



LA FE PÚBLICA REGISTRAL Y LA FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS (Apuntes sobre la legitimación aparente y el poder de disposición)

Gilberto Mendoza del Maestro ¹

Fecha de publicación: 01/07/2013

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. 1. PROPIEDAD. 2. LA TRANSFERENCIA DE PROPIEDAD. 3. LA ADQUISICIÓN A NON DOMINO. 4. PRINCIPIO DE FE PÚBLICA. 5. LA FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS Y LA FE PÚBLICA REGISTRAL. CONCLUSIONES.

Introducción

Denuncias contra supuestos actos de falsificación de documentos,² en las que incluso puedan estar vinculados funcionarios,³ y luego transferencia sucesivas de titularidades del derecho de propiedad o de gravamen sobre los inmuebles acogándose aparentemente a la “fe pública registral” son algunos de los casos deleznable que han puesto en cuestionamiento a un principio que se evoca de forma continua pero del que muy poco se conoce a profundidad.

No obstante las medidas de seguridad que se han creado en sede notarial: utilización de la huella biométrica, las grabaciones en video de la suscripción del acto de transferencia, la presentación cautiva de los documentos, entre otros; y en sede registral: el bloqueo por presunta falsificación de documentos, el sistema de Alerta Registral, entre otros; los falsificadores se han dado maña, para en ciertos casos, superar estas barreras y utilizar aquella figura para consolidar “adquisiciones” fraudulentas.

Y es que aparentemente, quienes tienen un conocimiento legal práctico de esta figura son los que aplican al límite dicha institución, generando cierta

¹ Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Asociación CADRI PERÚ. gmendoza@pucp.pe

² <http://peru21.pe/impres/violento-desalojo-anciana-miraflores-2124071>
http://peru21.pe/actualidad/cae-cabecilla-mafia-estafadores-casas-2117474?href=nota_mas3

³ <http://peru21.pe/actualidad/policia-investiga-trabajador-sunarp-2115210>

animadversión por propietarios afectados –y de la sociedad en su conjunto- contra un principio que forma parte de todo un sistema, el cual debilita y deslegitima de por sí todo el engranaje registral.

No obstante ello, debemos decir que dicho principio si bien conocido por ser uno de los puntos de apoyo de nuestro sistema registral, requiere para su entendimiento el conocimiento de su fuero de origen, en términos de los derechos reales: los sistemas de transmisión de titularidades propias, y las denominadas adquisiciones *a non domino* en las cuales debe encontrarse la denominada legitimación aparente y el poder – o atribución para algunos- de disposición; así como del fuero del negocio jurídico con las denominadas patologías negociales - ya sean estructurales o funcionales.

El presente trabajo busca entender los alcances de la denominada fe pública registral a partir de estas instituciones y verificar si en caso de falsificación de documentos se aplica – y de qué forma- este principio.

1. LA PROPIEDAD

Una aproximación inicial al instituto de la propiedad es atribuida al profesor alemán Dieter Murswiek⁴ el cual distinguía entre lo propio y ajeno. Esta aproximación intuitiva significa que cuando uno sale a la calle y ve diversos objetos, no los presumirá suyo, sino que asumirá que es propiedad de otro sujeto. En función de ello –en principio- no podrá usar, disfrutar o disponer de aquellos.

Ahora, dicha aproximación más que enfocarse en una posición funcionalista del derecho de propiedad a propósito de la oponibilidad⁵, es el punto de partida para mostrarnos qué es la propiedad e indicarnos la ruta para definir sus contornos.

Muestra de ello se brindó en el histórico caso “Campbell vs Holt”,⁶ en el que el concepto de la propiedad se extendió a la pluralidad *in totum* de los bienes materiales e inmateriales que integran el patrimonio de una persona y que, por ende, son susceptibles de apreciación económica.

⁴ MURSWIEK, Dieter. Privater Nutzen und Gemeinwohl im Umweltrecht. Zu den überindividuellen Voraussetzungen der individuellen Freiheit. En: DVBl, 1994, p.80. Das Eigentum gibt nie das Recht, durch seine Nutzung andere zu schädigen. La propiedad no otorga el derecho de dañar a otro a través de su uso.

⁵ Posición funcionalista ha manifestado BULLARD GONZALES, Alfredo. Conferencia brindada en la Zona Registral No. IX - Lima. Derechos Reales Vs. Derecho de las Obligaciones. 10.5.2011.

⁶ Fallos 144:219 y 145:307, Campbell v. Holt, 115 U.S 620, 1885. En ese sentido Thomas Cooley señalaba que “*todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y su libertad*” por eso “*todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley (...) integra el concepto constitucional de ‘propiedad’*” (Thomas M. Cooley. *The General Principles of Constitutional Law in the United States of America*, pag. 345/346.

Lamentablemente en nuestro ordenamiento no se ha adoptado una definición, sino que ha descrito facultades y poderes en el Art. 923 de nuestro código sustantivo *“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.”*

No obstante ello, podemos esbozar como definición de propiedad aquel dominio que tiene el titular sobre el bien, respetando la ley y el derecho de los terceros.

Dicha definición sencilla debe tener cuidado en extenderse a “propietarizar” inclusive los derechos *“de la misma forma que se dice que un hombre tiene un derecho sobre su propiedad, también puede decirse que tiene una propiedad sobre sus derechos”*⁷ Por tanto no existe propiedad sobre la concesión, ni sobre el arrendamiento, ni sobre cualquier otro derecho.⁸

De igual forma debe indicarse que el derecho de propiedad es afín a otros derechos como la pensión *“(…) la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que el derecho a recibir una pensión de jubilación, constituye un derecho adquirido, por cuanto la Constitución Peruana lo reconoce expresamente y, en la medida que este fue incorporado al patrimonio de los pensionistas, se encuentra amparado por el artículo 21° de la Convención, que reconoce el derecho de propiedad... El criterio de la Corte Interamericana es compartido, y asumido expresamente, por el Tribunal Constitucional peruano, que en varias ocasiones ha identificado el derecho a percibir pensión con el derecho de propiedad”*.⁹

⁷ Madison, J. [1792] 1906. Property. In The Writings of James Madison, Vol. 6, 1790 -1802, edited by G. Hunt, 101-3. New York: G. P. Putnam's Sons, Nickerbocker.

⁸ Hay que tener cuidado con las críticas y razonamientos que están detrás de ella, que quizá puedan indicar que en el Derecho Alemán también existió la ideología de la propiedad de los derechos. Y es que en el periodo entreguerras, en donde si bien fue considerada por algunos el Art. 153 de la Constitución de Weimar con tendencias socializadoras (a diferencia del Art. 903 BGB LANGE, Heinrich. Liberalismus, Nazionalsocialismus und Bürgerliches Recht. Tübingen, 1933, p.19) -, toda vez que tenía en su seno restricciones que podían ser utilizadas como limitaciones de la propiedad. En ese sentido, el Reichsgericht (Tribunal Supremo Alemán) buscó –hasta donde pudo- interpretar de la forma más amplia dicho derecho. BRAHM GARCÍA, Enrique. Eigentum und Enteignung im Dritten Reich. Steinbach. Taunus. 1985, p.100. En ese sentido, ante la cada vez más fuerte influencia del nacionalsocialismo, el Reichsgericht indicó que el concepto de la propiedad era también aplicable a los demás derechos privados –incluido el derecho de crédito. (Reichsgerichts in Zivilsachen tomo 109, p. 319). Esta fue la reacción, ante un régimen que se avizoraba como limitador de derechos.

⁹ Sentencia de la Corte Interamericana sobre el Caso de los Cinco Pensionistas vs. Perú, Sentencia de 28.2.2003. Indicamos afinidad, dado que en sede nacional se ha indicado una serie de distinciones entre el derecho a la propiedad y el derecho de pensión. Por su naturaleza, la pensión, no es un derecho real sobre un bien, sino un derecho a percibir un determinado monto de pago periódico al que se tiene acceso una vez que se han cumplido los requisitos legalmente establecidos. Expedientes N.º 0050-2004-AI/TC, 0051-2004-AI/TC, 0004-2005-PI/TC, 0007-2005-PI/TC y 0009-2005-PI/TC. La pensión no puede ser objeto de determinados actos de libre disposición (compra-venta, permuta, donación, entre otros), no es pasible de expropiación, no siempre coincide el titular de la pensión con la persona beneficiada con ella, debiendo distinguirse entre el pensionista y el beneficiario.

Al derecho a la herencia toda vez que este es un ámbito de apropiación privada y de transmisión *mortis causa*, protegido por la garantía institucional del derecho de propiedad. Así pues, mediante el derecho a la herencia, la propiedad se perpetúa en manos privadas, constituyendo la propiedad y la herencia de manera igual elementos básicos de un orden patrimonial y social basado en la autonomía privada. En este sentido, la herencia puede estimarse incluso como una manifestación de la garantía de la propiedad que en el sentido del texto constitucional, incluye no solo la facultad de aprovechar, sino también la de *transmitir de manera permanente*.¹⁰

De igual forma se ha indicado que la protección de la libre disposición del ahorro ya sea en moneda nacional o extranjera es una prolongación o manifestación del derecho de propiedad.¹¹

El Tribunal Constitucional español, en la sentencia STC/37/1987, ha indicado que: *“La Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura como haz de facultades individuales, pero también y al mismo como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamado a cumplir (...)”*.

Dicha concepción ha sido recogida en la Sentencia del Tribunal Constitucional 0008-2003-AI se *“reconoce a la propiedad no sólo como un derecho subjetivo (derecho individual), sino también como una garantía institucional (reconocimiento de su función social). Se trata, en efecto, de un “instituto” constitucionalmente garantizado. De modo que no puede aceptarse la tesis que concibe a los derechos fundamentales como derechos exclusivamente subjetivos, pues ello parte de la errónea idea de que aquellos son sólo una nueva categorización de las libertades públicas, tal como en su momento fueron concebidas en la Francia revolucionaria.”*¹²

¹⁰ KRESALJA ROSSELLÓ, Baldo y OCHOA, César. Derecho constitucional económico. PUCP: Lima. Fondo Editorial, 2009, p.257

¹¹ KRESALJA ROSSELLÓ, Baldo y OCHOA, César. Ibid, p.266.

¹² La doctrina del reconocimiento de la propiedad como una garantía institucional, ha sido también defendida por el Tribunal Constitucional en el Caso Colegio de Notarios de Junín, en la cual argumentó que “el derecho a la propiedad no sólo adquiere la categoría constitucional de derecho fundamental, sino que su defensa y promoción se constituyen en garantía institucional para el desarrollo económico [...]. Empero, para el pleno desarrollo del derecho de propiedad en los términos que nuestra Constitución le reconoce y promueve, no es suficiente saberse titular del mismo por una cuestión de simple convicción, sino que es imprescindible poder oponer su titularidad frente a terceros y generar, a partir de la seguridad jurídica que la oponibilidad otorga, las consecuencias económicas que a ella le son consustanciales. Es decir, es necesario que el Estado cree las garantías que permitan institucionalizar el derecho [...]. Por cierto, la concepción de la propiedad privada como una garantía institucional, no implica el desconocimiento de las garantías que, a su vez, deben ser instauradas a efectos de reconocer al propietario las facultades de oponibilidad del derecho. Y es que, al igual que la gran mayoría de derechos fundamentales, la propiedad no mantiene más la condición de derecho absoluto.

Se añade en dicha sentencia que el ejercicio del derecho a la propiedad no es absoluto, e importa limitaciones legales que tienen por finalidad armonizar: - *El derecho de propiedad individual con el ejercicio del mismo por parte de los demás individuos.* - *El derecho de propiedad individual con el ejercicio de las restantes libertades individuales.* - *El derecho de propiedad individual con el orden público y el bien común.*

Ahora bien, dicha limitación de la propiedad se encuentra establecida por la denominada “función social”: “78. *Cuando nuestra Constitución garantiza la inviolabilidad de la propiedad privada y señala que debe ser ejercida en armonía con el bien común y dentro de los límites legales, no hace más que referirse a la función social que el propio derecho de propiedad contiene en su contenido esencial.*”¹³

Así pues, la función social – con sus raíces en la Carta de Querétaro de 1917 así como en la Constitución de Weimar de 1919- sería consustancial al derecho de propiedad¹⁴ y se encuentra dentro de su contenido esencial.

A nuestra consideración las manifestaciones (limitaciones) de la función social del derecho de propiedad se verifican tanto externamente, como internamente (obligaciones) y las mismas no se encontrarían dentro del denominado contenido esencial del derecho de propiedad.¹⁵

En este sentido tenemos dudas si existiera violación a la llamada función social en su aspecto externo, se está violando el ¿derecho de propiedad? No, lo que se está justamente infringiendo son los límites de la propiedad, y en función de ello debería sancionarse, no por la vulneración del derecho, sino por abuso del mismo. De igual forma, en el supuesto de las manifestaciones internas (obligaciones) de la función social del derecho de propiedad, su incumplimiento generaría sanción dado que se han dejado realizar deberes que contiene la propiedad, lo que no es igual a los supuestos de la vulneración producto de una privación o cuando se le ha vaciado de contenido.

Ahora bien, el denominado contenido esencial (Wesengehalts) ha sido reconocido tanto en el Art. 19.2 de la Grundgesetz “*Soweit nach diesem Grundgesetz ein Grundrecht durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes eingeschränkt werden kann, muß das Gesetz allgemein und nicht nur für den Einzelfall gelten. Außerdem muß das Gesetz das Grundrecht unter Angabe des Artikels nennen. (2) In keinem*

¹³ N.º 0048-2004-AI/TC del 31.3.2005

¹⁴ Aunque muchos no hayan reparado en ello, esta posición de asumir límites internos al contenido de la propiedad (ENZINGER, Alfred. *Das Enteignungsrecht im nationalsozialistischen Staat*, Diss. München, 1935, p.20) así como la indivisibilidad de derechos y limitaciones dentro del derecho de propiedad, mediante lo cual el propietario tenía derechos y al mismo tiempo obligaciones (KUTSCHER, Hans. *Die Enteignung*. STUTTGART, 1938, p.79.) fue la literatura reinante durante el régimen nacionalsocialista.

¹⁵ MERK, Walter. *Das Eigentum im Wandel der Zeiten*, Langensalza, 1934, p.15.

Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden.¹⁶; así como en el Art. 53.1 de la constitución de España 1978 “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades (...).”

Posiciones sobre el denominado contenido esencial hay diversas, no obstante adoptamos aquella que indica es parte del contenido de un derecho sin el cual éste pierde su peculiaridad y no es reconocible como tal derecho.¹⁷

Nuestro Tribunal no ha definido claramente cuál es el contenido esencial de la propiedad, sin embargo sí nos ha brindado algunas aproximaciones toda vez que ha señalado que la posesión no forma parte del contenido esencial “2. (...) *no obstante configurarse como uno de los elementos que integra la propiedad, no pertenece al núcleo duro o contenido esencial de la misma, careciendo por tanto de protección en sede constitucional, limitándose su reconocimiento y eventual tutela a los supuestos y mecanismos que la ley, a través de los procesos ordinarios, establece.*(...)”¹⁸

Ahora, sobre la posesión debe tenerse en cuenta que en el caso de la comunidad de Mayagna Vs. Nicaragua la Corte Interamericana de derechos Humanos ha reconocido reconoce a partir del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas basta la posesión de tierra, para que en caso carezcan de título real, obtengan el reconocimiento de la propiedad.

Y es que en el caso de la propiedad, a diferencia de otros derechos, nos encontramos a diversos tipos de manifestaciones las cuales requieren de un estudio casuístico que nos permitan obtener rasgos comunes a todos “3. (...) *Por otra parte y vista la existencia de una variada e ilimitada gama de bienes sobre los que puede configurarse la propiedad (urbanos, rurales, muebles inmuebles, materiales, inmateriales, públicos, privados, etc.), puede hablarse de diversos estatutos de la misma, los que, no obstante asumir matices particulares para cada caso, no significan que la propiedad deje de ser una sola y que, por tanto, no pueda predicarse respecto de la misma elementos de común configuración. Corresponderá, en todo caso, a la magistratura constitucional, la construcción de los perfiles correspondientes a un contenido esencial del derecho a la propiedad que, de cara a lo postulado por nuestro ordenamiento fundamental, pueda*

¹⁶ Traducción libre: Cuando según esta norma (Grundgesetz) un derecho pueda limitarse por ley o en virtud de una ley, la ley será general y no para casos particulares. Además la ley tiene que indicar el derecho fundamental. (2) En ningún caso un derecho fundamental puede ser afectado en su contenido esencial.

¹⁷ STC de 8.4.1981.

¹⁸ El Exp. N.º 008-2003-AI/TC publicado el 1.6.2005.

*predicarse como común denominador de las diversas clases o manifestaciones de la misma. (...)*¹⁹

En el presente texto vamos a circunscribirnos en el derecho de propiedad que recae sobre bienes inmuebles.

1.1 LA PROPIEDAD APARENTE

Si bien la propiedad como derecho real es bien conocida por todos, existen autores que hacen distinciones con la denominada “propiedad aparente.”

En Francia los Mazeud distinguieron la propiedad condicional y propiedad aparente.²⁰ Larroumet en cambio señaló que la propiedad tenía caracteres permanentes y caracteres contingentes.²¹

En Brasil Teixeira de Freitas señaló que existe la propiedad completa y verdadera. (Verdadera adquisición, y la *non domino* más usucapión). Propiedad completa y putativa. (La putativa en tránsito sin prescripción).²² De otro lado, Orlando Gomez describe según los estados de la propiedad: Propiedad en dominio permanente y propiedad en dominio contingente. (sujeto a modalidad, apariencia)²³

A partir de ello, se pretende identificar a la apariencia como derecho real,²⁴ siendo que el “supuesto titular” posee un título,²⁵ lo cual no compartimos, porque es una apariencia de derecho, no derecho en sí mismo, y el supuesto título no otorga ni titularidad ni es un supuesto de legitimación causal.

Por tanto, si existe un medio publicidad, en caso de inexactitudes registrales, no existen 2 propiedades: Una conforme al registro y otra conforme a la realidad jurídica; sino una sola, que proyecta mediante una publicidad inexacta, una apariencia de titularidad distinta.

¹⁹ El Exp. N.º 008-2003-AI/TC publicado el 1.6.2005. En ese sentido Perlingiere señala que debe buscarse sus líneas genéricas que puedan vincular sus diferentes manifestaciones. PERLINGIERI, Pietro. Introduzione alla problematica della proprietà. Università degli Studi di Camerino, 1982, p. 138

²⁰ MAZEUD, Henri, Mazeud, León, et. al. Leçons de Droit Civil. T.II 7a ed. Vol. 2. Paris: Montchrestieu, pp. 154,155.

