemos 3 supuestos que se nos presenta en la realidad y que tiene relación con nuestro tema de investigación es por eso que vamos a proceder a dar una explicación para poder tener un mejor entendimiento.

En el primer supuesto tenemos que había un propietario registral que estaba en posesión del bien por un periodo de 3 años, y este por diferentes motivos deja de estar en posesión del bien, pero en el transcurso de ese tiempo había constituido una hipoteca a favor de una persona natural o persona jurídica, dicha hipoteca si va afectar al poseedor que pretende ser propietario del bien, si bien es cierto el poseedor no estaba en posesión del bien y tampoco era propietario, pero tendrá que asumir las hipotecas que están constituidas.

En el segundo supuesto tenemos que el poseedor ya cumplió el periodo de los 10 años que exige la ley para poder adquirir el bien mediante prescripción adquisitiva de dominio

por lo tanto ya es propietario, y si el propietario registral constituyo una hipoteca dicha hipoteca si va a afectar el poseedor y este tendría que adquirir el bien con todos las cargas y gravámenes que se encuentra dicho bien.

En el tercer supuesto tenemos que el poseedor ya cumplió el tiempo de los 10 años que exige la ley para poder ser declarado propietario, y decide iniciar la demandada de prescripción adquisitiva de dominio para poder formalizar y poder acceder a la inscripción registral, como podemos ver que el bien se encuentra hipotecado, esta hipoteca si va afectar al usucapiante por que al momento que el juez dicte sentencia y le otorgué la propiedad al usucapiante este lo va a adquirir con todas las cargas y gravámenes que se encuentre dicho bien. En este caso al nuevo propietario se le va transferir la propiedad con todas las cargas y gravámenes que se encuentre dicho bien.

1.2. ENUNCIADO DEL PROBLEMA

¿De qué manera las garantías que haya otorgado de mala fe el propietario no poseedor afectan del poseedor que no inscribe su propiedad y demanda la prescripción adquisitiva de dominio?

1.3. HIPOTESIS

Las garantías reales que haya otorgado de mala fe el propietario no poseedor si afectan el derecho del poseedor que no inscribe su propiedad y demanda la prescripción adquisitiva de dominio.

1.4. OBJETIVOS

1.4.1. GENERALES

Determinar si las garantías reales que haya otorgado de mala fe el propietario no poseedor afectan el derecho del poseedor que no inscribe su propiedad y demanda la prescripción adquisitiva de dominio.

1.4.2. ESPECIFICOS

- Definir y caracterizar los conceptos jurídicos de posesión y propiedad.
- Establecer cuál es el fundamento de la prescripción adquisitiva de dominio, sus características y su tratamiento jurídico.
- Determinar cuáles son las consecuencias sobre la propiedad del bien inmueble adquirida por prescripción cuando el propietario no poseedor lo haya gravado con garantías reales.
- Determinar la posibilidad de ejecución de la garantía real de hipoteca sobre un inmueble adquirido a través de prescripción y la vulneración al Derecho de propiedad del prescribiente.

1.5. MÉTODOS Y MATERIALES

1.5.1. METODOLOGIA

1.5.2. TIPO DE INVESTIGACION

- ✓ **POR SU PROFUNDIDAD – DESCRIPTIVA EXPLICATIVA**

La presente investigación por su profundidad tiene carácter **descriptivo**, en tanto se orienta a observar y describir los efectos y consecuencias jurídicas que se generan las diversas posiciones existentes en torno a la prescripción adquisitiva de dominio.

Es de naturaleza **explicativa**, por cuanto nos proponemos exponer las razones y fundamentos por las que consideramos que es posible unificar los criterios que permitan determinar los alcances de la prescripción adquisitiva de dominio.

✓ **POR SU FINALIDAD: APLICADA**

Esta investigación resulta ser aplicada, por cuanto propone eficazmente una solución específica para una determinada problemática, en este caso sobre las garantías reales que el propietario registral haya realizado de mala fe.

1.5.3. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

A) MÉTODOS LÓGICOS

✓ **MÉTODO INDUCTIVO**

Este método se caracteriza por sus inferencias van de lo particular a lo general, o de los hechos a la teoría. También puede decirse que es el razonamiento que, partiendo de casos particulares, se eleva a conocimientos generales. En nuestro caso será utilizado tanto en la recolección de información, así como en la elaboración del marco teórico

al establecerse los fundamentos facticos y jurídicos desde lo particular a lo general.

✓ **MÉTODO DEDUCTIVO**

Al contrario de lo anterior, el método deductivo va de lo general a lo particular, y se obtiene el juicio de una sola premisa, es decir que se llega a una conclusión directa sin intermediarios. El método deductivo lo aplicaremos a nuestro trabajo con la finalidad de llegar a un criterio que permita determinar cuáles son los efectos por los cuales el propietario registral grava el bien con una garantía real para evitar que el poseedor sea declarado propietario.

✓ **MÉTODO ESTADÍSTICO**

El método estadístico consiste en una secuencia de procedimientos para el manejo de la investigación. Este método será empleado específicamente para establecer tanto el tamaño de la población y muestra.

B) MÉTODOS JURÍDICOS

✓ **MÉTODO DOCTRINARIO**

Utilizado para seleccionar información con las bases doctrinarias, extrayendo las distintas posturas sobre el tema a investigar tanto de

autores nacionales como internacionales. La información obtenida de diversas fuentes servirá para la elaboración de nuestro marco teórico.

✓ **MÉTODO EXEGÉTICO**

Por el cual hacemos una paráfrasis directa del texto, es decir extraemos el significado de un texto dado, a efectos de explicar la naturaleza de las normas y que permita ampliar los fundamentos para el desarrollo de nuestro proyecto.

✓ **MÉTODO INTERPRETATIVO**

Empleado esencialmente para lograr procesar la información, delimitar conceptos y obtener soluciones, de acuerdo a lo planteado en los objetivos generalas y específicos.

✓ **MÉTODO COMPARATIVO**

Este método se refiere al análisis comparativo a nivel de la normativa y doctrina de diferentes países, comparar los casos en que están simultáneamente presentes o ausentes y buscar si las variaciones que se presentan en estas diferentes combinaciones de circunstancias prueban que una depende del otro.

1.5.4. MATERIAL

1.5.4.1. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

Las técnicas y los instrumentos utilizados en el presente proyecto de investigación han sido.

✓ **ANÁLISIS DOCUMENTAL**

Técnica aplicada a los diversos materiales que tuvimos acceso sobre la problemática generada al respecto. El instrumento empleado en dicha técnica fue las guías **de observación**.

✓ **FOTOCOPIADO**

Técnica que mediante el instrumento fotocopiado, nos permitió utilizar el avance de la tecnología para contar con reproducciones de los libros y revistas que me sirvieron de soporte bibliográfico en el desarrollo del tema y procedimientos de la información relacionada a ello, analizarlas una y otra vez hasta poder entenderlas y comprenderlas en su verdadera dimensión. El instrumento empleado en esta técnica fueron **las fotocopias**.

✓ **INTERNET**

Técnica por la cual logramos acceder a las páginas web para complementar nuestro marco teórico, especialmente al momento de cotejarlas fuentes para el desarrollo de nuestro marco teórico. El instrumento empleado en dicha técnica fue las **páginas web**.

1.5.5. METODOS DE ANALISIS DE DATOS

✓ INTERPRETACIÓN DE LA INFORMACIÓN

la información obtenida de diversas fuentes ha sido sometida al análisis para determinar las conclusiones que nos han permitido fundamentar nuestra hipótesis, así como para elaborar nuestro marco teórico.

✓ TABULACIÓN DE INFORMACIÓN

La elaboración de un pequeño esquema, lo cual se ha realizado con el objeto de un mayor entendimiento del tema, lo cual podemos observar diversas situaciones que se presentan.

✓ ARRIBO DE LAS CONCLUSIONES

Después de haber leído, analizado y comprendido toda la información recopilada, se procedió a realizar las respectivas conclusiones de la investigación.

1.5.6. INSTRUMENTOS y PROCEDIMIENTOS

A) INSTRUMENTOS.

✓ GUÍA DE ANÁLISIS DE CONTENIDO

Este instrumento contiene la estructuración que se hace del análisis

de contenido o trabajo y sirve para tomar la información o conocimiento que constituyen materia de las unidades que van a ser estudiadas, con indicación de los referentes que interesan a la investigación. En nuestro caso, se elabora una guía o plan de análisis de contenido para tomar la información de la muestra.

✓ FICHAS DE INVESTIGACIÓN BIBLIOGRÁFICA

Se usarán fichas bibliográficas para revistas las Fuentes (libros, revistas, textos, etc) y las fichas textuales de resumen para almacenar los conceptos doctrinarios y aspectos esenciales de las instituciones jurídicas vinculadas al tema, ya sea mediante la cita textual o mediante un resumen de las ideas básicas cuidando hacer un uso adecuado de ellas.

B) PROCEDIMIENTOS

✓ MÉTODO ANALÍTICO

Este método se apoya en que para conocer un fenómeno es necesario descomponerlo en sus partes, pues al término “análisis” tiene una raíz griega que significa “descomposición”. En nuestro trabajo será fundamental para la dispersión de nuestro marco teórico, así como determinar las conclusiones que nos permitan fundamentar nuestro proyecto de investigación.

✓ MÉTODO SINTÉTICO

Este método consiste en la reunión de varios elementos dispersos en una nueva totalidad, especialmente al momento

de trabajar los componentes de la hipótesis. Este método será empleado fundamentalmente en el enunciado tentativo de la hipótesis, así como en las conclusiones y discusiones.

1.5.7. MATERIAL DE ESTUDIO

✓ POBLACION

Normatividad, doctrina Y jurisprudencia con respecto a la prescripción adquisitiva de dominio ante hipoteca constituida a favor de un tercero realizada por el titular registral de la propiedad no poseedor.

✓ MUESTRA

La muestra está conformada por las casaciones que se han tenido en cuenta para poder llegar a realizar el proyecto de investigación.

1.5.8. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

Por ser el presente trabajo del tipo teórico, se utilizará el diseño de una sola casilla, cuyo esquema es el siguiente:



En donde:

- M = Legislación, doctrina y jurisprudencia sobre prescripción adquisitiva de dominio, principios registrales, y tercería.
- X = Afectación del derecho de propiedad del prescribiente por gravamen de hipoteca a favor del tercero

de buena fe otorgado por el titular registral no poseedor

1.5.9. JUSTIFICACION DE LA INVESTIGACION

➤ JURÍDICA

Este trabajo de investigación se justifica por el perjuicio que sufre el instituto jurídico de la prescripción adquisitiva de dominio para el reconocimiento de la propiedad, y su afectación al principio de seguridad jurídica en cuanto al bien que se adquiere a través de sentencia expedida por el órgano jurisdiccional traerá consigo las cargas que el propietario no poseedor haya realizado antes de la anotación de la demanda de inicio del proceso de adquisición, lo que entra en colisión Derechos civiles de importante relevancia.

➤ SOCIAL

Este trabajo de investigación se justifica porque busca solucionar conflictos sociales en sus diversas dimensiones y manifestaciones, siendo la sociedad misma quien será la beneficiaria si logramos ofrecer soluciones a los futuros conflictos que puedan presentarse ante los órganos jurisdiccionales.

➤ PRÁCTICA

Esta tesis se justifica en la práctica por los argumentos que se aportarán para el ejercicio de los diferentes operadores jurídicos en lo que respecta a la prescripción adquisitiva de dominio y el Derecho de propiedad del no poseedor.

1.5.10. ANTECEDENTES SOBRE EL TEMA PROPUESTO

De las búsquedas realizadas en las bibliotecas especializadas de Derecho de la Universidad Privada Antenor Orrego, Universidad Privada Cesar Vallejo, Universidad Privada del Norte y Universidad Nacional de Trujillo, se encontraron los siguientes antecedentes.

a) CUEVA CENTENO, JUAN MANUEL, (2009) Tesis presentada para obtener el grado de Abogado, Titulado *“Prescripción Adquisitiva de dominio por un propietario”*, Trujillo –Perú; quien concluye que si es posible solicitar jurídicamente la declaración de propiedad por prescripción adquisitiva de dominio si se tiene un contrato de compraventa, porque de otra manera no se podría obtener la inscripción registral. Y por qué nuestro ordenamiento a través de la institución de prescripción adquisitiva permite que, también, pueda un propietario alegar la prescripción para regularizar y pueda inscribir su Derecho.

b) REÁTEGUI MARÍN, TERESA SOFÍA (2006), Tesis presentada para obtener el título de Abogada, Titulada *“La prescripción en el registro de predios de la prescripción adquisitiva de predios urbanos”*, Trujillo –Perú; quien concluye que existen dos tipos de prescripción, la prescripción adquisitiva y la prescripción extintiva, teniendo en común algunos elementos como el tiempo; pero también tiene diferencias notables, la prescripción extintiva extingue, por el transcurso del tiempo las acciones que sancionan los Derechos reales y los Derechos personales; por el contrario, la prescripción adquisitiva hace adquirir Derechos por el

transcurso del tiempo las acciones refiere a Derechos reales; no existe prescripción adquisitiva de Derechos personales. Y tiene por finalidad poner fin al divorcio entre la posesión y la propiedad, transformando al poseedor en propietario.

c) LUDEÑA HERMANDEZ, EMMNA KARINA (2003) Tesis presentada para obtener el Grado de Abogado, Titulada “*Los Actos de Notoriedad en el Procedimiento de Prescripción Adquisitiva de Dominio en sede Notarial*”, Trujillo-Perú; quien concluye que, quien adquiere por prescripción debe solicitar al poder judicial que se le declare como tal y alternativamente acudir a sedenotarial siempre que se trate de un inmueble ubicado en un área que por lo menos cuente con proyecto de habilitación urbana aprobado; esto dentro del ámbito de la jurisdicción voluntaria.

d) ZAPATA Z., HECTOR B. (1953) Tesis presentada para obtener el Grado de Abogado, Titulada. “*la prescripción adquisitiva de la propiedad inmueble*”, Trujillo –Perú; quien concluye que la prescripción es una institución de orden público que tiende a la estabilidad y servidumbre del derecho de propiedad, garantizando en esta forma paz y la seguridad social.

CAPITULO II

LA POSESION

2.1. ETIMOLOGIA.

Etimológicamente la posesión deriva de la palabra *possidere*, y esta del prefijo *por* (hacia, contra, sobre), y del verbo *sedere*(sentarse, estar sentado), asimilando la última letra del prefijo y la primera del verbo. Pero también, modernamente la posesión, se hace derivar de la palabra *posse*(poder), demostrando el señorío sobre los bienes. A su vez, *posev*dría de *potis*(señor, amo, jefe) (González, 2007: 147); así, *possidere*querría decir asentarse o establecerse en un lugar o sobre una cosa y la corriente más moderna que hablan de la derivación de *posee*, o de *potiso pote sedeo*, significan amo, señor o jefe, de modo que poseer significaría sentirse señor, es decir, la manifestación del señorío, característica del poseedor (Bautista, 2006: 85).

2.2. DEFINICIÓN

Diferentes autores exponen diferentes definiciones sobre la noción de posesión, tomando para ello nociones tales como “poder”, “hecho”, “Derecho”, entre otras. Es así que la posesión es el poder de hecho general y exclusivo sobre una cosa, ejercida a título de dueño (León, 2005: 29) En la concepción generalizada de la posesión, ésta es entendida como un poder o señorío de hecho sobre un bien (González, 2007: 142).

Según el Código Civil peruano la posesión es el ejercicio de uno o más poderes inherentes a la propiedad; es así que el mismo código prescribe que son poderes inherentes a la propiedad: uso, disfrute, a la disposición y reivindicación.

En opinión de Jorge Avendaño es discutible que este último sea un poder inherente a la propiedad.

La posesión, a la vez, supone un ejercicio de hecho, en oposición a lo que sería de Derecho según el mismo Avendaño (1999), pues para que haya posesión no es necesario ni suficiente la posesión de Derecho, eso es, la que haya sido atribuida por un contrato o una resolución judicial, la exigencia de que la posesión importe un ejercicio de hecho, tiene una segunda consecuencia, que se descarta toda noción de legitimidad; por consiguiente posee tanto el propietario como el usurpador. Es así que la posesión tiene una gran importancia porque es, como ya dije, el contenido de muchos Derechos Reales.

En tal sentido se considera que la posesión es la primera manifestación del sometimiento de una cosa a la voluntad, para lo cual se necesita dos elementos, el *habeas* que es la materialidad de la tenencia de la cosa, y el *animus*: que es la voluntad de tenerla como propia. Entonces podemos decir que es aquella persona que posee la cosa debe ejercer animo de señor, es decir, debe realizar todos los actos propios de una persona que es propietario tales como el mantenimiento y conservación de la cosa, esta figura es muy importante ya que si una persona propietaria abandona una cosa y lo deja a su suerte, pero otra persona lo posee, cuida, la conserva, la mejora, sería justo

que con el transcurso del tiempo exista una figura que le permita adquirir la propiedad de ese bien al cual le ha dado una utilidad y ha gastado tiempo en conservarlo, está en transcurso del tiempo pueda adquirir los bienes mediante prescripción adquisitiva de dominio.

La definición en el sentido de considerar como un Derecho real autónomo conceptual y jurídicamente en palabras de Bustos (citado por Bautista, 2006: 989):

“La posesión es un Derecho real perfecto, autónomo e independiente. El poseedor es protegido porque es titular de un Derecho, como cualquier otro titular. Nada de apariencia, sino rigurosa realidad. No hay engaño, no hay apariencia de realidad. No es que el poseedor aparente otra cosa (por ejemplo, propietario, usufructuario, arrendatario, etc.), sino que exhibo un poder propio inherente a la titularidad de su derecho”..

2.3. NATURALEZA JURÍDICA DE LA POSESIÓN

La posesión, al ser considerada un instituto independiente, debe ser analizada de manera muy profunda para poder determinar si se trata de un hecho o de un Derecho. En ese afán ha surgido un debate de carácter científico y técnico, arrojando posiciones encontradas, siendo las teorías más importantes, la teoría subjetiva y objetiva. Esto determina que la posesión se protege, bien, porque constituye un hecho determinado por la voluntad humana que se realiza sobre las cosas; o bien, como Derecho, porque es el complemento y la plenitud del Derecho de propiedad (Vásquez, 2007: 118).

Aunque hay posiciones de autores que consideran a la posesión no como un Derecho, sino de un concepto sustentado en lo enteramente fáctico. Pero la constante afirmación que la posesión no es un Derecho, ha dado paso a comprender que es de carácter fáctico y que sólo otorga una permanencia y protección temporal o provisional al poseedor, de tal manera que no es extraño el menoscabo a tan importante institución *iusreal* (González, 2007: 142).

En virtud de esto es que la doctrina ha dividido en cuanto a determinar la naturaleza jurídica de la posesión: ¿es un hecho o un Derecho? (Bautista, 2006: 98).

A esta pregunta que tiene caracteres definitorios podemos afirmar que es cierto aquello de que todos los hechos producen Derechos, o que el Derecho nace de los hechos, y si la posesión nace de los hechos genera un Derecho; en sí misma tiene vida propia y es objeto de negocios jurídicos. De modo que la posesión nace, vive y muere por los hechos (Belmaña, 1999).

2.3.1. TEORÍA SUBJETIVA.

Según González (2007: 144) es propuesta por el alemán Friedrich Karl von Savigny, quien concibe la posesión como el poder de la persona de disponer materialmente de una cosa, en base a la intención de tener la posesión para así o como propietario (*animus domini, animus rem sibi habendi*). Al a vez se afirma, que sin el elemento de la voluntad o psíquico (de comportarse como propietario), la posesión es simple detentación o posesión natural y no posesión jurídica. Además, sin el elemento material, la intención es simplemente elemento psíquico, sin representación en la vida jurídica.

Considero a la posesión como un hecho con consecuencias jurídicas, que se manifiesta a través del “corpus” y el “animus”. El primero, describe el hecho exterior de la posesión, en oposición al segundo, que sería el interior del titular. En consecuencia, la teoría instituye como elementos de la posesión, sobre si es un hecho o un Derecho, la noción del “animus” o la existencia del “animus possidendi”, para SAVIGNY, no era sino, la intención de ejercer el Derecho de propiedad, es más, dicho “animus” dejara de existir cuando el poseedor reconociese en otro la propiedad de la cosa que posee.

