

**MESA REDONDA: LA TRANSFERENCIA DE INMUEBLE
EN EL PERÚ, LOS ARTÍCULOS 1135 Y 2014 DEL CÓDIGO CIVIL
SOBRE LA ADQUISICIÓN A TRAVÉS DEL NON DOMINO**
**ROUND TABLE: THE TRANSFER OF REAL ESTATE IN PERU, ARTICLES 1135
AND 2014 OF THE CIVIL CODE REGARDING THE ACQUISITION
THROUGH NON-DOMINO PARTIES**

Héctor Enrique Lama More*

Corte Suprema de Justicia de la República del Perú

Rómulo Moisés Arata Solís**

De la Flor, García Montufar, Arata & Asociados, Abogados

Raúl Ravina***

Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría

Gilberto Mendoza del Maestro****

Pontificia Universidad Católica del Perú

Luis Felipe del Risco Sotil*****

Jorge Avendaño Abogados

Guillermo José Arribas Irazola*****

Ex editor General de THĒMIS-Revista de Derecho

Payet, Rey, Cauvi, Pérez Abogados

What is the legal status of acquisitions by 'non-owners'? Do they have constitutional protection? Does good faith relate to this? If so, would possessory verification be established?

The purpose of this roundtable is to answer these and more questions so that the reader can contribute to the debate in the area of real estate.

KEYWORDS: *Owner; acquisitions; protection; possession; good faith.*

¿Cuál es la situación jurídica de las adquisiciones de los 'no propietarios'? ¿Tienen protección constitucional? ¿La buena fe guarda relación con ello? De ser así entonces ¿se estaría consagrando la verificación posesoria?

La presente mesa redonda tiene como finalidad responder a estas y más interrogantes con el fin de que el lector pueda contribuir al debate en el área de reales.

PALABRAS CLAVE: *Propietario; adquisiciones; protección; posesión; buena fe.*

* Abogado. Magíster en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor del curso de Reales en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Consejero del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial (Lima, Perú). Contacto: h.enrique.lama.pj@gmail.com

** Abogado. Magíster en Derecho por la Universidad San Martín de Porres. Profesor de Derecho Registral y Notarial en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica (PUCP). Socio de De La Flor, García Montufar, Arata & Asociados (Lima, Perú). Contacto: rarata@pucp.pe

*** Abogado. Magíster en Investigación Jurídica por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor del curso de Reales en la Facultad de Derecho de la PUCP. Socio de CMS Grau (Lima, Perú). Contacto: raul.ravina@ppulegal.com

**** Abogado. Magíster con mención en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Miembro del Observatorio de Derecho Deportivo del Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ). Contacto: gmendoza@pucp.edu.pe

***** Abogado. Profesor de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Socio de Jorge Avendaño Abogados. Correo electrónico: luisfelipe.delrisco@eja.com.pe

***** Abogado. Magíster en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Yale. Doctor en Derecho por la Universidad de Yale. Profesor del curso de Reales en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociado del estudio Payet, Rey, Cauvi, Pérez Abogados (Lima, Perú). Contacto: gar@prcp.com.pe

1. ¿Está de acuerdo en que el ordenamiento jurídico admita adquisiciones de un 'no propietario' (*non domino*)? Ejemplo: caso de los artículos 1135 y 2014 del Código Civil

HÉCTOR LAMA MORE: Una regla de sentido común señala que nadie puede dar a otro lo que no tiene; en materia jurídica tal regla se relativiza; pues si bien, en principio, se puede afirmar que si alguien sin ser dueño pretende transferir a otro la propiedad de un bien, en estricto no transfiere propiedad alguna; no obstante, en determinadas situaciones y bajo ciertas condiciones claramente previstas, dicha transferencia puede producir el efecto de una transferencia válida. Ello es posible gracias a que, en virtud del principio de seguridad jurídica, que pone a buen recaudo la eficiente circulación de bienes (muebles e inmuebles) y su apropiado aprovechamiento económico, se permite la eliminación de cualquier incertidumbre referida a la eficacia del acto de transferencia.

Ahora bien, el valor seguridad no es un asunto baladí; pues, a decir del maestro Recaséns Siches, certeza y seguridad resultan ser el sentido formal de la función del Derecho; señala, con exacta precisión, que si bien la justicia debe expresar el criterio axiológico que debe inspirar el Derecho, y que éste no quedara justificado sino en la medida en que se cumplan las exigencias de tales valores, sin embargo, el Derecho no ha 'nacido' en la vida humana por virtud del deseo de rendir culto u homenaje a la idea de justicia, sino para colmar una ineludible urgencia de seguridad y de certeza en la vida social. Por ello coincido que tales adquisiciones *non domino* deben admitirse de modo excepcional, en tanto nuestro ordenamiento jurídico no asuma que la adquisición de la propiedad de un bien inmueble se constituya con la inscripción en el registro.

MOISÉS ARATA: Tales supuestos son un dato imprescindible en nuestra normativa vigente. Nadie me preguntaría si estoy de acuerdo en que se regule la compraventa, la donación o la dación en pago, porque tanto estos contratos como otras operaciones de intercambio de bienes son tan necesarios para el funcionamiento del sistema económico, del mismo modo en que lo son las hipótesis en las que un *non dominus*, por efecto de una previsión legal expresa y bajo la concurren-

cia de diversas exigencias, queda 'legitimado' en el tráfico jurídico para producir la transferencia que, ordinariamente, debería haber sido hecha por el *dominus* a través de alguna de las operaciones mencionadas. En un mundo que se sigue sustentando en la libre circulación de los bienes, como presupuesto de una economía de mercado, las primeras no fluirían con la intensidad que queremos si no existieran las segundas.

Lo que debemos entender, en todo caso, es que existe una relación de regla y excepción entre las operaciones que regularmente sirven para justificar el traslado del dominio o la constitución de algún derecho a favor de tercero y los supuestos en los que a dichas operaciones les ha faltado únicamente el **poder de disposición** que la ley supone ínsito en quien actúa como disponente en las mismas para causar el efecto práctico perseguido, pero se decide que dicha falencia no las convierta en inocuas en la medida que están presentes ciertos presupuestos tasados por la ley en cada caso (aparición de derecho, importancia del bien en juego, buena fe del adquirente, el carácter oneroso de la adquisición, la solidez o debilidad de la prueba de la propiedad del bien, etc.) que se consideran valiosos como para justificar lo que no tenía *per se* justificación. El interés social en que ello ocurra así prima sobre el interés individual y es por ello que cada sociedad, en cada tiempo, define con qué amplitud recoge la actuación de estos supuestos.

Sólo una precisión adicional, cuando hablo de excepción a la regla según la cual el *dominus* es quien puede producir la transferencia o gravamen, no estoy diciendo que en las hipótesis de excepción sea el *non dominus* el que puede transferir o gravar, porque no es él quien pasa a tener el **poder de disposición** que sólo pertenece al dueño, sino que es la ley la que conjugando diversos presupuestos (incluida la actividad del *non dominus*) genera un supuesto complejo en el que el efecto ocurre, aun sin la participación del *dominus*.