²¹ LARROUMET, Christian. Droit civil. T.II, 2ª ed. Paris, Economica, 1988, p.194.

²² TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. Consolidação das leis civis. 3ª. Ed. Rio de Janeiro: B.L. Garier, 1987, p. CCXII, nota34.

²³ GOMES, Orlando. Direitos Reais. 7ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p.230.

²⁴ PAES LANDIM FILHO, Francisco Antonio. A propriedade aparente (A aquisição a non domino da propriedade imóvel com eficácia translativa no código civil). Tesis de doutorado. Vol. I, São Paulo, 1992, p. 299.

²⁵ ROUBIER, Paul. Droit subjectifs et situations juridiques. Paris: Dalloz, 1983, p. 243.

La denominada propiedad aparente tiene una estructura distinta a la propiedad tal cual está regulada en el Art. 923 del Código Civil, dado que el sujeto, objeto y vínculo de atribución es distinto.

No obstante ello, el denominado propietario aparente, no es un mero titular de facto –véanse los titulares aparentes inscritos- sino que tienen juridicidad, tal cual lo explicaremos en las siguientes líneas.

2. LA TRANSFERENCIA DE PROPIEDAD.

La transferencia de bienes inmuebles: ya sea por enajenación, permuta, donación, ejecución forzada, entre otras; son ejemplos de los diversos supuestos de la transferencia de titularidades las cuales pueden ser estudiadas tanto como un fenómeno jurídico, económico²⁶, sociológico, político, entre otros.

Como fenómeno jurídico, podemos señalar preliminarmente que el escenario en el que se desenvuelve debe contener: - Libertad²⁷, Apariencia²⁸ y Seguridad en la Circulación²⁹, toda vez que como indicó GAMBARO, la circulación es parte fundamental de la propiedad.³⁰

Analizado el fenómeno de la circulación – en su aspecto jurídico- a partir de los intereses³¹ opuestos tanto en su configuración como en sus efectos.

²⁶ “La vita económica e incentrata silla circolazione dei beni e sulla circolazione del prodotto delle attività umane: la vendita di un edificio, la vendita di prodotti alimentari, sono due esempi sintomatici della circolazione di beni; la escuzione di una prestazione lavorativa (...), è esempio di circolazione del prodotto dell’attività umana”. ALPA, Guido e BESSONE, Mario. Elementi di diritto civile. Milano: A. Giuffrè, 1990, p.29

²⁷ CARNELUTTI, Francesco. Teoria giuridica della circolazione, Padova: Cedam, 1933, p.12.

²⁸ CARNELUTTI, Francesco. Teoria giuridica della circolazione, Ibid., p.62-63. PEREIRA, Lafayette Rodrigues, Direito das coisas, Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977, V.1, p.161.

²⁹ Circulación ya sea como el traslado físico del bien, como movimiento del valor y generación de riqueza enfocado como circulación económica; y la pérdida y adquisición de los bienes en sentido jurídico son algunas formas de redefinir la circulación.

³⁰ GAMBARO, Antonio. La propiedad: beni proprietà, comunione. Milano: A. Giuffrè, (s.d.) p.311. Si bien somos conscientes que la transferencia se realiza por una fuerza externa que se aplica al derecho de propiedad, esto no conlleva a negar la importancia de la circulación del bien como característica esencial de los derechos reales, y en especial, del derecho de propiedad.

³¹ BACHMANN, Gregor. Private Ordnung, En: Jus Privatum 112, Mohr Siebeck, 2006, p.60. A partir de ellas se señala que los particulares nos encontramos en permanente estado de carencia – necesidad- el cual sólo podemos erradicar mediante un ente “escaso” idóneo –corpóreo o incorpóreo- al cual denominaremos bien. Esto produce una *relación de tensión* entre la necesidad que el sujeto tiene y el bien idóneo para satisfacerla, a lo cual la denominaremos *interés*. NICOLÒ, Rosario. Le situazioni giuridiche soggettive. En: Letture di diritto civile. Racolte da ALPA, Guido e ZATTI, Paolo. CEDAM: Casa editrice Dottore Antonio Milano. Padova, 1990, pp. 133, 134.

Así pues, tomando en consideración la idea de contrato -entendido como norma privada³²- lo acordado contractualmente tiene validez porque los contratantes – haciendo uso de su libertad contractual – reglamentarán el negocio según sus intereses. En ese sentido, dichos intereses deben ser garantizados recíprocamente por las partes.³³

Estos intereses opuestos son los que generan la necesidad que el ordenamiento tutele la circulación de los bienes,³⁴ haciendo que en situaciones especiales se privilegie ciertos intereses y se subordinen otros, generando las denominadas situaciones jurídicas subjetivas.³⁵

En este sentido, nos indican MERRIL y SMITH que en los contratos en los cuales existen adquisiciones *a non domino* pueden sacrificarse los intereses de los titulares, o los intereses económicos-sociales de los terceros adquirentes,³⁶ lo que en nuestro medio se estudia a partir de la llamada Seguridad Estática (jurídica) y Dinámica (del tráfico).³⁷

Se entiende la seguridad jurídica (estática) como la protección del titular de su situación jurídica tutelada, la que no se le podrá privar sin su consentimiento. La seguridad del tráfico, en cambio, refiere a la tutela que recibe quien modifica su situación jurídica vinculándose con otros, tomando en consideración información relevante que es conocida.³⁸

Debemos indicar que preferimos denominar seguridad de derechos³⁹ a la primera en lugar de la traducción de seguridad jurídica toda vez que puede llevar a

³² MANIGK, Alfred. *Privatautonomie*, Weimar, 1939, p. 61. Dicho autor antes ya había señalado el supuesto de hecho y la fuente normativa no se excluyen “Rechtsquelle und Tatbestand sind also Attribute rechtlicher Erscheinungen zunächst keine sich ausschliessenden Gegensätze.” P.132.

³³ FLUME, Werner. *Allgemeiner Teildes bürgerlichen Rechts: Das Rechtsgeschäft*. 3. ed. Berlin: Springer, 1979, p.7

³⁴ En términos de Cernelutti, la Tutela jurídica de la circulación de los bienes es imprescindible para la circulación. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria giuridica della circolazione*, Ibid., p.10-11.

³⁵ MORALES HERVIAS, Rómulo. *Patologías y remedios del contrato*. Lima: Jurista editores, 2011, p.67. Dichas situaciones jurídicas son definidas como la situación o posición, en la cual se encuentra un sujeto, por efecto de la aplicación de una o más reglas de derecho. ZATTI, Paolo y COLUSSI. *Lineamenti di Diritto Privato*, Nona edizione, Padúa, CEDAM, 2003, p.73.

³⁶ MERRILL, Thomas W.. SMITH, Henry E., *Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle*. In: *Yale Law Journal* 110, 2000, p.26-38.

³⁷ DEMOGUE, René. *Les notions fondamentales du droit privé*. Paris: A. Rousseau, 1911, p. 71,72,78.

³⁸ EHRENBERG, Víctor. *Rechtssicherheit und Verkehrssicherheit, mit besonderer Rücksicht auf das Handelsregister*. En: *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*. Digitale Bibliothek des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte, Bd. 47 = 2.F. Bd. 11, 1904, p. 274. Dicho autor señala que el primer requisito de la seguridad del tráfico es que la existencia y el contenido de los derechos no puedan derivar dudosos.

³⁹ El término en alemán es <Rechtssicherheit> “(...) <la sicurezza dei diritti consiste in ciò che una modificazione sfavorevole Della condizione attuale dei rapporti patrimoniali di un soggetto non può aver luogo senza il concorso della sua volontà (...)” (El subrayado es nuestro). En: PUGLIATI,

equivocos. La seguridad jurídica es el género, de esta se desprende o proteger al verdadero propietario o al tercero de buena fe que confía en lo publicitado en registros, la elección de cualquiera de ambas soluciones es *jurídica*.

2.1 TRANSFERENCIA DE BIENES INMUEBLES

En nuestro ordenamiento los supuestos de circulación de la riqueza podemos encontrarlos en diversas formas de adquisición: originaria⁴⁰-derivada⁴¹, a título singular⁴² – universal⁴³, gratuita⁴⁴ – onerosa⁴⁵, intervivos⁴⁶ – mortis causa⁴⁷, entre otras.

Dichas transacciones puede configurarse como un supuesto de hecho simple o complejo⁴⁸ o dividido en fases.⁴⁹

Tomando como muestra uno de los tipos negociales, el contrato de compraventa de bienes inmuebles, tenemos un artículo con influencia francesa (1138 del Code) el cual recoge un sistema espiritualista mediante el cual el mero consenso transfiere propiedad:

Art. 949 “La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario.”

Salvatore. *La trascrizione. La pubblicità in generale*, volume XIV, tomo I. Milano: Dott. A Giuffrè editore, 1957, p.235.

⁴⁰ **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.

⁴¹ **Artículo 949.-** La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario. Así pues, señala Carnelutti que el instrumento por excelencia es el contrato. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria giuridica della circolazione*, Ibid., p.62-63. PEREIRA, Lafayette Rodrigues, *Direito das coisas*, Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977, V.1, p.17.

⁴² **Artículo 735.-** (...) La institución de legatario es a título particular y se limita a determinados bienes (...).

⁴³ **Artículo 735.-** La institución de heredero es a título universal y comprende la totalidad de los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia o una cuota parte de ellos. (...)

⁴⁴ **Artículo 1621.-** Por la donación el donante se obliga a transferir gratuitamente al donatario la propiedad de un bien.

⁴⁵ **Artículo 1602.-** Por la permuta los permutantes se obligan a transferirse recíprocamente la propiedad de bienes.

⁴⁶ **Artículo 1529.-** Por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar su precio en dinero.

⁴⁷ **Artículo 660.-** Desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a sus sucesores. Así pues lo desarrollan CARNELUTTI, Francesco. *Teoria giuridica della circolazione*, Ibid, 1933, p.62-63. PEREIRA, Lafayette Rodrigues, *Direito das coisas*, Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977, V.1, p.19-20.

⁴⁸ BESSONE, Darcy. *Direito Reais*. Sao Paulo, Saraiva, 1988, p.132.

⁴⁹ GOMES, Orlando. *Direito Reais*. 7ª. Ed. Río de Janeiro: Forense, 1980, p.130.

Dicho artículo ha sido materia de diversas interpretaciones por diferentes autores en nuestro medio. No obstante ello nos limitaremos en esta parte a mostrar algunas posiciones y señalar la nuestra.

Existen los autores que señalan que el contrato sólo tiene efectos obligacionales,⁵⁰ y que en caso se generaran efectos reales estas tienen que verificarse en el nivel de ejecución de las propias obligaciones.⁵¹

TORRES MÉNDEZ señala que la transferencia opera con la entrega, no con el contrato. Así pues señala que el código contiene una contradicción interna entre el artículo 949 y el 1529, teniendo este sólo efectos obligacionales. En este sentido, propone que el Art. 1529 es una norma de excepción, por lo que el 949 no se aplicaría a la compraventa de bienes inmuebles.⁵²

Ahora bien, para que se consolide la transferencia aplica analógicamente el Art. 947, señalando que esta contiene el requisito necesario de la tradición. Por tanto, el Art. 949 quedaría restringido a los supuestos de contratos atípicos.⁵³

Del otro lado, existen autores que siguen la posición –con ciertos matices- del sistema consensualístico.⁵⁴

Así pues indica que basta sólo el contrato para transferir propiedad, no obstante lo luego entra en contradicción al señalar que en el contrato de compraventa de bienes inmuebles confluyen título y modo.⁵⁵ Si se requiere título y modo, ¿no basta entonces el contrato para transferir propiedad?

⁵⁰ ARIAS - SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis. Tomo I. Lima, Studium, 1987, p.155. En otros ordenamientos la mera promesa de transmisión de una posición jurídica patrimonial, confiere una pretensión de la transmisión del acreedor al deudor subordinando sus intereses más no así la transmite, en principio, por sus efectos meramente obligacionales. ENNECCERUS, L. , NIPPERDEY, H. C.. *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*. V.2, 15. ed. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1960, p.891-2. VON TUHR, Andreas. *Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*. V.2, T.1.Leipzig: Duncker & Humblot, 1957, p.369-70.

⁵¹ CASTILLO FREYRE, Mario. Comentarios al contrato de compraventa. Lima: Gaceta Jurídica, p. 18.

⁵² TORRES MÉNDEZ, Miguel. Estudios sobre el contrato de compraventa (parte I), Lima, Grijley, 1993, pp. 143-145.

⁵³ TORRES MÉNDEZ, Miguel. Ibid., p.148.

⁵⁴ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. “La obligación de enajenar y el sistema de transferencia de la propiedad inmueble en el Perú”. En: Revista Thémis, Segunda Época, No. 30, Lima, 1994, p. 171. Tómese en cuenta que este autor toma como finalidades concretas de cualquier sistema de propiedad: i) La facilitación de la circulación de la riqueza. ii) La reducción de los costos de transacción en las transferencias voluntarias. iii) La reducción (o eliminación) del riesgo de adquisición “a non domino” a través de signos de publicidad. OSTERLING PARODI, Felipe. Las Obligaciones. Biblioteca para Leer el Código Civil. Vol. VI. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988, p. 40.

⁵⁵ BIGIO CHREM, Jack. “la compraventa y la transmisión de propiedad”. En: VV.AA. Biblioteca para leer el Código Civil, 1984, pág. 183.

FORNO en cambio argumenta que el contrato tiene efectos reales en la transferencia de bienes inmuebles dado que según nuestro artículo 1351 se establece que el contrato tiene como fin crear, regular, modificar o extinguir una “relación jurídico patrimonial”. Siendo que dichas relaciones no sólo contienen derechos subjetivos y deberes jurídicos, sino otras situaciones jurídicas subjetivas.⁵⁶ Si bien el artículo 949 contiene el término “obligación” sin embargo que la misma no tiene estructura, contenido ni función del término técnico, por lo que se agota inmediatamente ocurre. En este sentido, dicho artículo contiene el efecto real.⁵⁷

Nuestra posición es que en nuestro país, respecto a los bienes inmuebles, el contrato produce efectos reales. Si bien consideramos que dicha opción legislativa genera una serie de problemas al no existir la tradición en el supuesto de hecho de configuración de la transmisión, el dispositivo normativo permite la interpretación de los efectos reales generados por los contratos.

2.2 CONFIGURACIÓN

Ahora bien, si bien hemos mencionado el tipo utilizado para la transferencia de bienes inmuebles y sus diversas interpretaciones, corresponde verificar como se configura el mismo a partir de 3 requisitos: La titularidad, la legitimación y el poder de disposición.

Titularidad es la pertenencia subjetiva del derecho de propiedad a los titulares del dominio,⁵⁸ la cual otorga exclusividad y es oponible Erga Omnes. Así pues, Cariota Ferrara señala en forma amplia que la titularidad es “*appartenza esclusiva erga omnes del diritto*.”⁵⁹

Dicho vínculo de pertenencia de un sujeto frente a un objeto, en sus diferentes modalidades: Titularidad del derecho de propiedad, del derecho de usufructo, de las garantías, entre otros; evita la confusión de por ejemplo “propietarizar” los derechos: “*de la misma forma que se dice que un hombre tiene un derecho sobre*

⁵⁶ FORNO FLÓREZ, Hugo. “El contrato con efectos reales”, En: Revista *Ius et Veritas*, Año IV, No. 7, Lima, 1993, pág. 77.

⁵⁷ FORNO FLÓREZ, Hugo. *Ibid.*, pág. 86. En igual sentido: ESCOBAR ROZAS, Freddy. El contrato con efectos reales. Análisis del sistema de transferencia de propiedad adoptado por el Código Civil peruano. *Ius et veritas* 25, pp.58 y 59. Incluso algunos autores han ampliado el ámbito de aplicación de dicha posición a los bienes muebles, asumiendo que el contrato automáticamente produce la modificación del título posesorio, operando la tradición ficta señalada en el Art. 947 del Código Civil. LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. Notas polémicas sobre la regulación de la reserva de propiedad. En: *Temas de Derecho Civil*. Lima: Universidad de Lima, 1991.

⁵⁸ En ese sentido se indica que la titularidad es un vínculo de pertenencia (establecido por la norma) entre sujetos de derecho (y su posición) con el objeto de una relación jurídica. CASTRO, Torquato. *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional: estrutura, causa e título legitimário do sujeito*. São Paulo: Saraiva, 1985, p.94,95.

⁵⁹ CARIOTA FERRARA, Luigi. *I negozi sul patrimonio altrui*. Padova: Cedam, 1936, p.112.

su propiedad, también puede decirse que tiene una propiedad sobre sus derechos”⁶⁰ Por tanto no existe propiedad sobre la concesión, ni sobre el arrendamiento, ni sobre cualquier otro derecho.⁶¹

La titularidad es distinta a la figura de la legitimación, entendiéndose esta como “(...) la competencia para alcanzar o soportar los efectos jurídicos de la reglamentación de intereses a que se ha aspirado, la cual resulta de una específica posición del sujeto respecto a los intereses que se trata de regular.”⁶²

Es decir existe la facultad que se otorga a determinados sujetos para que puedan afectar su esfera jurídica o la esfera jurídica ajena si realmente han sido facultados.⁶³

Si bien nos parece clara esta aproximación puede confundirse con la capacidad. La capacidad es un presupuesto subjetivo del acto, la legitimación es un presupuesto subjetivo – objetivo, dado que depende de una relación especial del sujeto con el objeto.⁶⁴ Dicho de otra forma se enfoca a la capacidad como una cualidad natural⁶⁵ y la legitimación como cualidad jurídica.⁶⁶

⁶⁰ MADISON, J. [1792] 1906. *Property*. In *The Writings of James Madison*, Vol. 6, 1790 -1802, edited by G. Hunt, 101-3. New York: G. P. Putnam’s Sons, Nickerbocker.

