



Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Universidad del Perú. Decana de América
Facultad de Derecho y Ciencia Política
Escuela Profesional de Derecho

**La usucapión en el régimen de copropiedad y su
prohibición en el Código Civil peruano de 1984**

TESIS

Para optar el Título Profesional de Abogado

AUTOR

Joao Alfredo JIMENEZ SALAS

ASESOR

Mg. Oscar Alberto HUERTA AYALA

Lima, Perú

2023



Reconocimiento - No Comercial - Compartir Igual - Sin restricciones adicionales

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Usted puede distribuir, remezclar, retocar, y crear a partir del documento original de modo no comercial, siempre y cuando se dé crédito al autor del documento y se licencien las nuevas creaciones bajo las mismas condiciones. No se permite aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros a hacer cualquier cosa que permita esta licencia.

Referencia bibliográfica

Jimenez, J. (2023). *La usucapión en el régimen de copropiedad y su prohibición en el Código Civil peruano de 1984*. [Tesis de pregrado, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Escuela Profesional de Derecho]. Repositorio institucional Cybertesis UNMSM.

Metadatos complementarios

Datos de autor	
Nombres y apellidos	Joao Alfredo Jimenez Salas
Tipo de documento de identidad	DNI
Número de documento de identidad	73374093
URL de ORCID	https://orcid.org/0000-0001-5763-0781
Datos de asesor	
Nombres y apellidos	Oscar Alberto Huerta Ayala
Tipo de documento de identidad	DNI
Número de documento de identidad	07646182
URL de ORCID	https://orcid.org/0000-0002-0674-4671
Datos del jurado	
Presidente del jurado	
Nombres y apellidos	Robinson Octavio Gonzales Campos
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	07168272
Miembro del jurado 1	
Nombres y apellidos	Jorge Adalberto Pérez López
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	08162135
Miembro del jurado 2	
Nombres y apellidos	Bruno Alonso Samuel Tapia Cornejo
Tipo de documento	DNI

Número de documento de identidad	47714342
Datos de investigación	
Línea de investigación	E.1.1.5 Derechos Reales
Grupo de investigación	No aplica
Agencia de financiamiento	Sin financiamiento
Ubicación geográfica de la investigación	Edificio: Universidad Nacional Mayor de San Marcos País: Perú Departamento: Lima Provincia: Lima Distrito: Cercado de Lima Calle: Avenida Carlos Germán Amezaga 375 Latitud: 12°03'30"S Longitud: 77°05'00"O
Año o rango de años en que se realizó la investigación	Marzo de 2019 – Julio de 2021
URL de disciplinas OCDE	Derecho https://purl.org/pe-repo/ocde/ford#5.05.01



UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS
(Universidad del Perú, DECANA DE AMÉRICA)
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

**ACTA DE EXAMEN ORAL PRESENCIAL PARA EL OTORGAMIENTO DEL TÍTULO
PROFESIONAL DE ABOGADO CON SUSTENTACIÓN DE TESIS**

N° 024

Reunido el Jurado Examinador, constituido por los señores profesores:

- 1.-PRESIDENTE: Dr. ROBINSON OCTAVIO GONZALES CAMPOS
- 2.- Mg. OSCAR ALBERTO HUERTA AYALA (ASESOR)
- 3.- Mg. JORGE ADALBERTO PÉREZ LÓPEZ
- 4.- Mg. BRUNO ALONSO SAMUEL TAPIA CORNEJO

El bachiller postulante al Título Profesional de Abogado, don:

Joao Alfredo Jimenez Salas

Procedió la sustentación de su tesis titulado:

**LA USUCAPIÓN EN EL RÉGIMEN DE COPROPIEDAD Y SU PROHIBICIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL
PERUANO DE 1984**

En la redacción del examen escrito de fin de carrera, el graduando fue aprobado con la nota de:

DIECISIETE (17)

Concluida la prueba oral, se practicó la votación correspondiente, resultando el candidato:

**APROBADO POR UNANIMIDAD Y CON MAXIMOS HONORES
CON LA NOTA DE DIECINUEVE (19)**

Y para constancia se le extiende la presente Acta, en Lima a los TREINTAIUN días del mes de OCTUBRE del año 2023.

Mg. JORGE ADALBERTO PÉREZ LÓPEZ

Presidente del Jurado

Dr. ROBINSON OCTAVIO GONZALES CAMPOS

Mg. OSCAR ALBERTO HUERTA AYALA (ASESOR)

Mg. BRUNO ALONSO SAMUEL TAPIA CORNEJO



UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS
Universidad del Perú. DECANA DE AMÉRICA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

CERTIFICADO DE SIMILITUD

CDS N° 015-2023-FDCP/UNMSM

Yo, **OSCAR ALBERTO HUERTA AYALA**, en mi condición de asesor acreditado con la Resolución Directoral N° Resolución Directoral N° 000049-2023-EDP-FDCP/UNMSM, de fecha 13 de marzo de 2023, de la tesis, cuyo título es: "**LA USUCAPIÓN EN EL RÉGIMEN DE COPROPIEDAD Y SU PROHIBICIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984**", presentada por el bachiller **JOAO ALFREDO JIMÉNEZ SALAS**, para optar el título de **ABOGADO, CERTIFICO** que se ha cumplido con lo establecido en la Directiva de Originalidad y de Similitud de Trabajos Académicos, de Investigación y Producción Intelectual. Según la revisión, análisis y evaluación mediante el software de similitud textual, el documento evaluado cuenta con el porcentaje de **20 (veinte) %** de similitud, nivel **PERMITIDO** para continuar con los trámites correspondientes y para su **publicación en el repositorio institucional**.

Se emite el presente certificado en cumplimiento de lo establecido en las normas vigentes, como uno de los requisitos para obtención del Título correspondiente.

Lima, 20 de noviembre de 2023

Firma del Asesor

DNI: 07646182

Nombres y apellidos del asesor:

OSCAR ALBERTO HUERTA AYALA



Huella digital

RESUMEN

La presente investigación demostrará como, a nivel jurídico, económico y sociológico, la prohibición regulada en el artículo 985 del Código Civil, que impide a los copropietarios adquirir la totalidad del bien común mediante la prescripción adquisitiva, es errónea. A nivel jurídico, el artículo 985 es el resultado de una importación voluntariamente incompleta de normas francesas que sí admiten que los copropietarios adquieran por usucapión el bien común; a nivel económico el artículo 985 fomenta la infra explotación del bien, ocasionando la llamada tragedia de los anticomunes y a nivel sociológico el artículo 985 no reconoce que los grandes escenarios de copropiedad en el país se dan en las zonas de propiedad informal y no en la copropiedad hereditaria.