Finalmente, me parece pertinente advertir que en el supuesto de la 'doble venta' o, con mayor amplitud, el del 'concurso de acreedores' previsto en el artículo 1135¹ del Código Civil, reafirmado por el artículo 2022² en el supuesto del título primeramente inscrito, estamos ante un conflic-

¹ Artículo 1135.-

Cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en defecto de inscripción, al acreedor cuyo título sea de fecha anterior. Se prefiere, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua (1984).

² Artículo 2022.-

Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquél a quien se opone. Si se trata de derechos de diferente naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común (1984).

to entre terceros interesados en tener derechos sobre el mismo bien que derivan sus títulos de un mismo causante, pero incompatibles entre sí, en los que la solución consiste en jerarquizar la prueba del título para preferir a alguno de ellos: sea el primeramente inscrito o, en su defecto, el de fecha cierta más antigua, debiendo en ambos casos tenerse buena fe y, sólo finalmente, el título que se pueda probar como el más antiguo; caso en el que, cualquiera sea la preferencia aplicable, el título vencedor será el único eficaz y los otros, o bien serán definitivamente ineficaces, como en la doble venta, o temporal y parcialmente ineficaces (como cuando un título de usufructo vence a un título de compraventa), pero no podemos hablar de adquisición a *non domino* porque el vencedor, aunque su título sea de fecha posterior, está siendo considerado –en este supuesto conflictual excepcional– desde el momento mismo en que se le otorgó el título vencedor y con efectos declarativos, como el receptor del único título inmediatamente eficaz otorgado por el propio *dominus* que actuó como su transferente o constituyente.

RAÚL RAVINA: La adquisición de un ‘no propietario’, conocida como adquisición a *non domino*, se encuentra regulada tanto para los casos indicados como para los artículos 948³ y 1136⁴ del Código Civil y debe analizarse en el contexto integral la regulación de los derechos reales en el Código Civil.

Dado que nuestro Código Civil no considera a la inscripción registral de la transferencia derechos como constitutiva, naturalmente se van a generar situaciones de conflicto de derechos donde va a ser necesario determinar que adquirente debe ser preferido. En ese sentido, considero ineludible que se regulen los mecanismos de adquisición especial o a *non domino* que permitan determinar quién debe ser preferido en base a la posesión y

el registro, en tanto mecanismos de oponibilidad, y la buena fe.

GILBERTO MENDOZA: En sí los supuestos de adquisición a *non domino* está regulado en todas las diferentes regulaciones en el derecho comparado. Hay un reconocimiento que existen situaciones, independientemente que nos encontremos en sistemas constitutivos o declarativos de transmisión de derechos patrimoniales, que deben de tolerarse en función del tráfico jurídico.

En este sentido, en nuestro ordenamiento existen diferentes artículos que admiten dichos supuestos como el de los artículos 948, 194⁵, 2014⁶. Aquellos los considero adecuados. Sin embargo, en el caso del artículo 1135 considero que no debería regularse tomando en consideración la sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, TC) del 05 de marzo del año 2020 (Sentencia recaída en el expediente 0018-2015-PI/TC).

LUIS FELIPE DEL RISCO: Es indispensable que las admita. Me explico.

Para una persona ajena a la materia, parecería extraño el postulado de querer validar y otorgar eficacia a adquisiciones derivadas de un ‘no dueño’, circunstancia que ocurre en los artículos 1135 y 2014 del Código Civil. ¿Por qué el ordenamiento quisiera hacer esto? ¿Acaso todas las adquisiciones no deberían provenir de un legítimo propietario?

Idealmente sí, por supuesto. Las adquisiciones deben tener su origen en el propietario. Quien contrató con otra persona diferente a él, no podría conseguir ser dueño. Esta premisa, a primera vista, no admitiría mayor discusión legal. Sin embargo, esta mirada no observa con cuidado la realidad en la circulación de bienes: en el tráfico de titularidades muchas veces no resulta posible identificar al verdadero dueño.

³ Artículo 948.-

Quien de buena fe y como propietario recibe de otro la posesión de una cosa mueble, adquiere el dominio, aunque el enajenante de la posesión carezca de facultad para hacerlo. Se exceptúan de esta regla los bienes perdidos y los adquiridos con infracción de la ley penal (1984).

⁴ Artículo 1136.-

Si el bien cierto que debe entregarse es mueble y lo reclamasen diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiese obligado a entregarlo, será preferido el acreedor de buena fe a quien el deudor hizo tradición de él, aunque su título sea de fecha posterior. Si el deudor no hizo tradición del bien, será preferido el acreedor cuyo título sea de fecha anterior; prevaleciendo, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua (1984).

⁵ Artículo 194.-

La simulación no puede ser opuesta por las partes ni por los terceros perjudicados a quien de buena fe y a título oneroso haya adquirido derechos del titular aparente (1984).

⁶ Artículo 2014.-

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

La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro (1984).

En efecto, pueden existir vicios en la cadena de dominio del enajenante que no pueden ser advertidos por los operadores y, frente a ello, los sistemas de publicidad en derechos reales reconocen su imperfección y limitaciones. Véase al respecto los artículos 912⁷ y 2013⁸ del Código Civil, los cuales confirman que no hay una publicidad absoluta ni convalidante en materia de publicidad de titularidades, por lo que siempre cabe un margen de error en la identificación del dueño.

De este modo, puedo haber desplegado mis mejores esfuerzos y confiado en la publicidad señalada por ley (posesoria o registral) para adquirir un bien determinado, pero aun así no di en el blanco de ubicar al dueño. Finalmente con quien contraté resultó ser un no propietario, por una falencia de su derecho o el de su antecesor. ¿El adquirente debe resultar afectado a pesar de haber hecho todo lo que le pedía el ordenamiento jurídico para contratar correctamente? Esta es la problemática que busca solucionar la regulación sobre las adquisiciones a non domino (protección del tercero de buena fe) y considero que su tutela es indispensable si se quiere fomentar la circulación pacífica de bienes en una sociedad moderna.

GUILLERMO ARRIBAS: Sí, estoy de acuerdo. No obstante, se debe considerar que la adquisición de propiedad por un 'no propietario' es excepcional.

La adquisición de propiedad puede ocurrir a título derivativo u originario. El primero implica que alguien transfiere el derecho de propiedad, mientras que en el otro tus solos actos conforme a lo previs-

to en la ley generan la adquisición. En un sistema legal como el peruano, en dónde prácticamente no existen bienes de nadie (*res nullius*), la regla general de transferencia es a título derivativo (947⁹ y 949¹⁰ del Código Civil).

No obstante, existen supuestos de adquisición por un 'no propietario'. Por ejemplo, los artículos citados en la pregunta (1135 –concurso de acreedores– y 2014 –tercero adquirente de buena fe registral–) pueden generar bajo ciertos supuestos la adquisición por un 'no propietario'. Lo mismo puede ocurrir con los artículos 948 y 1542¹¹ del Código Civil (título derivativo), o los artículos 938¹², 950¹³ y 952¹⁴ (título originario).