⁶¹ Hay que tener cuidado con las críticas y razonamientos que están detrás de ella, que quizá puedan indicar que en el Derecho Alemán también existió la ideología de la propiedad de los derechos. Y es que en el periodo entreguerras, en donde si bien fue considerada por algunos el Art. 153 de la Constitución de Weimar con tendencias socializadoras (a diferencia del Art. 903 BGB LANGE, Heinrich. *Liberalismus, Nazionalsocialismus und Bürgerliches Recht*. Tübingen, 1933, p.19) -, toda vez que tenía en su seno restricciones que podían ser utilizadas como limitaciones de la propiedad. En ese sentido, el Reichsgericht (Tribunal Supremo Alemán) buscó –hasta donde pudo- interpretar de la forma más amplia dicho derecho. BRAHM GARCÍA, Enrique. *Eigentum und Enteignung im Dritten Reich*. Steinbach. Taunus. 1985, p.100. En ese sentido, ante la cada vez más fuerte influencia del nacionalsocialismo, el Reichsgericht indicó que el concepto de la propiedad era también aplicable a los demás derechos privados –incluido el derecho de crédito. (*Reichsgerichts in Zivilsachen* tomo 109, p. 319). Esta fue la reacción, ante un régimen que se avizoraba como limitador de derechos.

⁶² CUENA CASAS, Matilde. *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*. Barcelona, José María Bosch editor, 1996, p.492.

⁶³ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como proceso*. Sao Paulo: José Bushatsky, 1976, p.65. A la legitimación se le vincula con la autonomía privada “Parece evidente que los límites de la autonomía privada, siendo ésta un poder atribuido por normas no negociales, no pueden depender más que de tales normas; sólo ellas pueden ampliar o restringir el campo de la autonomía privada. En contraposición, la legitimación de cada sujeto depende de la extensión de su patrimonio, y por lo tanto puede ser ampliada o restringida mediante la realización de negocios jurídicos que vengán a incidir sobre el patrimonio, es decir, mediante el ejercicio de la autonomía privada.” FERRI, Luigi, *La autonomía privada, Traducción y notas de derecho español de Luis Sancho Mendizábal*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. (s.f.), p.101.

⁶⁴ LADARIA CALDENTEY, Juan. *Legitimación y apariencia jurídica*, Barcelona: Ed. Bosch, 1952, p.17.

⁶⁵ FALZEA, Angelo. Voz “Capacità (Teoria generale)”. *Enciclopedia del Diritto*, vol. VI., 1960, p.44.

⁶⁶ CARNELUTTI *Teoría general del derecho*, Trad. Por Osset, Madrid, 1955, P.239. FALZEA, Angelo. Voz “Capacità (Teoria generale)”. *Ibid.*, p.44. Falzea señala que la capacidad contiene una cualidad jurídica general que recae sobre el sujeto en sí mismo, en cambio, la legitimación tiene un carácter más específico dado que se vincula con el objeto u otro sujeto en la relación.

La legitimación puede ser voluntaria (vía el ejercicio de la autonomía privada), legal (mandato de la ley) y judicial (mandato judicial). Asimismo puede clasificarse en legitimación causal, legitimación formal y legitimación aparente.

Por legitimación causal entendemos que existe un título que contiene un negocio jurídico en la cual existe la *causa eficiente* que genera una situación jurídica legitimante. Dicho título es el fundamento de la legitimación.

Debemos señalar que el título es mucho más que pertenencia de derecho, porque tiene como fin una posición jurídica, y los derechos que pertenecen a los sujetos son apenas contenido parcial de la posición subjetiva, en términos de Torquato Castro: “*a posição é objeto*⁶⁷ (...) *do título, e não título em si.*”⁶⁸ Así pues, dentro de las funciones prácticas que podemos asignar al objeto tenemos el singularizar la persona y singulariza el objeto⁶⁹ (Bestimmtheitsgrundsatz).

Luego tenemos la denominada legitimación formal, la cual no subordina la eficacia legitimadora a una causa jurídica, sino a lo que se expresa formalmente, por ejemplo, en el registro. Este tipo de legitimación lo encontraríamos por ejemplo en el sistema alemán.⁷⁰

Así también tenemos la denominada legitimación aparente.⁷¹ En ciertos casos existe un supuesto de hecho de un titular que no es el real, sino que por signos exteriores razonables es “aparente de derecho”, por lo que la norma -en ciertas circunstancias- le otorga, en substitución de la legitimación normal, la eficacia legitimadora.⁷²

Ahora bien Carnelutti señala que es una legitimación de hecho, dado que titular aparente no tiene situación jurídica, sino que encabeza situación material.⁷³ Fundamenta mejor MENGONI⁷⁴ cuando señala que la legitimación aparente es una titularidad efectiva y no una apariencia de titularidad. Posibilidad objetiva que depende de un acto de disposición que despliega la posibilidad de generar efectos

⁶⁷ Entendemos objeto como causa.

⁶⁸ CASTRO, Torquato. Teoria da situação jurídica em direito privado nacional: estrutura, causa e título legitimário do sujeito. São Paulo: Saraiva, 1985, p.95.

⁶⁹ PAES LANDIM FILHO, Francisco Antonio. A propriedade aparente (A aquisição a non domino da propriedade imóvel com eficácia translativa no código civil). Tesis de doutorado. Vol. I, São Paulo, 1992, p. 73.

⁷⁰ VON TUHR, Andreas. Teoría General del derecho alemán. Vol II-2, trad. Por Tito Ravá, Buenos Aires, 1947, pp. 59-63. En el mismo sentido ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLF, Martin. Tratado de derecho civil. Barcelona, Bosch, 1971, T I-I, Par. 60, pp. 52,53. 932 BGB. Protección no es por el poder de disposición sino por la publicidad material.

⁷¹ MESSINEO, Francesco. I titoli di credito, I, Padova, CEDAM, 1928, pp. 25 y ss

⁷² CASTRO, Torquato. Teoria da situação jurídica em direito privado nacional: estrutura, causa e título legitimário do sujeito. São Paulo: Saraiva, 1985, p.179. También puede revisarse LADARIA CALDENTEY, Juan. Legitimación y apariencia jurídica, Barcelona: Ed. Bosch, 1952, p. 140-142.

⁷³ CARNELUTI, Teoria geral do direito. São Paulo: Acadêmica, 1942, pp. 373, 374.

⁷⁴ MENGONI, Luigi. L'acquisto “a non domino”, Milano, 1969, p.65.

jurídicos. No obstante ello, sigue siendo posibilidad de hecho, porque no es un reflejo del poder jurídico del sujeto, sino que se deriva del poder de hecho del titular aparente.⁷⁵

En contra de esta posición PONTES DE MIRANDA señala que nada tienen de fáctico, son legitimaciones jurídicas.⁷⁶ Es decir el legitimado aparente tiene una posición (interés) socialmente relevante por los terceros respecto al objeto del negocio, lo que genera la calidad de titular aparente.

Finalmente, para la eficacia del negocio jurídico dispositivo es necesaria la existencia del poder de disposición.⁷⁷

Tanto la titularidad, la legitimación y el poder de disposición en una adquisición derivada existen en base a una relación jurídica antecedente. (Relación jurídica legitimante).⁷⁸

Así pues tenemos que en las relaciones económicas los propios titulares de los bienes realizan las transferencias de sus bienes, sin ningún obstáculo. Es decir dichos sujetos tienen titularidad, legitimación y gozan del poder de disposición.

No obstante ello, hay casos en los cuales probablemente los titulares no pueden o no desean –por diferentes motivos- realizar ellos mismos los actos dispositivos, por lo cual legitiman a sus representantes para celebrar los contratos.

En estos casos, la parte sustancial (representados) tendrán la titularidad, legitimación y poder de disposición para transferir, los representantes gozarán de la legitimación causal y del poder de disposición.

Ahora bien, puede ocurrir que exista titularidad, legitimación, pero se carezca de poder de disposición. Por ejemplo, el deudor que ha ingresado a una situación de concurso, sigue siendo titular de sus bienes y como tal legitimado para poder negociar sobre ellos, pero no tiene poder de disposición para realizar efectivamente las transferencias, dado que dicho poder se le ha otorgado a un administrador o a un liquidador de ser el caso.

De igual forma en los supuestos de medidas cautelares no innovativas sobre bienes, el titular y legitimado es privado de su poder de disposición, mas no de su titularidad ni de su legitimación.⁷⁹

⁷⁵ Tómese en cuenta como Mengoni construye su marco teórico a partir de la legitimación aparente que reemplaza la titularidad real más que sobre la buena fe del tercero; la cual deviene más en un requisito negativo.

⁷⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco. Tratado de direito privado, 3ª Ed., Río de Janeiro, 1971, p.388.

⁷⁷ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. A obrigação como proceso. Sao Paulo: José Bushatsky, 1976, p.61.

⁷⁸ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia. 2ª ed. Sao Paulo: Saraiva, 1986, p.69.

En el caso del tutor y el curador existe una pequeña variante. El sujeto que tiene un tutor va a ser un incapaz, el cual puede ser titular y estar legitimado, pero dicha incapacidad afecta su poder de disposición, siendo el tutor el legitimado legalmente para poder ejercer el poder de disposición.

Ahora bien, es preciso hacer ciertas delimitaciones en esta parte a fin de entender de forma clara qué es y donde reside el denominado poder de disposición, dado que se puede confundir con la capacidad e incluso con la legitimación “legitimación de disponer.”⁸⁰ Asimismo, es preciso aclarar lo que algunos argumentan al señalar que existe una fragmentación descentralizada del poder de disposición.⁸¹

2.3 EL PODER DE DISPOSICIÓN

Algunos se han aproximado al Poder de Disposición definiéndolo como el vínculo⁸² entre el sujeto – objeto de relación jurídica – Patrimonio- derecho “(...) y se denomina poder de disposición la relación jurídica que existe entre quien dispone y el patrimonio de que dispone.”⁸³ De igual forma se ha señalado “Esse è, invece, una relazione, o se vi vuelo, un rapporto tra un dato Soggetto e un dato patrimonio, rapporto che funziona da presupposto o condizione della rilevanza dei negozi giuridici compiuti dal soggetto sul patrimonio.”⁸⁴

También se ha definido como la vinculación entre un sujeto y una situación jurídica subjetiva “(...) el poder jurídico de disponer (o poder de disposición) (...) es una relación del sujeto con un derecho subjetivo.”⁸⁵

Si bien algunos identifican la autonomía privada con el poder de disposición⁸⁶ y otros señalan que son figuras próximas más no idénticas.⁸⁷ Nosotros

⁷⁹ Véase un caso reciente de un ex presidente de nuestro país. <http://elcomercio.pe/actualidad/1575871/noticia-solicitan-bloquear-inmuebles-que-compro-suegra-alejandra-toledo?ref=home&ft=flujo-video#news> Visitado 13 de mayo de 2013.

⁸⁰ MENGONI, Luigi. L'acquisto “a non domino”, Milano, 1969, p.33.

⁸¹ HATTENHAUER, H. *Die Entdeckung der Verfügungsmacht: Studien zur Geschichte der Grundstücksverfügung im deutschen Recht des Mittelalters*. Hamburg: Joachim Heitmann, 1969, p.141.

⁸² CARRARO sostiene que no es posible configurar un poder como una relación. CARRARO, Luigi. *Il mandato ad alienare*. Padova, 1947, p.60.

⁸³ VON TUHR, Andreas. *Teoría General del derecho alemán*. Vol II-2, trad. Por Tito Ravá, Buenos Aires, 1947, p.37. Esta definición tiene el inconveniente que como vincula la relación entre un sujeto y su patrimonio, tiene dificultad para explicar la disposición del patrimonio de otro en las denominadas ventas a non domino.

⁸⁴ CARIOTA FERRARA, Luigi. *I negozi sul patrimoni altrui*. Padova: Cedam, 1936, p.37. En similar sentido, PUGLIATTI, Salvatore. *Considerazioni sul potere di disposizione*, Rivista di Diritto Commerciale, 1940.1, pp.519. NATOLI, Ugo. *La proprietà (apuntes delle lezioni)*, Milán, 1965, p.77.

⁸⁵ MESSINEO, Francesco. *Manual de derecho civil y comercial*. Buenos Aires: Jurídicas Europa – América, 1979, T.II, Pp. 104, 105.

⁸⁶ FERRI, Luigi, *La autonomía privada*, Ibid., 2001, p. 301.

consideramos que el poder de disposición *Verfügungsmacht* es un acto de manifestación de la autonomía privada.⁸⁸

Ahora bien, más allá del concepto, se ha planteado la duda de donde reside el poder de disposición. Así pues, algunos lo enfocarán de forma extrínseca, y otros de forma intrínseca.

De forma extrínseca sobre el poder de disposición, según lo que nos explica Thon (en sus términos de facultad de disponer⁸⁹), la fuerza⁹⁰ (*die Macht*) que transfiere la propiedad, no puede ser un elemento de esta, sino que debe residir fuera de la propiedad y para ello nos coloca como ejemplo “*yo puedo lanzar lejos una piedra, pero nadie podrá decir que es la piedra la que me da la fuerza para arrojarla; la fuerza estaba en mi antes, la piedra sólo formaba objeto de la aplicación.*”⁹¹

En este sentido, la propiedad es un presupuesto para la eficacia jurídica de la disposición, pero no la fuente ni su fundamento.

De forma intrínseca se le ha enfocado como manifestación de la capacidad jurídica *Rechtsfähigkeit* al igual que al poder de adquirir *Erwerbsmacht*.⁹² Siendo que las restricciones al poder de disposición no afectan al poder de adquirir, reconociendo la misma eficacia a los derechos subjetivos reales.⁹³

FERRARA señalará –tomando el ejemplo de Thon- que lanzada una piedra, esta no podrá volver a ser lanzada (dado que salió de nuestro patrimonio) lo cual no significa que no se tenga la facultad de lanzar otras piedras, por lo que la facultad de disposición si bien es una potestad abstracta, permanece siempre como fuerza constante en el sujeto. Por tanto, al ser intrínseca a la capacidad, no es que falte el poder de disposición sino que falta el bien sobre el cual el poder de disposición debe actuar.⁹⁴

⁸⁷ TRABUCCHI, Istituzioni di diritto civile. Padova, 1959, p. 126.

⁸⁸ BRANCA. Istituzioni di diritto privato, p.221.

⁸⁹ Pugliatti señalará que existe una aproximación parcial al fenómeno enfocado así, dado que no se distingue en este esquema de forma precisa la distinción entre facultad de disposición del acto de disposición. PUGLIATTI, Salvatore. Considerazioni sul potere di disposizione. Rivista Diritto Commerciale, 1940, p. 540.

⁹⁰ MIELE, Potere, diritto soggettivo, interesse. En: Rivista Diritto Commerciale, 1944, P. 116.

⁹¹ Traducción libre de “Io potrei lanciare una pietra un tratto in là: ma nessuno dirà che sia stata la pietra darmi la forza di lanciarla. La forza preesisteva, la pietra offriva soltanto l’oggetto della sua applicazione.” THON, Augusto. Norma giuridica e diritto soggettivo. “Rechtsnorm und subjektives Recht. Traducción italiana por Alessandro Levi, Padua, 1951, p.319. En igual sentido SANTI ROMANO. Frammenti di un dizionario giurídico, voce poteri-potestà, Edit. Giuffré, Milano 1953, p. 197 y 198. FERRARA SANTAMARÍA. Il potere di disposizioni. Nápoles, 1937, p.23, 24.

⁹² L. ENNECERUS, H. C. NIPPERDEY. *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*. 15. ed. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1960, p.892, v.2.

⁹³ BERGER, C. *Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1998, p.79, n.11.

⁹⁴ FERRARA. F. (senior) I negozi sul patrimonio altrui (a propósito de um recente estudio). Rivista di Diritto Commerciale, 1937, p. 200.

La crítica que se puede hacer a esta posición es que cuando un sujeto es incapaz la sanción es la nulidad, y siendo intrínseca –según esta posición- el poder de disposición a aquella, la patología negocial de este debe tener igual sanción. No obstante, en nuestro ordenamiento la sanción es la ineficacia.

No obstante ello, la capacidad es un presupuesto subjetivo para el ejercicio del poder de disposición,⁹⁵ lo cual no implica decir que se identifiquen, sino que simplemente un sujeto incapaz absoluto –por ejemplo- no podrá realizar actos en despliegue de su autonomía privada dado que producto de su incapacidad la norma lo ha limitado en su ejercicio.

Hay que tener también cuidado con confundir la capacidad con la imposibilidad del objeto. “una cosa es la aptitud del derecho para ser objeto de disposición y otra la aptitud del sujeto para disponer de ese derecho.”⁹⁶

De igual forma no es lo mismo la imposibilidad del objeto, con la ausencia del poder de disposición. La imposibilidad del objeto puede conllevar a la imposibilidad de ejercer el poder de disposición, porque justamente no existe posibilidad de aplicar dicha fuerza sobre objeto alguno, siendo la sanción la nulidad. El poder de disposición es una fuerza externa, en cambio la imposibilidad del objeto es calificación del propio ente, su inidoneidad para formar parte del tráfico jurídico o en otros términos el objeto es *materia sustraída a la disponibilidad de las partes*.⁹⁷

En terrenos prácticos, la ausencia del poder de disposición es subsanada por la usucapión y por la adquisición *a non domino*. En cambio, un bien fuera del comercio no puede ser materia de usucapión.

Esto nos permite reenfocar el caso del “imóvil inalienável”⁹⁸ que algunos autores configuran como supuesto de falta de legitimación para disponer, cuando en realidad lo que existe es una imposibilidad jurídica del objeto. Distinto al caso de un sujeto en concurso, en el cual no podrá disponer a pesar de ser titular y estar legitimado, siendo el administrador o liquidador los que gocen del poder de disposición.

Otros autores sostienen, que la libre disposición del patrimonio es intrínseca al sujeto de derecho, siendo parte de la dignidad humana y de los llamados derechos de la personalidad.⁹⁹

⁹⁵ FERRI, Luigi, La autonomía privada. Ibid., p. 51.

⁹⁶ CARRARO, Luigi. Ibid., p.57 nota 82.

⁹⁷ FERRI, Luigi, La autonomía privada. Ibid., p. 302.

⁹⁸ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Negócio jurídico e declaração negocial: noções gerais e formação da declaração negocial. São Paulo, 1986, p.156.

⁹⁹ BAUR, F. Enneccerus-Nipperdey: Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts. In: Juristenzeitung, 1961, p.335. MEDICUS, Dieter. Allgemeiner Teil des BGB: Ein Lehrbuch. 6. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 1994, p.249-50. BÜLOW, P. Grundfragen der Verfügungsverbote. In: Juristische Schulung, 1994, p.4. De igual forma entiende a la “facultad de disposición” como prerrogativa de la

Debe tenerse en cuenta, que si el poder de disposición forma intrínsecamente parte de los denominados derechos de la personalidad, no podría darse la denominada adquisición *a non domino*, dado que se estaría privando al verdadero titular de forma *mediata* del poder de disposición de circular su patrimonio, toda vez que otro ya habrá dispuesto del mismo sin su consentimiento.