ABSTRACT

The present investigation will show how, at a legal, economic and sociological level, the prohibition regulated in article 985 of the peruvian Civil Code, which prevents co-owners from acquiring the entire common good through acquisitive prescription, is wrong. At the legal level, article 985 is the result of a voluntarily incomplete importation of French norms that do allow co-owners to acquire the common good by usucapion; at an economic level, Article 985 encourages the under-exploitation of the property, causing the called tragedy of the anticommons, and at a sociological level, Article 985 does not recognize that the main cases of co-ownership in the country occur in areas of informal ownership and not in co-ownership hereditary.

A mis padres, con el mayor amor, admiración y respeto

AGRADECIMIENTOS

Es cuestión de justicia agradecer a las siguientes personas, que sin su apoyo no hubiese sido posible este trabajo:

A mis padres, Miriam y José, por enseñarme que, con trabajo duro, perseverancia y fe, ningún objetivo es inalcanzable.

A mis hermanas, Karla y Romina, por iluminar mis días con su alegría.

A mis abuelos, Luis y Rosa, cuyo recuerdo aún me acompaña.

A Rosalie del Milagro, con inmenso amor, por siempre escucharme, aconsejarme y apoyarme.

Al profesor Oscar Huerta Ayala, con el mayor de los aprecio, por ser un verdadero ejemplo de pasión por el estudio y la enseñanza del derecho. A él, le agradezco su inmensa gentileza y por la invaluable ayuda brindada en este viaje de descubrimiento intelectual.

Al Taller de Derecho Civil José León Barandiarán, cuyas entrañables sesiones me hicieron enamorarme del Derecho Privado.

A Junior, José María y Diego, con estas palabras de Conrad: “A medida que transcurren los años y el número de palabras escritas crece a buen ritmo, también crece en intensidad la convicción de que solamente es posible escribir para los amigos”.

Al profesor Luis Antúnez y Villegas, quien ya no podrá leer esta tesis, por seguir impulsándome a escribir este adiós a la mejor época de mi vida.

Lima (en cuarentena), invierno del año 2021.

“Pero yo, que aunque parezco padre, soy padraastro de Don Quijote, no quiero irme con la corriente del uso, ni suplicarte, casi con las lágrimas en los ojos, como otros hacen, Lector carísimo, que perdones o disimules las faltas que en este mi hijo vieres; que ni eres su pariente ni su amigo, y tienes tu alma en tu cuerpo y tu libre albedrío, como el más pintado, y estás en tu casa, donde eres señor della como el Rey de sus alcabalas, y sabes lo que comúnmente se dice, *que debajo de mi manto al rey mato*. Todo lo cual te esenta y hace libre de todo respecto y obligación; y así puedes decir de esta historia todo aquello que te pareciere, sin temor que te calumnien por el mal ni te premien por el bien que dijeres della”.

DE CERVANTES SAAVEDRA, Miguel. “*El Ingenioso Hidalgo Don Quijote de la Mancha*”.

“No el avance de la ciencia y el conocimiento de la realidad para transformarla en algo amable y superior, no la aplicación práctica del saber (...) Si en cambio la decrepitud y la muerte, la solemnidad y el formalismo”.

SILES VALLEJO, Abraham. “*Magia y alquimia en Cien años de soledad: Los ilusionistas del Derecho*”.

“La conservación de la existencia es la suprema ley de la creación animada, y así se manifiesta instintivamente en todas las criaturas; pero la vida material no es toda la vida del hombre, tiene que defender además su existencia moral, que tiene por condición necesaria el derecho”.

VON IHERING, Rudolf. “*La lucha por el derecho*”.

“El Derecho Civil se basa en la opinión de que el orden más adecuado para las relaciones jurídicas de los particulares es el que ellos mismos establecen”.

VON TUHR, Andreas. “*Derecho Civil*”.

ÍNDICE

<u>CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA</u>	10
I. Justificación.....	13
II. Problema.....	14
III. Estado de la cuestión.....	14
IV. Descripción.....	16
<u>CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO</u>	18
1. Primera parte	18
TEMA I: La posesión, antecedentes de la institución	18
I. Antecedentes históricos de la posesión.....	18
II. La posesión en la historia del pensamiento filosófico, sociológico, económico y jurídico.....	32
III. La posesión en la legislación comparada.....	39
TEMA II: La posesión en las categorías generales del derecho privado	46
I. Hechos, actos y negocios jurídicos.....	46
II. Las situaciones jurídicas subjetivas: Aspectos generales.....	61
TEMA III: La posesión como fenómeno social y jurídico	71
I. El patrimonio y su importancia en la parte general del Derecho Privado.....	71
II. Las formas de asignación de titularidades en el derecho: los derechos reales y la posesión.....	85
III. Teorías sobre el Derecho Real.....	87
IV. El Derecho Real: definición y tipos.....	89
V. La posesión: Aspectos sociales y jurídicos.....	91
TEMA IV: La interversión del título	106

I.	La interversión, aspectos principales.....	106
II.	La interversión del título posesorio y los actos jurídicos en sentido estricto.....	110
III.	La interversión del título posesorio en el Derecho Peruano.....	113
IV.	La interversión del título posesorio en la legislación comparada.....	116
V.	¿La usucapión en el régimen de comunidad presupone interversión?.....	119
	TEMA V: El régimen de comunidad y la copropiedad.....	121
I.	La <i>comunione</i> : Una precisión terminológica respecto a su traducción por <i>comunidad</i>	121
II.	La comunidad (<i>comunione</i>), una aproximación a la institución.....	122
III.	Supuestos de comunidad.....	125
IV.	La copropiedad: aspectos generales de la institución.....	126
	TEMA VI: La usucapión.....	149
I.	Introducción.....	150
II.	Definición.....	152
III.	Funciones de la institución.....	153
IV.	La regulación de la usucapión en el Código Civil Peruano.....	162
2.	Segunda parte.....	168
	TEMA I: Antecedentes normativos y doctrinales sobre la prescripción adquisitiva entre copropietarios.....	168
I.	Antecedentes históricos.....	168
II.	La prohibición sobre la usucapión de los condóminos en el Código Civil de 1984: Opinión de la doctrina nacional.....	191
III.	Sobre la Ley N° 27157.....	203
	TEMA II: Nuestros fundamentos respecto a la abrogación del artículo 985 del Código Civil.....	206
I.	El fundamento jurídico de la usucapión por parte de los condóminos.....	206