Cada uno de estos artículos de excepción tiene una justificación. El 2014, por ejemplo, busca proteger la seguridad jurídica en la transferencia del derecho de propiedad. Prioriza que se realicen transferencias en el mercado sobre la protección estática del derecho de propiedad de una persona. El 1135 busca una solución a un problema del derecho de obligaciones: ¿Qué pasa cuando un solo deudor se obliga a transferir el mismo bien a más de un acreedor? No será posible que cumpla con todos, por lo que la ley establece un orden de prelación en base a buena fe, y estatus de la adquisición (documento privado, escritura pública, e inscripción en registros públicos).

La adquisición de un 'no propietario' es un efecto colateral de los artículos antes indicados. La ley permite que esto ocurra porque prioriza otro aspecto clave que compone el sistema de derecho

⁷ Artículo 912.- El poseedor es reputado propietario, mientras no se pruebe lo contrario. Esta presunción no puede oponerla el poseedor inmediato al poseedor mediato. Tampoco puede oponerse al propietario con derecho inscrito (1984).

⁸ Artículo 2013.-

El contenido del asiento registral se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique por las instancias registrales o se declare su invalidez por el órgano judicial o arbitral mediante resolución o laudo firme.

El asiento registral debe ser cancelado en sede administrativa cuando se acredite la suplantación de identidad o falsedad documentaria y los supuestos así establecidos con arreglo a las disposiciones vigentes.

La inscripción no convalida los actos que sean nulos o anulables con arreglo a las disposiciones vigentes (1984).

⁹ Artículo 947.- La transferencia de propiedad de una cosa mueble determinada se efectúa con la tradición a su acreedor, salvo disposición legal diferente (1984).

¹⁰ Artículo 949.- La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario (1984).

¹¹ Artículo 1542.-

Los bienes muebles adquiridos en tiendas o locales abiertos al público no son reivindicables si son amparados con facturas o pólizas del vendedor. Queda a salvo el derecho del perjudicado para ejercitar las acciones civiles o penales que correspondan contra quien los vendió indebidamente (1984).

¹² Artículo 938.- El propietario de un bien adquiere por accesión lo que se une o adhiere materialmente a él (1984).

¹³ Artículo 950.- La propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años.

Se adquiere a los cinco años cuando median justo título y buena fe (1984).

¹⁴ Artículo 952.-

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

La sentencia que accede a la petición es título para la inscripción de la propiedad en el registro respectivo y para cancelar el asiento en favor del antiguo dueño (1984).

de propiedad. No obstante, cuando ello ocurre, la aplicación e interpretación se debe realizar caso a caso y de forma restrictiva, en tanto estamos ante una norma de excepción: un 'no propietario' elimina el derecho de propiedad de un propietario.

2. ¿Considera que las adquisiciones a un 'no propietario' tienen protección constitucional?

HÉCTOR LAMA MORE: Solo por excepción, determinadas normas que regulan la adquisición proveniente de un 'no propietario', tienen protección constitucional; entonces la pregunta, en estricto, se orienta a establecer: si las normas contenidas en los artículos 1135 y 2014 del Código Civil, constituyen o no una regulación inconstitucional, al permitir la eficacia jurídica de una transferencia a *non domino*; creo que tal regulación no lo es, ni en lo formal ni en lo sustantivo; veamos, en lo formal: tales normas no podrían ser objeto de acción de inconstitucionalidad, pues se ha vencido el plazo para interponer tal acción que es de seis años contados a partir del día siguiente de la publicación del Código Civil –noviembre del año 1984–; sin perjuicio del control difuso que sobre dichas normas pueda ejercer el juez ordinario o constitucional, de preferir, en el caso concreto, la Constitución frente a la ley.

En cuanto al fondo: a) el TC, en la sentencia recaída en el expediente 00018-2015-PI/TC del 05 de marzo del año 2020, declaró que el nuevo texto del artículo 2014 del Código Civil, modificado por Ley 30313¹⁵ es conforme a la Constitución, estableciendo reglas para la configuración de la buena fe; entonces tales normas, que regulan la transferencia por un 'no propietario', prevista en nuestro ordenamiento jurídico civil, tienen protección constitucional; y b) el TC en reiterada jurisprudencia estableció que los derechos fundamentales, entre ellos el de propiedad, no son derechos absolutos; en relación al derecho de propiedad, la Constitución establece que éste se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley; con las normas citadas del Código Civil y otras, como el Decreto Legislativo 1373¹⁶ y su reglamento¹⁷, otorgan protección a la buena fe en

la adquisición de bienes basado en la publicidad registral, frente a la incertidumbre originada en la ausencia de publicidad en la titularidad de los derechos del verdadero dueño, a efecto de dar fluidez a la libre circulación de bienes en beneficio económico de la sociedad; procurando con ello, parafraseando al TC, alcanzar la concordancia práctica entre el derecho de propiedad y la seguridad jurídica.

MOISÉS ARATA: En principio la pregunta me parece ociosa, en primer lugar, porque no existe derecho alguno, ni el más fundamental, que pueda ser considerado absoluto y respecto del cual no puedan darse supuestos de excepción en los que dicho derecho deba ser limitado o, incluso, sometido a alguna de esas decisiones trágicas que el sistema debe tomar para preservar precisamente su propia subsistencia y funcionalidad; y, en segundo lugar, porque la expansión del ordenamiento jurídico, después de la Constitución, es el resultado de sucesivos procesos de aplicación y creación, a través de los cuales el legislador ordinario va escogiendo unos u otros caminos dentro de los varios posibles para dicho desarrollo y, por consiguiente, es iluso pensar que cada disposición normativa que conforma el ordenamiento pueda tener un 'encaje' directo, predestinado y explícito en el texto constitucional.

Nuestro Tribunal Constitucional en diversos casos y, en particular, en la sentencia recaída en el expediente 0018-2015 PI/TC referido a la discusión sobre la validez de algunos artículos de la Ley 30313, ha señalado la existencia en nuestra Constitución de un principio implícito de seguridad jurídica que justifica la fuerza protectora del registro en general y, en particular, la figura del tercero registral de buena fe, incluso, en los casos de fraude inmobiliario (un supuesto de adquisición a *non domino*).

Pienso que, si más allá del análisis funcional y pragmático del que da cuenta nuestra respuesta a la primera pregunta, se quiere encontrar el sustento analítico de la constitucionalidad de las múltiples figuras de 'adquisición a *non domino*' que encontramos desarrolladas en el bloque de legalidad (sólo por citar algunos ejemplos, ver

¹⁵ Ley 30313, Ley de Oposición al Procedimiento de Inscripción Registral en Trámite y Cancelación del Asiento Registral por Suplantación de Identidad o Falsificación de Documentación y Modificatoria de los Artículo 2013 y 2014 del Código Civil y de los Artículos 4 y 55 y la Quinta y Sexta Disposición Complementarias Transitorias y Finales del Decreto Legislativo 1049 (2015).

¹⁶ Decreto Legislativo 1373, Decreto Legislativo sobre la Extinción de Dominio (2018).

¹⁷ Decreto Supremo 007-2019-JUS, Reglamento del Decreto Legislativo 1373, Decreto Legislativo sobre Extinción de Dominio (2019).

los artículos 194, 197¹⁸, 903¹⁹, 937²⁰, 941²¹, 942²², 944²³, 948, 1542, 2014 y 2038²⁴ del Código Civil), no podemos limitarnos a hablar de un principio implícito de seguridad jurídica, porque eso no nos dice nada de hacia dónde debe apuntar ese principio en nuestro derecho, de cuál es el equilibrio que se debe alcanzar en el mundo de los derechos patrimoniales para que los mismos puedan fluir en el tráfico jurídico.