Ahora bien, CHIOVENDA precisa que el poder de disposición se encuentra en la capacidad de obrar¹⁰⁰ por lo que el enajenante de un derecho no transfiere el poder de disposición, este permanece en él.¹⁰¹ El adquirente ejercerá sobre el bien su propio poder de disposición.¹⁰²

No obstante ello, no soluciona el problema antes mencionado, como puede un sujeto disponer de un bien del que no es titular. Téngase en cuenta, que de forma mediata al disponer de un bien ajeno, estamos lesionando el poder de disposición del verdadero titular.

Otros como Pugliatti señalan que el poder de disposición –facultad de disposición– se origina en el derecho subjetivo¹⁰³ del titular. Es decir la transferencia está vinculada al negocio causal, por lo que los negocios serían derivativos. Este planteamiento nos sirve para distinguir la capacidad dispositiva (ámbito subjetivo volitivo) del poder de disposición (ámbito objetivo).

Esta posición también es adoptada por CUENA CASAS aunque hace algunas precisiones “(...) *Ciertamente, la tesis que me parece más convincente es la que entiende que el poder de disposición forma parte del derecho subjetivo, pero no tanto por su estructuración teórica, que, como todas puede ser discutible en algún punto, sino por las consecuencias que conlleva: entre ellas, y la más importante a*

personalidad jurídica DE VISSCHER. Du jus abutendi. Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1931, p.313.

¹⁰⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. Sulla natura dell'espropriazione forzata. En: Rivista di Diritto Processuale Civile, 1926, p.85. Para otros en la *capacidade de agir*. Humberto de Mendonça Manes. A legitimação negocial – premissas básicas, in Arquivos dos tribunais de alçada do Estado do Rio de Janeiro, Vol 3, p. 39 y sig.

¹⁰¹ Posición distinta la encontramos en Messineo dado que considera que la capacidad de disponer (léase como contenido de la capacidad de obrar) es un requisito que recae sobre la idoneidad del sujeto para realizar un determinado negocio, y su ausencia afecta la validez del negocio. En cambio, el poder de disposición tiene que ver con el vínculo entre el sujeto y el objeto, el cual pretende obtener la eficacia del acto. MESSINEO, Francesco. La distinzione fra capacità di agire, capacità di disporre e potere di disporre in una sua applicazione, Temi, Rivista di Giurisprudenza Italiana, 1949, p.613.

¹⁰² BARASSI. Lodovico. I diritti reali nel Codice Civile, Milán, 1943, p.426.

¹⁰³ PUGLIATTI, Salvatore. Considerazioni sul potere di disposizione. Rivista di Diritto Commerciale, 1940.1, p.540. No obstante ello, véase que el Poder se verifica en una dirección o aspecto genérico y no tiene objetos particularmente determinados, no tienen pretensiones respecto a otros sujetos, por lo que no tiene sus correlativos deberes. En cambio, el derecho subjetivo se realiza en una relación concreta, frente a determinados sujetos los que tienen deberes. SANTI ROMANO. Ibid., p. 173.

*nuestros efectos, la clara delimitación entre capacidad y poder de disposición. (...)*¹⁰⁴

En realidad con la adopción de esta posición por parte de la autora al parecer renuncia a encontrar donde reside el poder de disposición, y utiliza –lo cual puede ser razonable- la ubicación en el derecho subjetivo por la utilidad de la distinción entre capacidad dispositiva – poder de disposición.

No obstante ello, no se absuelve la duda para nuestro ordenamiento: Si el poder de disposición se encuentra dentro del derecho subjetivo como facultad de obrar del titular, como un no titular puede disponer de un bien si es que la facultad de disposición no forma parte de su posición jurídica.¹⁰⁵ Igual crítica se aplica para los que ubican el poder de disposición dentro del contenido posicional.¹⁰⁶

De igual forma, si fuera parte del derecho del derecho subjetivo, no habría razón para que exista una prohibición como en nuestro Artículo 882 “*No se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar, salvo que la ley lo permita.*”¹⁰⁷ toda vez que al ser un derecho subjetivo, esto queda en el ámbito de la autonomía privada, dejándose de lado la atribución natural de circulación de los derechos reales, y para algunos, el contenido esencial del derecho de propiedad.

Si bien es cierto cuando uno dispone de una titularidad sobre un bien, esta (titularidad) desaparece sobre este bien, mas no así sobre los otros, dado que podré disponer de otros bienes del cual sea titular.

Nuestra posición es que al ser el Poder de Disposición una manifestación de la autonomía privada, esta radica en una norma¹⁰⁸ autorizante *Ermächtigungsnorm* la cual es validez de los negocios jurídicos que se celebran.

¹⁰⁴ CUENA CASAS, Matilde. Ibid., p. 497.

¹⁰⁵ Este cuestionamiento se aplica tanto para los que esbozan el derecho subjetivo a partir de una postura voluntarista SAVIGNY, Friedrich Carl von. Sistema de Derecho Romano Actual. Traducción por Jacinto Mecía y Manuel Poley. Madrid, Centro Editorial de Góngora, s/f, T.I, pp 257 y 258; tanto como para los que lo recrean a partir del interés IHERING, Rudolf von. La Dogmática Jurídica. Traducción por Enrique Príncipe y Satorres. Buenos Aires, Editorial Losada S.A., 1964, p.180; así como los que lo enfocan a partir de la teoría del medio de tutela. THON, Augusto. Norma giuridica e diritto soggetivo. “Rechtsnorm und subjektives Recht. Traducción italiana por Alessandro Levi, Padua, 1951, p. 207.

¹⁰⁶ PAES LANDIM FILHO, Francisco Antonio. Ibid., p. 101.

¹⁰⁷ § 137 BGB: “Proibição jurídico-negocial de disposição: O poder de dispor sobre um direito disponível não pode ser suprimido ou restringido mediante negócio jurídico. A eficácia de um débito de não dispor de um tal direito não é afetada por este enunciado”.¹⁰⁷ “O princípio da irrestringibilidade do poder de disposição existe em todo [sic] sistema jurídico. Se o direito, pretensão, ação ou exceção é suscetível de ser transferido [sic], o poder de dispor é incólume à restrição pelos particulares” (PONTES DE MIRANDA, Francisco. Tratado de direito privado. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p.326, 328-30, v.5, grifos no original).

¹⁰⁸ Mengoni señala que reside reside en la norma: “Solo che, dovendo incidere su una situazione giuridica preesistente, l’effetto dispositivo, prima del negozio di disposizione, esiste potenzialmente nella norma giuridica non in termini generici e astratti, ma già specificato con riferimento ai termini

Naturalmente cualquier titular¹⁰⁹ está habilitado para ejercer lo que por naturaleza configura los derechos reales, el atributo de la circulación, salvo los supuestos de limitación como el caso de los incapaces, supuesto en los cuales se otorga dicho poder a los tutores.

De igual forma, en las adquisiciones *a non domino*, se habilita bajo ciertos requisitos de forma excepcional a los legitimados aparentes para poder ejercerlo, tal como explicaremos más adelante.

Poder que por su función tiene el juez para la ejecución de la venta forzosa, o la autoridad administrativa en la expropiación por utilidad pública.

3. LA ADQUISICIÓN A *NON DOMINO*

Es por todos conocidos la regla *nemo dat quod non habet*,¹¹⁰ el cual puede traducirse como “nadie puede dar más derechos de los que tiene.” Esto fue formulado con diferentes variantes en el derecho romano *Traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum qui accipit, quam est apud eum qui tradit*¹¹¹ ó “*Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet*”¹¹² ó “*nemo plus commodi heredi suo relinquit, quam ipse habuit*”,¹¹³ entre otras.

Dichas variantes tenían detrás suyo la idea de que el único autorizado para transferir su titularidad era el titular o el que haya sido debidamente legitimado.

No obstante ello, existieron supuestos en los cuales el titular no disponía, sin embargo el “adquirente” “adquiría” de un no titular. Dicha situación en doctrina se denomina “adquisición *a non domino*”.

soggettivo ed oggettivo di quella relazione, e il negozio completa soltanto questa specificazione in riguardo al contenuto dell'effetto medesimo.” MENGONI, Luigi. L'acquisto “a non domino”, *Ibid.*, p.28. Como norma jurídica fundamental ENNECCERUS, L. e NIPPERDEY, H. C. Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts. 15. ed. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1960, p.891-2, v.2; cf. tb. BAUR, F. Enneccerus-Nipperdey: Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts. In: Juristenzeitung, 1961,p.335.

¹⁰⁹ En sentido compartimos lo indicado por Escobar cuando señala “(...) la facultad de disponer no deriva del derecho de propiedad sino de la relación de titularidad o pertenencia.” ESCOBAR ROZAS, Freddy. Mitos en torno al contenido del derecho de propiedad. En: Teoría General del Derecho Civil. 5 Ensayos. Lima: Ara Editores. 2002, p. 238. No obstante ello, dicha posición no explica como un no titular puede ejercer el poder de disposición en las *adquisiciones a non domino*.

¹¹⁰ La cual ha sido recogida no sólo en los sistemas romano-germanicos sino también en el Common Law General rule - section 21(1) Sale of Goods Act 1979 Subject to this Act, where goods are sold by a person who is not their owner, and who does not sell them under the authority or with the consent of the owner, the buyer acquires no better title to the goods than the seller had, unless the owner of goods is by his conduct precluded from denying the seller's authority to sell.

¹¹¹ “La tradición de una cosa no debe ni puede transferir al que la recibe más de lo que tiene el que la entrega” Dig 41,1,20 pr (Ulp, Sab 29).

¹¹² “Nadie puede transferir a otro más derecho que el que tiene.” Dig. 50,17,54 (Ulp, Ed 46).

¹¹³ “Nadie puede dejar a su heredero mas de lo que el mismo tenía.” Dig 50,17,120 (Paul, Ed 12)

En términos generales, la adquisición *a non domino* puede entenderse como aquel acto de atribución patrimonial de un objeto por parte de un sujeto que no es titular del derecho, cuyo derecho de transferir en realidad no existe.¹¹⁴

En nuestro ordenamiento se han regulado diferentes supuestos heterogéneos de la adquisición *a non domino*. Así pues encontramos el supuesto en bienes muebles,¹¹⁵ del heredero aparente, el de fe pública registral,¹¹⁶ las garantías mobiliarias *a non domino*,¹¹⁷ los contratos celebrados por representantes aparentes, los casos en los que existe la relación antecedente pasible de nulidad por un supuesto de simulación¹¹⁸, entre otros.

¿Donde radica el poder de disposición del transferente? ¿Si no es titular, como puede disponer del bien? Son algunas preguntas que procederemos a responder en las siguientes líneas.

3.1 LA APARIENCIA JURÍDICA (Rechtsschein)

Dado que existe una necesidad de orden social de conferir seguridad a las transacciones¹¹⁹ la apariencia contiene una necesidad jurídico-económico-social, la cual trata de conjugar los ideales de certeza y seguridad,¹²⁰ siendo, para algunos, un mecanismo de protección que garantiza la existencia, validez y eficacia de las transacciones en las cuales existe exteriorización de una situación distinta a la realidad¹²¹, es decir aparece lo irreal como real.¹²²

¹¹⁴ “... atto di attribuzione patrimoniale avente per oggetto un diritto spettante a un soggetto diverso dall’alienante oppure un diritto che in realtà non esiste”. MENGONI, Luigi. L’acquisto “a non domino”, Milano, 1969, p.1.

¹¹⁵ 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.

¹¹⁶ Artículo 2014.- El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos.

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

¹¹⁷ AVENDAÑO ARANA, Francisco. Garantía mobiliaria preconstituida y garantía a non domino. En: Libro Homenaje a Fernando de Trazegnies Granda. Tomo II. Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, p.48 y ss.

¹¹⁸ 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.

¹¹⁹ BORGHI, Hélio. Teoria da Aparência no Direito Brasileiro – Aparência de Direito e Aparência no Direito, no Direito Privado e no Direito Processual Civil. Confrontações e aplicações, inclusive na Jurisprudência, São Paulo, LEJUS, 1999, p. 43

¹²⁰ MALHEIROS, Álvaro. Aparência de Direito, in Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, vol. 6 (1978), pp. 41 e 42.

¹²¹ KÜMPEL, Vitor Frederico. Teoria da Aparência no Código Civil de 2002, São Paulo, Método, 2007, pp. 57,58.

Otros prefieren abordar la figura a partir del principio de la confianza.¹²³ Así pues “La confianza representa la situación en que una persona se adhiere, en términos de actividad o de creencia, a ciertas representaciones pasadas, presentes o futuras, que tenga por efectivas. El principio de la confianza explicaría el reconocimiento de esta situación y su tutela. (...)”¹²⁴

Ahora bien, se ha relativizado el tema de la apariencia jurídica señalando por ejemplo *Rechtsschein ist alle* (todo es apariencia), lo cual fue materia de crítica por Oertman.¹²⁵ Por tanto, es necesario señalar un esbozo de sus límites, dado que puede confundirse con figuras distintas como la publicidad, el error, entre otros.

3.1.1 DERECHO COMPARADO

Sin llegar a profundizar en el tema, es necesario indicar que en el derecho comparado la figura tuvo y tiene diferentes alcances.

En Alemania, se indica que la transmisión de titularidad en sus inicios se basaba en la *Gewere*¹²⁶ –investidura- la cual revelaba que el adquirente de la cosa se *investía* con ella al verificarse la transmisión. Dicho concepto evolucionó hasta representar la exteriorización adecuada de la relación jurídica formalmente protegida por el derecho, lo que en verdad es ya una definición de publicidad.¹²⁷

Dentro de la *Gewere*¹²⁸ se advierten dos extremos: todo derecho de dominio supone una exteriorización;¹²⁹ y de otro lado, toda exteriorización implica efectos

¹²² FALZEA, Angelo. Voci di teoria generale del diritto. Terza Ed.. Milán: Giuffrè, 1985, p. 102.

¹²³ Téngase en cuenta que el principio de la confianza tiene un elemento ético jurídico, debiendo ser imputable a quien realizó así como del otro lado existir buena fe. LARENZ, Karl. Derecho justo: Fundamento de ética jurídica. Madrid: Civitas, 1990, p. 96.

¹²⁴ MENEZES CORDEIRO, Antonio. Da Boa Fe no Direito Civil. Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coleção teses. Cuarta reimpressão. Ed. Almedina, 2011, p. 1235.

¹²⁵ OERTMAN, Paul. Grundsätzliches zur Lehre vom Rechtsschein. En: Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, vol. 95, 1930, p.443 y ss.

¹²⁶ Figuras equivalentes fueron en Francia *saisine*, en Italia *tenuta*, en inglés *seisin*.

¹²⁷ La *Gewere*, en este sentido, se podría señalar que tenía 3 funciones: Primero: Afirmar la existencia de un derecho sobre determinado bien por el poder recibido. Segundo: Posibilitar al titular ejercer los derechos sobre la cosa. Tercero: Poder dar mecanismos al titular pueda defender el derecho frente a terceros. Véase HUBER, Eugen. Die Bedeutung der *Gewere* in Deutschen Sachenrecht. Bern, Verlag von Schmid, Francke & Co. 1894, p.7 y ss.

¹²⁸ José Carlos Moreira Alves señalaba que la *Gewere* resultó de la combinación de elementos históricos heterogéneos, que se mezclaron por motivos étnicos (costumbres de los pueblo bárbaros que invadieron el imperio romano de occidente), religioso (influencia del derecho canónico sobre el derecho Laido) y cultural (la recepción del derecho romano en europa, en el periodo comprendido entre los siglos XIII y XV). MOREIRA ALVES, José Carlos. Posse. Forense, 1985, p.2

jurídicos que influyen sobre el derecho mismo exteriorizado. Se daban pues dos momentos: el contrato real en primer término y luego la *Gewere* propiamente dicha. Dentro de ésta, la investidura, y luego el abandono de la cosa por el enajenante, lo que se denominó *Auflassung*.¹³⁰

En este sentido la *Gewere* legitimaba los negocios jurídicos, si bien no era un derecho absoluto, representaba un estado digno de tutela.

Posteriormente, ya configurado el sistema abstracto alemán, se vincula a la apariencia con la idea de formalismo, basado en estructuras rígidas y tipificadas, realiza una tutela más intensa del tercero, dado que dispensa de una justificación específica de su conducta cuando él puede invocar el contenido del documento formal: esta protección, en particular, o bien no tiene ningún límite en el conocimiento del tercero sobre la disconformidad entre la situación jurídica real y la situación resultante del documento negativo, o bien tiene solo un límite negativo, cuando se presente un entendimiento doloso o un estado de mala fe.¹³¹

Distinto enfoque en sede italiana, dado que la tutela del tercero resulta necesaria por la carencia de un documento o un título formal, por lo que el sostén será la situación de buena fe¹³², que recaiga en una situación de hecho que sea objetivamente capaz de hacer caer en engaño a un tercero cualquiera.¹³³

Francia construyó la figura a través de la máxima romana *Error Communis Facit Jus*¹³⁴ la cual podía entenderse como una regla trascendente, que servía de fundamento para el sacrificio de intereses individuales a favor de intereses sociales¹³⁵ en los casos por ejemplo del propietario aparente, o del mandatario aparente.

¹²⁹ Se distinguía de la posesión romana dado que la *Gewere* se materializaba por la investidura (no por el *animus*), es decir por la legitimación formal.¹²⁹ SENISE LISBOA, Roberto. Da confiança como valor fundamental e princípio geral do negócio jurídico. São Paulo, 2008, p. 68. Téngase em cuenta que era razonable que no se espiritualizase la situación jurídica, dado que em aquella época la propiedad em Alemania era mayoritariamente de tipo comunitária. NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade - *Gewere no direito alemão medieval*. Documento privado, p. 12. Así pues se pasó del *Munt* (entendido como el poder personal sobre un bien producto de la investidura) al deber jurídico de pago de deuda *Schuld*. Con eso la deuda pasó a ser un deber de prestación *Leistensollen*, vinculada por la fuerza de la palabra empeñada, como deber de conducta *Halstensollen*. SENISE LISBOA, Roberto. Da confiança como valor fundamental e princípio geral do negócio jurídico. São Paulo, 2008, p. 68.

¹³⁰ AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. "Apuntes de Derecho Registral." *Derecho: Órgano de la facultad de derecho XIX*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1960, p.103.

¹³¹ FALZEA, Angelo. *Voci di teoria generale del diritto*. Terza Ed.. Milán: Giuffrè, 1985, p. 100.

¹³² Al igual que en otros ordenamientos véase RIZZARDO, Arnaldo. *Teoria da Aparência*. Revista da Associação dos Juizes do Rio Grando do Sul – AJURIS, vol. 24, ano IX, 1982, p.222.