II. El fundamento económico de la usucapión por parte de los condóminos.....	228
III. El fundamento sociológico de la usucapión por parte de los condóminos.....	231
3. Hipótesis.....	232
<u>CAPÍTULO III: MARCO METODOLÓGICO.....</u>	234
I. Método exegético.....	234
II. Método histórico.....	234
III. Método dogmático.....	234
<u>CAPÍTULO IV: RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN.....</u>	235
I. Prueba de hipótesis – hipótesis principal.....	235
II. Prueba de hipótesis – primera hipótesis secundaria.....	237
III. Prueba de hipótesis – segunda hipótesis secundaria.....	237
IV. Propuesta normativa.....	238
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	239
<u>BIBLIOGRAFIA.....</u>	240

CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

INTRODUCCIÓN

Durante el primer año de mi carrera leí por primera vez el libro “Introducción a la Historia” de Marc Blonch. En la introducción de dicho libro, el autor explicaba el propósito de la obra, y señalaba que la idea de escribir un libro dedicado a explicar qué es la historia nació de una sencilla pregunta de su hijo de seis años: ¿Qué es la historia?

Blonch, un reputado historiador pudo haber respondido con una facilidad magistral dicha pregunta, pero, ¿cómo responder de manera sencilla y a la vez, rigurosa esa pregunta a fin de que sea entendida tanto por el docto como por el lego?¹

El presente trabajo tiene una vocación semejante, pues busca explicar los fundamentos una prohibición normativa compleja y poco estudiada (en sus fundamentos históricos, dogmáticos y comparativos) e intenta hacerlo de manera sencilla, pero sin perder la rigurosidad debida.

El análisis de este trabajo se centra en la prohibición que el Código Civil de 1984 impone a los copropietarios de usucapir la totalidad del bien en copropiedad, regulada en el artículo 985 de dicha norma.

De esta manera, se explicarán los fundamentos de tal prohibición y posteriormente se indicará porque disentimos de los mismos, postulando en su lugar una alternativa abrogatoria respecto de la indicada prohibición.

Los derechos reales constituyen quizá la rama del derecho donde se puede apreciar de la manera más palpable la “juridificación” de una realidad tan instintiva como es la de apropiarse de cosas con el fin de garantizar la subsistencia. Así, los derechos reales encuentran su origen en una realidad natural anterior a la existencia de un cuerpo codificado de normas.

¹ BLOCH, Marc. “*Introducción a la historia*”. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1982, p.9.

Los derechos reales, entendidos como situaciones jurídicas de ventaja activas que una persona ostenta sobre un determinado bien son pasibles de ser utilizados por su titular de la manera en la que este crea conveniente, por tanto, el titular se encontrará legitimado para usar, usufructuar y disponer de su bien según convenga.

Cuando hablamos de la disposición de un bien por parte su titular a otro titular distinto nos encontramos ante formas de adquisición derivada de un derecho real, en tanto que el derecho que se posee sobre el mismo encuentra su origen en una titularidad previa.

Por el contrario, las formas de adquisición originaria de los derechos reales implican que los mismos se adquieren con independencia de la transmisión de un titular previo.

Dentro de estas últimas formas de transmisión se encuentra la usucapión, entendida como la adquisición de la propiedad u otros derechos reales, a raíz de la posesión pública, pacífica, continua, como propietario y por el plazo legal.

La usucapión ha presentado y presenta múltiples funciones, ya sea como mecanismo originario de adquisición de la propiedad, como instrumento saneador de títulos, como mecanismo de prueba de la propiedad y de asignación eficiente de la misma.

Centrándonos en la usucapión como mecanismo de adquisición de la propiedad se han esbozado muchas teorías acerca de la legitimidad que tiene el poseedor usucapiente para adquirir la propiedad del bien y en consecuencia privar de tal derecho al propietario primigenio.

Así, se ha señalado que la usucapión sería un castigo para el propietario negligente que no aprovechó su bien y dejó que otro lo poseyera sin su consentimiento, en contrapartida se afirma que la usucapión sería un premio o beneficio para el poseedor que viene explotando el bien y produciendo riqueza social, lo que no sucedería si el bien siguiese abandonado.

También se encuentran quienes, defendiendo la inviolabilidad de la propiedad, niegan la legitimidad constitucional de la usucapión, señalando la supuesta ilegalidad de consolidar derechos basados en la apropiación de un bien ajeno.

Por otro lado, la copropiedad es un supuesto de hecho que se verifica cuando un mismo bien presenta dos o más propietarios al mismo tiempo, de manera que los derechos ambos titulares se presentan como cuotas ideales.

Nuestra realidad nos demuestra día a día la amplia cantidad de casos de bienes que se encuentran sujetos al régimen de copropiedad y en los que uno solo de los copropietarios posee el bien y lo explota en su provecho ante la indiferencia de los demás copropietarios.

Pese a la explotación económica que el copropietario - poseedor realiza sobre el bien en copropiedad, la inacción de los demás copropietarios y todos sus años de posesión, jamás podrá adquirir la totalidad del bien ya que según el artículo 985 del Código Civil los copropietarios se encuentran impedidos de adquirir por prescripción adquisitiva la totalidad del bien común.

Esta curiosa prohibición entra en contradicción con las demás normas que regulan la institución de la copropiedad en el Código Civil peruano, las cuales la norman como una institución de carácter interino y transitorio.

Por tanto, si el legislador pretende que la copropiedad sobre un bien fenezca cuanto antes no se entiende porque no dotar al condómino poseedor de los mecanismos para adquirir la totalidad del bien común y así lograr que la propiedad del mismo recaiga en las manos de una sola persona.

La prohibición del artículo 985 también tiene consecuencias económicas, como la infra explotación del bien, puesto que el copropietario poseedor tendrá muchos menos incentivos para invertir en el bien que posee, ya que lo invertido en el bien no solo lo beneficiará a él, sino a los demás condóminos quienes no invierten ni explotan el bien.

Finalmente, lo indicado genera críticas de carácter axiológico, ya que no se explica porque el legislador considera que un copropietario que posee y explota económicamente un bien que le pertenece en parte tiene menos derecho para adquirir el bien que un invasor completamente ajeno al bien.

Las observaciones antes formuladas motivan la presente investigación, la cual intenta analizar la problemática planteada y descubrir si la prohibición que pesa sobre todos los copropietarios encuentra un fundamento jurídico, económico y axiológico que la respalde.