En efecto, nadie dudaría que, en nombre de la seguridad jurídica, ningún propietario o titular de cualquier otro derecho patrimonial deba perderlo si no ha dado su consentimiento para que ello ocurra, pero todos sabemos que esa intensidad de protección estática sería demasiado rígida y resultaría contraria los fines del propio régimen económico consagrado por nuestra Constitución, porque si todos tuviéramos temor de no llegar a alcanzar la información certera sobre el origen y

la legitimidad de los derechos que invocan quienes nos los ofrecen, no tendríamos circulación de bienes, no habría mercado del que hablar, lo que es lo mismo que decir que no habría forma de satisfacer los bienes y servicios que requerimos para desenvolvernos en un hábitat en el que nadie puede ser autosuficiente y todos somos interdependientes.

Nuestra Constitución no menciona siquiera a los Registros Públicos, menos a sus posibles efectos protectores y, mucho menos, a los supuestos de adquisición a *non domino* no necesariamente vinculados al funcionamiento del sistema registral; sin embargo, si se alude –bajo la impropia frase política de ‘inviolabilidad de la propiedad’– a la tutela de la propiedad (artículo 70²⁵) la que es contemplada dentro del contexto de un régimen económico de economía social de mercado en el que la iniciativa privada es libre (artículo 58²⁶), en el que se garanti-

¹⁸ Artículo 197.- La declaración de ineficacia del acto no perjudica los derechos adquiridos a título oneroso por los terceros subadquirientes de buena fe (1984).

¹⁹ Artículo 903.-

Tratándose de artículos en viaje o sujetos al régimen de almacenes generales, la tradición se realiza por la entrega de los documentos destinados a recogerlos.

Sin embargo, el adquirente de buena fe de objetos no identificables, a quien se hubiere hecho entrega de los mismos, tiene preferencia sobre el tenedor de los documentos, salvo prueba en contrario (1984).

²⁰ Artículo 937.-

El objeto que se hace de buena fe con materia ajena pertenece al artífice, pagando el valor de la cosa empleada.

La especie que resulta de la unión o mezcla de otras de diferentes dueños, pertenece a éstos en proporción a sus valores respectivos (1984).

²¹ Artículo 941.-

Cuando se edifique de buena fe en terreno ajeno, el dueño del suelo puede optar entre hacer suyo lo edificado u obligar al invasor a que le pague el terreno. En el primer caso, el dueño del suelo debe pagar el valor de la edificación, cuyo monto será el promedio entre el costo y el valor actual de la obra. En el segundo caso, el invasor debe pagar el valor comercial actual del terreno (1984).

²² Artículo 942.-

Si el propietario del suelo obra de mala fe, la opción de que trata el artículo 941 corresponde al invasor de buena fe, quien en tal caso puede exigir que se le pague el valor actual de la edificación o pagar el valor comercial actual del terreno (1984).

²³ Artículo 944.-

Cuando con una edificación se ha invadido parcialmente y de buena fe el suelo de la propiedad vecina sin que el dueño de ésta se haya opuesto, el propietario del edificio adquiere el terreno ocupado, pagando su valor, salvo que destruya lo construido.

Si la porción ocupada hiciera insuficiente el resto del terreno para utilizarlo en una construcción normal, puede exigirse al invasor que lo adquiera totalmente.

Cuando la invasión a que se refiere este artículo haya sido de mala fe, regirá lo dispuesto en el artículo 943 (1984).

²⁴ Artículo 2038.-

El tercero que de buena fe y a título oneroso ha contratado sobre la base de mandato o poder inscrito en el registro del lugar de celebración del contrato, no será perjudicado por mandato, poder, modificaciones o extinciones de éstos no inscritos (1984).

²⁵ Artículo 70.-

El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio (1993).

²⁶ Artículo 58.-

La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura (1993).

za la libertad de empresa (artículo 59²⁷), se facilita y vigila la libre competencia (artículo 61²⁸) y se garantiza la libertad de contratar (artículo 62²⁹), de todo lo cual bien puede deducirse un implícito principio de seguridad jurídica en favor del tráfico de los derechos patrimoniales en el que, teniendo como regla la seguridad estática de los derechos (regla) no se dejen de contemplar las necesarias y acotadas excepciones que permitan proteger a quienes, actuando bajo los cánones de la ley y bajo específicas circunstancias merecedoras, no deben ver frustrada su adquisición por 'verdaderas' titularidades o legitimaciones que no pudieron advertir, aun siguiendo las pautas del buen actuar en el mercado.

RAÚL RAVINA: Ha surgido cierto debate sobre si algunas de las figuras regulas en el Código Civil, como la adquisición a *non domino* y la prescripción adquisitiva de dominio, transgreden el carácter inviolable del derecho de propiedad que la constitución de 1993 establece.

En mi opinión, la regulación y protección constitucional del derecho de propiedad en la constitución está centrada en la protección del propietario frente a potenciales afectaciones realizadas por el Estado y no para la relación entre particulares.

De hecho la Constitución de 1993, además de declarar la inviolabilidad del derecho de propiedad, regula una serie de 'excepciones' como la expropiación, el abandono, las afectación del derecho de propiedad de los extranjeros en zonas de frontera, todos casos en relacionado a la interacción entre los propietarios y el Estado. En mi opinión, esto no implica que existan situaciones especiales en donde la ley debe determinar que titularidad debe ser preferida, en especial cuando a pesar de que la adquisición se realiza de un no propietario, está se ve avalada por la buena fe y por algún mecanismo de oponibilidad.

GILBERTO MENDOZA: Sí. Y esto se da a partir de los requisitos para aplicar la apariencia jurídica en nuestro ordenamiento. La no exposición dolosa o negligente del propietario no puede ser tutelada por nuestro ordenamiento. Por ejemplo, en el caso del artículo 194, no se puede tutelar que la parte que simula alegue la protección del artículo 70 de la Constitución frente a los terceros de buena fe, cuando aquella fue la que dolosamente realizó el negocio simulado generando la situación de apariencia.

LUIS FELIPE DEL RISCO: En el Perú, cada vez que se presenta un caso de fraude inmobiliario se abre la discusión sobre la constitucionalidad del artículo 2014 del Código Civil y de las adquisiciones a *non dominio* en general.

Dentro de la reacción inmediata del momento y muchas veces de manera irresponsable y desproporcionada, se pierde de vista la importante razón de la incorporación de esta figura en el sistema jurídico peruano, que no es otra que proteger comportamientos leales y de buena fe en el tráfico patrimonial (fundamentales para el desarrollo de cualquier país), los cuales se realizan en base a la confianza en la información contenida en la publicidad de los registros públicos (a cargo del Estado). No es una herramienta para quitarle la propiedad a los verdaderos dueños. Esta sería una mirada muy corta de la problemática involucrada.