¹³³ Véase los casos en la jurisprudencia de la adquisición a non domino. FORTE, Frabrizio. *Comentários in Diritto e Giurisprudenza. Rassegna di dottrina e di giurisprudenza civile della Corte di Napoli e delle corti meridionali*, Vol. XXVIII.

¹³⁴ Digesto 33,10,3,5.

¹³⁵ MAZEUD, Henri. *La Maxime Error Communis Facit Jus en Révue Trim. de Droit Civil*, Vol. 23, p.960.

Así pues, la jurisprudencia francesa en los casos de propietarios aparentes que transferían la titularidad a terceros de buena fe, basados en la máxima *Error Communis Facit Jus* tutelando a este último.¹³⁶

3.1.2 CONFIGURACIÓN DE LA APARIENCIA

Supuestos de la figura materia de análisis pueden recaer en la posesión como exteriorización de la propiedad, los instrumentos cambiales, los derechos que se derivan de los instrumentos que otorgan fe pública, el matrimonio putativo, el heredero aparente, el acreedor aparente, entre otros.

Por lo que una definición tentativa la figura de la apariencia es aquella situación de hecho que manifiesta como verdadera una situación jurídica inexistente, y que por causa de error excusable de quien de buena fe confía en dicha situación, genera un nuevo derecho a costa de la propia realidad.

En razón a ello CANO MARTÍNEZ DE VELASCO señala que la protección a la apariencia jurídica tiene un carácter puramente funcional dado que no recrea la institución faltante, sino que actúa como si no faltase mediante la producción de sus efectos naturales.¹³⁷

Para configurarse dicha figura se requiere elementos objetivos y subjetivos. Objetivamente la situación de hecho debe ser determinante en los signos exteriores socialmente apreciable que manifiesten¹³⁸ algo distinto a la realidad.

En términos de Falzea debe distinguirse el fenómeno que *fa apparire* (*hace aparecer*) del fenómeno que *vien fatto apparire* (que aparece) siendo el primero mostrado en su presencia material, y el segundo es indicado solo por alusión o invocación.¹³⁹

¹³⁶ ROUILLER, Alain. Rapports entre les maximes «Error Communis Facit Jus et Nemo Plus Juris » dans la Jurisprudence Moderne. Recueil Général des Lois et de la Jurisprudence et Répertoire Commaille Vol. 13, 1967, p.165.

¹³⁷ CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio. *La exteriorización de los actos jurídicos: Su forma y la protección de su apariencia*. Barcelona: Bosch,1990,p.68. En el Perú esto ha sido recogido por Vega Soyer respecto a la protección a la apariencia jurídica definiéndola como la “*eficacia que el ordenamiento jurídico otorga a una situación jurídica que, en principio, es ineficaz, haciendo aparecer lo irreal como real, basándose en un fenómeno que manifiesta objetivamente a otro, a través de signos socialmente apreciables. Dicha eficacia no recrea la situación jurídica faltante, sino que actúa como si no faltase mediante la producción de sus efectos naturales.*” VEGA SOYER, Jorge. La protección a la apariencia Jurídica. En: Libro Homenaje a Felipe Osterling Parodi, Lima, Palestra editores, 2008, p. 280.

¹³⁸ Estas modalidades de manifestación puede darse como medida de publicidad, negocio jurídico o como situación de hecho. BUSTOS PUECHE, José Enrique. *La Doctrina de la Apariencia Jurídica*. Madrid: Dykinson,1999, p. 70.

¹³⁹ FALZEA, Angelo. *Voci di teoria generale del diritto*. Terza Ed.. Milán: Giuffrè, 1985,p. 102.

Desde el plano subjetivo, debe existir un error excusable por parte del tercero de buena fe.¹⁴⁰ El cual debe requerir de un parámetro de diligencia para salir de dicho estado.

Asimismo, se requiere que las adquisiciones sean de tipo oneroso. Si se está sacrificando la titularidad del verdadero propietario de forma excepcional para tutelar al tercero de buena fe adquirente, esta no puede ser a título gratuito dado que se estaría subordinando el interés del vero domino sin que al adquirente haya realizado sacrificio alguno por su adquisición.

3.2 CONFIGURACIÓN DE LA ADQUISICIÓN A *NON DOMINO*

Habiendo analizado la configuración de la apariencia jurídica, corresponde revisar como se configura el fenómeno de adquisición del no titular del derecho.

Así pues, es necesario indicar que las adquisiciones *a non domino* responden a un mecanismo diferente a las adquisiciones comunes, dado que el impulso arranca no de las facultades del disponente sino de la necesidad de protección a la buena fe del adquirente.¹⁴¹

Para Cariota Ferrara el *non dominus* que transmite tiene el poder de disposición otorgado *ex lege* en virtud de la buena fe del adquirente, pero no tiene facultad de disposición.¹⁴² Se trata de un poder de disposición ilícito que da lugar a resarcimiento a daños y perjuicios.¹⁴³

Frente a esto Mengoni cuestiona que la ley otorgue excepcionalmente a un no titular un poder de disposición y no obstante que califique su ejercicio como ilícito.¹⁴⁴

Por ello, consideramos que en este caso se está tutelando la adquisición más que la transferencia,¹⁴⁵ es decir el hecho que el adquirente cumpla con los requisitos de adquisición, no exime de responsabilidad al vendedor que sabía que no gozaba

¹⁴⁰ BORGHI, Hélio. *Teoria da Aparência no Direito Brasileiro – Aparência de Direito e Aparência no Direito, no Direito Privado e no Direito Processual Civil. Confrontações e aplicações, inclusive na Jurisprudência*, São Paulo, LEJUS, 1999, p. 48.

¹⁴¹ REGELSBERGER, Der sogenannte Rechtserwerb vom Nicht-berechtigten. Iherings Jahrbücher, 1904, p. 362.

¹⁴² CARIOTA FERRARA, Luigi. *I negozi sul patrimonio altrui*. Padova: Cedam, 1936, p.73

¹⁴³ CARIOTA FERRARA, Luigi. *I negozi sul patrimonio altrui*. Ibid., p.76.

¹⁴⁴ MENGONI, Luigi. *L'acquisto "a non domino"*, Ibid., p.32.

¹⁴⁵ Según VON TUHR la validez del acto no se funda en la permisión de la ley sino en la protección del adquirente de la buena fe. VON TUHR, Andreas. *Teoría General del derecho alemán*. Vol II-2, trad. Por Tito Ravá, Buenos Aires, 1947, p.53. No obstante ello hay que tener cuidado con esta argumentación, dado que la validez no se funda *en estricto* en la tutela de la buena fe, sino que se mide en la conformación del negocio, siendo el contrato celebrado por un domino válido pero ineficaz inicialmente, requiriendo una serie de factores para desplegar sus efectos plenos.

del poder de disposición a transferir el bien dado que existe un perjudicado que es el verdadero domino.

Vamos a analizar entonces dos supuestos regulado en nuestro código civil: La adquisición de titular aparente que tuvo como causa de adquisición un negocio simulado, y la adquisición *a non domino* de bienes muebles.

3.2.1 “ADQUISICIÓN” SIMULADA DEL TITULAR APARENTE

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.*¹⁴⁶

No pretendemos desarrollar el ámbito de la simulación, sin embargo, debemos señalar que consideramos que dependiendo el supuesto nos encontramos en una patología de la causa del negocio jurídico.

Juan probablemente va a ser embargado por la Sunat por unas deudas impagas, por lo que decide viajar al extranjero por algunos meses y le solicita a Pedro realizar una transferencia “simulada” del predio a fin de evitar el embargo. Dicha transacción para otorgarle mayor verosimilitud es elevada a escritura pública e inscrita en el registro correspondiente.

Después de algunos meses, Pedro desea obtener provecho de dicha adquisición, y dado que tiene la “titularidad” a su nombre celebra una transacción de transferencia de dominio bajo escritura pública con María.

¹⁴⁶1415. Effetti della simulazione rispetto ai terzi.- La simulazione non può essere opposta né dalle parti contraenti, né dagli aventi causa o dai creditori del simulato alienante, ai terzi che in buona fede hanno acquistato diritti dal titolare apparente, salvi gli effetti della trascrizione della domanda di simulazione. I terzi possono far valere la simulazione in confronto delle parti, quando essa pregiudica i loro diritti. Traducción libre: 1415. Efectos de la simulación respecto de los terceros.- La simulación no puede ser opuesta por las partes contratantes ni por los derechohabientes ni por los acreedores del enajenante simulado a los terceros que de buena fe han adquirido derechos del titular aparente, sin perjuicio de los efectos de la inscripción de la demanda de simulación. Los terceros pueden hacer valer la simulación frente a las partes cuando ella perjudica sus derechos.

1416. Rapporti con i creditori.- La simulazione non può essere opposta dai contraenti ai creditori del titolare apparente che in buona fede hanno compiuto atti di esecuzione sui beni che furono oggetto del contratto simulato. I creditori del simulato alienante possono far valere la simulazione che pregiudica i loro diritti, e, nel conflitto con i creditori chirografari del simulato acquirente, sono preferiti a questi, se il loro credito è anteriore all'atto simulato. Traducción libre 1416. Relaciones con los acreedores.- La simulación no puede ser opuesta por los contratantes a los acreedores del titular aparente que de buena fe hubieren realizado actos de ejecución sobre los bienes que fueron objeto del contrato simulado. Los acreedores del enajenante simulado pueden hacer valer la simulación que perjudica sus derechos y, en el conflicto con los acreedores quirografarios del acquirente simulado, serán preferidos a estos, si su crédito es anterior al acto simulado.

En este caso, en la realidad Juan continuaba teniendo la titularidad del bien inmueble dado que no se produjo la transferencia de propiedad, dado que el fin del primer contrato de transferencia tenía la patología en la ausencia de causa, es decir no existía una real intención de vincularse, sino sólo un supuesto de aparentar un acto de disposición para evitar el embargo.

Pedro en cambio no tenía ni titularidad ni legitimación causal dado que su adquisición era nula.

La duda entonces se genera en cómo un sujeto puede adquirir un derecho de un sujeto que no tiene la titularidad.

En realidad, si bien no existe una titularidad en Pedro, el título –aunque sea nulo– que suscribió con él Juan legitimaron aparentemente a aquél, gozando del poder de disposición *Verfügungsmacht* por ello y en virtud de su fuente de validez normativa que autoriza ello *Ermächtigungsnorm*.

Así pues, asumiendo que en el caso propuesto se goza de buena fe (el tercero) así como la transacción es onerosa, se configura el fenómeno adquisitivo *a non domino*, gozando estos de la inoponibilidad de las pretensiones procesales formuladas por las partes o por los “terceros perjudicados”.¹⁴⁷

3.2.2 ADQUISICIÓN A *NON DOMINO* DE BIENES MUEBLES

De otro lado y quizá más discutible encontramos el supuesto de hecho de adquisición *a non domino* de los bienes muebles:

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 perdidos¹⁴⁸ y los adquiridos con infracción de la ley penal.¹⁴⁹

¹⁴⁷ MORALES HERVIAS, RÓMULO. Comentarios al Art. 194: Inoponibilidad de la simulación. En: Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, p.830

¹⁴⁸ Apropiación irregular

Artículo 192.- Será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con limitación de días libres de diez a veinte jornadas, quien realiza cualquiera de las acciones siguientes:

1. Se apropia de un bien que encuentra perdido o de un tesoro, o de la parte del tesoro correspondiente al propietario del suelo, sin observar las normas del Código Civil. (...)

¹⁴⁹ En el derecho alemán se señala § 932 Gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten

(1) Durch eine nach § 929 erfolgte Veräußerung wird der Erwerber auch dann Eigentümer, wenn die Sache nicht dem Veräußerer gehört, es sei denn, dass er zu der Zeit, zu der er nach diesen Vorschriften das Eigentum erwerben würde, nicht in gutem Glauben ist. In dem Falle des § 929 Satz 2 gilt dies jedoch nur dann, wenn der Erwerber den Besitz von dem Veräußerer erlangt hatte.

(2) Der Erwerber ist nicht in gutem Glauben, wenn ihm bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, dass die Sache nicht dem Veräußerer gehört. Traducción libre “§ 932: «1 . En virtud

Si bien la regla es que “(...) *La tradición traslativa de dominio debe ser efectuada por el propietario que tenga capacidad para enajenar, y ser recibida por quien sea capaz de adquirir,*”¹⁵⁰ no siempre se lleva a cabo de esa manera.

Así pues imaginemos que Juan cede temporalmente a Pedro su Ipad a fin que realice su trabajo de la universidad. Pedro lo utiliza en clase, y recibe una oferta de María –a quien le gusta dicho bien- por lo que procede a transferírsele mediante entrega como si fuera el titular.

Nuestro Art. 912 del Código sustantivo señala que “*El poseedor es reputado propietario, mientras no se pruebe lo contrario. (...)*”, lo cual puede tener su fundamento en términos de ARIAS-SCHREIBER en que “La seguridad de las transacciones comerciales mobiliarias y la multiplicación del crédito exigían un sistema simple y exento de trabas. Y este sistema no era ni podía ser otro que el de la presunción absoluta del dominio de los bienes muebles.(...)”¹⁵¹

En razón de ello, el primer párrafo indica que quien recibe la posesión de un no titular que posee un bien mueble, adquiere la titularidad del mismo a pesar de que el poseedor haya carecido de la legitimación causal.

Por tanto, aplicamos igual lógica que en el caso anterior: Si bien no existe una titularidad en Pedro, el título que generó la cesión de uso de Juan a favor de aquél lo legitimaron aparentemente a Pedro para poder transferir (no causal dado que no se le autorizó a circular la titularidad), gozando del poder de disposición *Verfügungsmacht* por ello y en virtud de su fuente de validez normativa que autoriza ello *Ermächtigungsnorm* el primer párrafo del Art. 948.

de transmisión realizada de acuerdo con el § 929, el adquirente también se convierte en propietario incluso si la cosa no pertenece al enajenante, a menos que no actúe de buena fe en el momento en el que, en virtud de estas disposiciones, adquirió la propiedad. En el caso del § 929.2, se aplica esto cuando el comprador ha obtenido la posesión del enajenante.

2 . El adquirente no actúa de buena fe si conoce, o debido a negligencia grave desconoce, que la cosa no pertenece al enajenante».”

En el Derecho italiano «1153. Effetti dell'acquisto del possesso.- Colui al quale sono alienati beni mobili da parte di chi non ne è proprietario, ne acquista la proprietà mediante il possesso, purché sia in buona fede al momento della consegna e sussista un titolo idoneo al trasferimento della proprietà. La proprietà si acquista libera da diritti altrui sulla cosa, se questi non risultano dal titolo e vi è la buona fede dell'acquirente. Nello stesso modo si acquistano i diritti di usufrutto, di uso e di pegno». Traducción libre “ 1153. Efectos de la adquisición de la posesión.- Aquel al que son enajenados bienes muebles por parte de quien no es propietario de estos, adquiere su propiedad mediante la posesión, siempre que tenga buena fe al momento de la entrega, y exista un título idóneo para la transferencia de la propiedad. La propiedad se adquiere libre de derechos ajenos sobre la cosa, si estos no resultan del título y si existe buena fe en el adquirente. De la misma manera se adquieren los derechos de usufructo, de uso y de prenda».

¹⁵⁰ MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia. Exposición de Motivos y Comentarios del Libro de Derechos Reales del Código Civil. En: REVOREDO DE DEBAKEY, Delia (compiladora). Código Civil, tomo V, parte III, tercera edición, Grafotécnica Editores e Impresores S.R.L., Lima, 1988, pp. 185-186.

¹⁵¹ ARIAS-SCHREIBER. Comentarios al artículo 948, p.300.

No obstante ello, existe una variable adicional que se encuentra en el segundo párrafo de dicho artículo dado que excluye los bienes perdidos y los que son pasibles de sanción por la ley penal.

En virtud de dicho segundo párrafo no podría aplicarse la adquisición *a non domino* dado que nos encontraríamos en el tipo penal de apropiación ilícita.¹⁵² Incluso si Pedro hubiera recibido por error dicho bien, y luego hubiera transferido a María cumpliendo con los requisitos previamente desarrollado, el segundo párrafo del artículo impedirían se configure la adquisición *a non domino* dado que nos encontraríamos en el tipo penal de apropiación irregular.¹⁵³ De igual forma, estaría sancionada cualquier venta de bien ajeno bajo el tipo penal de estelionato.¹⁵⁴

Si estos supuestos están fuera del supuesto de hecho del Art. 948, entonces se vacía de contenido dado que siempre en el supuesto de adquisición *a non domino* el transferente señala que el bien ajeno es propio (pasible de sanción penal) y si indica que el bien es ajeno le quita la buena fe al tercero no produciéndose la adquisición.¹⁵⁵

El antecedente del artículo 948 del Código Civil en el Código Civil de 1936 fue artículo 890:

“Artículo 890.- Aquel que de buena fe y como propietario recibe de otro la posesión de un mueble, adquiere el dominio, aún cuando el enajenante de

¹⁵² Apropiación ilícita común

Artículo 190.- El que, en su provecho o de un tercero, se apropia indebidamente de un bien mueble, una suma de dinero o un valor que ha recibido en depósito, comisión, administración u otro título semejante que produzca obligación de entregar, devolver, o hacer un uso determinado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

Si el agente obra en calidad de curador, tutor, albacea, síndico, depositario judicial o en el ejercicio de una profesión o industria para la cual tenga título o autorización oficial, la pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

Cuando el agente se apropia de bienes destinados al auxilio de poblaciones que sufren las consecuencias de desastres naturales u otros similares la pena será privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de diez años.

¹⁵³ Artículo 192.- Será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con limitación de días libres de diez a veinte jornadas, quien realiza cualquiera de las acciones siguientes:

1. Se apropia de un bien que encuentra perdido o de un tesoro, o de la parte del tesoro correspondiente al propietario del suelo, sin observar las normas del Código Civil.

2. Se apropia de un bien ajeno en cuya tenencia haya entrado a consecuencia de un error, caso fortuito o por cualquier otro motivo independiente de su voluntad.

¹⁵⁴ Casos de defraudación

Artículo 197.- La defraudación será reprimida con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años y con sesenta a ciento veinte días multa cuando:

(...) 4. Se vende o grava, como bienes libres, los que son litigiosos o están embargados o gravados y cuando se vende, grava o arrienda como propios los bienes ajenos.