I. JUSTIFICACIÓN

El presente trabajo encuentra su justificación ante la ausencia de estudios doctrinarios relativos a la usucapión de los copropietarios, ya sea para defender dicha posibilidad o para reafirmar la prohibición mediante un análisis exegético o dogmático.

En tal sentido, pretendemos colaborar con el inicio de un debate acerca de los fundamentos jurídicos, económicos y sociológicos que legitimarían que un copropietario pueda adquirir por prescripción adquisitiva la totalidad del bien que posee de manera exclusiva y cumpliendo con los requisitos del Código Civil para la usucapión.

Asimismo, este trabajo se justifica en la necesidad de brindar alternativas de solución a la problemática de muchos sujetos que vienen poseyendo bienes del cual son condóminos, realizando actos de exclusión respecto a sus congéneres y ante la inactividad de los mismos, sin contar siquiera con la posibilidad de adquirir el bien por prescripción adquisitiva.

Lo antes indicado representa, no solo un problema jurídico, sino uno económico, ya que el poseedor del bien no invertirá de manera adecuada ya que toda inversión que realice sobre el bien no solo lo beneficiará a él sino también a los demás copropietarios, lo que terminará por desincentivarlo de seguir invirtiendo, ocasionándose así la infra explotación del bien.

II. PROBLEMA

La problemática de la presente investigación puede resumirse de la siguiente manera:

a. PROBLEMA PRINCIPAL

¿La prohibición a los copropietarios de adquirir el bien sujeto a copropiedad vía prescripción adquisitiva, regulada en el artículo 985 del Código Civil de 1984, cuenta con fundamentos jurídicos, económicos y sociológicos?

b. PROBLEMAS SECUNDARIOS

¿Existen actualmente teorías que legitimen que un copropietario pueda adquirir un bien sujeto a copropiedad?

¿Existen actualmente legislaciones foráneas que permitan que un copropietario pueda adquirir un bien sujeto a copropiedad?

III. ESTADO DE LA CUESTIÓN

La prescripción adquisitiva de copropietarios representa un tema poco estudiado por nuestra doctrina nacional.

A nivel local se evidencia una carencia de estudios dogmáticos sobre el tema antes señalado.

No obstante, debe indicarse que el “Tratado de Derechos Reales” del profesor Gunther Gonzales Barrón dedica un subcapítulo a la usucapión de copropietarios admitiendo su posibilidad solo en casos excepciones, como sucede en la experiencia foránea, además de criticar a dicha institución en base a argumentos que serán señalados en la sección correspondiente del presente trabajo.

A su vez, la Exposición de Motivos del Código Civil publicada en el año 2005 por Delia Revoredo Marsano, en calidad de compiladora, señala las razones que habrían conducido al legislador de 1984 a negar a los copropietarios la posibilidad de adquirir la totalidad del bien común vía prescripción adquisitiva.

Debe indicarse que en el año 2017 publicamos en la Revista Actualidad Civil un breve ensayo referido al particular.

En el año 2019 el profesor Yuri Vega Mere dedicó una columna del suplemento del Diario Oficial El Peruano a comentar, desde un punto de vista práctico, su desacuerdo con la usucapión entre copropietarios.

En cuanto a tesis contamos con los siguientes antecedentes: (i) “*Prescripción adquisitiva de dominio entre copropietarios*” presentada por Pablo Gómez Laurente en el año 2020 para optar por el título de abogado en la Universidad César Vallejo; (ii) “*La imposibilidad del copropietario de adquirir por prescripción adquisitiva los bienes en copropiedad y su influencia en el tráfico de bienes en la ciudad de Huancayo, 2017 – 2018*”, presentada por Natalia Del Rocío Crespo Santiago y Guadalupe Yesenhia Carrasco Ramos en el año 2019 para optar por el título de abogado en la Universidad Peruana Los Andes; (iii) “*Prescripción adquisitiva de dominio de la cuota ideal de su propietario en el Código Civil, 2019*” presentada por Rene Jesús Munarriz Palomino en el año 2019 para obtener el título de abogado en la Universidad Las Américas; (iv) “*La posibilidad de los copropietarios de ejercer la prescripción adquisitiva de dominio en el ordenamiento jurídico peruano*” presentada por Luis Jimmy Aliaga Carpio y Joseph Jesús Yarasca Poma en el año 2021 para optar por el título de abogado en la Universidad Peruana Los Andes. Las cuatro tesis citadas, pese a abordar la misma problemática que nuestra investigación difieren metodológicamente con nosotros, además de contar con conclusiones diversas a la nuestra.

Con excepción de los trabajos antes indicados la doctrina nacional no ha prestado atención exclusiva a la usucapión del copropietario y la problemática es solo tocada de manera tangencial en manuales de enseñanza de los Derechos Reales.

Consideramos que esta ausencia de trabajos se debe a la prohibición establecida por el legislador del Código Civil de 1984, lo que—lejos de justificar la ausencia de trabajos—agrava el déficit doctrinario, ya que denota que la academia peruana se centra—la mayor de las veces—en realizar análisis exegéticos en lugar de proponer

análisis de *lege ferenda* que busquen brindar alternativas frente a supuestos de regulación inadecuada.

Por tanto, la ausencia de trabajos referidos al tema de la presente tesis podría significar un óbice para el desarrollo de nuestra investigación, razón por la cual surge la necesidad de consultar de manera necesaria a la doctrina extranjera, la cual sí aborda de manera aguda la usucapión de copropietarios.

Se brindará especial énfasis a la doctrina italiana, argentina y española, ya que son tres países que—además de sus notables logros en la dogmática jurídica—han optado por permitir a los condóminos la posibilidad de adquirir la totalidad del predio sujeto a copropiedad vía prescripción adquisitiva de dominio.

IV. DESCRIPCIÓN

La presente tesis cuenta con seis capítulos: el primer capítulo explora los antecedentes históricos de la posesión, ya sea a nivel del pensamiento jurídico y filosófico o nivel legislativo con el análisis de los Códigos Civiles extranjeros más importantes y de los Códigos Civiles Peruanos de 1852, 1936 y 1984.

El segundo capítulo realiza un estudio dogmático de la posesión, partiendo de la definición de conceptos generales como: situaciones jurídicas subjetivas, bienes, derechos patrimoniales, hasta conceptos más específicos como los referidos a los tipos de posesión.