La figura del tercero naturalmente es perfectible y los sistemas de detección de fraude también lo son; pero juzgar una tutela tan esencial del sistema al punto de tacharla de inconstitucional, es insostenible. Felizmente este asunto ya fue zanjado por el Tribunal Constitucional en su sentencia del 5 de marzo de 2020, sobre el 'caso del tercero de buena fe'.

²⁷ Artículo 59.-

El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades (1993).

²⁸ Artículo 61.-

El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares (1993).

²⁹ Artículo 62.-

La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente (1993).

Más allá de discrepar en lo que respecta a las características que debe tener el tercero para ser tutelado, en la referida sentencia el Tribunal Constitucional deja claro que dicha protección tiene pleno sustento constitucional, pues el Estado debe estimular la creación de riqueza y garantizar la libertad de comercio (artículo 59 de la Constitución), reconociendo, a su vez, que el derecho de propiedad (artículo 70 de la Constitución) tiene limitaciones en su relación con otras instituciones de interés público.

GUILLERMO ARRIBAS: Sí. Tal como comento en el artículo que desarrollo en esta entrega de la revista Themis, la sentencia recaída en el expediente 0008-2003-AI-TC, otorga protección constitucional a cualquier derecho de contenido patrimonial que el sistema legal reconozca en una persona. Más aún en este caso, una vez que se active cualquiera de estas normas de excepción, el derecho adquirido será como la propiedad legal de cualquier tercero y, por lo tanto, debe tener una protección constitucional.

3. ¿Cuáles deberían ser los requisitos mínimos para amparar las adquisiciones de un 'no propietario'?

HÉCTOR LAMA MORE: Dada la excepcionalidad de estas adquisiciones, respecto de su validez, los requisitos mínimos son aquellos que están previstos en la ley; el más importante en la buena fe del adquirente, en cuanto cree que está adquiriendo el bien del propietario; el otro no menos importante, es la ausencia de publicidad de la titularidad del verdadero dueño; y no solo nos estamos refiriendo a la ausencia de publicidad registral, sino además, según la sentencia recaída en el expediente 0018-2015-PI/TC, a la ausencia de la publicidad emanada de la posesión misma del bien; en esta sentencia el TC, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema en esta materia, establece que para la configuración de la buena fe del tercero debe haberse desplegado una conducta diligente y prudente.

MOISES ARATA: No existe un sólo escenario bajo el cual se presenten los supuestos de adquisición a *non domino*, en algunos casos importa si se trata de bienes muebles sin registro (artículos 903, 948 y 1542 del Código Civil), en otros será la fe pública registral la que servirá de soporte al tercero (artículos 2014 y 2038 del Código Civil), en algunos supuestos la atribución legal del carácter de principal para uno de los bienes comprometidos será lo que determine la suerte de lo actuado sobre lo ajeno (artículos 941, 942 y 944 del Código Civil), mientras que si ninguno tiene dicha atribución, podrá contar la acción transformadora del sujeto (primer párrafo del artículo 937 del Código Civil) o

si ella no concurre se considerará solo el valor de cada insumo (segundo párrafo del artículo 937 del Código Civil).

Es usual que los ejemplos de adquisición a *non domino* los pensemos en clave de negocios jurídicos, pero no es extraño que la legislación considere simples actos voluntarios que determinan la adquisición de lo que no era nuestro (por ejemplo, el supuesto de la especificación contemplado en el primer párrafo del artículo 937) en el que será posible hablar del requisito de la buena fe en el actuar, pero resultaría imposible adicionar la exigencia de la onerosidad. Es más, en algunos supuestos negociales la ley pide onerosidad (artículos 194, 197, 2014 y 2038 del Código Civil) mientras que en otros omite dicha exigencia (artículo 948).

No creo que se requiera construir una regla general, pero sí debería exigirse coherencia en la construcción, como sería precisar que el artículo 948 sólo aplica tratándose de bienes no registrados o que los supuestos de los artículos 194 y 197, aplicables indistintamente a bienes muebles e inmuebles, inscritos o no, se extiendan también a otros supuestos de invalidez o ineficacia en los que sea posible considerar la existencia de terceros de buena fe, como en los casos de falta de manifestación de voluntad o fin ilícito, porque ello no podría deducirse, por el sub adquirente, de la revisión del título del primer adquirente.

RAÚL RAVINA: Las reglas de adquisición a *non domino* resuelven un conflicto entre dos personas afectadas, el propietario 'original' que podría perder su derecho y el 'adquirente' que podría ser preferido. Cuando se opta por proteger al adquirente, se busca proteger la dinámica del mercado y que los potenciales vicios en la adquisición no afecten a los potenciales siguientes adquirente.

Para ello, hay dos elementos claves para que la adquisición a *non domino* sea justificable, el uso de alguno de los mecanismos de oponibilidad que nuestro sistema reconoce, es decir la posesión y la inscripción registral, y la buena fe.

GILBERTO MENDOZA: Primero que exista una situación de apariencia, en el cual sea razonable que el tercero crea en la legitimación aparente (ya sea fáctica artículo 948 o jurídica artículo 194). En segundo lugar, que exista un dispositivo normativo que autorice el poder de disposición. En tercer lugar, que el tercero sea de buena fe. Finalmente, que el propietario haya expuesto negligente o dolosamente su esfera jurídica.

LUIS FELIPE DEL RISCO: El concepto de tercero debe ser construido en base a un sujeto que ha

obrado de manera honesta, correcta y leal. Es alguien del que pueda decirse que se ha conducido con 'buena fe' en sus negocios y operaciones.

Solo el que ha actuado así goza del privilegio que venimos comentando, asignándosele la propiedad sin haber contratado con el dueño. Nótese que es una situación de particular gravedad, donde el sistema opta y decide a favor del tercero de buena fe, haciendo claudicar el derecho del propietario. Visto de este modo y lo que está en juego, queda claro que no pueden existir adquisiciones a *non domino* de mala fe. La razón de la protección se enfoca pues en la buena fe del adquirente.

Ahora bien, ¿en qué se basa esa buena fe? Naturalmente el juicio de esta conducta no debe realizarse desde el plano moral o interno, ni a través de fórmulas genéricas o abstractas, sino que debe partir de parámetros objetivos previstos en el ordenamiento jurídico, el cual precisamente debe recoger los valores y principios que, como sociedad organizada, creemos esenciales para garantizar la eficiente circulación de bienes.

Entonces, la 'buena fe' del sujeto es la que determina el sistema legal. En nuestro caso y refiriéndonos a los bienes inscritos, dicha conducta es regulada en el artículo 2014 del Código Civil y tiene su pilar en la confianza que ha despertado en el tercero la información registral. De ahí el nombre: 'principio de buena fe pública registral'.

Siguiendo esta lógica, el requisito mínimo para amparar adquisiciones 'a *non dominio*' es que el tercero haya contratado confiando en la información de los registros públicos. Nuestro sistema precisa que tal convicción debe estar formada necesariamente por la diligente revisión de los asientos registrales y de los títulos archivados, y que solo se protegerán aquellas adquisiciones donde hubiera mediado un sacrificio económico (onerosas) y que hayan sido debidamente inscritas. Termina puntualizando que la buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro (buena fe equiparada a 'desconocimiento' del vicio de la cadena de dominio; -quien pretenda postular la mala fe del tercero conocimiento del vicio- debe probarlo).