¹⁵⁵ Véase sobre la interpretación amplia: CHANG KCOMT, Romy Alexandra. Derivaciones civiles y penales a partir del tratamiento del objeto de protección propiedad privada, de cara a la legislación penal. Vol. II. Tesis de licenciatura, Lima, 2006, p. 396.

la posesión carezca de facultad para hacerlo. Se exceptúan de esta regla los muebles objeto de las ventas a plazos que autoriza la ley de la materia, y los regidos por el Código Penal y otras leyes especiales.”

Castañeda señaló sobre el particular que “(...) entre la tutela de un interés general, que es la circulación de los bienes muebles, y la tutela de un interés particular, que es el derecho del propietario, el ordenamiento jurídico ha preferido la segunda y sacrificado la primera.”¹⁵⁶

Es interesante revisar el Proyecto de la Comisión Revisora de 1984 cuando señala que:

Artículo 927.- “Sin embargo, si se hace tradición de la cosa al acreedor y éste la recibe de buena fe y como propietario adquiere su propiedad aunque el enajenante carezca de derecho para transmitir el dominio. Se exceptúan de esta regla los bienes robados o perdidos”. (El subrayado es nuestro).

De igual forma el Proyecto de la Comisión Reformadora de 1981 fue:

Artículo 980.- “Cuando se hiciera tradición de un bien no registrado y el adquirente lo recibiere de buena fe y como propietario, adquirirá el derecho de propiedad. Se exceptúan de esta regla los bienes robados o perdidos”. (El subrayado es nuestro).

Finalmente el Anteproyecto de la Comisión Reformadora de 1980 (Dr. Jorge Avendaño Valdez) indicó:

Artículo 42.- “Cuando se hiciera tradición de un bien mueble no registrado y el adquirente lo recibiere de buena fe y como propietario, adquirirá el derecho de propiedad. Se exceptúan de esta regla los bienes robados o perdidos”. (El subrayado es nuestro).

Son interesantes dichas propuestas, dado que somos de la posición que debe realizarse una interpretación restrictiva de dicha norma para hacer posible su aplicación.

Para que se configure la adquisición *a non domino* el propietario aparente tiene como base un título traslativo de propiedad o de cualquier otro derecho formado por la declaración de voluntad del verdadero titular del bien, aunque esta última sea inválida o ineficaz.

¹⁵⁶ CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Los Derechos Reales, Tomo I, cuarta edición, Talleres Gráficos P.L. Villanueva, Lima, 1973, p.272.

Es decir en el caso del 194, la legitimación aparente del transferente (en nuestro caso Pedro) se configuró por el título aparente simulado que otorgó el propio Juan, en razón de ello se generó la apariencia jurídica.

En el caso del 948, los supuestos de infracción penal deben interpretarse restrictivamente para aquellos supuestos en los cuales no existe título alguno del verdadero titular cediendo derecho alguno al legitimado aparente, como en las figuras de hurto¹⁵⁷ o robo¹⁵⁸.

Es decir, en las figuras en las cuales el legitimado aparente haya recibido mediante título algún derecho del titular y este haya dispuesto de alguna forma a un tercero de buena fe bajo los requisitos de la adquisición *a non domino*, existirá una transferencia válida y eficaz.

4. PRINCIPIO DE FE PÚBLICA REGISTRAL

No es nuestra intención en esta ocasión abordar un estudio pormenorizado del principio de fe pública registral, toda vez que tendría que analizarse la configuración y garantías del sistema, al registrador público y su función (calificación registral), los alcances del asiento registral, así como otros temas que exceden la materia del presente trabajo.

No obstante ello, sí consideramos que debemos dar un alcance general del principio y revisar de forma general sus requisitos, para luego analizar como se desenvuelve el poder de disposición en dicho dispositivo normativo y si es aplicable al supuesto de falsificación de documentos.

4.1 APROXIMACIÓN

Nos podemos aproximar a este principio como aquel en virtud del cual el tercero que adquiere confiando en “la legitimación” del titular registral es mantenido en la adquisición *-a non domino-* que realiza a pesar que luego se verifique alguna patología en la adquisición del otorgante.

¹⁵⁷ Hurto Simple. Artículo 185.- “El que, para obtener provecho, se apodera ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años. Se equiparan a bien mueble la energía eléctrica, el gas, el agua y cualquier otra energía o elemento que tenga valor económico, así como el espectro electromagnético y también los recursos pesqueros objeto de un mecanismo de asignación de Límites Máximos de Captura por Embarcación.”

¹⁵⁸ Robo. Artículo 188.- El que se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar en que se encuentra, empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años.”

A diferencia de los supuestos anteriormente mencionados (V.g. adquisición *a non domino* de bienes muebles Art. 948, o cuando el otorgante adquirió en un supuesto de simulación Art. 194), en este caso se añade la variable del registro y los efectos del mismo.

Vamos a realizar un corto recorrido por ordenamientos que regulan dicho principio a fin de entender mejor la figura.

4.2 DERECHO COMPARADO

Existen diferentes ordenamientos que han acogido de diferentes maneras el principio de buena fe pública registral. No obstante ello, vamos a limitarnos a tomar como referencia lo indicado en normatividad europea, en especial lo regulado en el BGB alemán y la Ley Hipotecaria Española como breve referencia.

El Art. 973 del Código Civil Suizo señala que *“El que de buena fe, fundándose en una inscripción en el Registro, haya adquirido una propiedad u otros derechos reales, debe ser protegido en su adquisición (...)”*¹⁵⁹

Es decir que a quien confía en lo que se encuentra inscrito en los *Grundbuch* (Registros), le será protegida su adquisición.

De igual forma en Inglaterra se regula, *“si se ha practicado un asiento en el Registro por el que una persona aparece como titular de un derecho real y el derecho real no debería habersele atribuido, será considerado como su verdadero titular como resultado de la inscripción”*.¹⁶⁰

En Suecia, *“si el derecho real ha sido adquirido por compra (a título oneroso) y el transmitente no era su legítimo titular, debido a que su adquisición o la de alguno de sus causantes era nula, la adquisición será, sin embargo, válida si el derecho consta inscrito a favor del transmitente y el adquirente no conocía ni debía haber conocido (buena fe) que aquel no era el titular legítimo. Esta regla no se aplica a las adquisiciones derivadas de un procedimiento de ejecución”*.¹⁶¹

4.2.1 SISTEMA ALEMÁN

¹⁵⁹ “2. Gegenüber gutgläubigen Dritten

1 Wer sich in gutem Glauben auf einen Eintrag im Grundbuch verlassen und daraufhin Eigentum oder andere dingliche Rechte erworben hat, ist in diesem Erwerbe zu schützen. 2 Diese Bestimmung gilt nicht für Grenzen von Grundstücken in den vom Kanton bezeichneten Gebieten mit Bodenverschiebungen.”

¹⁶⁰ Artículo 74 de la Land Registration Act.

¹⁶¹ Artículo 1 del capítulo 18 del Land Code.

Se instauró respecto a la transmisión de los bienes inmuebles el denominado sistema abstracto. En síntesis este consiste en que existe un negocio de carácter obligacional (§313 BGB tiene como formalidad la escritura pública)¹⁶², luego del cual existe el consentimiento material o acuerdo abstracto traslativo (EINIGUNG) (§925 BGB), el cual luego se materializará mediante la inscripción en el registro¹⁶³. En suma, existe un negocio causal, uno de carácter real y la inscripción, siendo que las vicisitudes que afecten al primero no influye en el desenvolvimiento de los demás.

En lo referente a la calificación, en principio, es menor porque no debiera calificar la validez del acto causal,¹⁶⁴ sin embargo, se amplía en la medida que rige el principio del consentimiento formal¹⁶⁵ por el cual el registrador debe notificar a los posibles afectados¹⁶⁶. Según lo manifestado, en principio se califica solamente el acuerdo real¹⁶⁷ y luego, previa notificación, se procede a la inscripción.

Esta inscripción, de carácter constitutivo, se vio fortalecida con la protección que los terceros gozaban al confiar en el contenido de los registros *als richtig* para realizar sus transacciones.

Así pues se regula en Alemania el principio de legitimación *“si se inscribe un derecho en el Registro a favor de una persona, se presume que ostenta la titularidad de ese derecho. Si se cancela un derecho inscrito en el Registro se presume que el derecho no existe”*¹⁶⁸ (artículo 891 BGB) y el principio de fe pública registral *“Los contenidos del Registro se consideran correctos a favor de la persona que, mediante un negocio jurídico, adquiere un derecho a una finca o un derecho sobre dicha finca a menos que se extienda un asiento de contradicción contra la corrección o el adquirente conozca la incorrección (buena fe). Si el titular del derecho tiene registrada su facultad de disposición del derecho inscrito en*

¹⁶² MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz María. La protección de los adquirentes de inmuebles en el Derecho alemán: Caracteres y efectos de la Vormerkung, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, N°657, 2000, p. 669. (El término Vormerkung es semejante a nuestra anotación preventiva aunque con ciertas prerrogativas adicionales como que genera un derecho de garantía).

¹⁶³ BAUR, Jürgen F. y STÜRNER, Rolf. Sachenrecht. München, Verlag C.H. Beck München, 18. Auflage, 2009, p.43.

¹⁶⁴ PAU PEDRÓN, Antonio. “Efectos de la inscripción en la constitución de derechos reales.” Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, número conmemorativo de los cincuenta años de la reforma hipotecaria de 1944, noviembre – diciembre, N°625, 1994, pp. 2207, 2208.

¹⁶⁵ PAU PEDRÓN, Antonio. “Panorama del sistema inmobiliario alemán”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N°551, 1982, pp. 976-977.

¹⁶⁶ VIDAL FRANCÉS, Pablo. “La problemática actual en la calificación registral” La calificación registral. Estudio de las principales aportaciones doctrinales sobre la calificación registral, cit., pp.282, 283.

¹⁶⁷ PAU PEDRÓN, Antonio. “Panorama del sistema inmobiliario alemán”, cit., p. 982-983.

¹⁶⁸ § 891 Gesetzliche Vermutung

(1) Ist im Grundbuch für jemand ein Recht eingetragen, so wird vermutet, dass ihm das Recht zustehe.

(2) Ist im Grundbuch ein eingetragenes Recht gelöscht, so wird vermutet, dass das Recht nicht bestehe.

*beneficio de cierta persona, dicha restricción no es eficaz frente al adquirente a menos que se deduzca como obvio del Registro o que dicho adquirente la conozca*¹⁶⁹ (artículo 892 BGB).

4.2.2 SISTEMA ESPAÑOL

En España existe el principio constitucional de seguridad jurídica que consagra el Artículo 9 de su Constitución. De la cual derivan la tutela de la denominada seguridad del tráfico que fundamenta el registro.

Debemos recordar que el sistema de transferencia de titularidades de bienes inmuebles es causal basado en el principio de la tradición: teoría del título y modo, conforme artículos 609 y 1095 del código Civil, ocurriendo la mutación jurídica fuera del registro.

Dado ello, la inscripción no es convalidante según el artículo 33 de la Ley Hipotecaria española: “La Inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes”¹⁷⁰.

No obstante ello, dado el fuerte control de legalidad que se manifiesta en el documentación autentica (Art. 3 LH) y calificación registral (Art. 18 LH). A partir de ello se configura el principio de fe pública y la adquisición de estos terceros *in gutem Glauben* en el Art. 34 de la Ley Hipotecaria Española vigente¹⁷¹:

“Artículo 34.

El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro.

¹⁶⁹ “§ 892. Öffentlicher Glaube des Grundbuchs

(1) Zugunsten desjenigen, welcher ein Recht an einem Grundstück oder ein Recht an einem solchen Recht durch Rechtsgeschäft erwirbt, gilt der Inhalt des Grundbuchs als richtig, es sei denn, dass ein Widerspruch gegen die Richtigkeit eingetragen oder die Unrichtigkeit dem Erwerber bekannt ist. Ist der Berechtigte in der Verfügung über ein im Grundbuch eingetragenes Recht zugunsten einer bestimmten Person beschränkt, so ist die Beschränkung dem Erwerber gegenüber nur wirksam, wenn sie aus dem Grundbuch ersichtlich oder dem Erwerber bekannt ist.“

¹⁷⁰ Si bien en nuestro Código Civil vigente no existe una norma que de forma literal señale esto, se entiende que el registro tampoco es convalidante.

¹⁷¹ Antecedentes de la misma encontramos en el Art. 25 de la LHE de 1861, luego en el 34 LH 1869 en la cual producto de las necesidades de su tiempo se establece la obligación de notificar, lo cual fe derogado por la reforma de 1944-46.

La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro.

Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente.”

Así pues la sentencia del 5 de Marzo de 2007, emitida por la sala 1ª del Tribunal Supremo señala que: “*La doctrina sobre el artículo 34 LH que procede dejar sentada comprende dos extremos: primero, que este precepto ampara las adquisiciones a non domino precisamente porque salva el defecto de titularidad o de poder de disposición del transmitente que, según el Registro, aparezca con facultades para transmitir la finca; y segundo, que el mismo artículo no supone necesariamente una transmisión intermedia que se anule o resuelva por causas que no consten en el Registro*”.

De forma general se indica que los caracteres del Principio de Fe Pública registral contiene: a. La existencia de una patología del negocio jurídico por causa de nulidad, resolución, o ineficacia por falta de legitimación civil o poder de disposición. B. La existencia de una inexactitud registral. C. El principio de fe pública registral, regula un supuesto de “adquisición a non domino”.

Para que se configure en el ordenamiento español se necesita: A. Nulidad, resolución o ineficacia en el negocio jurídico precedente o en los antecedentes. B. La previa inscripción de su derecho en favor del transmitente. C. Que no resulte del registro la inexactitud. D. Adquisición a título oneroso. E. Que el tercero inscriba su derecho F. La buena fe del tercero.

En el ordenamiento español se señala que no se aplica en los siguientes supuestos: A. Datos descriptivos, físicos o de hecho de la finca.¹⁷² B. Doble inmatriculación. C. Retroacción del concurso de acreedores. D. Dominio público marítimo terrestre. Art.8 Ley de costas.¹⁷³

De igual forma se suspende su aplicación cuando: A. Inscripciones de Herencia o Legado. B. Inmatriculación por título público. C. Reconstrucción registros destruidos. D. Fincas de reemplazo en concentración parcelaria.

4.3 APUNTES INICIALES

La exposición de motivos del Art. 2014 de nuestro Código Civil, señala entre otras cosas que “*Si una persona adquiere de otra un derecho y sucede que el derecho del otorgante es nulo, el derecho común establece que será nulo también el del*

¹⁷² Están en presunción de exactitud “*luris tantum*” del Art. 38 LH, pero no en la protección del art. 34 LH, por ser un registro de derechos y extenderse la protección a los derechos inscritos, y no a los datos de hecho.

¹⁷³ GORDILLO CAÑAS, Antonio. El principio de fe pública registral. En: Anuario de Derecho Civil. No. LXI-3, julio 2008, p.1200.

adquirente, porque nadie puede transferir más de lo que tiene y nadie puede adquirir mayor o diverso derecho que aquel que se le transmite.”¹⁷⁴

Más adelante el legislador expone “*Esa solución dada por el derecho extrarregistral, es sacrificada sin embargo por la seguridad del tráfico, que expresa que si esa nulidad no aparece del registro, el adquirente adquiere el bien y la nulidad del título del otorgante no lo perjudica.”¹⁷⁵*

Es clara la influencia –tal como lo reconoce expresamente- del legislador por el Art. 34 de la Ley Hipotecaria Española de 1946 concluyendo “*Este artículo o sus similares constituyen en todo sistema registral donde aparecen la médula central de su estructura y la expresión más clara de los alcances de la protección que el registro brinda al tráfico patrimonial.*”¹⁷⁶

Debe tomarse en cuenta que en el derecho español, el Código Civil se ha rezagado y requiere con urgencia reformas, las que de alguna forma han sido satisfechas por lo regulado en la actual Ley Hipotecaria. En cambio, en nuestro ordenamiento son las normas sustanciales el punto de partida para interpretar la legislación registral.

4.4 REQUISITOS

Tal como hemos indicado, esta tutela de la seguridad del tráfico no es absoluta, sino que debe cumplir con ciertos requisitos como la existencia de un tercero, la buena fe, la preexistencia de un registro disconforme, acto de disposición de la situación fundada en el registro disconforme, onerosidad,¹⁷⁷ entre otros.

No obstante ello, en esta parte sólo pretendemos abordar los supuestos del tercero, la buena fe –hasta donde se extiende la misma- y la forma de adquisición del tercero.

4.4.1 EL TERCERO

¹⁷⁴ Exposición de motivos oficial del Código Civil. Iniciativa y Exposición de Motivos de las Modificaciones del Código Civil. Lima: Ed. Cultural Cuzco, 2004, p.242.

¹⁷⁵ Exposición de motivos oficial del Código Civil. Ibid., p.242.

¹⁷⁶ Exposición de motivos oficial del Código Civil. Ibid., p.239.

¹⁷⁷ Oneroso. Quien confió en el registro, confió en esta confianza, e invirtió en dicha adquisición no puede verse perjudicado sin afectar lo que sería el comercio. (MENEZES CORDEIRO, Antonio. Teoria geral do direito civil, V.1, 2ª Ed., Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito, 1990, p.392.) Véase como en otros ordenamientos latinoamericanos también se requiere el mismos requisito: “Sostenemos, pues, que en el ordenamiento inmobiliario registral venezolano tan sólo gozan de la protección directa del principio de la fe pública del Registro los adquirentes a título oneroso (...). Por tanto, los herederos, incluidos los testamentarios, los legatarios y los donatarios, en cuanto adquirentes a non domino, quedarán excluidos de la protección registral (...)” CRISTOBAL MONTES, Angel. El tercero registral en el Derecho Venezolano. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1967, Vol. XXXVI, p. 97.

El tercero ha sido definido como aquel sujeto que no es parte en los contratos. Así pues, en doctrina se identifican a diferentes “terceros” denominándolos de distintas formas. El llamado tercero latino que se verifica en las dobles ventas,¹⁷⁸ o el tercero germano, el cual se da en las transferencias lineales y sucesivas, el cual es materia del presente comentario.

Se identifica en este supuesto 3 partes claramente diferenciadas, el primer transferente que hemos denominado A, y el segundo transferente B (el cual adquirió de A), y el último adquirente que sería C.

Respecto al negocio cuestionado, es decir el contrato entre A y B, C es tercero. Si existiera alguna patología (distinta a la falta de legitimación causal) en el contrato entre B y C no podría aplicarse el 2014 del Código Civil.