El tercer capítulo se refiere a una institución poco estudiada a nivel de doctrina nacional: la interversión del título posesorio, dicho capítulo realiza un estudio dogmático de dicho instituto, su aplicación en el derecho peruano y extranjero.

El cuarto capítulo aborda el tema de la copropiedad, desde un enfoque jurídico y económico, cuestionando el aparente carácter interino que el legislador parece haberle otorgado a la copropiedad, así como las consecuencias económicas que trae consigo la existencia de un bien con muchos derechos de propiedad simultáneos en el, conocido como “Tragedia de Anti comunes”.

El quinto capítulo se relaciona con la usucapión y sus principales funciones esbozadas por la doctrina, así como las teorías que deniegan su legitimidad, asimismo, se analizará la regulación del Código Civil relativa a la usucapión, así como sus implicancias a nivel administrativo, notarial y registral.

Finalmente, nos encontramos ante el capítulo sexto, el cual contiene las principales tesis de esta investigación, puesto que es el capítulo que aborda la problemática de la usucapión por parte de los copropietarios y consolida las ideas desarrolladas a lo largo de los capítulos precedentes.

CAPÍTULO II MARCO TEÓRICO

1. PRIMERA PARTE

TEMA I: LA POSESIÓN, ANTECEDENTES DE LA INSTITUCIÓN

I. Antecedentes históricos de la posesión

1. Una necesaria mención al sustrato instintivo de la institución

La idea de pertenencia no es patrimonio exclusivo del género humano, ni siquiera de los animales con un grado de intelecto más desarrollado, como es el caso de los grandes primates.

Por el contrario, la necesidad de garantizar la supervivencia mediante la apropiación de un territorio y los recursos que este contiene es un rasgo distintivo que todos los seres vivientes, es decir, todo ser vivo detenta bienes.

Así, el afán de adquirir es un evento que se presenta de manera universal y contempla a todos los seres vivos, tanto animales como seres humanos, y, en el caso de estos últimos comprende tanto a niños como a adultos. El deseo de preservación de la propia existencia o autoconservación tiene una relevancia psicológica importante pues se vincula a los sentimientos de autoconfianza y de competencia².

La relación de pertenencia entre los objetos y los seres vivos se encuentra vinculada con una necesidad, la necesidad de sobrevivir o como Pipes la llama “el instinto de auto conservación”³.

En el reino animal las relaciones de pertenencia entre animales, territorio y zonas de caza se demarcan mediante señales sensitivas y son defendidas mediante la fuerza, de hecho, se ha remarcado una relación de causalidad entre la hostilidad

² PIPES, Richard. “*Propiedad y Libertad: La piedra angular de la sociedad*”. Madrid: Turner publicaciones/Fondo de Cultura Económica. 2002, p. 157.

³ PIPES, Richard. “*Propiedad y Libertad: La piedra angular de la sociedad*”. Ibídem., p. 157.

del territorio geográfico y la territorialidad del animal⁴, mientras más hostiles sean las condiciones medioambientales en las cuales el animal vive, ya sea conseguir alimento, refugio y pareja más tiende el animal a mostrar rasgos territoriales.

Estos rasgos territoriales son independientes del tipo de alimentación del animal, así, resulta un error pensar que los carnívoros son siempre los animales más territoriales, cuando los herbívoros pueden ser tan o más territoriales que los primeros, como es el caso de los hipopótamos, el género *gallus* de las islas de Borneo y Sumatra e incluso los puercoespines.

Los antecedentes de la propiedad descansan en los sistemas de delimitación de territorios que los animales establecen mediante comportamientos reiterados por siglos y cuya reiteración genera una regla clara para el grupo: el respeto del dominio de otros, así el profesor Hayek sostiene que para establecer un orden general [en este caso la propiedad, el dominio o la posesión] “es necesario que en algunos aspectos todos los individuos sigan siempre determinadas reglas, o que sus acciones estén limitadas a cierto radio de acción”⁵.

Hasta el momento hemos evitado mencionar de manera intencional la palabra propiedad, pues creemos que en el reino animal la noción de propiedad no existe.

El hombre cuando nace tiene solamente necesidades que satisfacer, para poder sobrevivir debe inevitablemente debe interactuar necesariamente con la materia que lo circunda y consumir recursos naturales, como por ejemplo el aire, el agua, la comida, y cosas semejantes⁶

La propiedad, como el reconocimiento de una titularidad que debe ser respetada por los demás, es una prerrogativa que solo las sociedades y el Estado pueden

⁴ La territorialidad se atribuye a la competencia intra e inter específica para la defensa del área que contenga recursos escasos como parejas, alimento, sitios de ovoposición, asoleo, refugios, etcétera MORSE, Douglass. “*Behavioral mechanisms in ecology*” Citado por MANJARREZ SILVA, Javier. Energética de la territorialidad en vertebrados. En: “*Ciencia Ergo Sum N° 03*”. México D.F. 1997, p. 311.

⁵ HAYEK, Friedrich. “*Derecho, legislación y libertad*”. Madrid: Unión Editorial. 2014, p. 67.

⁶ GALLO, Paolo. Le categorie del diritto privato. En: VINCIGUERRA, Sergio y DASSANO, Francesco. “*Scritti in memoria di Giuliano Marini*”. Napoles: Edizioni Scientifiche Italiane, p.390.

conceder, en el reino animal solo existe la aprehensión física, entendida en un sentido amplio y no jurídico.

La idea de pertenencia nace como una necesidad plenamente instintiva, la apropiación de bienes garantizó a nuestra especie las condiciones necesarias para poder sobrevivir incluso en las condiciones más adversas, así, podemos ver que incluso en las sociedades antiguas la noción de pertenencia se encuentra presente.

Afirma el profesor Monateri que las acciones sociales están principalmente moldeadas por la conformidad de la conducta de los agentes con sus reglas frecuentemente escondidas e inexpresadas, lo que implica que una reiteración general y paulatina de un determinado comportamiento por considerarse beneficioso podrá terminar convirtiéndose en una institución jurídica respetada por la comunidad⁷.

Piaget en su teoría del desarrollo cognitivo humano identificó a la fase pre-operacional, la cual abarca desde los dos a los siete años de edad de la persona, donde se gesta la idea de adherencia hacia los objetos, un infante ya puede distinguir lo que es “suyo” de aquello que es de otros.

Esto demuestra que la idea de pertenencia está presente en los seres humanos desde los primeros años de su desarrollo cognitivo, el instinto de adquirir no nos es enseñado, este se encuentra dentro del patrimonio genético de la humanidad.