Los requisitos anteriores pueden formar parte o no de cualquier sistema legal de protección de adquisiciones a *non domino*, pero lo que nunca puede perderse de vista es el aspecto central de la figura: proteger al tercero que contrató confiando en la publicidad registral, lo cual no viene ocurriendo en el Perú, donde al tercero le son opuestos una variedad de elementos extra registrales para perjudicar su buena fe.

GUILLERMO ARRIBAS: Para responder esta pregunta debemos referirnos a alguno de los artículos de excepción mencionados en la respuesta a la primera pregunta. Cada uno de ellos tiene un fundamento específico y, por tanto, los contornos de la regla son distintos. La ley ya prevé los requisitos aplicables en cada uno de estos, por lo que la pregunta sería más bien si estamos de acuerdo o no con estos. En resumen, considero que lo clave es confirmar si esa otra institución que la ley quiere proteger al crear la norma de excepción se tutela de forma efectiva, y si es que no existía otra forma de generar esta protección sin desproteger el derecho de propiedad legal que potencialmente se extinguiría.

4. ¿Considera acertado o eficiente que se requiera información posesoria para que el adquirente tenga 'buena fe'?

HÉCTOR LAMA MORE: Para la adquisición de inmuebles a *non domino*, el derecho positivo no ha consagrado expresamente la verificación posesoria, conforme se puede apreciar de los artículos 1135 y 2014 del Código Civil; sin embargo, a raíz de las prácticas fraudulentas que provocaron el despojo masivo de predios de particulares y del Estado, por parte de una organización criminal, se detectó la fragilidad de nuestra regulación normativa respecto de las adquisiciones de bienes inmuebles; se evidenció que la buena fe no podía quedar circunscrita a la verificación registral; para solución de los casos surgidos en la modalidad usada por dicha banda criminal, consistente en una inicial adquisición fraudulenta seguida de sucesivas transferencias en el registro sin que el verdadero propietario poseedor del bien lo note, la Corte Suprema estableció en sendos pronunciamientos casatorios, lo que se ha denominado '**buena fe diligencia**'.

Tal jurisprudencia entendía que el adquirente, en tales circunstancias, con un mínimo de diligencia hubieran podido constatar que el bien que estaban comprando estaba siendo poseído por terceros con título de propietarios; concluyendo en tales casos, se había desvirtuado la buena fe; pues, señala además, por los usos generalmente aceptados en este tipo de negocios la diligencia ordinaria mínima impone al comprador el deber de verificar el estado del bien que adquiere y quien o quienes tienen la posesión. El TC, en la sentencia citada en las respuestas a las anteriores preguntas, aceptó la validez de los referidos argumentos, puestos en la ya mencionada jurisprudencia de las Salas Civiles de la Corte Suprema, y estableció que además de dar cumplimiento a los requisitos previstos en el artículo 2014 del Código Civil, debería verificarse una conducta diligente y prudente del adquirente.

MOISÉS ARATA: Me parece que podemos convenir en que todos –incluido el legislador– estamos de acuerdo en que las adquisiciones a *non domino* tengan, como uno de sus elementos configuradores –quizás el único siempre presente– del complejo supuesto de hecho que ellas representan, la exigencia que la actividad negocial o el simple actuar voluntario con el que participa el adquirente deba ir acompañado de la buena fe. No ha sido la ley, sino fundamentalmente la doctrina, la que nos ha ido diciendo qué debemos entender por buena fe y para ello el recurso a clasificaciones parece sin duda, una manera útil de empezar a ponerle fronteras a un concepto, sin duda, abierto, a través del cual se permite la adaptación del derecho a las concepciones morales de cada sociedad según el momento y las circunstancias que se vivan y, muchos también opinan, que se trata de un vehículo para encontrar justicia en el caso concreto.

Ahora bien, la mayoritaria vocación de la doctrina por la polaridad en las clasificaciones suele decirnos que todo se simplifica dividiendo la categoría de la buena fe en dos: la objetiva (efectiva actuación del sujeto conforme a un paradigma de lealtad en el actuar) y la subjetiva (convicción del sujeto de haber actuado conforme al paradigma). La primera con amplia aplicación en el mundo de las obligaciones (como cuando hablamos del comportamiento de las partes en todo el *iter* de la relación contractual) y la segunda con preferente aplicación en el mundo de los derechos reales (como cuando hablamos de la posesión ilegítima de buena fe o de la buena fe requerida en los supuestos de concurso de acreedores y adquisiciones a *non domino*).

Para la doctrina no hay supuestos intermedios, pero para la jurisprudencia (ver especialmente la sentencia recaída en el expediente 0018-2015 PI/TC) la buena fe del adquirente no puede limitarse a un simple estudio de títulos en el registro, porque si se mira la práctica inmobiliaria se puede apreciar que los sujetos realizan más comprobaciones como la verificación posesoria y otras averiguaciones no circunscritas a lo registral como, por ejemplo, la inusual frecuencia de las transferencias, los precios subvaluados, la inusitada intervención de familiares, etc., en apoyo de lo cual se cita jurisprudencia de la Corte Suprema así como la reglamentación de la normativa especial sobre pérdida de dominio.

Si dicha decisión que, por cierto, data del año 2012 (época de mayor ebullición del fraude inmobilia-

rio en el país) es acertada o eficiente, es quizás la cuestión más relevante. No interesa si la doctrina está presta a rasgarse las vestiduras por haberse apartado la jurisprudencia de los cánones derivados de la clasificación dogmática de la buena fe y que ahora no baste tener la convicción de haber estudiado la titulación en el registro, incluyendo títulos archivados e incluso cualquier otra fuente de información a la que nos pudiera llevar la publicidad registral, sino que, como lo establece la sentencia antes citada:

Para la configuración de la buena fe del tercero se debe haber desplegado una conducta diligente y prudente, según los fundamentos de esta sentencia, desde la celebración del acto jurídico hasta la inscripción del mismo, además de haber dado pleno cumplimiento a todos los requisitos establecidos en el artículo 2014 del Código Civil, modificado por la Ley 30313.

Particularmente no creo en el dogma de la ‘única interpretación correcta’ de la ley, usualmente existen dos o más interpretaciones que no son ciertas o falsas sino simplemente lo suficientemente debatibles como para ser razonables y lo que corresponde al intérprete no es razonar para ‘invalidar’ una de ellas y quedarse con otra, sino pasar a un análisis funcional que le permita tomar la interpretación más útil para resolver, en el aquí y ahora, el conflicto al que se enfrenta, considerando, incluso, los efectos de su decisión más allá del caso. Me parece que eso es lo que hizo la Corte Suprema en el año 2012 en que decidió, en un giro de 180 grados, dejar de considerar que bastaba la convicción del sujeto fundada en la información registral y consideró que se debía haber obtenido también información extra registral, incluida la situación posesoria del bien materia de adquisición. El resultado práctico de dicha decisión fue privar a los estafadores de la posibilidad de salirse con la suya fácilmente. No diría que la convicción dejó de ser convicción, sino que se amplió el espectro de las fuentes de información en las que fiarse y si algo sí se ‘afectó’, jurisprudencialmente, es la presunción de buena fe civil o extra registral que siempre estuvo presente en el artículo 2014, porque la apreciación razonada (artículo 197 del Código Procesal Civil³⁰) de los medios probatorios sobre los hechos (adquisición en el mercado inmobiliario) le dice al juez que no es posible –ante la supuesta inacción del tercero– presumir su buena fe.