2.3.2. TEORÍA OBJETIVA.

Para González (2007: 144) esta teoría es sustentada y propuesta por Rudolfo von Ihering, llamada así (objetiva) por el mismo en contraposición a la teoría de Savigny, a la que llamo subjetiva, según este autor Ihering afirmaba que: los Derechos no existen para realizar la idea de la voluntad abstracta; por el contrario sirven para garantizar los intereses de la vida, ayudar a sus necesidades, realizan sus fines. Tal es misión, el fin y la medida de la voluntad. Con expresión categórica afirmaba, que la posesión resultaba siendo un Derecho, no un hecho.

El “corpus” para Ihering, no depende de la “presencia” o de la “posibilidad física” de adquirir la posesión, sino de la relación exterior del sujeto con las cosas, conforme al comportamiento ordinario del titular del Derecho respecto de ellas (las cosas). El “animus”, discrepando con la doctrina de Savigny, afirmaba que será suficiente que haya corpus para que exista posesión sin necesidad de un animus

especial, por lo que califico la teoría de dicho jurista como “teoría subjetivista” o “teoría de la voluntad” y emite su opinión afirmando:” cuando las dos condiciones, que en general se requieren para la existencia de la posesión, esto es, el corpus y el animus concurren, se tenía siempre posesión, a menos que una disposición legal prescriba, excepcionalmente, que solo hay simple tenencia.”

La distinción entre posesión y tenencia, sostenía Ihering, no se funda en la voluntad de poseer, no nace de ella, pues es exactamente la misma en el tenedor y en el poseedor. En uno y otro existe el corpus y el animus, y si el primero tiene, no la posesión, sino la simple tenencia, el fundamento de esto está, según la teoría objetiva, en el hecho de que movido por motivos prácticos, el Derecho en ciertas relaciones ha quitado los efectos de la posesión al concurso perfectamente realizado, de las condiciones de esta última (González, 2007)

Desde mi punto de vista al analizar la naturaleza de la posesión, podemos encontrar dos teorías como la de Savigny y la teoría de Ihering, teniendo en cuenta estas dos teorías, considero que la teoría de Savigny, es aquella que define la naturaleza de la posesión, ya que para ello la posesión requiere de la cosa en si (el corpus) y de la intención de la persona de comportarse como su dueño (el *animus rem sibi habendi*). Definitivamente se trata de un hecho con efectos jurídicos que es protegido por la ley para que el poseedor no esté

obligado de probar su título posesorio cada vez que algún individuo pretenda interrumpir dicha posesión.

2.4. ELEMENTOS:

2.4.1.EL CORPUS.

Para Gonzáles (2007: 150), el corpus es el elemento material de la posesión, el cual da a conocer objetivamente a terceros la existencia de la posesión, con relación al bien objeto de ella. El “corpus” es la relación directa entre el sujeto y el bien. Cuando el ejercicio de la posesión es por el titular del Derecho de propiedad, o por otros como derivación de este, basta el elemento “corpus”, porque contiene el “animus” del poseedor, por cuanto esté pretende ejercer como titular.

Según Sánchez, entiende al corpus, como el elemento material, y es para el poseedor el hecho de tener la cosa física en su poder; “animo” es el elemento intencional, y es la voluntad en el poseedor de conducirse como propietario respecto a la cosa (Paiva, 2008)

2.4.2.EL ANIMUS POSSIDENDI.

Es el elemento subjetivo, el elemento psíquico de la voluntad que se encuentra en la persona que detenta la cosa; elemento que sirve para calificar la relación física de tendencia que da respaldo a los actos posesorios ejercidos sobre la misma; es la voluntad de tenerla para sí, de modo libre e independiente de otra voluntad y, en fin, del Derechos correspondiente, sea que éste exista o no en cabeza del poseedor, tan

importante que cuando esta voluntad falta, solo queda una fría relación, sin alma de Derecho material, sin fuerza por si solo para atraer el Derecho. Por tanto se requiere la concurrencia de los dos elementos para la existencia de la posesión (Quiñones, 2006). Como menciona Velásquez (2004: 129) consiste en la conducta del poseedor de considerarse dueño y amo del bien que ostenta.

Según Cortes (1999: 10) el *animus* es el elemento esencialmente personal de la posesión. Quien tiene el *corpus* sin el *animus*, no es poseedor, sino tenedor, por más que el Derecho clásico le llame poseedor *in nomine*. Pero el poseedor si puede tener en muchos casos el *animus* sin el *corpus*, y se dice entonces que posee animo solo, tal ocurre cuando la posesión y la tenencia se hallan en cabeza de distintos sujetos, o sea, cuando el poseedor tiene el *animus*, y un tercero el *corpus* en su lugar o a su nombre.

En tal sentido considero que el *corpus* como el ánimo es de vital importancia, ya que si no existiera estos dos elementos no se podría dar la posesión, puesto que el *animus domini*, es cuando el poseedor ejerce el bien para él, o este ejerce funciones o se comporta como si fuese el verdadero propietario, a pesar que este no cuente con un título de propiedad o un título de posesión que acredite ser el verdadero propietario. Teniendo en cuenta al *corpus* podemos decir que este va a consistir básicamente en la posibilidad que tiene el poseedor de disponer físicamente del bien, además este también va a poder visualizar cuando la persona está en contacto directo con el objeto.

Cabe recalcar que en el corpus no siempre es necesario el contacto directo con el bien, es suficiente que exista la posibilidad que tenga la persona de poder de disponer del bien.

2.5. OBJETO DE LA POSESIÓN.

La posesión solo puede recaer sobre cosas susceptibles de apropiación, tanto corporales como incorporeales. Un fenómeno difuso, como el viento, por ejemplo, es imposible de poseer. Un bien de uso público no es objeto de propiedad privada; por el hecho de pertenecer a la comunidad en general, el particular que lo ocupa no puede alegar posesión sobre él. Tampoco pueden poseerse los Derechos personalísimos o de familia, de modo que nadie puede afirmar que ha adquirido la patria potestad por prescripción.

Si se trata de una cosa corporal, es fácil concluir que sobre ella podemos ejercer actos de posesión. Se puede poseer un terreno, abonarlo, sembrarlo, etc. Se trata de una operación tangible o perceptible.

Cuando se trata de posesión sobre cosas incorporeales en cuanto sobre ellas se permite ejercer un poder de hecho, no necesariamente de tenencia corporal. Tener de hecho el poder en que el Derecho consiste. Es así que si el titular o sujeto de un Derecho quien tiene sobre el poder derivado del Derecho. Posee un Derecho de usufructo la persona que, independientemente de pertenecerle o no, tiene la cosa, la usa y la disfruta como usufructuario. En un Derecho intelectual, otra persona diferente de su autor puede modificarlo, negar nuevas ediciones, cobrar Derechos de autor, etc., siempre que este lo haya abandonado. Ese poder de hecho es posesión (Velásquez, 2004).

2.6. SUJETOS DE LA POSESIÓN

Para Vázquez (2006), pueden ser sujetos de posesión las personas naturales o jurídicas pueden ser sujetos de la posesión y es posible que varias de ellas gocen conjuntamente de la posesión, lo cual tipifica la figura de la coposesión prescrita en el Artículo 899 del Código Civil: análoga de la copropiedad; la primera se constituye cuando varias personas poseen un bien sin ser propietarios de un bien poseyéndolo o no.

Cuando se trata de personas naturales, se exige la capacidad de ejercicio, cuando se trata de la posesión perteneciente a una masa hereditaria, por excepción, a la muerte del causante se transmiten simultáneamente la propiedad y la posesión conforme lo dispuesto por el artículo 660 del Código Civil (Vásquez, 2006).

2.7. ADQUISICIÓN DE LA POSESIÓN EN NUESTRO CÓDIGO CIVIL

Para el maestro Belmaña, nos dice que hablar de modos de adquirir la posesión es hablar de hechos, dentro de ellos encontramos: a) los originarios o unilaterales y b) los derivados o bilaterales.

2.7.1. LOS MODOS ORIGINARIOS.

Nos dice que son aquellos que permiten que el individuo que valla a tomar la posesión lo haga por su sola y propia voluntad; por ello se dice

que en estos modos hay independencia de un Derecho precedente. La persona toma la cosa, por si misma de allí unilateral, y se dice que los modos originarios de toma de la posesión son actos jurídicos unilaterales reales, que implican la ocupación con producción de consecuencias jurídicas, con resultado de la vinculación real.

Dentro de esta clase de modos de tomar la posesión tenemos dos circunstancias:

1. La que se da cuando alguien, por su propia voluntad, toma una cosa que no tiene dueño o que fue abandonada por él. Estas tomas de la posesión son normalmente asimiladas a los modos originarios de adquirir el dominio, porque generalmente quien tomaba la cosa adquiere el dominio de la *res nullius* o de la *res derelictae*.
2. La que se da cuando alguien se encuentra con una cosa, sea esta por un bien mueble o inmueble, y por su propia y única voluntad la toma sin que su dueño tenga la intención de entregársela, valiéndose de alguna de las ilicitudes que menciona el citado artículo (Juárez, 1999)

En tal sentido afirma Vásquez (2006) que la posesión originaria es aquella que se produce cuando alguien entra a poseer la cosa por un acto personal, sin recibirla de otro. Es un acto unilateral, debe mediar la voluntad de adquirir la posesión y solo la voluntad de quien quiere adquirir (tal es el caso de la posesión que obtienen quienes se apoderan

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

A) LA APREHENSIÓN

La aprehensión es un modo unilateral de adquirir, dado que la posesión se

Adquiere por la sola voluntad o intervención del adquirente. Esto es lógico, porque al carecer la cosa de dueño no existe quien pueda consentir en que se opere la adquisición (Kiper, 2004).

Aprehender una cosa es tomarla o retenerla o retenerla para sí. Esta situación, desde la perspectiva del sujeto, implica dos cosas.

- Contacto personal con la cosa, objeto de la aprehensión; y
- Posibilidad física de tomarla sin ningún obstáculo que le impide al poseedor disponer de ella.

Ahora bien, la aprehensión funciona en relación a los bienes muebles que no tienen dueño, en virtud del principio *res nullius*(cosa sin dueño), pero debe entenderse que es en aquellos en que no exista obstáculo

alguno para su apropiación, porque la aprehensión de bienes muebles trae consigo, no solo su posesión sino también su propiedad.

B) LA OCUPACIÓN

La posesión originaria de los bienes inmuebles se adquiere por ocupación. Este es un modo de adquirir muy antiguo, tal vez sea el primero: y consistía en la forma de posesión de un inmueble con la intención de convertirse en su propietario.

En efecto, la ocupación en su forma directa ya no puede dar lugar a la adquisición de la propiedad, salvo que se realice mediante la usurpación, lo cual importaría un acto ilícito y sancionable penalmente.

Sin embargo, la ocupación en su forma indirecta puede dar lugar a la adquisición de la propiedad; esto es, que el hecho de la toma de posesión traiga consigo la titularidad sobre el inmueble, siempre y cuando se hayan cumplido determinadas formalidades legales establecidas en la ley normándose en la prescripción de dominio (Ríos, 1996).

2.7.2. LA ADQUISICIÓN DERIVATIVA

Según Velásquez (2004), la posesión se adquiere en forma derivativa, cuando implica la expresión de la voluntad del anterior poseedor en el sentido de poner al nuevo adquirente en dicha condición. Cortes (1999) afirma que la posesión en sí misma no es transferible legalmente sino en cuanto al Derecho real o presunto Contenido en ella, o sea que para ser

sucesor de la posesión es necesario un título antecedente que implique la transferencia del Derecho (Jaramillo, 2004).

Papaño, et. Al. (2004), nos dice que este modo se realiza cuando esta es transmitida por un poseedor anterior mediante entrega del objeto. La adquisición derivativa puede realizarse intervivos o mortis causa, supone la entrega material de la cosa, exigiéndose, por tanto la entrega corporal de ella; por cuanto la adquisición de un poder de hecho sobre una cosa, requiere que el transmitente se desprende de la tenencia de dicha cosa, y la obtenga el adquirente mediante la entrega o tradición.

A) LA TRADICIÓN:

La tradición es un modo de adquirir el dominio; es la simple entrega de la cosa que constituye un acto jurídico bilateral en el cual hay un acuerdo. Normalmente se identifica a la tradición con la entrega de algo con la finalidad de adquirir el dominio, pero en realidad no siempre es así.

La tradición es una entrega valorizada que constituye un acto jurídico bilateral; a su vez, es un medio de pago, y además cumple funciones protectoras, porque cuando media tradición, como en algunos casos como la transmisión de ciertos muebles, la entrega protege al que adquiere, haciéndolo titular de la cosa (Juárez, 1999).

Según Papaño (2004), la *traditio* es una forma legal muy antigua de adquirir la posesión. En el Derecho moderno, el legislador ha

querido restablecer la norma de que la posesión se transmite por la entrega material de la cosa. Por eso en la tradición es indispensable que existan dos personas: el que cede la posesión (*tradens*) y el que la recibe (*accipiens*), además del acto material de la tradición propiamente dicha.

Este modo de adquirirla posesión se encuentra normado en el Art. 900 del Código Civil: “la posesión se adquiere por la tradición, salvo los casos de adquisición originaria que establece la ley”

Ahora bien, el hecho adquisitivo que configura la tradición es preceptuando en el artículo 901: “la tradición se realiza mediante la entrega del bien a quien debe recibirlo a la persona designada por él o por la ley con las formalidades que establece la ley” (Papaño, 2004).

2.8. PÉRDIDA DE LA POSESIÓN

La posesión se perdía consecuentemente, por la pérdida de uno de sus elementos. En el caso del *animus*, cuando se dejaba de poseer como propietario, por ejemplo, cuando se vendía una cosa y se conservaba físicamente, como mero detentador; y en el caso *corpus*, cuando se perdía el poder físico, por ejemplo por su sustracción por un ladrón. No debe olvidarse que según el concepto romano de la posesión, el poseedor conservaba el *corpusa* través de un detentador, como eran considerados los precarios y los arrendatarios (Paiva, 2008)

En lo que concierne a la pérdida de la posesión según Papaño (2004), hay que tener en cuenta que la posesión desaparece o se extingue cuando falta los dos

elementos con el *corpus* y el *animus domini*, pues sin ellos no hay posesión, pero que también cesa en algunos casos cuando falta uno solo de los elementos, ya sea el Corpus o el Animus Domini. En ciertas circunstancias la falta del Corpus hará que se extinga la posesión por ser el Animus insuficiente para conservarla, y en otras se perderá la posesión por falta de Animus Domini, aun cuando subsista el Corpus posesorio. A su vez, hay situaciones en las cuales la posesión se pierde porque faltan ambos elementos al mismo tiempo.

A. PERDIDA DEL CORPUS:

La posesión se pierde por falta de corpus en todos aquellos casos en el que el poseedor se halla en la imposibilidad de disponer físicamente de la cosa, en tanto esta imposibilidad sea definitiva, y no transitoria, de modo que su intención no resulta suficiente para conservar la posesión. Por tanto, no existe pérdida si no se tiene el corpus, si no existe otra persona que tome la cosa con el ánimo de hacerla suya (Velásquez, 2004).

B. PERDIDA ANIMUS:

La posesión se pierde por falta de *animus domini* en aquellos casos en que cesa porque lo que desaparece es la voluntad o intención de poseer por parte del poseedor, aun cuando subsista la relación material con la cosa (Papaño, 2004)

Teniendo en cuenta lo señalado, debemos precisar que si se pierde el *corpus* y el *animus*, se pierde la posesión puesto que estos dos elementos son de vital importancia para que el poseedor pueda seguir manteniendo la posesión del bien, por un lado tenemos al corpus que es el poder físico

que tiene una persona sobre la cosa, al igual que el *animus* viene a hacer la conducta que ejerce el poseedor al obrar como si fuese el verdadero propietario. Entonces si estos dos elementos no están presentes, el poseedor no va a poder ejercer la posesión y perdería los Derechos que le correspondería como poseedor.

2.9. CARACTERÍSTICAS JURÍDICAS DE LA POSESIÓN

- ✓ Es un hecho, ya que el poseedor tiene el poder físico que se ejerce sobre la cosa, poder que está valorado en sí misma, independientemente de que sea o no conforme a Derecho.
- ✓ El objeto de la posesión es toda cosa corporal *in commercium*.
- ✓ El poseedor tiene goce y el disfrute de la cosa, con independencia jurídica y económica.
- ✓ La cuestión de la legitimidad e ilegitimidad es ajena a la esencia misma de la posesión.
- ✓ El poseedor se comporta con la cosa, como propietario de la misma.
- ✓ La propiedad implica la posesión, pero ambas pueden existir separadamente; ya que, hablamos de la propiedad sin posesión cuando la cosa se encuentra en poder de un tercero, que la retiene con ánimo de dueño. En cambio cuando se habla de posesión sin propiedad se tiene la cosa sin ánimo de dueño, sin el Derecho a su propiedad.

2.10. MANIFESTACIONES JURÍDICAS DE LA POSESIÓN:

La posesión para cumplir sus funciones asignadas por la ley en armonía al Derecho vivo (realidad socio-económico y cultural de un país), se presenta bajo diferentes manifestaciones.

- Con la expresión o la exteriorización del ejercicio de los Derechos reales en general. De cuya manifestación se pueden exceptuar la hipoteca, la servidumbre, la prenda con tradición jurídica.
- Como el contenido óntico (en esencia) de los Derechos reales. Por cuanto dicho contenido es de naturaleza económica y productiva en beneficio del titular.
- Como el fundamento del Derecho subjetivo material. Para constituir un Derecho real de propiedad (usucapión), fundado en la posesión real y efectiva.
- Como el ejercicio efectivo del uso y goce de los bienes. Sin ellos no habría la posibilidad de que la posesión se manifiesta como un hecho de contenido económico y social (Linares, 2007).

2.11. LA COPOSESIÓN

El artículo 899 del Código Civil prescribe que existe coposesión cuando dos o más Personas poseen un mismo bien conjuntamente. Cada poseedor puede ejercer sobre el bien actos posesorios, con tal que no signifiquen la exclusión de los demás (Código Civil, 2009).

2.12. MODALIDADES DE LA COPOSESIÓN:

Según Gonzales (2007) la coposesión reconoce dos variables que funcionan como modalidades; veamos:

- **LA PRIMERA ES LA COPOSESIÓN “SIMPLE”**. Se produce cuando cada coposeedor ejerce un poder de manera independiente sobre el bien, pero no ilimitado, toda vez que el otro coposeedor también participa o comparte de la coposesión.
- **LA SEGUNDA ES LA QUE SE DENOMINA “COPOSESIÓN EN MANO COMÚN”**, en la que ninguno de los coposeedores ostenta el poder o señorío del bien de manera independiente, sino, como sabemos, lo poseen todos en común o en conjunto.

2.13. CARACTERÍSTICAS DE LA COPOSESIÓN

1. PLURALIDAD DE SUJETOS POSEEDORES

Deben existir dos o más personas poseedoras, sean naturales o jurídicas, poseyendo cada una de manera conjunta y material todo bien, lo que impide confusiones con la copropiedad.

2. UNIDAD DEL OBJETO

Los coposeedores deben ejercer posesión efectiva como el poder de hecho sobre “un mismo bien”, o como todo.

3. PARTICIPACIÓN CONJUNTA Y HOMOGÉNEA EN EL PODER POSESORIO

Cada poseedor puede ejecutar actos posesorios, con la única limitación de que ese ejercicio no signifique la exclusión de los demás coposeedores; porque además esta figura posesoria, no permite el fraccionamiento ideal (cuotas) ni material.

CAPITULO III

LA PROPIEDAD

3.1. DEFINICION

El artículo 923° del Código Civil prescribe que la propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley.

Tomando como referencia a Vásquez (1996), nos explica que en la doctrina moderna se consideraba al Derecho de propiedad (como a todo Derecho subjetivo), como el poder unitario más amplio sobre la cosa, como un señorío global, donde las llamadas facultades o Derechos del propietario no son una serie de sumados cuya adicción constituya la propiedad, sino solo aspecto parciales del señorío total que esta es. En este sentido Manuel Albaladejo, define a la propiedad como “el máximo poder jurídico pleno sobre una cosa. Poder en cuya virtud, está en principio queda sometida directa y totalmente (es decir en todos sus aspectos y utilidades que pueda proporcionar) a nuestro señorío exclusivo.”

Tomando como referencia a la constitución, es fundamental que el propietario reconozca en su propiedad la funcionalidad social que le es consustancial. Así

en la propiedad no solo reside en un Derecho, sino también un deber: la obligación de explotar el bien conforme a la naturaleza que es intrínseca, solo de esta manera está garantizando el bien común. Ello requeriría la utilización de los bienes conforme a su destino natural de la economía.

Si bien es cierto que la constitución no solo reconoce a la propiedad como un Derecho subjetivo (Derecho individual), sino también como una garantía institucional (reconocimiento de su función social), en efecto se trata de un instituto constitucionalmente garantizado.