Otros supuestos que no se aplican por no existir el tercero requerido, es el supuesto de los cónyuges, en el que existe una inexactitud dado que sólo uno de los cónyuges está inscrito. Y éste, sin consentimiento del otro, transfiere la propiedad del mismo a un sujeto X. En este caso es aplicable el principio de legitimación registral, mas no así el de fe pública registral.

Esto en razón en que X no es tercero, sino parte del contrato cuestionado. Asimismo, no existe una cadena de transferencias, sino una sola supuesta transferencia en la que existe falta de legitimación por parte del vendedor. En caso X transfiriera su propiedad a otro sujeto, a quien llamaremos Y, Y sí gozaría – de cumplir con todos los demás requisitos- de la protección de la fe pública registral.

4.4.2 BUENA FE

Dicho tercero en diversas ocasiones asumirá un riesgo en identificar quien es el legitimado¹⁷⁹, por eso hay casos en que la norma protege a quien yerra de buena fe.

En este sentido señala MEJORADA “Debemos distinguir entre la razón para proteger a los terceros y el requisito que estos deben cumplir para ser acogidos. Están vinculados porque el primero sirve para interpretar al segundo. Lógicamente, la exigencia para el beneficio de un privilegio debe interpretarse conforme a las razones que explican el por qué del beneficio. El requisito es la buena fe del tercero. La razón es la necesidad de proteger el libre mercado de

¹⁷⁸ 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.

¹⁷⁹ PENTEADO, Mário de Salles. A legitimação nos atos jurídicos. Revista dos Tribunais, V. 564, 1973, p. 28.

bienes, generando confianza y certeza en los operadores económicos. Así se cumplen los presupuestos del régimen económico.”¹⁸⁰

Añade GORDILLO CAÑAS que la buena fe no es un límite externo de la eficacia de la apariencia, sino el dato fundamental y desencadenante de la medida legal de tutela.¹⁸¹

Entre los tipos de Buena Fe se distinguen: Buena Fe Objetiva como el deber de cuidado como regla de conducta emanada por el ordenamiento. Buena Fe Subjetiva Psicológica (o espiritual de naturaleza gnoseológica, definida en términos de ignorancia o error, jurídicamente relevante. Y Buena Fe Subjetiva Ética: desconocimiento desculpable del acto.

En el caso del registro público existe confianza del público de lo inscrito¹⁸² dado que los negocios dispositivos requieren de notoriedad –*offenkundigkeit*¹⁸³-, es decir en términos de Carnelutti, no basta para el contrato ser, sino se requiere también parecer.¹⁸⁴

Es por eso que algunos autores abordan a la publicidad como factor de eficacia, simple o relativa¹⁸⁵ lo cual no consideramos que sea preciso. Sin publicidad los negocios surten plenos efectos, siendo la publicidad un mecanismo que permite que más individuos tomen conocimiento de las titularidades.¹⁸⁶

Ahora, si bien consideramos que la buena fe que se requiere es la buena fe diligencia, habrá que analizar hasta donde llega dicha diligencia.

De un lado ciertos autores señalan que debe verificarse la posesión como requisito para la buena fe.¹⁸⁷

¹⁸⁰ MEJORADA CHAUCA, Martín. Fundamentos de la tutela de los terceros adquirentes de buena fe. En: Estudios sobre la propiedad. Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012, p. 140.

¹⁸¹ GORDILLO CAÑAS, Anotónio. La representación aparente, Sevilla, 1978, p. 290.

¹⁸² CARVALHO, Afranio de. Registro Imóveis: Comentários ao sistema de registro em face da lei No. 6015 de 1973, com as alterações da lei No. 6216 de 1975, 2ª Ed. Rio de Janeiro, Forense, 1977, p.500.

¹⁸³ SCHWAB, K. H. y PRÜTTING, H. *Sachenrecht*. 32. ed. München: C. H. Beck, 2006, p.14; WESTERMANN, H., *et alii*. *Sachenrecht: Ein Lehrbuch*. 7. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 1998, p.18-9.

¹⁸⁴ CARNELUTTI, Francesco. Teoria giuridica della circolazione. Ibid. p.62.

¹⁸⁵ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Negócio jurídico: Existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.52-8.

¹⁸⁶ Artículo 2012.- Se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones.

¹⁸⁷ AZEVEDO, Philadelpho. Registro de Imóveis. Río de Janeiro: Livraria Jacintho, 1942, p.107. GOMES, Orlando. Ibid., p.165.

Dicha afirmación tiene como uno de sus fundamentos que la posesión debe privilegiarse sobre la propiedad. Discrepamos de dicha opinión por las siguientes razones.

La propiedad es más que un título y los mecanismos de tutela que tiene el propietario subordinan los derechos que tienen los poseedores, salvo cuando se da la usucapión en el cual prevalece el interés del "propietario" usucapiente en su calidad de nuevo propietario.

Todo poseedor aspira a ser propietario, no es posible que aquello a lo que aspiro ser (propietario) sea menos de lo que soy en estos momento (poseedor).

Casos de la realidad nos pueden ayudar entender esto: Se difunde en las noticias ofertas de ventas de casas o departamentos con problemas legales: supuestos de poseedores precarios o ilegítimos.

Los adquirentes -salvo en los casos que exista usucapión- a un precio menor –por dichas externalidades- adquirirán dichos bienes, y luego invertirán en hacer efectiva su titularidad mediante por ejemplo el desalojo.

Si la posesión prevaleciera sobre la propiedad, nunca se llevarían estas transferencias inmobiliarias secundarias.

Ahora bien, a nuestra consideración el deber del usuario que confía en el registro no es verificar quien es el poseedor del mismo dado que el hecho de ser poseedor no implica que este es el propietario, salvo en el supuesto de la usucapión.

Asimismo, la carga de acreditación de la posesión conllevaría a que el tercero deba verificar en más de un momento que el poseedor es el verdadero propietario, lo cual dejaría sustancialmente afectado nuestro sistema registral ¿Para qué las garantías del sistema? ¿Para qué la labor de un técnico? Debemos tomar en consideración que el mero contacto no supone posesión.

De otro lado, un tema que también causa controversia son los que involucran el tema de inexactitudes registrales.

4.4.2.1 DESCONOCIMIENTO DE LA INEXACTITUD REGISTRAL

La falta de correspondencia entre la realidad extra-registral y lo contenido en el registro da origen a la llamada "inexactitud registral". ¿Hasta dónde debe diligentemente realizar la investigación el tercero adquirente de buena fe de las posibles "inexactitudes registrales"?

Hay la discusión acerca de que es lo que se debe privilegiar, el asiento registral o el título archivado, lo que derivará es hasta donde debe realizarse la investigación.

Nuestra posición es que debe ser el asiento registral lo que debe de privilegiarse y, lo que debe servir como regla general para la investigación.

4.4.2.2 EL ASIENTO REGISTRAL

Debemos indicar, en principio, que nuestro sistema se acoge -en general- al sistema de inscripción mediante el cual el registrador luego de calificar *extrae* lo que considera relevante para los terceros a fin de publicitarlo.

“Artículo 50 del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos.- Contenido general del asiento de inscripción. Todo asiento de inscripción contendrá un resumen del acto o derecho materia de inscripción, en el que se consignará los datos relevantes para el conocimiento de terceros, siempre que aparezcan del título; así como, la indicación precisa del documento en el que conste el referido acto o derecho; la fecha, hora, minuto y segundo, el número de presentación del título que da lugar al asiento, el monto pagado por derechos registrales la fecha de su inscripción, y, la autorización del registrador responsable de la inscripción, utilizando cualquier mecanismo, aprobado por el órgano competente, que permita su identificación.”

El tema fundamental es determinar cuál es el rol actual del asiento registral dentro del sistema registral y en el ordenamiento jurídico en general.

El asiento es redactado por un profesional del derecho, luego de un estudio pormenorizado del mismo en el cual ha revisado –entre otros temas- la validez del acto y que haya estado sujeto al principio de legalidad.

Estando apto el título para ser inscrito, se publicará sólo aquella información que sea trascendente para el conocimiento de terceros,¹⁸⁸ la cual recibirá cierta protección por parte del ordenamiento según lo establecido por Ley de Creación del Sistema Registral en su literal b) del Art. 3 “(...) *La intangibilidad del contenido de los asientos registrales, salvo título modificatorio posterior o sentencia judicial firme.*”

Esta norma se complementa con lo desarrollado respecto a los efectos de la calificación en los principios de legitimación y fe pública registral. Así pues, el artículo 2013 del Código Civil y el Art. VII del título preliminar del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos señala “*Los asientos registrales se presumen exactos y válidos. Producen todos sus efectos y legitiman al titular*

¹⁸⁸ “Asiento de inscripción.- Los asientos de inscripción sólo deben publicar aquella información contenida en el título que sea trascendente para el conocimiento de terceros, caso contrario, las partidas registrales se atiborrarían de datos irrelevantes que las tornarían confusas, perjudicándose de esta manera la fluidez del tráfico jurídico.” Resolución N° 078-2006 (4ª Sala del Tribunal Registral).

Registral para actuar conforme a ellos, mientras no se rectifiquen en los términos establecidos en este Reglamento o se declare judicialmente su invalidez.”

Así pues, luego de inscrito el asiento existe una presunción relativa de exactitud y validez respecto a aquel lo cual tiene efectos tanto interna como externamente. Internamente el registrador en el mismo procedimiento deberá pronunciarse sobre todos los aspectos concernientes al título no pudiendo, en principio, dejar su pronunciamiento para un momento posterior siendo por tanto la calificación íntegra y no sucesiva; no podrá pronunciarse sobre la calificación realizada sobre un asiento inscripción anterior, ni incluso a propósito de una rectificación.

Ahora bien, una de las preocupaciones más importantes es el supuesto de las inexactitudes registrales.

El Texto Único Ordenado ha desarrollado en su título VI todo lo concerniente a la inexactitud registral y su rectificación. Así pues ha clasificado a los errores (Art. 80) en materiales y de concepto. El primero (Art. 81) se presenta cuando se han escrito una o más palabras, nombres propios o cifras distintas a los que constan en el título archivado respectivo; se ha omitido la expresión de algún dato o circunstancia que debe constar en el asiento; se ha extendido el asiento en partida o rubro diferente al que le corresponde o se han numerado defectuosamente los asientos o partidas. En los demás supuestos se reputarán como de concepto.

En caso no pueda rectificarse de esta manera, toda vez que la presunción es relativa, se podrá rectificar judicialmente, teniendo la *carga* de anotar esto en el registro a fin de evitar posibles injerencias de terceros que perjudiquen su interés. Los efectos de dichas rectificaciones surten a partir de la fecha de la presentación del título que contiene la solicitud respectiva, y en los casos de rectificación de oficio, desde la fecha en que se realiza.

En ese sentido es precisa la afirmación *“Por lo tanto, tratándose de la omisión errónea en la extensión de un acto o derecho en el Registro, el referido acto no surtirá efecto alguno sino desde la fecha en que se extiende en el Registro mediante el respectivo asiento, ello no obstante constare en un título que forma parte del archivo registral. Es decir, solo los actos “inscritos” surten efectos publicitarios, legitimadores y oponibles erga omnes.”*¹⁸⁹

De otro lado, como efectos externos se encuentran que los terceros tomarán conocimiento de dicha situación publicitada en los registros y podrán contratar con los legitimados en dichos asientos.

¹⁸⁹ SILVA DÍAZ, Martha del Carmen. “¿Por qué la presunción de conocimiento del contenido de las inscripciones no comprende a los títulos archivados?” *Actualidad Jurídica*, tomo 145, diciembre, Gaceta Jurídica, diciembre 2005, p.41.

En caso de error en la calificación, los titulares registrales podrán pedir la rectificación de los mismos sin perjudicar, para ser coherente con todo lo dicho, los derechos adquiridos por terceros.¹⁹⁰

Asimismo, toda vez que el sistema fue creado para tutelar la seguridad del tráfico, el ordenamiento a partir del Art. 2014 del Código Civil, así como por el artículo VIII del título preliminar del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos “La inexactitud de los asientos registrales por nulidad, anulación, resolución o rescisión del acto que los origina, no perjudicará al tercero registral que a título oneroso y de buena fe hubiere contratado sobre la base de aquéllos, siempre que las causas de dicha inexactitud no consten en los asientos registrales.”

Todo esto es coherente con lo señalado en el artículo I del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos el cual indica que “El Registro otorga publicidad jurídica a los diversos actos o derechos inscritos. El concepto de inscripción comprende también a las anotaciones preventivas, salvo que este Reglamento expresamente las diferencie. El contenido de las partidas registrales afecta a los terceros aun cuando éstos no hubieran tenido conocimiento efectivo del mismo.” (El subrayado y énfasis es nuestro).¹⁹¹

4.4.2.3 EL ROL DEL TÍTULO ARCHIVADO

El registrador, toda vez que nuestro sistema es causal, se basa en una serie de documentos para emitir el respectivo asiento de inscripción y dar lugar a la publicidad *erga omnes*.

Ahora bien, luego de inscrito el título ¿qué sucede con los documentos? ¿qué rol tienen los mismos en el sistema registral?

En principio debe indicarse que el artículo 108 del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos señala los documentos que conforman parte del archivo registral¹⁹² y por el principio de publicidad formal recogido el Art. II del título

¹⁹⁰ TUO del Reglamento General de los Registros Públicos. Artículo 87.- Derechos adquiridos por terceros. En ningún caso la rectificación del Registro perjudicará los derechos adquiridos por tercero de buena fe durante la vigencia del asiento que se declare inexacto.

¹⁹¹ Así pues nuestra judicatura ha indicado “Noveno (...) siendo adecuado resaltar que en realidad este principio de la publicidad registral se halla justificado por la necesidad de proteger la seguridad jurídica de la contratación *en base a los asientos de inscripción* que otorgan los Registros; (...)” (El énfasis es nuestro). Cas. Nº 306-2007 Lima.

¹⁹² Artículo 108.- Documentos que integran el archivo registral

El archivo registral está constituido por:

- a) Las partidas registrales que constan en tomos, fichas movibles, discos ópticos y otros soportes magnéticos;
- b) Los títulos que han dado mérito a las inscripciones conforme a lo establecido en el artículo 7, acompañados de los documentos en los que consten las decisiones del Registrador o del Tribunal Registral emitidos en el procedimiento registral, los informes técnicos y demás documentos expedidos en éste;

preliminar del mismo reglamento se garantiza que toda persona tenga acceso tanto al contenido de las partidas registrales y al archivo Registral.¹⁹³

Toda vez que el registrador luego de practicado el asiento ordena el archivamiento de los documentos, consideramos que dichos títulos archivados sólo tienen una función de complementariedad cuando falten datos en los asientos registrales.

Así pues, de esto podemos deducir que existen grados de publicidad a cargo de la institución. La de tipo jurídico –publicidad efecto- recogida en el Art. 2012 del Código Civil enfocada al contenido de las inscripciones (asientos registrales) y, de otro lado, la mera publicidad – publicidad noticia - que otorgan los registros administrativos y que comprende a los títulos archivados y demás documentos que forman parte del archivo registral.¹⁹⁴

Esto es así porque existe un filtro técnico, registrador público, que luego de un estudio minucioso determina que situaciones merecen ser publicitadas. Nuestro sistema, a diferencia de lo que parecen desear algunos, no es igual al español, al italiano ni al francés, ni mucho menos al alemán, sino es uno que puede tener algunos rasgos de ellos pero que tiene una configuración propia.

¿O es que el mismo tipo de publicidad tiene un asiento de inscripción que los documentos administrativos presentados y archivados, circulares, documentos con firmas legalizadas, entre otros? ¿Acaso dichos documentos gozan de publicidad *erga omnes*? Cuando se solicita la inscripción con reserva de la rogatoria de algunos actos contenidos en el mismo y tiene una calificación positiva ¿tendrán los mismos efectos los actos inscritos que fueron materia de calificación que aquellos que no lo fueron pero que permanecen en el título archivado?

Lamentablemente, nuestra respuesta debe ser negativa. Por tanto debemos ubicar el rol de los títulos archivados como complementarios a los asientos registrales.¹⁹⁵

c) Las solicitudes de inscripción de los títulos cuya inscripción fue denegada, con las respectivas esquelas de observación y tacha;

d) Los índices y los asientos de presentación organizados en medios informáticos así como los que, de acuerdo con la técnica anterior, constaran en soporte papel.

En el supuesto del literal b) corresponderá al Registrador, bajo responsabilidad, remitir al Archivo Registral, debidamente foliados, únicamente los documentos establecidos en él.

(...)

¹⁹³ Art. II del Título Preliminar del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos. Publicidad formal.- El Registro es público. La publicidad registral formal garantiza que toda persona acceda al conocimiento efectivo del contenido de las partidas registrales y, en general, obtenga información del archivo Registral. (...)

¹⁹⁴ SILVA DÍAZ, Martha del Carmen, cit., p.44.

¹⁹⁵ Así también se ha señalado a nivel jurisdiccional “Segundo.- (...) el fundamento del principio de la fe pública registral radica en la necesidad de asegurar el tráfico patrimonial cuyo objeto consiste en proteger las adquisiciones que por negocio jurídico efectúen los terceros adquirentes y que se haya hayan producido confiados en el contenido del registro; para ello, el Código Civil en su artículo dos mil doce reputa *exacto y completo* el contenido de los asientos registrales; Tercero.- Que, el legislador, concuerda con esta interpretación, según la cual, la fe pública registral protege la adquisición efectuada a título oneroso y con buena fe de quien aparece en el registro como

4.4.2.4 ALGUNOS ALCANCES ADICIONALES FRENTE A LAS CRÍTICAS REALIZADAS A LA PREFERENCIA DEL ASIENTO REGISTRAL

El legislador ha manifestado que de una interpretación legalista se concluiría la preferencia por el asiento de inscripción.¹⁹⁶

Que en todo caso el texto del 2014 permite diversas interpretaciones, y que *será una norma interpretativa la que deslinde el problema.*¹⁹⁷

Consideramos que tanto el TUO del Reglamento General de los Registros Públicos como la Ley de Creación del Sistema Registral –vigentes posteriormente a la promulgación del código civil de 1984- son estas normas que inclinan la preferencia sobre el asiento registral en desmedro del título archivado, lo cual es coherente con la descripción del sistema registral actualmente vigente.