En suma, considerar que el canon de convicción del sujeto de haber considerado toda la informa-

³⁰ Artículo 197.- Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión (1992).

ción posible para realizar la adquisición, incluya la apreciación de la situación posesoria, no me parece acertado (no creo en la respuesta correcta) sino simplemente eficiente en el momento en que se adoptó y acorde con nuestros usos y costumbres en el mercado inmobiliario en particular. Lo que me parece cuestionable, especialmente en la jurisprudencia el TC son dos cosas: i) haber ‘congelado’ la natural evolución de la jurisprudencia en la apreciación de un concepto abierto como es la buena fe, porque si bien hoy contratamos mirando la posesión del inmueble (al menos en adquisiciones de propiedad), bien podría ocurrir que en el futuro nuestras costumbres cambien y, por ejemplo, nos fiemos más de la información que a través de la tecnología nos pueda transmitir y habrá que pensar en soluciones eficientes para ese momento; y ii) haber hecho abstracta y general la exigencia de tener en cuenta la situación posesoria, cosa que puede ser un exageración si se tienen en cuenta los casos paradigmáticos y hasta patéticos que dieron lugar al cambio de orientación de la Corte Suprema, que son casos en los que nos enfrentábamos a una posesión que se le presentaba como más que evidente al adquirente, no se trata de buscar al poseedor como dueño sino de no encontrar a un poseedor en concepto de dueño y en contacto material patente sobre el bien (un ocupante).

RAÚL RAVINA: La buena fe que se requiere para proteger al adquirente en los casos de adquisición a *non domino*, equivale al desconocimiento absoluto de la existencia de un vicio en la adquisición. En mi opinión, en algunas circunstancias, se puede tener buena fe sin reparar en la condición posesoria del bien, es decir, la verificación posesoria no es condición ni necesaria ni suficiente para acreditar la buena fe.

En segundo lugar, la existencia de alguna posesión ajena en el bien no tiene que significar que el adquirente vea ‘manchada’ su buena fe, pues puede haber diversas explicaciones a esa situación posesoria.

Finalmente, dado que la buena fe se presume, incorporar la verificación de la condición posesoria del bien termina invirtiendo la carga de la prueba y obligando a realizar una investigación adicional que puede complicar los procesos de adquisición.

Por ello, discrepo con la idea de incorporar la verificación posesoria como un requisito indispensable para acreditar la buena fe.

GILBERTO MENDOZA: La respuesta depende de si nos encontramos en un supuesto de legitimación aparente fáctica o jurídica. En el primer caso, evidentemente la respuesta tiene que ser positiva. Si

en el caso del artículo 948 se produce la transferencia de un no propietario a un tercero de buena fe, es porque este último confía que el poseedor es propietario. Esto es distinto, en los supuestos de legitimación aparente jurídica. En el caso del artículo 194, se confía en la titularidad de legitimado aparente, no porque necesariamente posee, sino porque tiene un título de propiedad.

LUIS FELIPE DEL RISCO: Más allá de ser el criterio uniforme que hoy rige en la jurisprudencia peruana, no lo considero acertado ni eficiente.

No es acertado porque el requerimiento de información posesoria no es una exigencia del ordenamiento para generar terceros de buena fe. No lo establece así el artículo 2014 del Código Civil, por donde se le mire. Se ha tenido que recurrir a una interpretación que desnaturaliza esta norma, donde al tercero se le dice que no basta con las exigencias puntuales de este artículo, sino que también debe ser ‘diligente’. Y esa ‘prudencia’ comprende verificar posesión.

Se trata de una interpretación muy peligrosa, pues aquella preocupación constitucional sobre la circulación de bienes será juzgada a través de un parámetro gaseoso y genérico de diligencia, del cual nunca se está seguro si se cubrió de manera adecuada. ¿Comprende la revisión de información municipal? Y si ello fuera así, ¿la información municipal prevalece sobre la de los registros públicos? Por otra parte, ¿qué ocurre con la demás información que obra en diversas dependencias del Estado, vinculada con el predio y con los sucesivos adquirentes? ¿También debe ser preferida sobre la información registral? No sabe bien dónde acaba esa diligencia del tercero; no hay reglas claras y simples sobre esa prudencia, siendo una nefasta respuesta del sistema legal hacia el mercado inmobiliario.

Lo cierto es que actualmente la posesión en el Perú frustra la información registral, lo que determina una elección de la judicatura donde se prefiere a un mecanismo de publicidad sobre otro. Si ello es así, ¿para qué tenemos registros públicos? Por qué gastamos en él si no le vamos a dar una utilidad concreta para la circulación de bienes? ¿Por qué los terceros van a confiar en él si no van a ser protegidos? ¿Acaso el artículo 912 del Código Civil no establece claramente que la publicidad posesoria no puede oponerse eficazmente a la publicidad registral?

Todas las interrogantes anteriores quedan abiertas y se ha avanzado hacia una dirección incierta, al punto que hoy increíblemente puede hablarse de un ‘tercero de fe pública posesoria’. Hay un desprecio hacia la información registral que es alar-

Héctor Enrique Lama More, Rómulo Moisés Arata Solís, Raúl Ravina, Gilberto Mendoza del Maestro, Luis Felipe del Risco Sotil y Guillermo José Arribas Irazola

mante, cuando debería ser el mecanismo de publicidad preferido por su grado de especialización y sofisticación. Parece que toda la información que difiera a la registral debe ser preferida sobre esta última, al punto de imponer al operador la tarea de confirmar la veracidad y exactitud de los asientos registrales, dejando de lado la presunción establecida en el artículo 2013 del Código Civil.

Finalmente, debemos anotar que la verificación posesoria tampoco es eficiente. Incrementa los costos de transacción en las operaciones inmobiliarias y, muchas veces, la información que se obtiene de dicha verificación es imprecisa. En efecto, con un examen posesorio en el predio no se puede determinar, a primera vista, la legitimidad o no del poseedor, si es servidor o no, si hay una coposesión, si hay una relación de posesión mediata e inmediata, entre otras modalidades posesorias mixtas. La propia naturaleza dinámica de la posesión no debería servir como un postulado para la adquisición de titularidades inmobiliarias. Por eso el legislador optó en su momento por la publicidad registral (artículo 2014 del Código Civil), pero ya nos hemos olvidado de eso.

GUILLERMO ARRIBAS: El Código Civil emplea la buena fe en distintas secciones (posesión, contratos, tercero adquirente de buena fe). La referencia a la información posesoria para determinar si un adquirente tiene o no buena fe se ha utilizado en especial respecto del artículo 2014, el mismo que se encuentra en el libro IX del Código Civil, de los registros públicos.