Entonces podríamos afirmar que la propiedad es del Derecho real máximo de una persona sobre la cosa, en donde por el señorío del hombre sobre la cosa, este podía hacer con ella lo que quería, siempre que este ejercicio que ejerce sobre la cosa no se realice fuera del ámbito del Derecho, o vulnerando los Derechos de otras personas, puesto que si bien otorga un señorío sobre la cosa y la libertad del ejercicio de la misma.

3.2. TEORÍAS QUE FUNDAMENTAN LA PROPIEDAD.

3.2.1. TEORÍA DE LA OCUPACIÓN

Según la doctrina que encierra esta teoría, se dice que en un momento dado de la historia los bienes fueron comunes, que las personas podían ejercer la aprehensión o la ocupación de las cosas con el propósito de satisfacer sus necesidades; consiguientemente, este hecho las convertirá

en propietarias. Esta teoría tiene la concepción histórica del origen de la propiedad y su legitimidad fundada en la ocupación convertirá en propietario al ocupante. Los críticos dicen que se trata de una teoría sin consistencia racional. Este planteamiento fue promulgado, entre otros, por Grocio, Puffendorff, quienes pertenecen a la escuela del Derecho Natural. El segundo de los autores nombrados decía que “no hay precepto alguno de Derecho natural que preceptúe su reparto general de todos los bienes para signar como cosa propia a cada uno su parte. Lo que hace la ley natural es aconsejar el establecimiento de la propiedad, cuando lo requiera la conveniencia de la sociedad humana; dejando a la prudencia de los hombres el examinar si deben apropiarse todas las cosas o solamente algunas, y las deben poseer separadamente o pro indiviso, abandonando las otras al primer ocupante de modo que ninguno este imposibilitado de podérselas apropiar”.

3.2.2. TEORÍA DE LA CONVENCION SOCIAL

Denominada también teoría del contrato social. Para este planteamiento teórico la ocupación ni el trabajo tienen suficiente argumento para fundamentar el Derecho de propiedad, por cuanto, no generan la obligación en los demás individuos, para respetar el Derecho de propiedad. Esta teoría, defendida, entre otros, por Kant, Rousseau, Wolff, explica que la obligación se genera de un consentimiento recíproco o convencional.

3.2.3. TEORÍA DEL TRABAJO

Plantea que la fuente de la propiedad es el trabajo. El hombre con su capacidad creadora es capaz de transformar la naturaleza con el propósito de acrecentar su utilidad. El resultado o producto generado por el trabajo debe ser destinado a quien lo ha realizado.

La teoría del trabajo, para legitimar los fundamentos del Derecho de propiedad, surgió en el siglo XVII, propugnado entre otros, por los economistas J. Stuart, Adán Smith, John Locke, este último afirmaba que, el producto de nuestro esfuerzo por el trabajo es nuestro, y en consecuencia se produce la propiedad que también es nuestra. Se critica esta teoría en el sentido de que el trabajo no produce, solo transforma (el trabajo por sí solo no puede otorgar la propiedad); es más, se dice que esta teoría no basta para explicar la propiedad, porque solo confiere la posesión que transforma en propiedad mediante el trabajo. Para nosotros la teoría del trabajo como fundamento de la propiedad no puede ser fácilmente rechazada, en razón de que nadie puede negar que el trabajo, cuando es digno y libre, sea la fuente más fecunda de riqueza.

3.2.4. TEORÍA DE LA LEY

Para esta teoría, el Derecho de propiedad solo es generado o creado por la ley. Se sostiene que la ley puede constituir o fundamentar la propiedad, disponiendo la renuncia y otorgando un título de goce a uno solo. Esta teoría la advertimos como eficiencia solo en cuanto a la regulación positiva que requiere de la propiedad, que no deja de ser creación humana. Tiene estrecha vinculación con la teoría del contrato social, por cuanto es la ley que regula cómo funcionan normativamente los actos de constitución de la

propiedad y su intercambio. Entre sus defensores tenemos a Montesquieu, Roberpiere, J. Benthan. Este último decía que, “la ley no dice al hombre trabaja y yo te recompensare, sino que le dice trabaja, y los frutos de tu trabajo, es la recompensa natural y suficiente, que sin mi tu no podrías conservar, y yo te asegurare el goce de ellas, conteniendo la mano que quisiera quitártelos. Si la industria crea, la ley es la que conserva. Si en el primer momento se debe todo al trabajo, en el segundo y en todos los otros momentos todo se debe a la ley. No hay propiedad natural, y que ella es únicamente obre de la ley”.

La crítica sobre esta teoría argumente que la ley servirá para reconocer la propiedad, resultando impotente para crearlo, no explica cuál es el Derecho de propiedad ni cómo nació. El Derecho de propiedad como todo Derecho fundamental seria anterior y superior a la ley humana positiva.

3.2.5. TEORÍA DE LA FUNCIÓN SOCIAL

Esta teoría ve en la propiedad no solo Derechos, sino Deberes de parte del titular o propietario. El deber que nace de la propiedad está vinculado fuertemente con la persona del propietario, quien es el que ejerce todos los Derechos que le asigna la ley, y correlativamente la norma jurídica también le crea deberes, para que en el uso o la explotación del bien participe la sociedad. Se debe entender por función social, a decir de Novoa Monreal, “como una fórmula de armonía que intenta concordar los intereses del individuo con los de la sociedad toda, impidiendo que el ejercicio del propietario pueda menoscabar o afectar en forma alguna el bien común”.

La función social de la propiedad, creemos que solo es una limitación a la propiedad, pues va más allá de ser un principio, para llegar a ser concebida como una categoría axiológica, que vive en el mundo axio-teleológico del Derecho, junto a la justicia, la seguridad jurídica, el bien común, la paz, etc.

3.3. CARACTERES DE LA PROPIEDAD

La propiedad civil o urbana es propiamente la que nos ocupa, pero ella tiene una gran injerencia doctrinal y positiva en las otras propiedades (especiales), las cuales tienen notables diferencias de aquella (urbana), sea por los sujetos, contenidos, objetos o caracteres, como ocurra con la propiedad agraria, la propiedad comunal (comunidades campesinas), la propiedad minera, la propiedad horizontal, la propiedad de autor, la propiedad de aguas. La doctrina es uniforme al señalar los caracteres del Derecho de propiedad, como el de ser absoluto, exclusivo y perpetuo; pero también algunos le atribuyen la elasticidad, la plenitud y la existencia autónoma.

3.3.1.. ES ABSOLUTO

Este carácter de la propiedad emerge por ser un Derecho completo o pleno al reunir en el titular todo el conjunto de poderes jurídicos, como le atribuye nuestra ley civil (artículo 923).el carácter absoluto Del Derecho de propiedad debe entenderse con las puntuaciones siguientes.

- ✓ Como relativo, por la influencia del interés social y del orden público.

- ✓ Que no permite el abuso del Derecho de propiedad (uso injusto de la propiedad), por las restricciones o limitaciones del Derecho de propiedad, las que son reguladas por la constitución y las leyes.
- ✓ Que jurídicamente nada, en el sentido estricto de la palabra, es absoluto; porque todo en el Derecho como obra humana es relativo. Es más, porque los conceptos de las ciencias sociales, el Derecho es parte de ellas, son siempre relativos.

3.3.2. ES EXCLUYENTE

Se dice que el Derecho de propiedad es de carácter excluyente, porque el que ejerce el Derecho de propiedad excluye a los demás de todas las facultades que la ley le confiere, no pueden ejercer dos personas el Derecho de propiedad sobre un mismo bien; excepto en la copropiedad, en la cual hay propiedad en común por dos o más personas sobre un mismo bien, sin ejercer propiedad determinada sino indeterminada o por cuotas ideales. El carácter que nos ocupa también es indeterminada o por cuotas ideales. El carácter que nos ocupa también es conocido como exclusivo en razón de que jurídicamente no es admisible como se ha dicho la existencia de dos o más dueños sobre un mismo bien; de ahí que junto a la exclusividad de la propiedad resulta enérgica e indesligable la presencia de las pretensiones que protegen el Derecho de propiedad, como la reivindicatoria, la declarativa del mejor Derecho a la propiedad, el deslinde, etc.

3.3.3. ES PERPETUO

La propiedad se transmite de una persona a otra, por el fenómeno del intercambio y la dinamicidad patrimonial de los bienes, ya sea por sucesión universal o por actos inter vivos. Aquí no nace un nuevo Derecho tomado al sucesor o al adquirente, el Derecho es el mismo, como dice Mazeaud” el Derecho de propiedad subsiste, tan solo cambia de titular del Derecho de propiedad”. Por su parte Colín y Capitán, cuando se ocupan del carácter perpetuo de la propiedad, expresan “qué hemos añadido la característica de que el Derecho de propiedad es perpetuo. Esto no significa que la propiedad de una cosa pertenezca siempre al mismo titular, el propietario puede morir, entonces transmite su cosa a su heredero o a un legatario, y estos pueden enajenarla a favor de otro individuo. Pero el Derecho en sí mismo no está destinado a extinguirse, más al contrario, se perpetúa al transmitirse”.

3.4. OBJETO DE LA PROPIEDAD.

Son objetos del Derecho de propiedad, los bienes inmuebles que se hallan enumerados en el artículo 885 del Código Civil, y los demás bienes a los que la ley les confiere tal naturaleza. Los bienes inmobiliarios adoptan también la denominación de predios que clasifican en dos grandes áreas: urbanos y rústicos o rurales. Son, asimismo, objeto del Derecho de propiedad los bienes muebles señalados taxativamente en el artículo 886 del Código Civil; y como expresa la parte in fine de este dispositivo, los demás bienes no comprendidos en el artículo 885 del Código Civil.

De manera general, como objetos del Derecho de propiedad, tenemos los siguientes:

- ✓ Los bienes inmuebles y muebles, que son de naturaleza corporal o de existencia real, se encuentran taxativamente en los artículos 885 y 886 del Código Civil, en concordancia con los artículos 2088 (Derechos sobre bienes corporales), 2092 (Derechos reales en medios de transporte) y 2093 (Derechos reales relativos a obras intelectuales) del mismo cuerpo normativo.
- ✓ Los bienes inmateriales como la propiedad intelectual, la industrial, etc. Tienen regulación especial (*lex specialis*), conforme dispone el artículo 884 del Código Civil, en concordancia con los artículos 923, 2092 y 2093 del mismo código.

3.5. EXTENSIÓN DE LA PROPIEDAD

La determinación de la extensión de la propiedad es con relación al objeto de la misma. Cuando se trata de bienes muebles, estos no presentan mayor dificultad porque se hallan debidamente definidos, determinados o delimitados por sus extremos o contornos; en cambio, en la determinación de la extensión del objeto de la propiedad inmobiliaria adquiere relevante importancia por la propia complejidad que presenta; lo que se quiere decir es, que la determinación del suelo con sus limitaciones hacia el espacio aéreo y el subsuelo para algunos son extensiones comunes, por tanto, no son posibles de apropiación. Hoy es difícil concebir, que la propiedad se extiende para arriba hasta el cielo, y por abajo hasta el centro de la tierra. En la actualidad se adoptan criterios

razonables en la utilización del sobresuelo o espacio aéreo y del subsuelo, es decir, son apropiables hasta donde es posible obtener beneficios económicos por el propietario.

Los límites de la propiedad no son sino, las exigencias del interés económicos de su titular, bajo las limitaciones y prohibiciones que establezca la ley fundada en el interés de la colectividad. En consecuencia podemos establecer el siguiente:

- ✓ Que la propiedad del suelo se extiende por el espacio y por el subsuelo hasta donde sea requerido por el interés del propietario en relación al uso que se puede hacer del fundo, que se trate en las condiciones actuales del arte y de la industria humana.
- ✓ Que no se pueda prohibir al propietario, que una aeronave que atraviese la región aérea que se levanta sobre su finca o que se abra un túnel en la montaña donde radica su fundo.
- ✓ Que la extensión de la propiedad sobre los bienes inmuebles abarca a todo lo que sea posible de apropiación y de utilidad.
- ✓ Que los bienes de los inmuebles en el plano horizontal se determinan mediante el deslinde y la operación de la demarcación con la colocación de hitos o el amojonamiento (en predios rurales)
- ✓ Que el plano vertical de la extensión de la propiedad es hacia arriba (espacio aéreo o sobresuelo), o hacia abajo (subsuelo).
- ✓ La propiedad se extiende a todo lo que es susceptible de apropiación. Se exceptúan las riquezas del subsuelo.(González, 2007)

Considero que el contenido de la esencia del Derecho de propiedad no solo puede determinarse únicamente bajo la óptima de los interés particulares, es decir como un derecho subjetivo (Derecho individual, sino que se le debe tomar en cuenta en una dimensión de una función social, que se le dota al propietario no solo un Derecho sobre su propiedad, sino que se le impone a su titular el deber de explotar el bien de acuerdo a su destino natural en la economía.

3.6. EL TÍTULO DE PROPIEDAD.

En sentido extrínseco se denomina título al documento que evidencia la forma como se adquirió la propiedad de un determinado bien. Es la justificación del Derecho y prueba una relación jurídica real, esto es entre una persona con una cosa determinada.

La forma más común de adquirir la propiedad, es por su trasmisión, sea por herencia (mortis causa) o por acto entre vivos. La propiedad originaria solo puede ocurrir respecto de cosas derrelictas, esto es aquellas que no tienen dueño.

De las formas de trasmisión entre vivos, el contrato de compra venta es el más frecuente, mediante este contrato, una persona (comprador) adquiere la propiedad de un determinado bien, pagando al vendedor el precio convenido en dinero.

Por ser un contrato consensual se forma por el solo acuerdo de las partes contratantes en los dos extremos o puntos fundamentales de este: la identidad del bien a transferir y el precio a pagar, y para que conste se redacta un documento, que puede ser privado pero que, generalmente, por la seguridad de las operaciones, se hace constar en escritura pública extendiendo en el Registro de un Notario Público (protocolo), la que constituye el título de propiedad del comprador. El notario expide copias certificadas de esa escritura, que se denomina testimonio, cuantas veces se le solicite.

Si el Derecho de propiedad se inscribe en el Registros de la Propiedad Inmueble, además gozara de la protección jurídica que otorga la publicidad, se presume de pleno Derecho, esto es sin admitir prueba en contrario, que todos tenemos conocimiento del contenido de las inscripciones efectuadas en ese Registro. El propietario tiene derecho a poseer y para asumir la posesión del bien puede ejercer la acción reivindicatoria, que por su carácter real se dirige contra la misma cosa y se ejerce contra todos aquellos que la posean sin título.

3.7. LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD

El reconocimiento del Derecho de Propiedad es por si solo insuficiente para garantizarlo, de ahí que se hayan dado normas para protegerlo, tanto en el orden penal, como en el civil.

En el orden penal, quien se apropia de un inmueble, destruye o altera sus linderos, incurre en el delito de usurpación; y tratándose de bienes muebles, se presentan los delitos de hurto, robo, abigeato, apropiación ilícita, receptación, etc. En todos los casos el bien jurídico protegido es la propiedad, de tal manera que la sentencia condenatoria deberá ordenar la restitución de la cosa. La

acción penal correspondiente es de naturaleza pública, pues interesa a toda la sociedad y al Estado la persecución y sanción del infractor. El respeto a la propiedad, sea pública o privada, es uno de los factores que asegura el desarrollo económico.

En el campo civil, y como se ha escrito líneas, la sanción del Derecho de propiedad es la acción reivindicatoria, que se ejerce el propietario de la cosa contra el poseedor no propietario. La Propiedad intelectual y la Marcaria tienen otros mecanismos de protección.

3.7.1. LA ACCIÓN REIVINDICATORIA

Es la acción que tiene el propietario no poseedor contra el poseedor no propietario. Es por tanto la acción real por excelencia, se refiere a la relación del propietario con la cosa.

El propietario, normalmente, adquiere la posesión de la cosa mediante la transmisión que le hace quien está en posesión del bien, como consecuencia de un contrato o por sucesión. Pero cuando es despojado de su posesión, o adquiere un bien que se encuentra en posesión de un tercero sin título para poseer, la manera como recobra la posesión es mediante el ejercicio de la acción reivindicatoria, que supone la exhibición del título de propiedad sobre el bien, pues esta acción está reservada al propietario.

En consecuencia, el poseedor será siempre el demandado. Si el demandante no prueba su Derecho de propiedad con título firme, funcionara a favor del demandado la presunción de propiedad derivada de la posesión que ejerce. No debe iniciar acciones de reivindicación con

títulos imperfectos, pues al rechazarse la demanda se habrá perdido la propiedad del bien a favor del demandado, quien obtendrá en la sentencia el título, que tal vez, no tuvo antes de ser demandado.

Algunos fallos judiciales en proceso de reivindicación, cuando ha resultado que el demandado también tienen algún título, se han inhibido de pronunciarse y remitido la solución a un nuevo proceso sobre mejor Derecho, para definir cuál es el título que debe prevalecer, lo cual a nuestro parecer constituye un error, pues al tramitarse la reivindicación por los causes del proceso de conocimiento, que es el más amplio, y donde las partes ha exhibido los títulos de propiedad que tienen, entonces hay prueba y margen suficiente para que el mismo proceso se decida cuál es el mejor título y se conceda o niegue la acción reivindicatoria. No tiene objeto remitir a los litigantes a un nuevo proceso para determinar en forma previa el mejor título y Derecho y, luego, a un tercer proceso de reivindicación. Esto es lo que aconseja la economía procesal y la necesidad perentoria de administrar justicia y restablecer la paz social.

Es necesario señalar que la doctrina tradicional divide en dos grupos las acciones que protegen el dominio: las acciones reales y las acciones personales, cuyos antecedentes más remotos los encontramos en el Derecho Romano, en donde se conoció esta división como la *actio in rem* contraposición a la *actio in personam*, de las que se derivaron los Derechos *in rem* los Derechos *in personam*, respectivamente (von Humboldt, citado por Godenzi, 2006).

De lo anotado anteriormente se desprende que existen, pues, diferencias fundamentales entre los Derechos reales y los Derechos personales, entre las que podemos mencionar, según a Godenzi (2006), a las siguientes:

1. EN CUANTO AL NÚMERO DE ELEMENTOS

El Derecho real presenta únicamente dos elementos, el sujeto (titular del Derecho), y el bien, por lo que se afirma que el Derecho real es el poder directo e inmediato que ejerce una persona sobre un bien, originando así una relación directa entre dicha persona y dicho bien. El Derecho personal, en cambio, se compone de tres elementos: el sujeto activo, el sujeto pasivo y el objeto o la prestación, estableciéndose una vinculación entre ellas y quedando el sujeto pasivo obligado a efectuar una prestación específica.

2. EN CUANTO A LA OponIBILIDAD

El Derecho real es un Derecho absoluto, es decir, oponible *erga omnes*, por ejemplo todo tienen la obligación de respetar mi propiedad, en cambio, el Derecho personal es un Derecho relativo, ya que solo es exigible al sujeto pasivo.

3. EN CUANTO AL MODO DE EJERCICIO

En el Derecho real, el objeto se obtiene directamente, sin ningún intermediario; en cambio, en el Derecho personal el objeto se alcanza por medio de otra persona.

4. EN CUANTO AL NÚMERO

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

5. EN CUANTO A LA DETERMINACIÓN DEL BIEN

los Derechos reales se refieren a bienes corporales e individualmente determinados, la propiedad "A", el usufructo "B", la hipoteca "C", en cambio, los derechos personales están referidos a objetos inmateriales.

6. EN CUANTO AL IUS PREFERENDI

El Derecho real confiere a su titular un Derecho de preferencia frente al que tiene un Derecho crediticio, y además establece la primacía ante otro Derecho similar, según su antigüedad. Los Derechos crediticios no poseen esta característica, pues todos están en igualdad de condiciones.

7. EN CUANTO AL IUS PERSEQUENDI

El Derecho real otorga a su titular el Derecho de persecución sobre el bien, por lo tanto es oponible a cualquier tercero que lo posea (excepto en los bienes muebles poseídos de buena fe que Son irrevindicables), en cambio, los Derechos personales no tienen esa naturaleza "rei persecutoria".

Como consecuencia de lo anteriormente anotado se desprende, pues, que los Derechos reales dejan expedito a su titular para invocar una acción real que le hará reivindicar el bien contra aquella persona que lo tenga en su poder; en cambio, los Derechos personales solo se dirigen contra el obligado, quien deberá cancelar su obligación. En el Derecho obligacional la acción nace con el Derecho mismo, en el real la acción nace de la violación de él.