Por tanto, la relación de pertenencia de entre los seres vivos y las cosas se encuentra basada en la idea de supervivencia mediante la apropiación de determinados bienes para asegurar la alimentación, desarrollo y búsqueda de pareja.

En el caso de los seres humanos la noción de pertenencia se encuentra ligada al proceso de desarrollo cognitivo.

⁷ MONATERI, Pier Giuseppe. *Cunning Passages: Comparación e ideología en la historia del derecho y el lenguaje*. En: MONATERI, Pier Giuseppe. *Los límites de la interpretación judicial y el derecho comparado*. Lima: Ara Editores. 2009, p. 43.

Mientras en el reino animal existe la posesión y esta se protege mediante el uso de la fuerza, los seres humanos creamos normas que respetar para proscribir el uso innecesario de la violencia, pero a su vez mantener indemne la propiedad de todos los miembros de la comunidad.

2. *Derecho Romano*

Consideramos que la remisión a los antecedentes históricos de la institución bajo estudio es de vital importancia ya que permite entender los fundamentos que subyacen al origen de la institución y su evolución hasta nuestros días.

Esto permitirá una visión mucho más amplia de la institución bajo estudio, no sin razón Petit ha señalado que el derecho romano “no ha cesado de constituir con justo título la base de toda educación jurídica verdaderamente digna de ese nombre”⁸.

No cabe duda que la regulación actual de la posesión encuentra sus orígenes en el Derecho Romano clásico y su posterior compilación y actualización⁹ mediante el

⁸ PETIT, Eugene. “*Tratado Elemental de Derecho Romano*”. Buenos Aires: Editorial Albatros. 1985, p.23.

En contraposición a la pretendida actualidad del Derecho Romano, se ha indicado que el Derecho Romano en tanto normas aplicables a su tiempo y circunscripción no pueden ser extrapoladas a una realidad diversa a la cual surgieron, por el contrario, la pretendida actualidad del Derecho Romano solo ha servido para legitimar a las ideologías imperantes en la época, bajo un vestigio de autoridad milenaria: “Las referencias al derecho romano o a la romanística se convierten, así, en instrumento de prácticas discursivas consagradas a la supresión del pluralismo cultural, con aquiescencia, ciertamente, de quien considera que «hablar de ciudadanía europea» tiene «sentido si ello significa redescubrir al civis romano y su dignidad» y que «en la Roma antigua había existido el reconocimiento de los derechos humanos»” SOMMA, Alessandro. “*Introducción crítica al Derecho Comparado*”. Lima: ARA. 2010, p. 65.

Creemos que la crítica de SOMMA a la llamada “ciudadanía Europea” encajaría con los postulados del profesor ZIMMERMAN acerca de un Derecho para toda Europa basado en un pasado histórico común. “En otra ocasión abogué por una reconstrucción de la Escuela Histórica del derecho de SAVIGNY a nivel europeo, y ahora en estas conferencias quisiera básicamente indagar por qué esto es necesario y sugerir qué puede hacerse para implementar dicho programa. ZIMMERMAN, Reinhard. “*Derecho Romano, derecho contemporáneo, derecho europeo. La Tradición del derecho civil en la actualidad*”. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2000, p. 20. ZIMMERMAN, Reinhard. “Derecho Romano y Cultura Europea”. En: *Revista de Derecho Privado N° 18*. 2010. Bogotá, p. 30.

⁹ Con relación a la actualización de las máximas del Derecho Romano clásico podemos indicar que los romanistas se muestran de acuerdo al aceptar que la compilación Justiniana implicó una actualización y modificación de las normas clásicas, llamadas interpolaciones o Tribonianismos en honor al jurista Triboniano: “Tales interpolaciones fueron probadas o afirmadas primero con cierta vacilación, luego en una medida siempre creciente. Este proceso llegó tan lejos que, de acuerdo con la opinión que hoy prevalece, la mayoría de las normas no-clásicas no fueron creadas por Justiniano, sino que éste las encontró ya formadas”. LEVY, Ernst. “*Derecho Romano vulgar de Occidente*”.

Derecho Justiniano, que es, a fin de cuentas, la etapa del Derecho Romano más difundida y la—valgan verdades—más enseñada en las aulas universitarias¹⁰.

Los orígenes del Derecho Romano, de manera semejante a diversas familias jurídicas en su etapa inicial, están influenciados profundamente por aspectos religiosos y mágicos. Lo que dificultaba mucho diferenciar al Derecho de la religión, porque en los estadios iniciales del derecho ambos eran lo mismo¹¹.

El profesor Losano indica que: “Los orígenes del Derecho romano, en realidad, nos vuelven a llevar al problema del Derecho en las sociedades primitivas y a su mezcla con la magia y la religión. En la época arcaica, el uso o costumbre era el fundamento de la actividad jurídica confiada a los sacerdotes. Su mismo nombre —pontífices—, vivo todavía hoy, encierra una historia que se repite en toda cultura. En sus orígenes, los pontífices eran depositarios de los conocimientos técnicos que permitían la expansión económica de la sociedad: eran los ingénieurs des ponts et chaussées¹² de una sociedad primitiva”¹³.

El periodo del Derecho Romano arcaico, el cual encuentra su máxima expresión escrita en la Ley de las XII Tablas, abarcó desde la fundación de Roma por Rómulo en el año 753 A.C, hasta el declive, paulatino, de los Pontífices y la preponderancia de un Derecho laico que respondía a la nueva etapa económica que vivía Roma, más centrada en el comercio.

Así, el Derecho Arcaico, “concebido a la medida de la ciudad antigua, patriarcal y agrícola, debió parecer, en su formalismo pesado y riguroso, anticuado para los

Derecho de Bienes”. Filadelfia: American Philosophical Society Independence Square Philadelphia. 2003, p.1.

¹⁰ “Por lo general, sólo los estadios inicial y final fueron considerados importantes; y el que se encuentra entre ellos fue despachado a la ligera con los negativos marbetes de «postclásico» y «pre justiniano»”. LEVY, Ernst. “*Derecho Romano vulgar de Occidente. Derecho de Bienes*”. *Ibidem*, p.1.

¹¹ “La comparación de las creencias y de las leyes muestra que una religión primitiva ha constituido la familia griega y romana, ha establecido el matrimonio y la autoridad paterna, ha determinado los rangos del parentesco, ha consagrado el derecho de propiedad y el derecho de la herencia. Esta misma religión, luego de ampliar y extender la familia, ha formado una asociación mayor, la ciudad, y ha reinado en ella como en la familia”. DE COULANGES, Fustel. “*La ciudad antigua. Estudio sobre el culto, el derecho y las instituciones de Grecia y Roma*”, México D.F: Editorial Porrúa, 2003, p.5.