En doctrina se ha discutido mucho si la buena fe registral debería incluir solo los asientos registrales o si también debe considerar los títulos archivados o la realidad posesoria del bien. El 2014 vigente (modificado el 26 de marzo de 2015) resuelve ambos puntos, indicando que sí es necesario validar ambos. No obstante, la pregunta relevante es si estamos de acuerdo con ello, o si sería conveniente una modificación.

Limitar la buena fe registral a la revisión de los títulos archivados tiene como fundamento reducir los costos de transacción de quienes acuden a los registros públicos para adquirir un derecho sobre un bien registrado. Al ser el asiento un resumen de, por ejemplo, el contrato de compraventa que lo causó, es fácil revisarlo y concluir sobre si el vendedor tiene o no un derecho de propiedad que transferir. Sin embargo, la práctica registral nos muestra también que no siempre la información prevista en los asientos registrales es correcta y que, más aún, puede existir una clara desvinculación entre la información registral y la realidad (quién está poseyendo el bien).

Como indico en mi artículo en este número de la revista, conforme con el último censo nacional, más de la mitad de las viviendas en el Perú no cuentan con un título legal de propiedad, mucho menos con inscripción en registros públicos. Considerar la información registral y no la realidad posesoria podría implicar cerrar los ojos ante la gran mayor parte de nuestra sociedad.

5. ¿Considera que el sistema peruano consagra la verificación posesoria?

MOISÉS ARATA: No. Repito lo antes señalado: nuestro sistema (el todo y no sólo el marco normativo) consagra la exigencia de la buena fe tanto registral (la que se agota con la fuente registral) como la civil (la que incluye diversos datos que se deben apreciar según los usos y costumbre del mercado inmobiliario). La posesión o, más precisamente, esa posesión que calificaríamos como directa sobre el bien, de forma tal que sea patente su percepción (ocupación es la palabra que muchos usarían) es la que se nos pide no encontrar. No basta ver papeles, las exigencias del mercado confirman que existen y comulgan con el perfil de todo comprador diligente, comprobaciones que no se extinguen con la averiguación posesoria.

RAÚL RAVINA: A nivel de la regulación del Código Civil la verificación posesoria no es una obligación de los adquirentes, sin embargo, a partir de varias situaciones mediáticas donde se ha identificado bandas delictivas que aprovechando el marco legal vigente han perpetrado masivos casos de afectación a legítimos propietarios abusando de la figura del adquirente de buena fe, la jurisprudencia ha reaccionado tratando de incorporar dicha verificación de la situación posesoria como requisito para acogerse a la adquisición de buena fe.

En mi opinión, estamos ante un caso de ‘populismo jurisdiccional’ que, con la intención de atender el reclamo de la población, incorporan por la vía de la jurisprudencia lo que en la práctica sería una modificación del marco normativo de la adquisición de buena fe.

GILBERTO MENDOZA: Depende en cual supuesto nos encontremos. Si por ejemplo nos referimos al artículo 2014, considero que no. Sería esto contra sistema. La verificación posesoria no desvirtúa la buena fe del tercero en el 2014, dado que el adquirente puede mediante un desalojo lograr la restitución del bien. La única excepción es el caso de la prescripción adquisitiva de dominio, pero en este caso no nos encontramos frente a un mero poseedor, sino frente a un propietario originario frente a uno que tiene su derecho inscrito en el registro.

LUIS FELIPE DEL RISCO: Es un requisito creado y desarrollado por la jurisprudencia, pero no por la ley. El Código Civil no establece que en la producción de terceros registrales deba intervenir la verificación posesoria.

El primer párrafo del artículo 2014 del Código Civil establece los requisitos específicos que debe cubrir el tercero para alcanzar la protección legal de su titularidad, y alude de manera expresa a una buena fe 'registral' ("**causas que no consten en los asientos registrales y los títulos archivados que lo sustentan**"). El segundo párrafo de dicho artículo se refiere a otro tipo de buena fe: al desconocimiento de la inexactitud registral, señalando que dicha circunstancia se presume. Ninguno de los dos párrafos establece una regla de diligencia 'genérica' al tercero, por la cual se pueda desprender la necesidad de la verificación posesoria. Es más, no hay ninguna sola norma en el sistema civil que determine que para la circulación de bienes inmuebles es necesaria dicha verificación.

Pero como hemos advertido y a espaldas de la legislación, actualmente es pacífico en la jurisprudencia el criterio de que para comprar un inmueble uno debe ser diligente y, como parte de este comportamiento razonable, uno debe verificar posesión. Se trata de un requisito nuevo, ajeno a cómo se concibió el Código Civil. Tan es así que su incorporación produce una serie de inconsistencias a nivel sistemático. Así, si es imprescindible la posesión para la buena fe, el artículo 1135 del Código Civil varía, siendo el victorioso en la concurrencia no el que de buena fe inscribió primeramente su derecho, sino aquél que lo recibió, migrando al sistema de concurrencia de bienes muebles (artículo 1136 del Código Civil). Del mismo modo, si tan imprescindible es la posesión para la transmisión de este tipo de bienes, debió prescindirse de un sistema consensualista de dominio (artículo 949 del Código Civil) y optarse por uno que imponga la entrega de la posesión como modo de la transmisión (artículo 947 del Código Civil).

La verificación posesoria ha entrado de manera forzada a nuestra realidad jurídica en materia de circulación de bienes inmuebles y, como se ha evidenciado, ha generado un desajuste normativo en nuestro ordenamiento, acercando el sistema de transmisión de bienes inmuebles a los muebles, cuando funcionan a través de reglas y lógicas distintas. Todo estos puntos deberían ser considerados para una eventual reforma del sistema de transferencia de propiedad en el país.

GUILLERMO ARRIBAS: No existe una norma específica que lo indique. No obstante, el artículo 907³¹ respecto de la posesión de buena fe indica que esta se mantiene siempre y cuando las circunstancias permitan al poseedor creer en el error de hecho o derecho que causa su ilegitimidad. La posesión sobre los bienes es el mecanismo primario de publicidad de los derechos que se puede tener sobre los mismos, por lo que su verificación debería considerarse para determinar si uno tiene o no buena fe. En tanto la buena fe es un requisito esencial en muchas de las normas de excepción para la adquisición de un 'no propietario' en el Código, cuando ello ocurra, podríamos decir que sí se consagra indirectamente este principio de verificación posesoria.

Sin perjuicio de lo anterior, enfocándonos solamente en la transferencia de propiedad de terrenos registrados, la práctica incluye por regla general validar que el inmueble que se está comprando efectivamente está desocupado. De hecho, es común incluir en el contrato de compraventa de inmueble una declaración del vendedor indicando que el bien está libre de poseedores. Ello es porque más allá de lo previsto en el Código Civil, el mercado es consciente que comprar un terreno con poseedores ilegítimos puede resultar en no comprar nada. Ya sea porque esos poseedores ya hayan adquirido el bien por prescripción adquisitiva de dominio, o por el largo proceso que se tendría que desarrollar por el comprador para adquirir la posesión del bien comprado, es una preocupación prevista y regulada de forma privada por el mercado en los contratos correspondientes. 🏠

³¹ Artículo 907.- La buena fe dura mientras las circunstancias permitan al poseedor creer que posee legítimamente o, en todo caso, hasta que sea citado en juicio, si la demanda resulta fundada (1984).