El artículo 927 consagra como una característica propia de los Derechos reales, la potestad inherente del propietario para restituir a su dominio un bien de su propiedad a través de la llamada acción reivindicatoria. En principio, la palabra "reivindicación" tiene su origen en las voces latinas res, que significa "cosa" y "vindicare", que significa "reclamar todo aquello que se ha desposeído", vale decir que, etimológicamente, esta acción persigue la restitución de un bien (Godenzi, 2006).

De lo anotado anteriormente se colige que existen requisitos necesarios para la procedencia de esta acción, entre los que podemos mencionar:

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

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

CAPITULO IV

LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DE DOMINIO

4.1. DEFINICION

Para Ramírez (2004) es un modo de adquirir la propiedad (o de aun otro Derecho real) por medio de la posesión continua, pacífica y pública, a título de dueño y por el tiempo (plazo) fijado por ley. De la misma manera para Musto (2000) la adquisición del dominio (u otro Derecho real) por la posesión (stricto sensu) continua e interrumpida, publica y pacífica, por el plazo que fija la ley. El plazo varía según que, además de los elementos mencionados, se agreguen los de justo título y buena fe (diez años) o que falten ambos o alguno de ellos (veinte años).

Según Mazeaud (citado por Ramírez, 2004) es la adquisición, por el poseedor de una cosa, del Derecho de propiedad o de otro Derecho real sobre esa cosa, por efecto de la posesión prolongada.

Para Cuadros (1995) la prescripción es el modo de adquirir la propiedad por la transformación de la posesión en Derecho de propiedad debido al transcurso del tiempo.

Según Diez-Picazo y Gullón (1979, citado por Hinostroza, 2008), la usucapión es un caso particular de la prescripción, cuya finalidad consiste en ser un medio de protección de aquellos adquirentes cuya adquisición fue irregular o derivada de un *non dominus* a quienes se protege por consideraciones de seguridad

pública convierten la apariencia *iuris* en realidad jurídica y hacen objetivamente inadmisibles la acción del *verus dominus*. Rotindi (1953, citado por Hinostroza, 2008) define a la usucapión como la adquisición de un Derecho mediante la posesión continuada durante el período determinado por el legislador y que varía según los casos; es un modo de adquisición a título originario porque la adquisición se produce independientemente de cualquier relación de hecho y de Derecho con el titular anterior.

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la configuración adquisitiva o usucapión, ha establecido lo siguiente (Hinostroza, 2008):

- La usucapión puede definirse como una investidura formal mediante la cual una posesión se transforma en propiedad. Es pues algo más que un nuevo medio de prueba de la propiedad o un mero instrumento al servicio de la seguridad del tráfico, es la identidad misma de la propiedad como investidura formal ligada a la posesión (Casación 2161-2001-Lima).
- La propiedad del inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años, reconociéndose de ese modo que la usucapión es un modo de adquirir la propiedad de un bien inmueble ajeno mediante la posesión ejercida sobre el mismo durante plazo indicado en la norma (Casación 1545-2000-Cusco).
- La prescripción adquisitiva de dominio constituye una forma originaria de adquirir la propiedad de un bien, basada en la posesión del bien por un

determinado lapso de tiempo cumpliendo con los requisitos exigidos por la ley, lo que implica la conversión de la posesión continua en propiedad (Casación 1992-2003-Tacna)

- La prescripción adquisitiva es el modo de adquirir el dominio y demás Derecho reales poseyendo un bien mueble o inmueble durante un lapso y otras condiciones fijadas por la ley; es decir, la conversión de la posesión continuada en propiedad (Casación 273-1997-Lima).
- La institución de la prescripción adquisitiva, es la consolidación de una situación jurídica por efecto del transcurso del tiempo, convirtiendo un hecho en Derecho, como lo es la posesión en propiedad (Casación 264-1998-Huánuco).
- El Derecho adquirir por usucapión es constitucional por tanto irrenunciable (Casación 2107-1997-Lima)

4.2. NATURALEZA JURÍDICA

Para Ramírez (2004) el fundamento reside en la incuria que el (anterior) propietario pone en el ejercicio del propio Derecho, en contra de la ajena actividad del goce que se manifiesta en la prolongada y no interrumpida posesión y que sirve para poner en valor, con beneficio para la generalidad, el bien que ha dejado inactivo o infructuoso el propietario.

Se tiene un gran interés con respecto a la usucapión, en la medida que constituye uno de los soportes o fundamentos cardinales de todo el sistema jurídico. Otorga seguridad a las personas. De hecho contribuye, asimismo, a la

paz social, de otra parte, que constituye la medida de la prueba de la propiedad, establece sus límites (Ramírez, 2004).

Cuadros (1995) sostiene que la naturaleza jurídica de la prescripción es un modo originario y derivado de adquirir la propiedad, sostiene que es mixto, porque cuando se trata de la prescripción larga o extraordinaria, no es necesario el título, consiguientemente puede ser originaria la posesión para prescribir. Pero para que opere la prescripción corta, propiamente la usucapión, es necesario el título adquisitivo que implica la tradición del bien y la transmisión del Derecho.

4.3. FUNDAMENTO Y FINALIDAD

El fundamento de la prescripción adquisitiva reposa en un principio de puro Derecho. Se trata de una institución establecida en base a la equidad e interesa a la sociedad conservar el principio de seguridad del dominio, como presupuesto necesario de la paz social, evitando conflictos en el área dominial (Arias-Schreiber, 1993).

Señala López (citado por Arias-Schreiber, 1993) que la prescripción estabiliza las relaciones jurídicas, las torna intachables; les concede firmeza, solidez, borrando todo rastro de indecisión y de incertidumbre. De no ser así, lo que no tuviera término crearía un inconveniente estado de alarma y de intranquilidad en la vida social. Por ella, se convierte en titular del Derecho aquel que por muchos años se desenvolvió como si realmente lo fuera; se otorga valor al hecho del que fue dueño del bien, que se abstuvo de hacerlo producir, con daño no solo para el mismo, sino de la colectividad. Su fundamento, es, todavía en la

actualidad el que ya señalaba Gayo: que la propiedad de la cosa no quedará en incertidumbre demasiado tiempo. Existe la necesidad de asegurar la estabilidad del derecho de propiedad, de que el dominio no se mantenga permanentemente incierto. Pese a que muchos.

Para Cuadros (1995) se fundamenta en tres razones fundamentales:

1. La necesidad de organizarla propiedad sobre la base de títulos conocidos, que no sería posible si acaso tuviese que producirse la prueba diabólica de la propiedad hasta el primer adquirente. La prescripción determina entonces el efecto de poder considerar el plazo máximo de ella, como el origen de la propiedad.
2. Existe en principio una amplia y profunda razón que justifica la prescripción: la utilización de los bienes y su servicio social. Por eso, más que el dueño que tiene un título y no explota un bien, será dueño quien lo usa y hace producir. Entre el propietario que no usa su propiedad y en cuyo abandono se encuentra una presunción de desapoderamiento y el poseedor que lo explota continua e ininterrumpidamente, sin reclamo del dueño, la ley decide por transformar a este en dueño.
3. La prescripción tiene también por objeto perfeccionar el título del adquirente; no es solamente la que se concede al poseedor, sino al propio dueño. Tal es el caso de la prescripción corta.

4.4. PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA ORDINARIA

Adquieren los bienes inmuebles por prescripción adquisitiva ordinaria quienes lo han poseído como propietarios durante cinco años por periodo continuo, pacífico y público, si es que esta posesión se le añade el justo título y la buena fe. Si bien nuestro código civil no ha consignado la denominación “prescripción adquisitiva ordinaria”, por el contenido está regulado en el artículo 950, segundo párrafo (en el caso de los bienes muebles), haciendo referencia a la clasificación que hace la doctrina (Contreras, 2008).

La prescripción adquisitiva corta, ordinaria o leve, como también se le conoce, tiene por objeto favorecer a todos aquellos que creyéndose en justicia propietarios no son tales por razones ajenas a su voluntad y previsión. Dicen Planiol y Ripert “que la prescripción de diez a veinte años tiende a subsanar en cuanto el verdadero propietario, el vicio que resulta del hecho de no tener la propiedad aquel de quien el poseedor haya obtenido su Derecho. La ley, como especial consideración en favor del tercero que ha recibido un inmueble a “non domini”, le asegura, al cabo de un breve plazo, la situación que hubiera tenido si hubiera tratado con el verdadero propietario (Arias-Schreiber, 1993).

Requisitos de la prescripción adquisitiva ordinaria son:

4.4.1. POSESIÓN CONTINUA Y A TÍTULO DE PROPIETARIO

Según Villanueva (2008) a este primer elemento, se deberá aplicar el contenido de la posesión sustentada en la teoría de Ihering, y luego, en segundo plano, la presunciones de posesiones del tiempo intermedio

entre la posesión actual y la anterior y la continuidad de posesión la de aquel que le transmitió el bien e inclusive la presunción de propiedad, no sin antes haberse probado la posesión en su real contenido y dimensión.

De allí que esta posesión continúa tiene que ser:

- ✓ En concepto de propietario, es decir, la posesión continua debe ejercerse en base a los poderes facticos del Derecho de propiedad.
- ✓ Publica, no basada en actos clandestinos.
- ✓ Pacífica, obtenida sin violencia.
- ✓ No interrumpida, la interrupción de la posesión está referida a la supervivencia de un hecho que, destruyendo algunas de las condiciones de la usucapión (permanencia de la posesión, inacción del propietario anterior) corta el curso de aquella, haciendo inútil el tiempo obtenido. Es interrupción natural cuando hay lugar a la propia pérdida de la posesión. Y hay interrupción civil cuando ocurre la reclamación del propietario. (Villanueva, 2008).

En síntesis, habrá posesión continua: a) cuando ella se tiene o ejerce sin interrupción, b) cuando la interrupción es menor de un año, o C) cuando durando más de un año, esta le es restituido por sentencia (Cruz, 2004)

4.4.2. POSESION PACIFICA

La posesión para la usucapión también tiene que ser pacífica porque una posesión adquirida o mantenida por todo el tiempo de la prescripción por medio de la fuerza o la violencia no permite la adquisición del Derecho, habiéndose entendido por violencia no solo las vías de hecho sino también la violencia moral.

La prescripción adquisitiva de bienes poseídos por la fuerza o por la violencia, no comienza sino desde el día en que se hubiese purgado el vicio de la posesión, lo que a nuestro juicio sucede al haber cesado la fuerza o la violencia, porque es solo al cabo de ese tiempo que el poseedor vicioso no tendrá contradictor en su posesión, al haber perdido el despojado la acción posesoria que le hubiera permitido recuperar el bien. (Ore, 2006).

Es la posesión libre o exenta de violencia. Ello implica que tanto la adquisición como la continuidad o continuación de la posesión. Deben fundarse en la no utilización de la fuerza o violencia. Se excluye a la fuerza tanto material o física como la moral. Por ello la pacificidad se entiende como lo opuesto a la violencia (Cruz, 2004).

4.4.3. POSESIÓN PÚBLICA

La posesión pública como requisito de la prescripción adquisitiva o usucapión es tratada por Hernández (citado por Hinojosa, 2008) tal como lo señala:

Hay una cierta redundancia al añadir a la palabra posesión la palabra pública porque a la posesión le es inherente una función de publicidad. Toda la teoría de la posesión muestra a esta como una exterioridad o una exteriorización. La posesión es visible, perceptible sensorialmente. Mucho más que los derechos o que el propio Derecho a la posesión.

En esa asequibilidad que tiene para ser captada desde fuera descansa en gran medida la razón de ser de la protección. El mundo de los derechos se revela mucho menos al exterior y tiene un trasfondo de interioridades que son siempre las decisivas. La función de legitimación, fundada en la apariencia, que desempeña la posesión, descansa en la publicidad que le es implícita. Los efectos jurídicos más importantes derivados de la posesión, que la trascienden hasta el punto de engendrar derechos, descansan en lo que la posesión muestra y en la creencia que funda en los observadores de buena fe. Por eso se equipara en algunos aspectos la publicidad posesoria a la publicidad registral. El propio adquirente por usucapión reputa al transmitente con poder de disposición en virtud de la que aparece al exterior.

4.4.4. DEBE EXISTIR JUSTO TÍTULO

El justo título es la causa eficiente para transmitir el dominio creado por quien carecía de Derecho de propiedad sobre el bien, o por quien carecía de capacidad para transmitirlo válidamente. Es pues, un título imperfecto, más que un “justo título”, denominación que censuramos por el error y la contradicción entre lo justo y lo imperfecto o incompleto (Cuadros, 1995). Deriva de un acto jurídico que implica una propiedad aparente ya que da la impresión de transferencia real del dominio, sin embargo el disponente no tiene condiciones de propietario (Velásquez, 2004: 137). Quiere decir un instrumento de orden legal destinado a la transmisión de la propiedad (la compraventa, permuta, partición,

dación en pago, el aporte a la formación de capital de una sociedad, la herencia y el legado, entre otros) (Arias-Schreiber, 1993).

El justo título para la usucapión ordinaria debe ser cualquier acto o negocio jurídico dirigido a la adquisición, debe tratarse de un acto traslativo cuya finalidad sea la salida de un bien del patrimonio de otro. Por esta razón, se descarta el testamento, y más todavía la sucesión intestada o legal, ya que los actos por causa de muerte individualizan al adquirente, antes que producir realmente un traslado del Derecho, por lo que para estos fines no se consideran un acto traslativo.

En consecuencia, el justo título será cualquier acto o negocio jurídico a título particular (no universal, como la herencia) cuya finalidad sea la transferencia de la propiedad, siempre que sea válido, por lo que su único defecto está circunscrito a la falta de poder de disposición del transmitente. Por tal motivo, el defecto del título será subsanado a través de la posesión como buena fe por el plazo correspondiente.

En buena cuenta, el título debe ser “justo”, es decir, legalmente suficiente para transmitir la propiedad por sí solo, con la única deficiencia de la falta de titularidad del sujeto disponente. En realidad la palabra “justo” produce una falta percepción de las cosas, pues si un título es justo se supone que produce la transferencia dominical; el termino exacto seria que el negocio jurídico debe ser “ajustado” a Derecho, en el entendido que, en abstracto, es suficiente para transmisión del dominio; pero en el caso concreto ese efecto no se realiza por cuanto el enajenante no es propietario del bien, esto es,

carece de poder de disposición. El título es justo (o” ajustado”) desde la perspectiva obligacional, pues los deberes de las partes, resultantes del negocio, están pre ordenadas para conseguir la adquisición de la propiedad; pero no desde el ámbito jurídico-real, pues la ausencia de poder de disposición hace que no se transmita el dominio. En buena cuenta, el “justo título “se mide desde la situación obligatoria, pero no desde la real (Barron, 2013).

a) REQUISITOS DEL JUSTO TÍTULO

Según Arias-Schreiber (1993) los requisitos o características que debe reunir el justo título son:

1. Ser un acto traslativo de dominio, como son la compraventa, la donación y otros análogos. No deberá confundirse el acto jurídico con el documento que lo representa (artículo 225 CC)
2. Este acto jurídico no debe estar sujeto a una causal de nulidad absoluta, pues en este supuesto carecería de idoneidad y no sería por lo tanto, justo.
3. Debe tener existencia real, efectiva. No tienen el carácter de justos los llamados “títulos putativos”, que son aquellos que sólo merecen existencia en opinión de quienes lo alegan.
4. Debe probarse, pues no se presume. Si la prueba es del hecho de la usucapión en sí, corresponderá a quien alegue que se ha producido. Y habrá de demostrarse que se dieron todos los requisitos que la usucapión exija.

Por otro lado tenemos además que debe reunir:

a) JUSTO

Porque debe ser legalmente suficiente para transferir la propiedad.

b) VERDADERO

Que tenga existencia real, no valiendo ni el título simulado que perjudique a terceros, ni el título putativo que debe ampararse en la usucapión extraordinaria (Contreras, 2008).

Para Gonzales (2013), el justo título debe ser verdadero, porque el acto o negocio jurídico debe tener existencia real, no aparente; y, además, no tratarse de un título simulado.

c) VALIDO

Que el acto no sea jurídicamente nulo, sino que tenga plena validez. Siendo válido en sí, pero incapaz para trasladar la propiedad, vendrá la usucapión a favorecerlo y ayudarlo haciendo que realmente dicha propiedad se adquiera. La validez no tiene nada que hacer con la perfección del acto jurídico, pues en este caso, serían verdaderos propietarios, y la usucapión no tendría lugar.

d) PROBABLE

Porque el justo título no puede presumirse (Contreras, 2008).

4.4.5. BUENA FE

El poseedor deberá haber actuado de buena fe, esto es, teniendo la convicción de ser el legítimo propietario del bien que posee. Conviene señalar que la buena fe no constituye simplemente un estado anímico o subjetivo, sino que debe corresponder a un elemento causal, objetivo, cual es el justo título del que tratamos anteriormente. La buena fe presupone este título y se apoya en él. Faltando el justo título no existiría explicación racional de fenómenos anímicos. Reiteramos que el justo título es un requisito fundamental. Por él se controla la libre expresión de un estado de certeza que es, según se dijo, de naturaleza subjetiva y que de otro modo conduciría a innumerables problemas, por su imposibilidad de comprobación (Arias-Schreiber, 1993).

La buena fe, es la convicción que tiene el adquirente de la legitimidad de su título, es decir, que presume adquirir válidamente, de quien considere dueño. Esta presunción obedecerá a error de hecho o de Derecho. Consiguientemente, no habrá buena fe, si a sabiendas que quien no es dueño transfiere el bien se adquiere o si a sabiendas que el vendedor es menor de 18 años y carece de capacidad absoluta se adquiere. De acuerdo a las normas de posesión de buena y mala fe, la buena fe durará mientras el poseedor presume en la legitimidad de su título y esa presunción acabará en cuanto el poseedor tenga elementos que demuestren su ilegitimidad o sea emplazado a juicio (Cuadros, 1995).

4.5. PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA EXTRAORDINARIA

Si faltan los dos elementos justo título y buena fe, que componen la prescripción adquisitiva ordinaria, entonces, recibe el nombre de prescripción adquisitiva extraordinaria, debiendo estar siempre presente el elemento basado en la posesión continua como propietario, siendo que nuestro Código Civil vigente para esta clase de prescripción la extiende desde los cinco años a los diez años (Villanueva, 2008).

La prescripción larga o decenal, llamada extraordinaria. Encuentra su origen en la prescripción *longi temporis* del Derecho romano. Es modo originario de adquirir la propiedad; aunque sea ser derivativo cuando el poseedor actual suma su posesión a las posesiones anteriores para invocar la prescripción. Sus elementos son: posesión y transcurso del tiempo legal. Ya hemos dicho que la posesión prescriptora es la que se ejercita a título de dueño directa o inmediatamente, o indirecta o mediatamente. Consiguientemente si el poseedor es mediador de la posesión ajena, como el arrendatario, el depositario, el usufructuario, no podrá invocar la posesión para ganar la prescripción (Cuadros, 1995).

La usucapión extraordinaria (o larga) tiene como antecedente la llamada "prescripción por largo tiempo" (*longi temporis praescriptio*), cuyo fundamento no solo se encuentra en subsanar la falta de poder de disposición del transferente, pues, con esta figura se logra subsanar cualquier defecto del título, o incluso se consuman adquisiciones sin título. Por tanto, la usucapión extraordinaria es el remedio último para regularizar situaciones de hecho

largamente consolidadas por el paso del tiempo, y en las que se toma en cuenta los requisitos de orden jurídico-formal, pues basta la posesión continua, pacífica y como propietario. En este caso, lo único que juega es la apariencia fáctica y su continuidad, mas no la apariencia legal; por lo que la posesión de larga data, sin requisitos legales de orden formal, puede convertirse en el mejor título.

La usucapión no está pensada para proteger al poseedor de mala fe, sino a cualquier poseedor cuya apariencia sea compatible con comportamiento análogo al de un titular, según el ámbito social en el cual se desenvuelve, y al margen de cualquier condicionamiento jurídico-formal. En efecto, es perfectamente posible que un poseedor cuente con buena fe-psicológica, esto es, que íntimamente haya actuado conforme a derecho, pero en realidad su conducta fuese negligente, por lo que en el estricto marco jurídico tendrá mala fe.

Así, la persona que debió conocer un hecho, y no lo hizo, se reputa que es un actor jurídico malicioso. El caso típico es el sujeto que compra a un titular presunto, al que todos aprecian como tal, pero en realidad no lo es, ya que existe un tercero inscrito en el registro en calidad de propietario. Ello hace descartar, en principio, la buena fe del adquirente. Pues bien, no caben dudas que este último actuó con el convencimiento de que su situación era regular, pero un formalismo de índole legal destruye su íntima honestidad, y la reemplaza por una social deshonestidad. En estas hipótesis, y en muchas otras análogas, sería muy duro que el poseedor no pueda convalidar su situación ante el mundo del derecho; y que, por tal circunstancia, quedase imposibilitado de llegar a ser dominio.