¹² “Ingenieros de puentes y carreteras”.

¹³ LOSANO, Mario. “*Los Grandes Sistemas Jurídicos. Introducción al Derecho Europeo y Extranjero*”. Buenos Aires: Ediciones Olejnik. 2018, p. 56.

romanos de finales del siglo III a.C. 5, miembros de una sociedad mercante y ciudadanos de una comunidad política que dominaba el Mediterráneo”¹⁴.

El Derecho Romano Clásico, formado por las opiniones de los pretores y los comentarios de los juristas abarcó desde el Principado de Augusto en año 27 A.C hasta el reinado de Diocleciano en el año 244 D.C, y posteriormente, las amplias máximas del Derecho Romano serían unificadas en la compilación de Justiniano en el año 528 D.C.

En mérito a lo antes expuesto, la definición usualmente brindada sobre la posesión en la Antigua Roma es aquella elaborada en su etapa de esplendor jurídico, la clásica y posteriormente la Justiniana, asimismo, esta definición era la difundida en la metrópoli romana, ya que como veremos más adelante, la definición de las instituciones en el Roma variaban ya sea que se trataran de categorías elaboradas en la capital del imperio o las elaboradas en las provincias (Derecho Romano vulgar).

En el derecho romano la palabra propiedad (*proprietas*) se usó para designar el patrimonio que mantenía la *uxor* antes de contraer nupcias, la noción de un derecho “absoluto” sobre una cosa se encontró vinculada con la palabra “dominio” [*dominium*].

De esta manera, cada vez que queramos referirnos al concepto de “propiedad” que conocemos hoy en día usaremos la expresión “dominio”, tal como era conocida en Roma aquella institución que reconocía el señorío de una persona, ya sea sobre una cosa o sobre otros seres humanos (familia y siervos).

En el derecho romano existieron dos tipos de “dominio” sobre cosas, cuyas diferencias residían en los requisitos que ameritaban cada uno de ellos y en las acciones que la ley ofrecía para tutelarlos.

La más antigua forma de dominio fue el dominio quiritario o “*Dominium in iure Quiritium*”, esta institución se presentaba cuando el sujeto que adquiría el dominio

¹⁴ CANNATA, Carlo. “*Historia de la Ciencia Jurídica Europea*”. Madrid: Tecnos. 1996, p. 44.

era ciudadano romano, la cosa transferida era romana y la transmisión se realizaba bajo la formalidad romana, es decir, al amparo de alguna de las formas de transmisión reconocidas por el derecho civil, tales como la *mancipatio*, la *in iure cessio* o la *traditio*. El dominio quirritario era protegido mediante la reivindicación o *reivindicatio*.

Durante la vigencia del derecho honorario y debido a la necesidad de relajar los principios del derecho antiguo los pretores reconocieron tutela a situaciones jurídicas que contemplaban la inobservancia de alguno de los requisitos para obtener un dominio quirritario, tal fue el caso del “*Dominium in bonis habere*” o dominio bonitario.

El dominio bonitario implicaba una situación de tránsito, en la cual el dómimo podía subsanar los vicios de forma de su título y adquirir el dominio quirritario mediante figuras como la usucapión. En el caso del dominio bonitario, la acción de defensa era la *actio publiciana*¹⁵.¹⁶

En el caso romano, la posesión no obtuvo un desarrollo dogmático profundo que implique el desarrollo de una teoría de la posesión, así, “la teoría de la posesión se desarrolló lentamente en el derecho romano y más bien bajo la influencia de las necesidades prácticas que en virtud de las ideas generales propiamente concebidas”¹⁷.

La posesión es el dominio de hecho que ejerce una persona sobre una cosa con la voluntad de poseerla como lo haría un propietario¹⁸, en tal sentido, los juristas romanos han indicado lo siguiente:

¹⁵ “El dominio fue antiguamente o quirritario o bonitario: aquel se adquiría solamente por los ciudadanos romanos y según los modos civiles, cuales eran la herencia, la mancipación, la cesión por derechos, la usucapión, la compra sub corona (venta pública), la adjudicación y la ley (...) EL Bonitario podía adquirirse por otros, y de cualquier modo natural”. HEINECIO, Johann. “*Elementos del Derecho Romano según el orden de las Instituciones*”. Traducida del latín al castellano por José Vicente. Madrid: Imprenta de Don Pedro Sanz y Sanz. 1842, p. 103.

¹⁶ JIMÉNEZ SALAS, Joao. ¿Se encuentra la *acción publiciana*, o “mejor derecho a la posesión”, reconocida en nuestro ordenamiento jurídico? Comentarios a propósito de la Casación N° 1284-2018-Ucayali. En: *Dialogo con la Jurisprudencia* N° 258. Lima. 2020, p. 400.

¹⁷ PETIT, Eugene. “*Tratado Elemental de Derecho Romano*”. *Ibidem*, p. 254.

¹⁸ PETIT, Eugene. “*Tratado Elemental de Derecho Romano*”. *Ibid*, p. 253

- “Poseer una cosa significa tenerla bajo el propio poder físico”. (Paulo, D. 41, 2, 1)
- “Este poder es puramente material, y no depende de que el poseedor tenga o no realmente el derecho de ejercitarlo”. (Ulpiano, fr. 12, eod)¹⁹

En Roma existía una división principal entre posesión civil y posesión natural, en el segundo caso, la posesión natural era equiparada a la detentación, es decir, la mera aprensión física de la cosa²⁰, por el contrario la idea de posesión civil requería la voluntad de poseer la cosa y actuar sobre ella sin ser un propietario²¹.

La posesión otorga dos efectos, la de gozar de interdictos posesorios y el derecho de poder adquirir el dominio quirritario de un bien mediante la usucapión²², en ese mismo orden de ideas, los profesores sostienen que “la verdadera posesión da derecho al que goza de ella el derecho de poder ejercitar los interdictos, y el de poder llegar a la propiedad por medio de la usucapión”²³.

En el derecho romano, la posesión podía ser de cuatro tipos:

- **Posesión natural:** No era propiamente la posesión ya que implicaba solo ejercicio físico del bien.
- **Posesión civil:** Es la aprensión física del bien, más el ánimo de poseerlo como propietario.
- **Posesión de mala fe:** Es la posesión de un bien con la conciencia de que este corresponde a otro, el Derecho Romano también consideraba poseedor al ladrón.