De otro lado, imaginemos el siguiente caso:

“X” emite un negocio de apoderamiento –inscrito en registros- a favor de “Y” para que transfiera un bien inmueble. En el caso que el día de ayer “X” hubiese fallecido y el día de hoy “Y” transfiere el bien a “Z”.

titular registral, que se inscribe en el registro, contra cualquier intento de enervar dicha adquisición que se fundamente en causas no inscritas antes (...).” “Cuarto.- Que, si bien es verdad el artículo ciento ochenticuatro (Sic) del Reglamento General de los Registros Públicos, vigente a la fecha de los hechos, establece que a fin de asegurar la publicidad de los Registros, los funcionarios de los mismos están obligados a manifestar a toda persona los libros, los títulos archivados, índices y demás documentos que obran en las oficinas registrales, ello (debe ser interpretado) (...) en el sentido de que dicha extensión alcanzará a los títulos archivados si existiera insuficiente información en el asiento de inscripción; dado que estimar que los interesados deben recurrir a los títulos archivados o a procedimientos extraordinarios para la determinación de con quién están contratando generaría un obstáculo para la realización de los actos jurídicos y una elevación del costo de los mismos, lo cual atentaría contra la fe pública registral y la seguridad jurídica.” (El subrayado es nuestro) Sentencia casatoria N° 2458-2005 Lima (En: Diario Oficial el Peruano, 31.1.2007, p. 18751).

¹⁹⁶ “Pero si intentamos una respuesta puramente legalista tenemos que concluir que el Código del 84 al igual que el Código del 36 permite la vigencia del artículo VIII del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos y por lo tanto aceptando lo ordenado por este artículo, bien puede concluirse que el principio se aplica respecto del contenido sólo del asiento.” Exposición de motivos oficial del Código Civil. Iniciativa y exposición de motivos de las modificaciones del Código Civil. Lima: Editorial Cuzco, 2004, p.247, 248

¹⁹⁷ “Creemos en todo caso que el problema está planteado, y que cualquiera que sea la decisión legislativa que se adopte deberá tener en cuenta el nivel de eficacia de los Registros Públicos y la necesidad y posibilidad de otorgar las garantías más amplias a quienes busquen su amparo. Esta decisión legislativa queda en manos de quienes mantengan o modifiquen los términos del artículo VIII del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos. El texto del artículo 2014 permite ambas interpretaciones; en consecuencia, será una norma interpretativa la que deslinde el problema, el mismo que hasta hoy está resuelto en los términos del artículo VIII antes citado.” Exposición de motivos oficial del Código Civil. Iniciativa y exposición de motivos de las modificaciones del Código Civil, cit., p.248

Si el poder se extinguió el día de ayer, la transferencia ¿es válida? ¿Por qué? El mismo caso se puede plantear en los términos del artículo 152 del Código Civil en el supuesto de la revocación, toda vez que la misma tiene que ser comunicada a terceros o inscrita en registros (por la presunción de conocimiento) para que dichas situaciones jurídicas sean eficaces frente a terceros.

La situación jurídica real es que el poder se extinguió, pero en estas situaciones concretas según la configuración del sistema es claro que se protege al tercero que contrató confiando en la información que le brindó la institución registral en el asiento registral, no porque se constituya una nueva situación jurídica, sino por la legitimación aparente y la presunción de validez y exactitud que se otorga al mismo.¹⁹⁸

Hay que tener cuidado con las deducciones que podamos obtener de dicho caso como que el hecho que en una situación patológica se prefiera lo indicado en el asiento registral implica la modificación del régimen de transferencias patrimoniales regulado en nuestro código civil a uno de tipo abstracto como el alemán.

En primer lugar, nuestro sistema sigue siendo –en general- de tipo declarativo, es decir, las mutaciones reales se dan extraregistralmente a diferencia del sistema alemán que es constitutivo.

Luego, nuestro sistema de transferencia sigue siendo de tipo causal, y esto es ratificado en la calificación del registrador toda vez que se verifica la validez del negocio y a partir de este se elabora el respectivo asiento. Esto no ocurre en el sistema abstracto dado que la invalidez del negocio obligacional no perjudica el negocio abstracto, otorgándose sólo una acción personal, dejando a salvo el derecho de los terceros adquirentes en caso los hubiese.

Algunos de los principios sobre los que se sostiene el libro de *Sachenrechts* (Derechos de las cosas) en el derecho Alemán son: Absolutheitsprinzip, Spezialtätprinzip (Bestimmtheitsgrundsatz), Übertragbarkeitsprinzip, Publizitätsprinzip (Offenkundigkeitsgrundsatz), Trennungsprinzip¹⁹⁹ y Abstraktionsprinzip. ¿Preferir el asiento registral implica la importación en sus alcances de dichos principios a nuestro ordenamiento? ¿En qué se sostiene el supuesto cambio del régimen de transferencias patrimoniales?

Es por estas razones que consideramos que la investigación del tercero de buena fe debe limitarse al estudio del asiento registral, y sólo en casos excepcionales, debería reconducirse al título archivado.

¹⁹⁸ Hay que tener cuidado entre presunción del derecho y apariencia del derecho: RÁO, Vicente O direito e a vida dos direitos, Vol II., Tomo 1, No. 46, p.109. La propiedad presuntiva requiere una convergencia entre la realidad jurídica y lo que se exterioriza; en cambio, la propiedad aparente presupone un desacuerdo entre la realidad del derecho y su apariencia jurídica.

¹⁹⁹ MEDICUS, Dieter. Allgemeiner Teil des BGB. C.F.Müller, 10.Auflage, 2010, p.20.

4.4.3 ADQUISICIÓN DEL TITULAR REGISTRAL

Existe la duda de cómo es la adquisición del tercero: ¿Originaria o derivada?

Entendemos como adquisición originaria el hecho jurídico que hace surgir en la persona del adquirente una titularidad del Derecho *ex novo*, independientemente de la existencia de un dominio anterior.²⁰⁰ Se da cuando falta el titular del dominio (*res delictae* o *res nullius*)²⁰¹ o a pesar que exista un titular en la usucapión.²⁰² Se dice por ello que el negocio jurídico es incapaz de generar por sí mismo situaciones jurídicas originarias.²⁰³

En cambio la adquisición es derivada²⁰⁴ cuando existe un negocio jurídico dispositivo: Declaración de voluntad por la cual se transfiere, se limita, se modifica, se extingue un derecho patrimonial.²⁰⁵

Se requiere para la adquisición derivada:

1. Preexistencia de la titularidad del enajenante
2. Nexo derivativo por el acto dispositivo
3. Acto de disposición (o hecho jurídico en sentido estricto, como sucesión *ab intestato*)²⁰⁶

Ejemplos encontramos en las transferencias mediante la declaración de voluntad²⁰⁷, o en los casos de herencia por muerte del causante²⁰⁸, entre otros.

Diferente es el supuesto del Art. 2014 que contiene el principio de Fe Pública Registral dado que quien transmite es un no titular ¿como va a derivar la titularidad si no tiene esta?

Existen al respecto 2 posiciones: Una indica que dado que la transferencia no es realizada por el verdadero titular, y sin embargo -por situaciones excepcionales- el

²⁰⁰ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. Teoria geral do direito civil. 3ª. Lisboa: Coimbra. Ed. 1985, p.360-362.

²⁰¹ PUGLIATTI, Salvatore. Esecuzione forzata e diritto sostanziale. Milano: A. Giuffré, 1935, p.99.

²⁰² MOTA PINTO, Carlos Alberto da. Teoria geral do direito civil. 3ª. Lisboa: Coimbra. Ed. 1985, p.360.

²⁰³ Carnelutti, Teoria Giuridica della circolazione, Ibid., p.17.

²⁰⁴ CARIOTA FERRARA, Luigi. I negozi sul patrimonio altrui. Padova: Cedam, 1936, p.69.

²⁰⁵ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Negócio jurídico e declaração negocial: noções gerais e formação da declaração negocial. São Paulo, 1986, p.156.

²⁰⁶ PAES LANDIM FILHO, Francisco Antonio. Ibid, p.53.

²⁰⁷ MENGONI, Luigi. L'acquisto "a non domino", Ibid., p. 3-5.

²⁰⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco. Tratado de direito privado, T .11, parágrafo 1191, p.107.

tercero adquiere de un *no propietario* quien no tiene la titularidad, no existe derivación de la misma, por tanto esta originaria²⁰⁹.

De otro lado, se señala – posición que nosotros compartimos- si el poder de disposición de las adquisiciones *a non domino* reside en la legitimación aparente, entonces la adquisición tiene que ser derivativa.²¹⁰

5. LA FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS Y LA FE PÚBLICA REGISTRAL

Situaciones lamentables como la falsificación de documentos han puesto en problemas al principio de Fe Pública Registral toda vez que frente a “casos reales” parecería que este principio ha quedado rezagado.

5.1 CONCLUSIONES DEL PLENO JURISDICCIONAL CIVIL

En octubre del año 2012 se llevó a cabo el Pleno Jurisdiccional Nacional Civil cuyo segundo tema fue: La Fe Pública Registral en los casos de falsificaciones de títulos.

Así pues la primera ponencia señaló que el principio de Fe Pública Registral debía aplicarse en los supuestos de falsificación de documentos:

“Primera Ponencia:

La fe pública registral protege a los terceros de buena fe cuando el acto previo es nulo o falso, pues el Artículo 2014 del Código Civil, no distingue, en consecuencia, por efecto de la seguridad jurídica del tráfico, no importa la magnitud del vicio que afecte el título, pues basta que el tercero cuenta con título oneroso, sea de buena fe e inscriba su derecho, para gozar de la tutela legal.”

La segunda ponencia por el contrario señaló que ante la presencia de “vicios radicales de nulidad” no se aplica la Fe Pública Registral:

“Segunda Ponencia:

La fe pública registral no protege a los terceros de buena fe cuando se trata de vicios radicales de nulidad, como es el caso de la falsificación de los títulos, pues el Artículo 70 de la Comisión del Estado, dice que la propiedad es inviolable, lo que no es coherente si admitimos que un titular pueda ser despojado fácilmente a través de una falsificación. El Artículo 2014 del

²⁰⁹ ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLF, Martin. Tratado de derecho civil. Tomo I-2, Vol. 1, Trad. y notas Pérez González y Alguer, Barcelona, Bosch, p.33. Adquisición originaria Afranio de Carvalho, p.187

²¹⁰ RESCIGNO. Voz. Legitimazione. Novissimo Digesto Italiano, vol. IX, Turín, 1965, p.718.

Código Civil debe leerse desde la perspectiva constitucional de protección de la propiedad, evitando que los actos ilícitos consumen derechos.”

Como fundamentos de la defensa del principio de Fe Pública se brindó la protección del “tráfico patrimonial”:

“Fundamentos de la primera ponencia:

El soporte jurídico de la primera ponencia está constituido por la Casación Nro. 1845-2000- Junín que señala que el artículo 2014 del Código Sustantivo desarrolla el principio e instituto de la buena fe registral según el cual se protege la adquisición de buena fe, de quien aparece en el registro como titular registral, que se inscribe en el registro, contra cualquier intento de enervar dicha adquisición que se fundamente en causas no inscritas antes. El fundamento del principio de la fe pública radica en la necesidad de asegurar el tráfico patrimonial cuyo objeto consiste en proteger las adquisiciones que por negocio jurídico efectúen los terceros adquirentes y que se hayan producido confiados en el contenido del registro; para ello, la ley reputa exacto y completo el contenido de los asientos registrales, en efecto las inscripciones del registro se consideran exactas y completas respecto de terceros adquirentes de buena fe, y quien adquiere el derecho de propiedad, una servidumbre o un derecho de hipoteca, confiado en la actitud del registro deviene en propietario, titular de la servidumbre o de la hipoteca (Casación Nro. 1168-98-Lambayeque).”

Como fundamento de la tutela del verdadero propietario se encuentra el Art. 70 de la Constitución que regula la inviolabilidad de la propiedad, siendo que la interpretación contraria sería irracional dado que se estaría “legalizando un despojo”:

Fundamentos de la segunda ponencia:

El Artículo 70 de la Constitución del Estado preceptúa que: “El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de la Ley. A nadie puede preobrase de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por la Ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio”. En este sentido, la inviolabilidad a la que se hace referencia en la norma constitucional, trae consecuencia, que nadie puede afectar, desconocer o cuestionar la propiedad, esto es, el propietario no puede ser privado de su derecho, salvo que sea por una decisión judicial, además en concordancia con lo previsto en el inciso 16) del artículo 2 de la Constitución del Estado, el Estado garantiza y asegura que se respetará el derecho a la inviolabilidad a la derecho, por ser éste un derecho

fundamental. Por consiguiente, el principio de fe pública, entendido como principio y no como excepción, es una clara muestra de interpretación normativa contraria a los valores constitucionales, pues se limita a legalizar el despojo de un propietario sin verificar la diligencia del tercero, ni la negligencia del titular afectado. De lo contrario, estaríamos simplemente despojando a uno, para terminar atribuyendo el bien a otro casi por azar, sin racionalidad, sin que el titular originario haya contribuido de forma alguna con la apariencia que le perjudicó.

5.2 EL PODER DE DISPOSICIÓN EN LA FE PÚBLICA REGISTRAL

El segundo extremo del primer párrafo del 2014 nos dice “mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos.”

Entendemos que este artículo, a pesar que no exista transferencia válida en la primer negocio jurídico, ya sea por nulidad, anulabilidad, resolución o rescisión.

Dicho artículo no hace la distinción, como la hace la primera ponencia, entre “vicios radicales de nulidad” y “vicios atenuados de nulidad.” Entendemos que nuestros Magistrados han querido mostrar que la intensidad en los supuestos de falsificación de documentos es gravosa por la no participación del verdadero titular, sin embargo, consideramos que se puede llegar al mismo resultado con una aplicación adecuada de los conceptos previamente explicados.

Téngase en cuenta, que en cualquier supuesto de adquisiciones *a non domino* existe un “despojo” de titularidad al verdadero propietario, no obstante lo cual no consideramos que los magistrados hayan deseado extender dicha interpretación a cualquier supuesto de adquisición *a non domino* como los mencionados en el Art. 948 y 194, entre otros.

En principio deberíamos señalar que en los supuestos de falsificación de documentos nos encontramos en el supuesto de ausencia de manifestación de voluntad, lo cual es pasible de nulidad.

Dicha nulidad no puede ser saneada ni susceptible de ser aplicable el instituto de la conversión, por tanto en este extremo sería aplicable el principio de la Buena Fe Registral.

Ahora bien, dado que el registro no convalida nulidades,²¹¹ el transferente no podría derivar su titularidad al tercero de Buena Fe dado que no goza de la

²¹¹ Em este extremo discrepamos con Mota Pinto cuando señala que las nulidades o anulabilidades funcionen en “face de terceiros”. Teoria geral do direito civil pp.369/370.

legitimidad causal. No obstante ello, sí tiene legitimación aparente, dada su inscripción en el registro, la cual se presume exacta y válida.²¹²

Entonces, dicho legitimado aparentemente, a pesar de no ser titular goza del poder de disposición *Verfügungsmacht* por ello y en virtud de su fuente de validez normativa que autoriza ello *Ermächtigungsnorm* (es decir el Art. 2014) lo cual permite que se despliegue la eficacia en la adquisición del tercero de buena fe, es decir, que sea el nuevo titular.

En ese sentido sigue estando vigente la afirmación de Oertman cuando señala que la apariencia (que en este caso se configura en la legitimación aparente del otorgante) se configura como presupuesto de eficacia del acto o negocio, y no como elemento constitutivo.²¹³

No obstante ello, dado que aparentemente se ha configurado la adquisición *a non domino*, falta un requisito que analizamos en el supuesto del Art.948: El titular aparente debe haber obtenido mediante un título la posición externa de propietario.²¹⁴

Es decir el propietario aparente tiene como base un título traslativo de propiedad formado por la declaración de voluntad del verdadero titular del inmueble, aunque dicho título sea inválido o ineficaz. Queda fuera de este concepto las falsificaciones de documentos dado que no existe voluntad de declaración.

Es por esta razón que en los casos de falsificación de documentos,²¹⁵ no se aplica el principio de Fe Pública Registral, toda vez que no cumple con todo el supuesto de hecho complejo en el que se desenvuelven las adquisiciones *a non domino*.

CONCLUSIONES

- ✓ Nuestro ordenamiento si bien tutela constitucionalmente el derecho de propiedad, no lo ha definido. Sin embargo ha establecido que existe un contenido esencial que en el mismo, que no debe ser vulnerado.

²¹² Artículo 2013.- El contenido de la inscripción se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez.

²¹³ OERTMAN, Paul. Grundsätzliches zur Lehre vom Rechtsschein. En Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, vol. 95, 1930, p.461

²¹⁴ LEHMANN, Heinrich. Doctrina del nacimiento, extinción y modificación de los derechos, doctrina del supuesto de hecho. Tratado de Derecho Civil, volumen I, traducción de José M. Navas. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1956, p.204.

²¹⁵ Véase como se regula este supuesto en el Art. 1 Capítulo 18 del Land Code de Suecia: La fe pública no se aplica en los siguientes supuestos: “1º. Si el documento en que se funda el derecho del adquirente es falso, fue otorgado por persona que carecía de facultades para ello o es inválido al haber sido otorgado bajo coacción con arreglo al artículo 28 de la Contracts Act. (..)”.

- ✓ La propiedad aparente no es un nuevo derecho real, sino es la proyección de una titularidad distinta. No obstante ello, no estamos frente a un mero titular de facto, sino que dicha legitimación aparente goza de juridicidad.
- ✓ La circulación jurídica de los bienes inmuebles puede entenderse a partir de distinguir los conceptos de *titularidad*, *legitimación* y *poder de disposición*.
- ✓ La adquisición es mucho más que legitimación aparente, es un supuesto de hecho complejo, el cual incluye la buena fe del adquirente.
- ✓ Nosotros asumimos que el poder de disposición es un acto de manifestación de la autonomía privada y se ubica en la norma autorizante, para el caso materia de estudio, en el Art. 2014.
- ✓ Los supuestos de adquisición a non domino son aquellos en los cuales a pesar de que el transferente no es el titular, el comprador adquiere válida y eficazmente.
- ✓ La apariencia jurídica es hacer aparecer lo irreal como real.
- ✓ En los supuestos de adquisición a *non domino* de bienes inmuebles consideramos debe realizarse una interpretación restrictiva del segundo párrafo del Art. 948 a los bienes hurtados y robados.
- ✓ En los casos de la Fe Pública registral consideramos que la buena fe del tercero es de diligencia, la cual no se extiende a la verificación de la posesión y sólo en supuestos excepcionales al título archivado.
- ✓ En el caso de la Fe Pública registral, la adquisición es derivada.
- ✓ En los casos de falsificación de documentos no se aplica la fe pública registral, dado que a pesar de configurarse un supuesto de nulidad por ausencia de manifestación de voluntad, no existe título en la adquisición del otorgante emitido por el verdadero propietario.