Bien puede decirse que la posesión por un plazo muy extendido hace innecesario la buena o el título, pues el transcurso del tiempo es mejor aliado para borrar el pasado y consolidar el presente. En forma metafórica se alega que el poseedor de la usucapión extraordinaria ya no necesita exhibir título alguno; de manera similar al poseedor que no necesita invocar derecho alguno para mantener o conservar su estado a través de los interdictos. Algunos códigos civiles, como el chileno y el colombiano, llegan a establecer la ficción que el plazo extraordinaria hace “presumir la buena fe”, lo que en realidad significa que el poseedor ya no necesita probar la existencia de título alguno, y que su adquisición queda consumada. . (Gonzales, 2013)

4.6. BIENES PRESCRIBIBLES E IMPRESCRIBIBLES

La usucapión funciona tanto sobre los bienes inmuebles cuando sobre los muebles, siendo diversos los períodos de posesión que se exigen para usucapir ambas clases de bienes. Empero, en cuanto a los segundos, el campo de aplicación es muy reducido, pues ya se ha explicado la regla según la cual la posesión de buena fe de los muebles, crea o equivale a la propiedad (artículo 948 CC).

Los bienes que no pueden ser objeto de propiedad privada no son susceptibles de posesión, y por ende, de usucapión. Sucede así con los bienes muebles e inmuebles de dominio público del Estado:

1. Los bienes de dominio público (artículo 73 de la Constitución)
2. .Los recursos naturales

3. Los yacimientos y restos arqueológicos, construcciones, monumentos, lugares, documentos bibliográficos y de archivo, objetos artísticos y testimonios de valor histórico, expresamente declarados bienes culturales, y provisionalmente los que se presumen como tales. Todos ellos son patrimonio cultural de la Nación, independientemente de su condición de propiedad privada o pública.

4.7. EFECTOS DE LA PRESCRIPCIÓN

Son efectos de la prescripción; otorgar el Derecho de propiedad sobre el bien prescrito sin título y perfeccionar el título justo del bien adquirido. Estos efectos son retroactivos al día en que se inició la prescripción. Este efecto puede ser susceptible de renuncia por quien tenga capacidad de ejercicio y adquisición (artículo 1991 CC). Pero el derecho a prescribir es irrenunciable (Cuadros, 1995)

Para que la adquisición por prescripción produzca efectos contra el anterior dueño y contra terceros, es necesaria que la sentencia declarativa del Derecho, sea inscrita en el Registro de la Propiedad Inmueble. Sus efectos son:

1. Constituye título eficiente del Derecho de propiedad adquirido.
2. Cancela el Derecho inscrito del anterior propietario

De acuerdo a los principios del Derecho registral, la prescripción ganada producirá efecto contra terceros solamente desde el día de la inscripción de la sentencia en el Registro de la Propiedad Inmueble. El principio de retroactividad de la inscripción, hasta el primer día de posesión, no está expresamente reconocido por la ley.

Es importante esclarecer los alcances del artículo 952 del Código Civil, en cuanto establece el Derecho que tiene el adquirente por prescripción, de accionar para que se le declare dueño. El esclarecimiento tiene por objeto dejar establecido que la propiedad se adquiere por prescripción, merced al transcurso del tiempo y no merced a la sentencia que se expida en el juicio autorizado por el artículo 952: “La acción reivindicatoria es imprescriptible. No procede contra aquel que adquirió el bien por prescripción”. Según Cuadros (1995) esto se debe a que el artículo 927 establece que la acción de reivindicación es imprescriptible, el propietario al ser emplazado con la demanda de prescripción, podría muy bien oponerse a ella reclamando su Derecho de propiedad; la que dada la imprescriptibilidad de la acción reivindicatoria, podría declararse fundada, burlando la prescripción. Este efecto podría deducirse si se interpretase el título de propiedad del prescribiente nacido solo de la sentencia. Por eso, es preciso tener en consideración que la adquisición del Derecho de propiedad por prescripción opera al vencerse el plazo legal y que el título en que consiste la sentencia que expida el juez dentro del proceso a que se refiere el artículo 952 es título para la inscripción del Derecho y no título adquisitivo de dominio. El título adquisitivo de dominio es la prescripción razón por la que la imprescriptibilidad de la acción reivindicatoria no podrá tampoco ser invocada contra el prescribiente, tal cual lo establece el propio artículo 927. Pero en contrario podría invocarse que recién en el procedimiento de expropiación se ha de probar la posesión. Es importante entonces que el juez analice en el proceso si se ha producido o no la prescripción y, en el caso de haberse producido, rechace la petición reivindicatoria. Pues la prescripción no es un efecto ni del

proceso, ni de la sentencia, es un efecto del tiempo y del ejercicio de la posesión, con los requisitos establecidos por el artículo 950 del Código Civil.

4.8. IMPORTANCIA PARA LA PRUEBA DE LA PROPIEDAD

En la praxis judicial existen dos medios o formas de probar el Derecho de propiedad sobre un bien: el título (de propiedad) y la usucapión. A falta del primero, la prueba de la propiedad sería muy difícil por no decir imposible-si no existiera usucapión. El adquirente solo podría ser propietario si su causante (transferente), a su vez, lo era también. La usucapión suprime esta dificultad, que sería insoluble: cierto número de años de posesión bastan (Ramírez, 2004).

La usucapión viene a suplir o evitar esta prueba tan plagada de dificultades, toda vez que aquel que se dice propietario solo deberá probar que él y sus antecesores han poseído el bien por el tiempo que la ley establece para adquirir el dominio por usucapión y esa prueba será suficiente para otorgarle un Derecho inimpugnable. Constituye, pues, una vía alternativa para probar la propiedad (Ramírez, 2004).

Esta institución de la usucapión es de la mayor importancia, pues el sistema jurídico ampara a quien sin ser propietario ejerce la posesión de un bien a través de un lapso determinado de tiempo. De ahí que se dice que se gana por prescripción un bien cuando este efectivamente se posee y no cuando se tiene una cadena de títulos de propiedad válidos (Bullard, citado por Ramírez, 2004)

CAPITULO V

LA HIPOTECA

5.1. LA HIPOTECA

A este respecto nos remitiremos al estudio de Avendaño (2008). La hipoteca es un Derecho real de garantía. También lo expresa así el CC:

Por la hipoteca se afecta un inmueble en garantía del cumplimiento de cualquier obligación, propia o de un tercero. La garantía no determina la desposesión y otorga al acreedor los Derechos de persecución, preferencia y venta judicial del bien hipotecado.

Dice la norma que se afecta un inmueble “en garantía del cumplimiento de cualquier obligación”. Vale acá lo que se dijo respecto de la prenda. En rigor, la hipoteca solo puede garantizar una obligación de dar dinero, pero no una obligación de hacer o no hacer. La razón es que la hipoteca desemboca, en caso de incumplimiento del deudor, en la venta del bien gravado. El producto de esta venta es dinero, con cargo al cual se cobra al acreedor. Puede haber hipoteca, sin embargo, en una obligación de hacer o no hacer, pero no para garantizar la obligación misma sino el pago de una cláusula penal o multa en dinero que eventualmente se hubiese pactado para el caso de incumplimiento del deudor.

La hipoteca debe recaer necesariamente sobre un inmueble, esto es, sobre los bienes enumerados en el artículo 885 del CC. No es posible establecer una hipoteca sobre un bien mueble, aun cuando se trate de uno registrado, como por ejemplo un automóvil. En España, sin embargo, existe la hipoteca mobiliaria, que recae sobre bienes móviles registrados y plenamente identificados como los automóviles, los vagones de ferrocarril, los aviones, la maquinaria industrial y la propiedad intelectual e industrial.

La hipoteca no garantiza necesariamente una obligación propia, es decir, una obligación del constituyente del gravamen. Puede también asegurar una obligación ajena. Es obvio que en este caso el constituyente de la garantía no tiene la calidad de fiador, salvo que expresamente haya asumido tal carácter. Si no es fiador, el tercero constituyente de la hipoteca no responde con todos los bienes que integran su patrimonio sino únicamente con el bien afectado.

En la hipoteca no hay desposesión. El bien queda en poder del constituyente. La razón es que la inscripción del gravamen es obligatoria (artículo 1099 inciso 3).

La sujeción del bien a favor del acreedor es así consecuencia del registro y no de la entrega del bien como en la prenda. Hay pues una sujeción jurídica y no material.

El acreedor hipotecario goza del Derecho de persecución. Este es en realidad un atributo del titular de todo Derecho real. En el caso de la propiedad es muy

clara la existencia de la persecución, que se ejercita a través de la acción reivindicatoria (ver artículos 923 y 927).

La persecución permite al acreedor ejecutar el bien hipotecado, en caso de incumplimiento del deudor, cuando esté en poder de un tercero. La persecución es consecuencia de la oponibilidad del Derecho real. La situación de hecho es que el constituyente de la garantía, propietario del bien gravado, ha transmitido la propiedad o la posesión de dicho bien. El tercero adquirente ha estado en aptitud de saber, por el dato registral, que el inmueble estaba hipotecado. Sufre entonces el embate del acreedor hipotecario, a pesar de que no tiene relación jurídica con él. Conforme al artículo 1117, el acreedor hipotecario puede exigir el pago a dicho tercero poseedor del bien hipotecado, sin perjuicio de que lo haga también el deudor. La pretensión de pago dirigida contra el tercero concluye en la venta del bien gravado, con cuyo importe se cobra el acreedor.

La hipoteca confiere también el Derecho de preferencia. Esto significa que con relación a determinados acreedores, el acreedor hipotecario cobra primero con cargo al precio de venta del bien hipotecado. De acuerdo con la Ley General del Sistema Concursal Nro. 27809, en los procedimientos de disolución y liquidación, los acreedores hipotecarios cobran en tercer lugar, después de los trabajadores y de los alimentistas.

Se discute si el crédito hipotecario es preferente respecto de un crédito simple cuyo acreedor ha logrado un embargo anotado en el registro con anterioridad a la inscripción de la hipoteca. El embargo sería preferente en virtud del artículo 2016 del Código, que dispone que la preferencia de los Derechos que otorga el

Registro se determine por la prioridad en la inscripción. Pero en mi opinión debe aplicarse el segundo párrafo del artículo 2022, conforme al cual la anterioridad en la inscripción cede ante la diferente naturaleza de los Derechos enfrentados. En este caso uno (la hipoteca) en Derecho real y el otro es personal. Prevalece el primero.

La hipoteca, finalmente, otorga al acreedor el Derecho a la venta judicial del bien gravado. El acreedor hipotecario vende el bien hipotecado de acuerdo con el proceso de ejecución de garantías (Código Procesal Civil, artículos 720 al 724). En la práctica, según estudios realizados por la Superintendencia de Banca y Seguros, la ejecución de los bienes hipotecados tarda de 18 a 24 meses, plazo que se considera excesivo y que supera largamente lo previsto en el Código Procesal. Por esto, hoy en día hay una tendencia a autorizar legalmente la ejecución extrajudicial del bien hipotecado, cuando así lo pacten el acreedor y el deudor.

A modo de apreciación general y final, debo decir que la hipoteca es la garantía real más perfecta. Del lado del deudor presenta la ventaja de que no lo priva de la posesión del bien; y de parte del acreedor, no impone a este, como la prenda, las responsabilidades que pueden derivar de la custodia de un bien ajeno. A esto debe agregarse:

1. los inmuebles generalmente conservan su valor en el mercado,
2. que la hipoteca se extiende al valor del seguro y de la expropiación del bien (artículo 1101) y,

3. que el Derecho de persecución está asegurado; todo lo cual hace que en caso de falta de pago, el acreedor tenga muy buenas probabilidades de hacer efectivo su crédito con cargo al bien.

5.2. FORMALIDAD DE LA HIPOTECA

Para Aliaga (2008) según reconoce la doctrina unánimemente, existen diferencias Sustanciales entre forma y formalidad de los actos o negocios jurídicos; en ese sentido, “toda declaración requiere de una forma externa (o sabida ausencia de ella) que refleje la voluntad; pero no todo negocio reclama de formalidad” (Lohmann citado por Aliaga, 2008).

Como regla general y en virtud del “principio de libertad de forma”, consagrado en el artículo 143 del Código Civil, el acto o negocio jurídico puede exteriorizarse a través de diferentes formas; excepción hecha del silencio que importará “manifestación de voluntad” cuando por ley o por acuerdo de las partes se le atribuya ese significado (artículo 142, Código Civil).

En el caso de la hipoteca, el artículo 1098 del Código Civil establece que su constitución debe exteriorizarse a través de una determinada formalidad, es decir, “escritura pública” o aquella prevista por la ley (“documentos privados con firmas legalizadas”, “formularios registrales”, etc.). Estas formalidades servirán igualmente para exteriorizar los actos secundarios o derivados (ejemplo: modificación, rectificación, ratificación, levantamiento o cancelación, etc.), salvo que exista dispositivo que autorice el empleo de

formalidades especiales (ejemplo: “declaración jurada con firma legalizada notarialmente”, Ley 26639).

Si bien es cierto, el artículo 1098 del Código Civil establece una formalidad para la constitución de la hipoteca, sin embargo, no sanciona con nulidad su inobservancia, por lo que conforme al artículo 144 del Código Civil el documento que se extienda solo tendrá carácter *ad probationem*. Resulta pertinente señalar que, en tanto la constitución de hipoteca no se inscriba en el registro, solo tendrá eficacia obligacional o interpartes (obligación de gravar), ya que la existencia jurídica de la hipoteca como Derecho real (gravamen) se halla sujeta a su publicidad registral (artículo 1099, Código Civil), al ser la inscripción una *conditio sine qua nomde* su existencia; en ese mismo sentido, en la Exposición de Motivos Oficial del Código Civil se refiere que “el contrato de hipoteca que no estuviere inscrito no confiere al acreedor la garantía real hipotecaria, sino un título que sirve al acreedor para obtener a través de la inscripción el Derecho real de hipoteca”.

Respecto a las otras formalidades, tenemos que el segundo párrafo del artículo 176 de la Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, faculta a las empresas del sistema financiero al empleo de “documento privado con firmas legalizadas notarialmente”, a efectos de celebrar contratos con sus clientes, salvo que el valor exceda de 40 unidades impositivas tributarias, en cuyo caso deberán ser formalizados necesariamente en escritura pública.

5.3. REQUISITOS DE VALIDEZ

Los requisitos de validez según el artículo 1099 del CC son los siguientes:

Son requisitos para la validez de la hipoteca:

- a. Que afecte el bien el propietario o quien esté autorizado para ese efecto conforme a ley.
- b. Que asegure el cumplimiento de una obligación determinada o determinable.
- c. Que el gravamen sea de cantidad determinada o determinable y se inscriba en el registro de la propiedad inmueble.

1. QUE AFECTE EL BIEN EL PROPIETARIO O QUIEN ESTÉ AUTORIZADO PARA ESE EFECTO CONFORME A LA LEY

La doctrina es pacífica respecto a la necesidad de intervención del propietario en la constitución de la hipoteca -directamente o a través de su representante voluntario (artículo 156, Código Civil) o legal (artículo 167, Código Civil)-, dada su trascendencia económica, social y legal; gravamen que en última instancia puede implicar -en caso de incumplimiento y luego del proceso de ejecución de garantías correspondiente-, la pérdida del propio Derecho de propiedad.

En efecto, la hipoteca es un valioso instrumento de acceso al crédito mediante la cual se afecta un inmueble en garantía del cumplimiento

de una obligación, que autoriza en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a la realización pública del bien.

Según el artículo 1097 del Código Civil, la hipoteca puede ser constituida por el propio deudor o por un tercero en garantía de las obligaciones del primero (“hipotecante no deudor”, “dador de la hipoteca”, etc.).

El inciso 1) del artículo 1099 del Código Civil se refiere genéricamente al “propietario” por lo que algunos han entendido, basados en que en el ordenamiento jurídico nacional rige el “sistema consensual” en materia de transferencia de Derechos de propiedad inmueble (“la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él”, artículo 949, Código Civil), que resulta suficiente que grave el bien el propietario con o sin derecho inscrito.

Teniendo en cuenta el carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca, puede decirse que tal afirmación es parcial. Conforme al artículo 2015 del Código Civil, “ninguna inscripción, salvo la primera, se hace sin que esté inscrito o se inscriba el Derecho de donde emane”; por lo que, si bien el propietario “no inscrito” puede igualmente gravar el bien, sin embargo, al no existir tracto sucesivo -no figura como “titular registral”-, tal acto no podrá acceder al registro (condición de validez) y consecuentemente, no podrá existir y ser oponible *erga omnes*; en ese sentido, el propietario no inscrito, previa o

simultáneamente, deberá regularizar su situación registral (Aliaga, 2008).

2. QUE ASEGURE EL CUMPLIMIENTO DE UNA OBLIGACIÓN DETERMINADA O DETERMINABLE

En nuestra legislación no puede existir hipoteca sin crédito al cual garantice (Aliaga, 2008).

En doctrina y conforme al “principio de especialidad”, “solo se pueden gravar bienes determinados y existentes (especialidad en cuanto al bien) y en garantía de obligaciones individualizadas y hasta por montos determinados (especialidad en cuanto al crédito)” (Avendaño citado por Aliaga, 2008). El inciso 2), materia de comentario, se refiere al principio de especialidad en cuanto al crédito garantizado.

Respecto al fundamento del principio de especialidad, este permite a los terceros conocer la causa y el monto del mismo y la parte por la cual el bien hipotecado está libre de deudas; y hace posible al deudor obtener créditos, garantizables con el mismo bien; este principio evita la constitución de “gravámenes universales” como lo menciona Arias-Schreiber.

En la Exposición de Motivos Oficial del Código Civil se reitera la idea que subyace en la norma vigente, es decir, al legislador le interesa que

el bien hipotecado siga siendo usado y explotado por el hipotecante, quien inclusive no pierde la facultad de enajenarlo. Igualmente, el propietario puede afectar en garantía varias veces el inmueble gravado, ya que se admite la coexistencia de pluralidad de gravámenes sobre el mismo bien.

Estaremos frente a una “obligación determinada” cuando la obligación está perfectamente establecida en el contrato; asimismo, se estará ante una “obligación determinable” cuando no estando determinada en el contrato puede llegarse a establecer directa o indirectamente, sin necesidad de nuevo acuerdo de voluntades (Exposición de Motivos Oficial del Código Civil).

3. QUE EL GRAVAMEN SEA DE CANTIDAD DETERMINADA O DETERMINABLE Y SE INSCRIBA EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD INMUEBLE

Que entendemos por cada uno de ellos:

1. QUE EL GRAVAMEN SEA DE CANTIDAD DETERMINADA O DETERMINABLE

Sustentado igualmente en el “principio de especialidad”, el legislador establece la exigencia de especificar el monto del gravamen (especialidad en cuanto al crédito); su fundamento se halla en la necesidad del ordenamiento de proporcionar seguridad a los terceros adquirentes del dominio del inmueble hipotecado o de un Derecho real sobre él, favoreciendo con ello

la circulación de los bienes y propiciando el crédito en general (Avendaño citado por Aliaga, 2008).

El gravamen, igual que en el inciso anterior, será “determinado” cuando se ha establecido expresamente en el contrato y será “determinable”, cuando no estando determinada en el contrato puede llegarse a establecer directa o indirectamente, sin necesidad de nuevo acuerdo de voluntades.

Considerando que, de acuerdo con el artículo 1107 del Código Civil, la extensión de la hipoteca en cuanto a la obligación garantizada comprende el capital (crédito), los intereses, las primas del seguro pagadas por el acreedor y las costas del juicio, el monto del gravamen debe comprenderlos, por lo que su cuantía es ordinariamente superior al crédito u obligación garantizados.

2. QUE SE ENCUENTRE INSCRITO EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD INMUEBLE

La hipoteca es uno de los pocos Derechos reales cuya inscripción es constitutiva; en efecto, se trata de un Derecho real que nace al mundo jurídico con su inscripción registral.

Constituye fundamento de la inscripción constitutiva el hecho de que la constitución de hipoteca no exige desposesión ni desmembración de la propiedad; es decir, el propietario

hipotecante mantiene su posesión en todo momento; es por este motivo que es preciso recurrir al Registro como mecanismo objetivo de publicidad y Oponibilidad del mismo, en protección de los terceros adquirentes.

La inscripción constitutiva busca en última instancia evitar la existencia de “hipotecas ocultas”, los mismos que afectan al tráfico jurídico (históricamente y en términos generales, esa fue la causa inicial de creación de los Registros Inmobiliarios) (Aliaga, 2008).

5.4. BIENES SOBRE LOS QUE RECAE LA HIPOTECA

El artículo 1100 del CC prescribe que “la hipoteca debe recaer sobre inmuebles específicamente determinados”.

Según Granda Boullón (2008) el criterio para delimitar el ámbito de extensión objetiva de la hipoteca no debería ser la movilidad o inmovilidad de los bienes. Un criterio para determinar los bienes a los que es posible aplicar la hipoteca, que es preferible y que por lo demás ya ha sido resaltado por la doctrina, es aquel que permite que sean afectados en hipoteca los bienes y los Derechos sobre los mismos a los que el ordenamiento haya dotado de publicidad.

La publicidad consiste en establecer un mecanismo a través del que terceros, ajenos a una relación jurídica, a un negocio jurídico o distintos al titular del Derecho, puedan tomar noticia de estas circunstancias jurídicas.

En torno a la misma se pueden establecer varias formas de asegurar la titularidad y la intangibilidad de los derechos que se trafican.

En conclusión, creemos que el vehículo hipotecario se puede extender a cualquier bien o derecho sobre un bien que haya sido dotado de publicidad por el ordenamiento jurídico de que se trate. Desde la segunda perspectiva, el mandato contenido en la norma constituye una reiteración de lo prescrito por los artículos 140 y 219 del Código Civil, que regulan el objeto de los negocios jurídicos. En este sentido el artículo se refiere, en nuestra opinión, al objeto del contrato de hipoteca. Puede afirmarse que en un contrato de hipoteca el objeto es el Derecho real de hipoteca. Precisamente, es la obtención de este bien patrimonial el elemento que permite componer los intereses en el negocio hipotecario.

Desde esta perspectiva, el mandato contenido en el artículo 1100 obliga a la Determinación del Derecho de hipoteca. Por determinación, en sede de negocios jurídicos, se advierte que el bien debe ser individualizado o deben las partes establecer por lo menos los mecanismos para su individualización. Tal individualización consiste en su especificación al punto de que sea posible identificarlo de entre el conjunto de bienes de especie similar o idéntica a los que también podría referirse el negocio.

En el caso del negocio hipotecario, tal individualización del derecho de hipoteca supone determinar qué bien va a ser afectado por el derecho de hipoteca; en qué medida, o, de ser el caso, hasta por qué monto, y cuál es el mecanismo para la realización del bien.

5.5. EXTENSIÓN DE LA HIPOTECA EN CUANTO AL BIEN

Como ya hemos visto, la especialidad es una de las características de la hipoteca. Esta se manifiesta respecto al crédito y a los bienes hipotecados. El artículo 1018 del CC, regula la especialidad de la hipoteca en cuanto al bien. Así señala que, a falta de acuerdo, la hipoteca se extiende a los integrantes, accesorios, e indemnizaciones que correspondan al bien hipotecado; lo que también se denomina “extensión natural de la hipoteca” (Benavides, 2008).

5.5.1. PARTES INTEGRANTES

Los bienes integrantes son aquellos bienes que no pueden ser separados sin destruir, deteriorar o alterar el bien; y que no pueden ser objeto de Derechos singulares. La importancia de las partes integrantes radica en que, según señala el artículo 889 del CC, siguen la condición jurídica del bien al que se integran salvo que la ley o contrato permita su diferenciación o separación. Ello significa que si el bien es inmueble, las partes integrantes del mismo se entenderán también como inmuebles, aun cuando por su naturaleza y según la clasificación de los bienes que regula nuestro Código Civil, pudiera corresponder ser bienes muebles.

5.5.2. PARTES ACCESORIAS

El artículo 888 del Código civil define a los bienes accesorios como aquellos que sin perder su individualidad están permanentemente afectos a un fin económico u ornamental respecto de otro bien, siguiendo la condición jurídica de este último. A diferencia de las partes integrantes, los accesorios pueden ser separados del bien principal para servir a la finalidad económica de otro bien, sin que dicha separación siempre que sea provisional haga perder su condición de accesorio. Asimismo, pueden constituirse Derechos singulares respecto de las partes accesorias.

Los efectos de la hipoteca se extienden a las partes accesorias. Así, si se hipoteca una casa se entenderán afectos por la hipoteca las alfombras, los cuadros y los enseres que se ubiquen dentro de la misma. Si se hipoteca una concesión, la hipoteca se extenderá a los bienes adscritos a la misma finalidad económica, como pudieran ser maquinarias, equipos, vehículos, etc.

Las partes accesorias deben estar permanentemente afectas a un fin económico u ornamental. A efectos de la extensión de la hipoteca, se entenderán comprendidos aquellos bienes que estén afectos al bien al momento de la ejecución de la hipoteca. Aun cuando al momento de constituir la garantía, los bienes accesorios no hayan estado afectos económica u ornamentalmente al bien principal, estarán comprendidos en la hipoteca si al momento de su ejecución sí están adscritos al fin del bien principal.

En la práctica suele suceder que el deudor hipotecario retire del bien hipotecado los adornos, alfombras, cuadros, etc., y que el acreedor hipotecario ejecute la hipoteca solo respecto del bien principal, aun cuando dichos bienes se consideren hipotecados por ser accesorios (afectos al fin ornamental del bien principal). Para evitar estas prácticas, al constituir la hipoteca suelen detallarse los bienes que tengan la condición de accesorios y que como consecuencia se entiendan comprendidos bajo la hipoteca.

5.5.3. IMPORTE DE INDEMNIZACIONES DE LOS SEGUROS Y DE LA EXPROPIACIÓN

Si el bien hipotecado está asegurado y se produce un siniestro, la indemnización que corresponda se considerará gravada. Ello en la medida en que el monto indemnizatorio reemplaza al inmueble hipotecado.

Para Díez-Picazo y Gullón citado por Benavides (2008), si el inmueble hipotecado perece enteramente por siniestro o resulta expropiado, la hipoteca se extingue. El acreedor hipotecario se transforma de titular de un Derecho de real de hipoteca en acreedor titular de un Derecho de prenda sobre el crédito (cuando la indemnización es debida) o sobre el dinero (cuando la indemnización se ha satisfecho). En cambio, si la destrucción del inmueble es parcial, la hipoteca existirá respecto de la parte del bien no destruido. Así, existiría hipoteca sobre el terreno y prenda sobre el importe de la indemnización. Al igual que en los casos

de partes integrantes y accesorias, puede pactarse en contrario de la extensión de la hipoteca al importe de las indemnizaciones de seguro y de la expropiación justiprecio.

5.6. INDIVISIBILIDAD DE LA HIPOTECA

Lo primero por mencionar es que el artículo 1102 del CC es una norma dispositiva, en la que se establece la indivisibilidad de la hipoteca; esto es, las partes pueden pactar en contrario; ello resulta lógico, pues el único beneficiado con la indivisibilidad de la hipoteca es el acreedor de la obligación -o eventualmente sus sucesores-, con lo que al Estado no le interesa imponer la indivisibilidad a un acreedor que incluso puede renunciar al derecho real mismo. Claro que si no se dice nada en el título constitutivo de la hipoteca, la misma tiene la característica de indivisible pues con ello protegemos al crédito. En realidad la indivisibilidad no hace a la esencia de la hipoteca, sino a su perfección como garantía del pago de la obligación principal (Becerra, 2008).

En virtud a la indivisibilidad cada una de las cosas hipotecadas a una deuda y cada parte de ellas, están obligadas al pago de toda la deuda y de cada parte de esta.

5.6.1. CONSECUENCIAS DE LA INDIVISIBILIDAD

Mientras subsista la obligación garantizada o parte de ella, la hipoteca permanece inmutable pues así lo prevé el artículo 1102 del código sustantivo. El derecho real en buena cuenta siempre permanecerá tal cual se le configuró en el documento constitutivo, pese a que las condiciones del

crédito puedan verse modificados de manera subsecuente, o si el inmueble mismo sufre alteraciones o modificaciones. Empero, esta es solo una de las maneras de enfocar la eficacia de la figura de la indivisibilidad.

Siguiendo a Pérez Vives, Papaño, Kiper y Arias-Schreiber citados por Becerra (2008), vamos a resumir las principales consecuencias que la indivisibilidad comporta:

1. Cuando la hipoteca afecta un inmueble en su totalidad y este último sufriera una desmembración, la parte separada continuará gravada con la misma hipoteca y hasta por el mismo monto, pese a que hubiera operado una transferencia de titular dominial.

2. Consecuencia de la indivisibilidad es también la persecutoriedad prevista en la norma sustantiva a elección del acreedor, cuando la hipoteca comprenda varios inmuebles, pudiendo perseguirlos a todos ellos simultáneamente o solo a uno, aun cuando hubieran pertenecido o pasado a propiedad de diferentes personas o existieran otras hipotecas, con la posibilidad del juez para fijar una prelación para la venta de los bienes afectados (artículo 1109 del Código Civil). Debemos añadir que, aun cuando el artículo 1102 del Código, parece reclamar la necesaria concurrencia de varios inmuebles afectados para que opere la figura de la indivisibilidad, ello no es cierto, pues basta en realidad un único inmueble afectado para que hablemos de indivisibilidad.

3. Cuando la obligación principal se extingue parcialmente, la hipoteca subsiste en su integridad; de tal suerte si una hipoteca constituida hasta por US\\$ 300,000.00, gravaba un predio para garantizar una obligación pecuniaria de US\\$ 220,000.00, de la que a la fecha solo resta pagar US\\$ 2,500.00, la hipoteca subsiste íntegra y con el mismo monto en virtud a la indivisibilidad, salvo el caso de la reducción forzosa prevista en el artículo 1116 del CC.

4. Si existieran varios codeudores mancomunados en la obligación garantizada con la hipoteca de sus inmuebles, la deuda se divide ciertamente entre los mismos, pero la hipoteca subsiste íntegra, no pudiendo reclamar quien pague la parte de la deuda que le corresponde la cancelación del Derecho real. La indivisibilidad la hace subsistir, sin perjuicio de la reducción del monto del gravamen, que implica la puesta en marcha de otra figura, no necesariamente atendible por el juez.

5. En el campo sucesorio, si el constituyente de la hipoteca (el propietario del inmueble) es a la vez deudor y fallece dejando varios herederos, la obligación se divide entre los mismos, pero bajo el supuesto de que el bien se adjudique a uno de ellos y que este cumpla con pagar su parte, la hipoteca se mantiene íntegra hasta la total extinción de la obligación.

5.6.2. RELACIÓN CON LA REDUCCIÓN DEL MONTO DE LA HIPOTECA (ARTÍCULO 1115 DEL CÓDIGO CIVIL)

Si como se ha mencionado, el acreedor puede renunciar al beneficio de la indivisibilidad dada la naturaleza dispositiva del artículo 1102 de nuestro Código, queda claro que la hipoteca sí es divisible. Lo que debe quedar más claro todavía, es que la divisibilidad de la hipoteca no es la reducción de su monto.

Ambos supuestos son distintos, pues la división de la hipoteca implicaría (desde la casuística) justamente la desafectación de uno de los inmuebles gravados de manera primigenia, o que por ejemplo, la hipoteca por declaración del acreedor no garantice más la integridad de la obligación, o finalmente, todos aquellos supuestos contrarios arriba detallados. La reducción del monto de la hipoteca previsto en el artículo 1115 de Código es solo eso, la reducción del monto del gravamen mismo, más no la desafectación de uno de los inmuebles gravados de manera primigenia, por ejemplo. La finalidad que por un lado persigue la indivisibilidad de la hipoteca.

5.7. EXTENSIÓN DE LA HIPOTECA EN CUANTO AL CRÉDITO

Como ya hemos mencionado, la especialidad de la hipoteca tiene dos facetas, a saber, respecto de los bienes y respecto del crédito. La especialidad en cuanto al crédito implica que la hipoteca asegure el cumplimiento de una obligación determinada o determinable (inciso 2 del artículo 1099).

La especialidad se relaciona directamente con la extensión de la hipoteca. Al respecto, la hipoteca cubre el capital, los intereses que devengue, las primas

del seguro pagadas por el acreedor y las costas del juicio. Analicemos cada uno de los conceptos comprendidos en la hipoteca:

5.7.1. EL CAPITAL

Entendemos por capital el principal del crédito, el monto del préstamo otorgado y financiado. Es común que el monto del gravamen (suma por la que se compromete el inmueble, hasta por la cual responderá el bien ante una eventual ejecución de la garantía) coincida con el monto del capital. No obstante, en oportunidades el gravamen se constituye incluso hasta por un monto menor al del capital, probablemente porque el valor del inmueble no permite establecer como gravamen un monto mayor. En estos casos se procura que la diferencia esté cubierta con otra garantía.

5.7.2. INTERESES

Los intereses tienen el carácter de una prestación accesoria del crédito principal. De ahí que, atendiendo al criterio de accesoriedad, la hipoteca garantiza el pago de los intereses que devengue el crédito.

Como consecuencia de la especialidad de la hipoteca en cuanto al crédito, y en tanto los intereses sean "obligaciones garantizadas" con la hipoteca, la obligación accesoria de pago de intereses también debe ser determinada o determinable. El tipo de interés pactado debe consignarse, en principio, en el documento de constitución de la garantía hipotecaria e inscribirse en Registros Públicos. La finalidad es que los terceros conozcan la responsabilidad del bien hipotecado y, en caso de que el gravamen sea determinable, conozcan los criterios para su determinación.

Se encuentran comprendidos los intereses moratorios. La duda se presenta porque los intereses moratorios, cuya finalidad es indemnizar la mora o retraso en el pago, se devengarán aun cuando los terceros desconozcan que se ha constituido en mora al deudor hipotecario. La constitución en mora no figurará en Registros Públicos; no obstante, si la hipoteca cubre los intereses (la norma no distingue tipos de interés) se entendería que en dicha cobertura se encuentran comprendidos los intereses moratorios.

5.7.3. PRIMAS DEL SEGURO Y COSTAS DEL JUICIO

En caso de que el inmueble hipotecado se encuentre asegurado, las primas que el acreedor hipotecario pague por dicho seguro también estarán cubiertas por la hipoteca.

Ante un incumplimiento, el acreedor hipotecario está facultado a iniciar un proceso de ejecución de garantía y solicitar la venta judicial del inmueble hipotecado (sin perjuicio de las formas extrajudiciales establecidas por ley en caso de constitución de hipoteca de ciertos bienes inmuebles). Todos los gastos procesales en que incurra el acreedor hipotecario a fin de ver satisfecho su crédito con los ingresos obtenidos producto de la venta judicial del inmueble hipotecado, se encuentran cubiertos por la hipoteca.

5.8. EL PACTO COMISORIO

El artículo 1111 del CC establece lo siguiente:

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.

El pacto comisorio es el acuerdo entre el acreedor y el deudor hipotecario que permite que, en caso de incumplimiento, aquel se haga pago de la obligación, adquiriendo la propiedad del bien.

El sentido de esta norma es evitar un posible detrimento o perjuicio que sufriría el deudor o el propietario del bien hipotecado en caso de que el acreedor, ante una situación de incumplimiento en el pago de la obligación asegurada, se apropie del bien dado en garantía en pago de una suma inferior a su valor (al valor del bien). La hipótesis protegida con esta norma contempla tres aspectos:

1. que las partes hayan convenido que, en caso de incumplimiento del deudor, el acreedor quede en propiedad del bien;
2. que el bien tenga un valor significativamente superior a la deuda y
3. que si un convenio de esta naturaleza (pacto comisorio) estuviese permitido, sería impuesto por la parte fuerte (acreedor) a la parte débil (deudor).

La norma asume una supuesta posición de desventaja del deudor en el momento de contraer la obligación y afectar el bien en garantía, y es a partir de esta premisa que se prohíbe el pacto comisorio (García, 2008).

5.8.1. OPCIONES PERMITIDAS EN EL SISTEMA ACTUAL

Existen opciones que en nuestro sistema jurídico están permitidas:

1. MANDATO DE VENTA CON REPRESENTACIÓN

En virtud de esta modalidad, el acreedor o un tercero quedan facultados por el deudor para proceder a la venta (directa) del bien hipotecado y aplicar el precio obtenido al pago de la obligación asegurada. Se trata de un contrato en virtud del cual el propietario del bien hipotecado faculta e instruye al acreedor o a un tercero para que transfiera bajo cualquier modalidad contractual permitida la propiedad del bien en las mejores condiciones y aplique el producto de la venta al pago de la obligación. Esta opción contractual se pacta en forma previa a la exigibilidad de la obligación.

2. DACIÓN EN PAGO

Es el convenio entre acreedor y deudor, celebrado con posterioridad, de que la obligación garantizada resulte exigible, en virtud de la cual el deudor adjudica en pago al acreedor, el bien hipotecado (artículo 1265 del Código Civil). Este convenio, cuyo efecto es similar al del pacto comisorio es, en origen, distinto, ya que la decisión de las partes se adopta una vez que la obligación se ha vuelto exigible. En ese momento, las partes tienen certeza tanto del valor actualizado de la deuda como del valor del bien y están en condiciones de determinar si existe equidad en las prestaciones y si, en efecto, les conviene o no efectuar tal adjudicación. Esta es, sin duda, el efecto, les conviene o no efectuar tal adjudicación. Esta es, sin duda, la diferencia causal más importante entre el pacto comisorio la dación en pago. En el primero, el acreedor queda facultado a su sola elección a adquirir la propiedad del bien hipotecado, existiendo un

alto índice de probabilidad de que el valor del bien sea superior a la deuda, ya que lo que el acreedor normalmente cuida, a efectos de estar bien resguardado, es que el bien hipotecado tenga un valor suficiente como para cubrir el eventual incremento de la deuda por intereses compensatorios y moratorios que se pudiesen haber generado.

3. ADJUDICACIÓN EN LA SUBASTA

Como bien señala el profesor Jack Bigio citado por García (2008) tampoco es inválido que el acreedor, mediante subasta pública, adquiera el inmueble afectado en garantía. En este caso, el acreedor hipotecario concurre, como un postor más, sin privilegio ni preferencia y obtendrá la adjudicación si su oferta es la mejor.

5.9. LA EXTINCIÓN DE LA HIPOTECA

Por la vinculación de la hipoteca con el Registro, debido al carácter constitutivo de la hipoteca que exige para su nacimiento su inscripción en el Registro, es importante tener en cuenta no solo las causas generales de extinción, sino que la hipoteca no se extingue mientras no se cancele su inscripción.

En lo que respecta a las causales de extinción nos remitiremos a las afirmaciones de Vásquez Torres (2008):

5.9.1. EXTINCIÓN DE LA OBLIGACIÓN QUE GARANTIZA

Esta causal es por excelencia el modo principal de extinción, en atención a que la hipoteca como derecho real de garantía está estrechamente en conexión con el crédito o la obligación.

Por lo general, la hipoteca es accesoria a la obligación, no tiene razón de ser por sí misma, sino como garantía de un Derecho de crédito. Sin embargo, hay situaciones que no pueden desconocerse y son admitidas por la legislación, que dejan de lado el carácter accesorio de la hipoteca cuando se constituye; son los casos de las hipotecas en garantía de una obligación futura o eventual regulada en el artículo 1104 del Código Civil. No obstante ello, aun en estos casos, siendo la determinación de las obligaciones una exigencia estructural de la hipoteca, la obligación garantizada debe cumplir con ciertas exigencias mínimas, de modo tal que los contratantes dejarán a una futura liquidación la fijación de la obligación asegurada, pero deben determinar el máximo de la responsabilidad hipotecaria, para que la contratación y el crédito no se vean afectados.

La doctrina mayoritaria reconoce que las relaciones entre la hipoteca y la obligación garantizada son complejas y no deben ser analizadas desde la perspectiva del dogma de la accesoriedad.

Cuando la hipoteca garantiza una obligación, debe tenerse en cuenta que todas las vicisitudes de la obligación también deben incorporarse al Registro, para que tenga efectos frente a terceros; esto se desprende del

artículo 56 del Reglamento de las Inscripciones, que determina que son datos relevantes que deben constar en el asiento de inscripción de hipoteca: el capital y el interés; por ende, cualquier cambio sobre estos aspectos también debe constar en el Registro. Así como la accesoriedad de la hipoteca influye en el nacimiento y desarrollo de la hipoteca, por obvia razón también lo hace en la extinción de la hipoteca.

La hipoteca se extingue con la obligación garantizada, por ende la extinción de la hipoteca por causas que solo se refieren al derecho real de garantía, no extingue el Derecho personal de crédito.

La extinción puede ser total o parcial, según que comprenda la totalidad de la hipoteca o se reduzca la cuantía de la responsabilidad hipotecaria (artículos 1115 y 1116 del Código Civil).

En atención a lo expuesto, todas las causas por las que se extingue una obligación producen la extinción de la hipoteca que la garantiza. Deberán tenerse en cuenta las causas de extinción de obligaciones (de dar, hacer, no hacer) reguladas en el Libro de Obligaciones del Código Civil.

Así tenemos que el pago de la deuda es causa de extinción de la obligación. El pago se hace mediante distintas modalidades; el pago directo (artículo 1220), el pago por consignación (artículo 1251), la dación en pago (artículo 1265). En el caso del pago con subrogación (artículo 1260), si bien extingue la obligación, no extingue la hipoteca en virtud del artículo 1262 del Código Civil; lo mismo sucede con la cesión de créditos,

en virtud del artículo 1211 del mismo cuerpo legal. También tenemos como causas de extinción de obligaciones, la novación (artículos 1277 y 1283), la compensación (artículo 1288), la condonación (artículo 1295), la consolidación (artículo 1300), la transacción (artículo 1302), el mutuo disenso (artículo 1313).

5.9.2. ANULACIÓN, RESCISIÓN O RESOLUCIÓN DE DICHA OBLIGACIÓN

Por efecto de la accesoriedad del Derecho real de hipoteca, si la obligación resulta anulable (artículo 221 del C. C.) por cualquiera de las causas señaladas para el acto jurídico, entonces la hipoteca también sufrirá las consecuencias y se extinguirá.

Igualmente, si la obligación se rescinde (artículo 1370 del C.C.) o resuelve (artículo 1371 del C.C.) conforme a lo pactado o en virtud de la ley, la hipoteca se extinguirá.

La Exposición de Motivos del Código Civil sobre la materia expresa que no se incluyó como causal la nulidad de la obligación, en atención a que siendo la obligación asegurada nula no puede haber una hipoteca sin crédito válido que garantizar, por ende, no puede extinguirse lo que no existe.

De otro lado, una situación que cabe destacar se presenta cuando se anula el acto que ha extinguido el crédito, esto hace que en principio reviva el crédito con las garantías que le aseguraban, como si no se

hubiera extinguido jamás. Sin embargo, este principio es moderado por las reglas de la publicidad del Registro para no perjudicar al tercero que hubiera inscrito su derecho en el momento que habría creído válidamente cancelada la hipoteca. La hipoteca es oponible a aquellos que hayan inscrito antes de la cancelación, pero inoponible a los acreedores que hayan publicado sus derechos entre la cancelación y el restablecimiento de la inscripción.

5.9.3. RENUNCIA ESCRITA DEL ACREEDOR

Esta causal se sustenta en la autonomía de la voluntad como ocurre con la renuncia de otros Derechos reales. En cualquier momento con independencia de la subsistencia de la obligación, el acreedor puede renunciar a la garantía hipotecaria.

El artículo exige renuncia por escrito, por lo tanto debe ser expresa y no tácita.

La doctrina reconoce que este acto es unilateral y que no debe perjudicar al tercero. En efecto, en virtud de la acción revocatoria o pauliana (artículo 195 del C.C.) el acreedor del renunciante puede solicitar la ineficacia de la renuncia si este acto le perjudica.

5.9.4. DESTRUCCIÓN TOTAL DEL INMUEBLE

Cuando se extingue o desaparece totalmente la cosa hipotecada, la hipoteca queda sin efecto. Generalmente, para este caso se pacta el Derecho a recibir una indemnización o se contrata un seguro. En caso de que se trate de una destrucción parcial, la hipoteca subsiste sobre la

porción del bien no afectada por la destrucción, en aplicación de la indivisibilidad de la hipoteca.

El artículo parece referirse a la destrucción material o física del bien, sin embargo, existe también la posibilidad de la pérdida jurídica del bien. Si bien no se encuentra expresamente contemplada, la pérdida del dominio o del Derecho real hipotecado también genera la extinción de la hipoteca.

José María Chico y Ortiz cita, entre otros, los siguientes casos: cuando se extingue el usufructo por un hecho ajeno a la voluntad del usufructuario; la subhipoteca o la hipoteca sobre el Derecho de hipoteca, cuando se extinga la primera; la hipoteca constituida sobre concesiones administrativas cuando estas caduquen o quedan extinguidas; cuando se trate de hipotecas sobre bienes litigiosos y la sentencia sea favorable a la demanda presentada; cuando la hipoteca recaiga sobre bienes sujetos a condición resolutoria, y esta se cumpla.

5.9.5. CONSOLIDACIÓN

Este es un supuesto especial, la doctrina la llama confusión de Derechos. No se refiere al caso general de extinción de la obligación cuando en una misma persona concurre la cualidad de deudor y acreedor, sino al caso en que el Derecho real de hipoteca se extingue cuando en una misma persona se da la cualidad de titular dominical y de titular del Derecho real que lo grava. Esto ocurre porque no es posible que se admita la hipoteca sobre cosa propia.

La Exposición de Motivos del Código Civil, Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón citados por Vásquez (2008), señala que la consolidación no puede operar en perjuicio de tercero. Si el Derecho real está gravado con otro Derecho real, aquel frente al titular de este, subsistirá como si la consolidación no se hubiese producido.

5.9.6. OTRO SUPUESTO LEGAL: EXTINCIÓN DE LA HIPOTECA POR CADUCIDAD

Como se señaló en la introducción de este comentario, la hipoteca se extingue por caducidad, conforme al segundo párrafo del artículo 3 de la Ley 26639. El Tribunal Registral ha establecido en un precedente de observancia obligatoria que esta norma ha introducido una nueva causal de extinción de la hipoteca. Llega a esta conclusión luego de analizar en diversos pronunciamientos los alcances del artículo 3 de la Ley 26639, cuyo texto es el siguiente:

Las inscripciones de las hipotecas, de los gravámenes y de las restricciones a las facultades del titular del derecho inscrito y las demandas y sentencias u otras resoluciones que a criterio del juez se refieran a actos o contratos inscribibles, se extinguen a los 10 años de las fechas de las inscripciones, si no fueran renovadas.

La norma contenida en el párrafo anterior se aplica, cuando se trata de gravámenes que garantizan créditos, a los 10 años de la fecha de vencimiento del plazo de crédito garantizado.

El Tribunal Registral ha señalado que la norma contenida en la Ley 26639 busca cancelar, entre otras cuestiones, las inscripciones de hipotecas que afectan a determinados bienes y que no han sido ejecutadas dentro del respectivo lapso de tiempo. En esta línea se ha dicho que no debe confundirse entre la cancelación de la inscripción de la hipoteca y la extinción de la hipoteca, ya que esta puede estar extinguida por cualquier causa y sin embargo subsistir la inscripción.

Según el análisis que ha hecho el Tribunal Registral, de los antecedentes de la Ley 26639; se aprecia del dictamen de la Comisión de Justicia, en su sesión del 25 de marzo de 1996, referente a los Proyectos de Ley 931 y 1050-95-CR, sobre caducidad de las medidas cautelares y extinción de las inscripciones de gravámenes, que la propuesta contenida en el segundo de los proyectos mencionados se fundamenta en la omisión en el Código Civil vigente de una norma que determine la extinción de las referidas inscripciones, como sí lo hacía el artículo 1049 del Código Civil de 1936, que señalaba que las inscripciones de las hipotecas y gravámenes se extinguían a los 30 años de las fechas de sus respectivas inscripciones, pero “cambiando el antiguo plazo de 30 años por el de 10, por cuanto este es el nuevo término de la prescripción extintiva de la acción real”.

Sin embargo, pese a esa intención, se aprecia que el referido proyecto que finalmente derivó en la aprobación de la Ley 26639 contempla que para que se produzca la extinción de las hipotecas, debían transcurrir 10 años desde la fecha del vencimiento del plazo del crédito garantizado y no

desde la fecha de las inscripciones, como lo había establecido el artículo 1049 del Código Civil de 1936.

Es decir, conforme al texto aprobado, la extinción prevista en dicha norma, cuando se trata de hipotecas que garantizan créditos, se contabiliza a partir de la fecha de vencimiento de la obligación garantizada y no desde la inscripción de la hipoteca.

Ahora bien, si se canceló el asiento de hipoteca por caducidad y se pretende nuevamente inscribir la hipoteca, para que vuelva a tener vigencia como Derecho real y así gozar de los Derechos emanados de ella, vale decir, la preferencia, persecución y venta judicial de los inmuebles afectados con dicha garantía, buscando que el bien garantice la obligación por un lapso mayor a los 10 años contemplados en el artículo 3 de la Ley 26639; estos 10 años no deben haber vencido, si de la escritura pública se aprecia que sí han vencido, entonces, no puede volver a inscribirse la hipoteca en mérito a este mismo instrumento.

Para que no ocurra la caducidad, en el plazo señalado en la ley el acreedor diligente debe renegociar la deuda y renovar la hipoteca, o interponer la demanda en la vía judicial con el objeto de hacer efectivo el pago de la deuda; es importante que estos actos se hagan constar en el Registro para enervar la presunción de que el transcurso del término prescriptorio para iniciar el cobro de la obligación garantizada, extingue la hipoteca. El descuido del acreedor puede originar que no obstante estarse ejecutando la hipoteca, esta se cancele en el Registro por caducidad.

De otro lado, el primer párrafo del artículo 3 de la Ley 26639 establece la caducidad de las hipotecas por el transcurso del tiempo del asiento de inscripción: 10 años de la fecha de la inscripción. Este supuesto solo se aplicaría a las hipotecas que no garantizan un crédito, porque si lo hacen, entonces resultaría de aplicación el segundo párrafo del artículo 3, ya expuesto en párrafos anteriores. La pregunta que surge es: ¿cuáles son aquellas hipotecas que no garantizan créditos a las que les resulta aplicable el primer párrafo del artículo 3 de la citada ley? Si asimilamos el término crédito al de obligación como lo hace la doctrina más autorizada y nuestra legislación, concluimos que en el primer párrafo se ha regulado un supuesto legal inexistente: hipoteca sin obligación garantizada (según el artículo 1099 inciso 2), la existencia de la obligación es requisito de validez de la hipoteca). Hay quienes sostienen que debe hacerse una interpretación que procure la vigencia de la norma, de tal modo que las inscripciones de aquellas hipotecas que garantizan créditos pero no tienen un plazo, como las futuras y eventuales, caduquen a los 10 años de la fecha de la inscripción.

Finalmente, en general para cancelar la inscripción se requiere de escritura pública o documento privado si existe autorización legal, en la que conste la manifestación expresa del acreedor respecto a la cancelación de hipoteca, ya sea unilateral o contractual; o en su defecto la inscripción se hará en mérito a partes judiciales que contenga el mandato judicial respectivo. En el caso de la consolidación se podrá pedir la cancelación de la hipoteca en mérito al instrumento en virtud del cual se produjo la confusión de Derechos: entre el crédito y el débito (primer supuesto) o entre la propiedad y la hipoteca (segundo supuesto), no es necesario otorgar un instrumento de cancelación por obvias razones. Se

produce la cancelación automática en los casos de la expiración del plazo de la hipoteca y por cumplirse la condición resolutoria (artículo 94 inc. a del Reglamento General de los Registros Públicos). En el caso del supuesto de caducidad, bastará invocar el transcurso del plazo y luego de ser verificado por el registrador en el título que dio mérito a la inscripción de la hipoteca, se procederá a su cancelación (Vásquez, 2008).

SUB CAPÍTULO V

PUBLICIDAD REGISTRAL

Es importante reservar en nuestro desarrollo teórico la publicidad registral, los principios que esta implican, por estar en estrecha relación con la hipoteca que afecta la propiedad inmueble del usucapiente. Veremos detalladamente cómo es que los principios del derecho registral pueden ser afectados para dar una respuesta a favor del adquirente de un derecho real no inscrito.

5.5.1. DEFINICIÓN

La publicidad, en sentido amplio y general, es el conjunto de medios que se emplean para divulgar y extender el conocimiento o noticia de determinadas situaciones o acontecimientos, con el fin de hacerlo llegar a todos, de modo que estos, en cuanto objeto de publicidad, adquirirán la calidad o estado de públicas; esto es, serán notorias, manifiestas y patentes para todos. Así la publicidad se opone a la clandestinidad, en tanto la primera supone divulgación y conocimiento, mientras la segunda, ocultación y desconocimiento. El objeto de este tipo de publicidad puede ser, en principio, cualquier clase de acontecimiento, y la divulgación del mismo busca, principalmente, producir un conocimiento efectivo entre las personas hacia quienes va dirigida (Huertas, 2013).

En tal sentido, la publicidad en general busca la divulgación y conocimiento de acontecimientos de cualquier tipo, lo cual no ocurre con la publicidad registral. La publicidad registral es, en buena cuenta, tal como lo conocemos

hoy en día, una creación del Estado para reemplazar a la publicidad posesoria cuando esta ya no resultaba adecuada para satisfacer la necesidad de certidumbre en la contratación y otorgar seguridad jurídica en la misma, en relación de cierto tipo de bienes perfectamente identificables e individualizables. La necesidad actual de un sistema de publicidad en cualquier país sigue plenamente vigente y más apremiante que nunca, pero orientada fundamentalmente a la publicidad otorgada a través de un registro (publicidad registral), reservándose únicamente para los bienes que por su naturaleza no pueden acceder al mismo una publicidad, a través de la posesión (publicidad fáctica), toda vez que aquella resulta ser mucho más exacta y eficaz que esta (Huertas, 2013).

En palabras de Delgado (2008; citado por Huertas, 2013):

La publicidad registral es la piedra angular de todo sistema registral, sobre la cual reposan cada uno de los principios registrales. De ahí que no solo sea un principio, sino la base o condición de los demás principios registrales, los cuales no podrían existir sino hubiera publicidad registral. Así, por ejemplo, no tendría razón de ser el principio de fe pública registral si no hubiera inscripciones en base a las cuales se podrían tomar decisiones. De igual manera, no tendría razón de ser la publicidad registral sino se llegaran a producir efectos jurídicos, que son justamente los principios registrales de legitimación, fe pública registral y oponibilidad. Es por ello que se produce una retroalimentación constante entre estos principios registrales, de tal forma que el estudio de uno de ellos siempre está relacionado al estudio de los demás.

Los principios registrales son pautas generales de referencia que sirven de

guía al sistema registral. Los principios registrales que identifican el sistema registral peruano y que tienen carácter de norma sustantiva a partir de la dación del Código Civil de 1984 son ocho: principio de rogación, de prioridad, de legalidad, de tracto sucesivo, de publicidad, de legitimación, de impenetrabilidad y de fe pública registral.

La publicidad registral completa las exigencias de seguridad jurídica, mediante la protección y potenciación de los derechos ya creados, una vez sometidos al proceso de publicidad jurídica de signo registral institucional. Las presunciones de existencia, pertenencia y alcance de los derechos inscritos que -con mayor o menor vigor- establecen todos los sistemas registrales inmobiliarios, más allá de la prueba de la existencia del negocio y de su plena eficacia entre partes, así como los efectos sustantivos derivados de la inscripción, que colocan a los derechos publicados en planos superiores de legitimación, como consecuencias naturales de la idea misma de publicidad jurídica, constituyen el más eficaz instrumento de seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario (Huertas, 2013).

En tal sentido, se advierte que la publicidad registral que surge por necesidad de la certidumbre de la contratación y otorgar seguridad jurídica a través de un registro, siendo relevante el contenido de la publicidad registral en nuestro sistema registral.

5.5.2. LA PUBLICIDAD MATERIAL Y LA PUBLICIDAD FORMAL

La publicidad que brida los Registros Públicos se dividen en publicidad material y publicidad formal. Esta clasificación de la publicidad en material y formal, ha sido esbozada posiblemente por la doctrina germánica. Así la exhibición de los libros del Registro, los informes y los certificados, en cuanto son herramientas de la publicidad, integran la llamada publicidad formal; y en cuanto producen un efecto sustantivo (como la prioridad o la oponibilidad) son parte de la publicidad material (Moisset, 2004).

5.5.2.1. PUBLICIDAD MATERIAL

La publicidad material protege el derecho constituido y se presume, sin admitir prueba en contrario, que el contenido de todos los documentos existentes en el Registro, es conocido por todas las personas, lo que surge como una garantía para el inscribiente que acude al Registro para resguardar sus derechos y los de terceros adquirentes (Macedo, 1998; citado por Calvay, 2012).

A la publicidad material también se le denomina:

1. Publicidad sustantiva, se refiere al efecto que produce el Registro, es decir, se refiere a los efectos que produce hacia los terceros aun cuando estos no hubieran tenido conocimiento efectivo de ellas (Esquievel, 2005; citado Calvay, 2012).
2. Jurídica, en razón a los importantes efectos materiales que produce “oponibilidad”. La publicidad material, es la exteriorización continuada y organizada de situaciones jurídicas de trascendencia real para producir cognoscibilidad general erga omnes y con efectos

jurídicos sustantivos sobre la situación publicada. La situación jurídica publicada tiene efectos en el ámbito del derecho privado, dado que los particulares pueden conocer lo que está publicado y, por mandato legal dicha publicación les es oponible, es decir produce “cognoscibilidad general” (Tarazona, 2003; citado por Calvay, 2012)

Los efectos sustantivos propios de la publicidad material, están regulados en el C.C. en el Art. 2012 sobre la cognoscibilidad o presunción de conocimientos del contenido de las inscripciones, y de la fe pública Art. 2014. No termino este punto no si antes decir que la publicidad material, es decir, esta cognoscibilidad es posible gracias y a través de la publicidad formal. Por esta consideración es que la publicidad registral, es decir la material, despliega sus efectos o alcances a los títulos archivados.

5.5.2.2. PUBLICIDAD FORMAL

A la publicidad formal también se le denomina publicidad procesal o informativa del contenido de los libros del Registro. Es formal por referirse a la forma como se accede a la información que brinda el Registro. Pero, es también el derecho de cualquier particular de acceder a la información que obra en los Registros Públicos, y que está a su disposición si lo solicita, previo pago de la tasa correspondiente, siempre y cuando no afecte a la intimidad personal, y sólo se le otorgará a quien tenga interés legítimo. Esto

último no es aplicable a nuestra realidad, por ser característica principal de la publicidad formal en nuestro país ser: amplia y absoluta, a fin de asegurar la publicidad *erga omnes*. Nuestro Reglamento General de los Registros Públicos faculta a cualquier persona previo pago del arancel registral, y sin necesidad de justificar ni expresar interés a solicitar la información o documentación contenida en el Registro. A diferencia de la legislación comparada como Alemania, España y Argentina donde se observa que la publicidad formal es reservado a todo aquél que demuestre interés justificado. Ahora, con respecto a esa limitación de no trasgredir la intimidad personal, el legislador ha querido ser congruente con el numeral 5 del Art. 2 de la Constitución del Perú a solicitar la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública. También los numerales 6 y 7 del Art. 2 de la Constitución del Perú: Toda persona tiene derecho, al honor a la buena reputación, a la intimidad personal, familiar y a la imagen propia. Toda persona tiene derecho a que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten a la intimidad personal y familiar (Calvay, 2012).

5.5.3. PRINCIPIO DE FE PÚBLICA REGISTRAL

5.5.3.1. DEFINICIÓN

Diez Picazo (1995; citado por Cárdenas, 2010) define a este principio

como aquella regla estricta, conforme a la cual el tercero que lleva a cabo un negocio adquisitivo confiando y amparándose en lo que el registro publica, ve convertida para él la situación registral en una situación inatacable. Asimismo, afirma que hay fe pública registral en la medida en que los terceros pueden colocar su confianza en aquello que el registro publica y en la medida en que, en virtud de esa confianza, la situación aparental que en el registro existe se superpone a la auténtica realidad jurídica extra registral y constituye para ellos la única situación jurídicamente existente.

Pau (1995; citado por Cárdenas, 2010) sostiene que este principio designa el efecto adquisitivo inatacable que puede producir la inscripción en beneficio del tercero. Es decir suple la falta de poder dispositivo del transmitente; asimismo, brinda plena protección al tercero que reúne los requisitos por la ley, respecto del cual la presunción de existencia, pertenencia y alcance de los derechos inscritos, se convierte en presunción *iure et de iure*.

Es aquel que protege la adquisición efectuada a título oneroso y con 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.

De acuerdo con esta concepción, si una persona adquiere derechos de otra que en el registro aparece con derecho a otorgarlo, e inscribe su

adquisición, está en camino, pero solo en camino de convertirse en tercero registral y por lo tanto de ampararse en el principio de la fe pública registral con lo cual logrará hacer a su derecho inatacable por todos.

Como lo dice Arias-Schreiber y Cárdenas (2001) la incertidumbre reinaría en las adquisiciones a título oneroso, pues por una diversidad de causas que el adquirente nunca estuvo en posibilidad de conocer, podría ver privada su adquisición.

El principio de fe pública registral es aquella regla general normativa que brinda seguridad jurídica a los terceros registrales que confían en los pronunciamientos del registro. Busca proteger al tercero registral frente a aquellos vicios, defectos y limitaciones, que aquejando a la titularidad de su antecesor y transferente, no aparecían publicados en el registro ni tampoco eran de conocimiento de dicho tercero registral. Consiguiendo así, que el adquirente que contrata en vista de los datos y titularidades que el registro le manifiesta quedase protegido conforme a la apariencia creada por el asiento anterior, y por tanto no podrá verse privado del derecho adquirido aunque luego se compruebe que el título del transmitente adolecía de algún vicio invalidante o aunque dicho título válido en un principio quedase más tarde sin efecto (Cardenas, 2010).

5.5.3.2. REQUISITOS

Los requisitos o circunstancias necesarias para que el tercero

registral pueda ser protegido o goce de la protección de la fe pública registral, están regulados en el artículo 2014 del Código Civil y son los siguientes:

1. Que el tercero proceda con buena fe (elementos subjetivo)
2. Que el tercero efectúe la adquisición a título oneroso (elemento negocial)
3. Que el tercero adquiera de quien aparece en el registro con facultades para otorgar el derecho (elemento objetivo)
4. Que en el registro no consten las causales de nulidad o ineficacia (elemento negativo de causalidad)
5. Que el tercero inscriba en el registro su derecho adquirido (elemento de cierre)

5.5.3.3. EL TERCERO REGISTRAL

El tercero registral es el titular registral que resulta beneficiado o perjudicado, por aplicación de los principios que recoge el sistema registral, respecto de una relación jurídica ajena, pero conexa con su derecho inscrito y que confronta con el mismo. Es decir, el tercero registral, es el que resulta protegido por el ordenamiento jurídico y mantiene su derecho inscrito en el Registro cuando el de su transferente se ha anulado, rescindido o resuelto en merito a causas que no constan en el Registro (Calvay, 2012).

Se diferencia el tercero registral del tercero civil, porque, este último se refiere a aquella persona que no es parte en una relación jurídica determinada, por lo

tanto, no debe ser afectada por las consecuencias que se puedan generar en dicha relación. Se trata de cualquier persona ajena a una relación jurídica. Sin embargo el tercero registral, es aquella persona que reúne determinadas condiciones, señaladas en la legislación, para que se constituya como tal (Calvay, 2012).

El tercero registral, es aquel que adquirió un derecho a título oneroso, con buena fe, de quien aparece en el registro con derecho inscrito y que ha procedido a inscribir su adquisición, y será tercero registral respecto de cualquier acto o contrato en cuya celebración no haya intervenido y que a su vez no se haya inscrito o se inscriba con posterioridad. Este utilizará para defender su derecho, los principios del derecho registral, dentro de los cuales se encuentra el principio de fe pública registral.

Históricamente la tercería de propiedad o excluyente de dominio ha sido pensada con el objeto de que juez que dispuso un embargo -o medida cautelar- sobre un bien que no es del demandado, disponga su levantamiento -o desafectación- si el tercero acredita la propiedad del referido bien; ello supone el dictado de una medida provisoria de suspensión del proceso -solo respecto del bien cuya propiedad invoca el tercero-, aun cuando éste se encuentre en la etapa de ejecución, con sentencia firme; el juez competente para conocer la tercería de propiedad es el mismo que dictó la citada medida cautelar.

CAPITULO VI

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

La protección registral que merece el acreedor de una garantía hipotecaria frente al titular de la propiedad no inscrito, nos sumerge en un problema jurídico en donde, ante el conflicto de derecho de diferente naturaleza, se tiene que determinar la preferencia de uno de ellos, estando de por medio la garantía de principio de la fe pública registral, es decir, cuando se tiene que dirimir si un derecho real de propiedad, no inscrito en el Registro, tiene o no preferencia sobre un derecho de naturaleza personal o de crédito consistente en una hipoteca, constituido posteriormente bajo la fe de la información publicada en el Registro.

El planteamiento de nuestro problema de investigación se traduce de la siguiente manera: A titular inscrito, vende un inmueble a B quien no inscribe su derecho, después de ello A deudor de C, grava a favor de este último una hipoteca para garantizar la obligación sobre el mismo inmueble que todavía aparece inscrito a nombre de A.

PRIMERO: La tesis de prevalencia del derecho real no inscrito, consiste en que caso de conflicto entre un derecho real y otro de naturaleza personal, prevalece el derecho real aun cuando no esté inscrito, pues, como en este caso se trata de derechos de diferente naturaleza, por un lado real y por otro persona, se tiene que aplicar el derecho común, conforme lo establece el segundo párrafo del artículo 2022 del Código

Civil y, de acuerdo al derecho común, el artículo 949 del mismo Código dispone que la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario.

En nuestro país, se han mostrado partidarios de esta tesis los magistrados de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (Casación N.º 2674-2003-Arequipa), quienes han señalado lo siguiente:

En caso de que concurra un derecho real con otro de naturaleza distinta, como es el caso del embargo, prevalece el derecho real, aún éste no haya sido debidamente inscrito

Según esta posición jurídica, debería prevalecer el derecho real de propiedad emanado de escritura pública, no inscrita, sobre el derecho personal de naturaleza crediticia.

Discusión:

Encontramos que, de acuerdo al artículo 949 del Código Civil, la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario. Es decir, esto significa que la sola concurrencia de la voluntad de enajenar un bien inmueble mediante un documento cierto, hace acreedor propietario del bien. Por ello, la inscripción en los registros públicos solamente

produce efectos declarativos más no constitutivos del derecho mismo de propiedad, por lo que se exige dicha inscripción para que la transferencia quede perfeccionada, pues la transferencia dominal de un bien, no requiere, para su validez de su inscripción en los Registros Públicos.

Esto sería aplicable además a la prescripción adquisitiva de dominio cuando el usucapiente tuviera en su poder un justo título, con lo que el proceso de prescripción estaría orientada a la prueba de propiedad, en la que a través de la sentencia se reconocería su derecho real previo a cualquier gravamen con el que pudiera haber afectado el anterior propietario con derecho inscrito para garantizar una deuda a favor de un tercero de buena fe.

El hecho que tratándose de la traslación de dominio la inscripción en los Registros Públicos es facultativa y no obligatoria, por consiguiente, cuando el acreedor inscriba su hipoteca, el inmueble materia de la litis ya no será de propiedad de su deudor sino del prescribiente que lo adquirió con anterioridad en virtud de un contrato de compraventa de fecha cierta, efectuado a su favor, por lo que, desde este punto de vista, debería primar el derecho real del prescribiente sobre el derecho personal del acreedor hipotecario.

SEGUNDO: Puede plantearse la tesis del derecho real del acreedor hipotecario, sobre el derecho real no inscrito, obtenido antes de practicarse en el registro la inscripción de la hipoteca. Según esta tesis,

en aplicación de los principios registrales de la fe pública registral y de prioridad en el tiempo, debe prevalecer el derecho del acreedor hipotecario en atención que cuando se inscribe la hipoteca no aparece inscrito el título del tercerista, por lo que el acreedor embargante debe mantener su adquisición una vez inscrito su derecho.

Esto está fundamentado en el hecho que la información que aparece en el Registro es fidedigna por no existir motivo alguno para dudar de su veracidad.

Los magistrados de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República son quienes sostiene que debe prevalecer el derecho real del acreedor hipotecario a través de la Casación N° 403-2001-Piura del año 2001, Casación N° 2429-2000-Lima, del año 2001, Casación N° 403-2001-Piura, del año 2001.

Discusión:

Esta posición estriba en la naturaleza y fines de los Registros Públicos, sujeta al principio de publicidad que establece como presunción *iure et de iure* que toda persona conoce el contenido de las inscripciones registradas; de legitimación que preconiza que el contenido de la inscripción se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez; y, de fe pública registral que da seguridad a las adquisiciones de derechos que se realizan sobre la base de la situación que fluye de las inscripciones registrales que

existan.

TERCERA: Tiene mucha relación nuestro tema de investigación con el tratamiento que se dio a través del Pleno Jurisdiccional Nacional Civil 2008, en donde la interrogante en cuestión consistía en: ¿Cuál debe ser el pronunciamiento de fondo frente a una demanda de Tercería de Propiedad admitida contra una medida cautelar inscrita en el Registro?

Esta pregunta está en estrecha relación con un derecho de propiedad no inscrito (del prescribiente) anterior a la una medida cautelar o garantía real gravada a favor de un tercero adquirente de buena fe, que nos permite analizar más a fondo el razonamiento planteado por la mayoría de los magistrados.

La *primera posición*: “El derecho de propiedad otorga a su titular el poder jurídico de usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien; es oponible a todos y no requiere de inscripción en los Registros Públicos para surtir efectos frente a tercero; por lo que prevalece sobre cualquier derecho de crédito que pretenda afectarlo”.

Teniendo como fundamentos la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil que establece que la oposición de derechos de distinta naturaleza, como son el derecho real de propiedad y el derecho personal de crédito, se resuelve conforme a las reglas del derecho común, lo que excluye las normas del derecho registral. Las reglas del derecho común

señalan que el derecho de propiedad, inscrito o no inscrito, es oponible *erga omnes*, por lo que prevalece sobre el derecho personal de crédito que solo puede oponerse al deudor. Ello no significa desconocer que el derecho de propiedad debe constar en documento de fecha cierta anterior al embargo inscrito; porque, el que adquiere un bien sabiendo que está gravado, asume la carga. Es así que el derecho real de propiedad prima sobre el derecho personal de crédito por su mayor valor social y por ser el cimiento de todo sistema económico social.

En cuanto a la *segunda posición*: “Por seguridad jurídica y en observancia de los principios registrales de legalidad, impenetrabilidad, publicidad y de prioridad en el rango, debe protegerse el derecho de crédito inscrito. Éste último es preferente al derecho de propiedad no inscrito”.

Esta posición tuvo como fundamentos que el embargo inscrito garantiza un derecho de crédito adquirido de buena fe de quien en el registro aparece como propietario; por lo que debe respetarse y prevalecer sobre el derecho de propiedad no inscrito. Además es aplicable al caso la primera parte del artículo 2022 del Código Civil que establece la preferencia del derecho inscrito frente al derecho no inscrito.

Con un total de 66 votos el Pleno Jurisdiccional Nacional Civil acordó a favor de la primera posición.

Discusión:

Resulta claro que a tenor del artículo 949 la sola celebración del contrato produce inmediata transferencia de propiedad de un bien inmueble. Es decir, el Código Civil le concede efectos reales a los contratos por los cuales se transfieren bienes inmuebles, pues no se exige un modo específico -un hecho o conducta distinta del contrato mismo- para que se haga efectiva la traslación del derecho.

A opinión de Cárdenas (2010) si prestamos atención a la última parte del artículo 949, advertiremos que el sistema de transmisión de la propiedad de bienes inmuebles, contemplado en este artículo, no funciona cuando existe disposición legal diferente. Pues bien, si consideramos como aquellas disposiciones legales diferentes, a los principios registrales de fe pública registral y el de prioridad por el tiempo de la inscripción, contenidos en los artículos 2014 y 2016 del Código Civil, respectivamente, a simple vista se tendría como resultado que deben prevalecer estos últimos, en atención a que, cuando se inscribe alguna garantía no aparecía inscrito el título del adquirente del derecho real, por lo que el acreedor hipotecario debería mantener su adquisición una vez inscrito su derecho.

La discusión puede presentarse en dos distintos puntos: 1) Sobre si debe priorizarse la circulación de la riqueza inmobiliaria o la garantía del sistema registral que nos rige; 2) sobre cuál sería el mensaje que se transmitiría y cuales las consecuencias que se generarían con el hecho de priorizar la circulación de la riqueza inmobiliaria o la garantía del sistema

registral que nos rige (Cárdenas, 2010).

Si se optara de manera definitiva por la tesis de la primacía del derecho real no inscrito sobre el derecho personal del embargante, se lanzaría el mensaje a los acreedores que el derecho suele protegerse a los titulares de derechos reales aún cuando se encuentren inscritos en los Registros Públicos. Esto implicaría no solo reconocer que, en muchos casos, los deudores podría dejar de pagar sus obligaciones y evitar a futuro el embargo de sus inmuebles valiéndose de terceros con quienes fraudulentamente simular una enajenación o gravan sus bienes inmobiliarios, sino que también implicaría hacer tabla rasa al sistema registral que nos rige. Además, en la mayoría de los casos, estos actos jurídicos si no son simulados son celebrados cuando menos con el afán de perjudiciar al poseedor prescribiente.

Por lo que, en total acuerdo con Cárdenas (2010) debería sustituirse el sistema declarativo de transferencia de propiedad por un sistema registral constitutivo, cuando menos en los lugares de nuestro país que cuentan con oficinas registrales sistematizadas, ya que el sistema vigente coadyuva a la proliferación de este tipo de trampas legales.

CONCLUSIONES

1. El poseedor para que pueda demandar prescripción adquisitiva de dominio debe cumplir con los requisitos que exige la ley para poder ser declarado propietario.
2. El poseedor siempre se va a ver perjudicado por las garantías reales que haya realizado el propietario registral de mala fe, ya que cuando el juez le otorgue la propiedad al prescribiente, este lo va a adquirir con todos las cargas y gravámenes que se encuentre el bien.
3. Nada impide que el titular registral afecte el bien con una garantía real como es en este caso una hipoteca, lo cual afectaría directamente al poseedor prescribiente.
4. Por otro lado el poseedor al ser declarado propietario este podrá acudir al poder judicial para demandar la nulidad de las hipotecas que se han constituido en el transcurso del proceso.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AREÁN, BEATRIZ A.** (2005) Derechos reales. Buenos Aires: Hammurabi.
- AMADO RAMÍREZ, ELIZABETH** (2011) La publicidad registral en el Perú. Disponible en: http://www.derecho.usmp.edu.pe/centro_derecho_registral/revista/Doctrinas/LA%20PUBLICIDAD%20REGISTRAL%20USMP%202011-2%20EAMADO.pdf
- ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max** (1993) Exégesis del Código Civil de 1984. Tomo V, Derechos Reales. Lima: WG Editor.
- AVENDAÑO, JORGE** (1990) Derecho reales. 2ª ed. Lima: PUCP
- AVENDAÑO VALDEZ, Jorge** (2008) Definición de la hipoteca. Comentarios al CÓDIGO PROCESAL CIVIL: Análisis artículo por artículo. (Tomo II, 1ra. ed.) Lima: Gaceta jurídica.
- AVENDAÑO ARANA, FRANCISCO** (2012) Los derechos reales en la jurisprudencia. Lima: Gaceta Jurídica.
- BAUTISTA TOMÁ, PEDRO** (2006) Derechos reales. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas.
- BECERRA SOSAYA, MARCO** (2008) La indivisibilidad de la hipoteca. Comentarios al Código Procesal Civil: Análisis artículo por artículo. (Tomo II, 1ra. ed.) Lima: Gaceta jurídica.
- BENAVIDES REVERDITTO, XIMENA** (2008) Extensión de la hipoteca en cuanto al bien. Comentarios al Código Procesal Civil: Análisis artículo por artículo. (Tomo II, 1ra. ed.) Lima: Gaceta jurídica.
- CALVAY ODAR, MAYOBANEX W.** (2012) La publicidad registral y los efectos del principio de fe pública registral ¿La publicidad registral centra solo en el

asiento registral o se extiende al título archivado? IUS, Revista de investigación jurídica, N° 04, Año II. Disponible en:

<http://intranet.usat.edu.pe/usat/ius/files/2012/12/Mayobanex.pdf>

CÁRDENAS ALVARADO, BORIS FAUSTO (2010) El principio de la fe pública registral. Trujillo: Colegio de Abogados de La Libertad

CASTILLO FREYRE, MARIO (2002) Comentarios al contrato de compraventa. Lima: Gaceta Jurídica.

CORTÉS, MILCÍADES (1999) La posesión. 4ª ed. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis.

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

DE LA PUENTA Y LAVALLE, MANUEL (2007) El contrato en general: Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil. 2ª ed, tomo II. Lima: Palestra.

.DELGADO SHEELJE, ALVARO (s.f.) Interrelaciones entre la publicidad registral y el derecho a la intimidad. Disponible en: https://ipra-cinder.info/wp-content/uploads/file/DocumentosPuntadelEste/Interrelaciones_entre_la_publicidad_registral_y_el_D_%D0%B7_a_la_intimidad.pdf

GONZALES BARRÓN, GUNTHER HERNÁN (2013) Tratado de derechos reales. Tomo II, 3ª ed. Lima: Jurista Editores.

GODENZI PANDO, CÉSAR (2006) Acción reivindicatoria. En: Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. 1ra. ed. Lima: Gaceta Jurídica

GONZÁLEZ LINARES, NERIO (2007) Derecho civil patrimonial. Lima: Palestra.

HINOSTROZA MINGUEZ, ALBERTO (2008) Procesos civiles relacionados con la propiedad y la posesión. Lima: Gaceta Jurídica.

HUERTAS AYALA, OSCAR (2013) La problemática de la buena fe del tercero registral. Lima: Gaceta Jurídica.

IDROGO DELGADO, TEÓFILO (1993) Teoría del acto jurídico. Lima: Masol Perú Editores.

LAMA MORE, HÉCTOR ENRIQUE (s.f.) Acerca de las tercerías de propiedad contra gravámenes que provienen de garantías reales. Hechos de la Justicia.

Disponible en:

http://www.jusdem.org.pe/webhechos/N010/tercerias.htm#_ftnref18

LAMA MORE, HÉCTOR ENRIQUE (2009) Análisis del nuevo texto del artículo 533 del Código Procesal Civil y la tercería de propiedad contra hipotecas. Revista Oficial del Poder Judicial, Año 3, N° 5.

LEÓN BARANDIARAN, JOSÉ (1964) Manual del acto jurídico. 3ª ed. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

LEÓN TINTI, PEDRO (2005) El proceso de usucapión. 3ª ed. Córdoba: Alveroni Ediciones.

MOISSET DE ESPANÉS, LUIS (2004) La publicidad registral. 4ª ed. Lima: Palestra.

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

PALACIO PIMENTEL, H. GUSTAVO (2004) Manual de Derecho Civil. Tomo I, 4ª ed. Lima: Editorial Huallaga.

PALACIOS PAIVA, MANUEL SÁNCHEZ (2008) El ocupante precario. 2ª ed. Lima: Jurista Editores.

PAPAÑO, RICADO J., KIPER, CLAUDIO M., DILLON, GREGORIO, A., CAUSSE, JORGE R. (2004) Derechos reales. Tomo I, 2ª ed. Buenos Aires:

Editorial Astrea.

PEÑA QUIÑONES, ERNESTO Y PEÑA RODRÍGUEZ, GABRIEL ERNESTO

(2008) El derecho de bienes. Bogotá: Legis.

RAMÍREZ CRUZ, EUGENIO MARÍA (2004) Tratado de derechos reales. Tomo

II, 2ª ed. Lima: Editorial Rodhas.

RAMIREZ CRUZ, EUGENIO MARÍA (2004) Tratado de derecho reales. Tomo II,

2ª ed. Lima: Rodhas.

RIVERA ORE, JESUS ANTONIO Y HERRERO PONS, JORGE (2006) Derecho

reales. Lima: Ediciones Jurídicas.

ROCA TRIAS, E. (1994) Concepción y elementos de la posesión. En *Derechos*

Reales y Derecho Inmobiliario Registral. Valencia: Tirant lo blanc.

TORRES MANRIQUE, FERNANDO JESÚS (2007) Principios registrales.

Derecho y Cambio Social, N° 9, año IV. Disponible en:

<http://www.derechoycambiosocial.com/revista009/principios%20registrales.htm>

VÁSQUEZ RÍOS, ALBERTO (2007) Los derechos reales. Lima: Editorial

Rodhas.

AVENDAÑO VALDEZ, JORGE (2008) Definición de la hipoteca. Comentarios al

Código Procesal Civil: Análisis artículo por artículo. (Tomo II, 1ra. ed.) Lima:

Gaceta jurídica.

VELÁSQUEZ JARAMILLO, LUIS GUILLERMO (2004) Bienes. 9ª ed. Bogotá:

Editorial Temis.

VILLANUEVA CONTRERAS, NOEL (2008) Dime qué posesión tienes y te diré

si serás propietario ¿en qué casos no se puede prescribir adquisitivamente?