¹⁹ Citado en PETIT, Eugene. “*Tratado Elemental de Derecho Romano*”. Ib., p. 253.

²⁰ “Esta relación física que existe entre un hombre y una cosa, se llama detentación, base de toda idea de posesión”. MACKELDEY, Ferdinand. “*Elementos del Derecho Romano que contienen la teoría de la Instituta*”. Madrid: Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica. 1845, p.130.

²¹ “Para que este hecho [la posesión natural] puramente corporal pueda convertirse en posesión jurídica (possessio), y producir de este modo ciertos derechos, es menester que el que tiene una cosa en su poder una al hecho mismo de la detentación la intención (animus) de querer poseer esta cosa como su propiedad. MACKELDEY, Ferdinand. “*Elementos del Derecho Romano que contienen la teoría de la Instituta*”. Ibídem, p. 130.

²² MACKELDEY, Ferdinand. “*Elementos del Derecho Romano que contienen la teoría de la Instituta*”. Ibídem., p.131.

²³ NAVARRO ZAMORANO, Ruperto; DE LARA, Rafael y DE ZAFRA, José. “*Curso completo elemental de Derecho Romano. T. III*”. Madrid: Imprenta del Colegio de Sordo-Mudos. 1842, p. 114

- **Poseción de buena fe:** Es la posesión con un título que la respalda y con la conciencia de que este título es legítimo, permite percibir los frutos del bien poseído²⁴.

En merito a lo antes expuesto puede concluirse que, si bien en Roma no existió un desarrollo dogmático de la posesión esta fue tratada como una institución distinta a la propiedad, como un simple hecho²⁵, no obstante, como un control físico sobre una cosa tal y como lo haría un propietario, sin perjuicio que existan derechos reales en los cuales la noción de posesión se encuentre de manera intrínseca²⁶.

3. *Derecho Canónico*

El Derecho Canónico es el conjunto de disposiciones normativas emanadas por la Iglesia Católica en su organización interna y junto con el derecho romano medieval constituyeron el llamado *ius commune* o derecho común, mientras que el derecho romano rigió parte de las relaciones laicas en el medioevo (junto con las costumbres y el *ius proprium*), el derecho canónico rigió las relaciones jurídicas entre el clero y su grey.

Hacia finales del siglo XII existían múltiples disposiciones normativas de la Iglesia Católica, ya sea a manera de cánones establecidos por los Concilios eclesiásticos, o a manera de Decretos o Bulas Papales, las cuales se habían acumulado por siglos, de manera dispersa y discordante, derogándose y contradiciéndose sin ningún orden.

Estas contradicciones no serían zanjadas sino hasta “la primera mitad del Siglo XII, por un monje (Graciano de Chiusi, profesor en un monasterio camaldulense de la ciudad de Bolonia) que, sin autoridad ni comisión alguna, se emplea en el ímprobo trabajo de “concordar cánones discordantes”, de homogenizar un derecho canónico;

²⁴ MACKENZIE, Thomas. “*Estudios de Derecho Romano*”. Madrid: Francisco de Góngora. 1876, p. 201.

²⁵ SOHM, Rodolfo. “*Instituciones de Derecho Privado Romano*”, Roces, W.; Décimo sexta edición, Madrid-España, Editorial Revista de Derecho Privado. 1928, p. 251.

²⁶ BERNAD MAINAR, Rafael. “*Curso de derecho privado Romano*”. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2006, p. 289.

trabajo cuyos resultados, no enteramente inalterados, serán luego aceptados de hecho, sin una promulgación que podría dificultar más que favorecer esta aceptación, por toda la Iglesia Romana; cuyo derecho podrá ahora desarrollarse a partir de esta base. Como tal, se conocerá la obra de Graciano con el nombre de *Decretum* pretiriéndose su denominación originaria – *Concordantia discordantium canonum* –, demasiado expresiva de una tradición problemática y no indicativa, con igual acierto de, de un carácter normativo²⁷.

Ya sobre las bases del Decreto de Graciano el Derecho Canónico pudo evolucionar con un mayor orden, estableciéndose compilaciones que recopilaron de manera adecuada las disposiciones emanadas por las autoridades de la Iglesia a través del Corpus Iuris Canonici, el cual comprendía seis libros: El Decreto de Graciano, Las Decretales de Gregorio IX o Liber Extra, las Clementinas de Clemente V, las Extravagantes de Juan XXII y las Extravagantes Comunes.

Estas disposiciones tuvieron plena vigencia hasta que fueron derogadas en el año 1917 por el Código Canónico, el cual se encuentra vigente en la actualidad.

En el caso del Derecho Canónico se produjo una extensión del espectro de protección del derecho de posesión, ya que en el derecho canónico resultó necesario proteger derechos inmateriales que no habían existido en el derecho romano clásico: “La generalizada tendencia medieval de extender el ámbito de la protección posesoria fue maravillosamente secundada por el Derecho Canónico. Éste, ante las expoliaciones que frecuentemente ocurrían en la época, sintió la necesidad de amparar numerosas relaciones que ni siquiera había conocido el derecho romano, tales como diezmos, oficios y dignidades eclesiásticas²⁸.”

En síntesis, los aportes del derecho canónico al concepto de posesión pueden ser sintetizados en grupos, uno referido al concepto de posesión y a los bienes

²⁷ CLAVERO, Bartolomé. “*Historia del Derecho: Derecho común*”. Salamanca, 2011: Ediciones Universidad de Salamanca, p.19.

²⁸ AGUILAR GORRONDONA, José Luis. “*Cosas, bienes y derechos reales. Derecho Civil T.II*”. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello. 2006, p. 137.

(materiales e inmateriales) que esta comprende y a los supuestos de despojo que protegen los remedios posesorios, tal como indica el profesor Aguilar:

- a) “Extendió el reconocimiento jurídico de la posesión mucho más allá de las cosas corporales ampliando considerablemente la doctrina romana de la *iuris possessio* o *quasi possessio* (...).
- b) Por otra parte, el Derecho Canónico extendió la protección posesoria contra el despojo—no solo contra la simple perturbación posesoria—hasta el mero detentador si bien con algunas excepciones”²⁹.

Asimismo, la doctrina canónica conservó la diferencia, ya iniciada por el derecho romano, entre propiedad y posesión, indicando que la posesión es una institución independiente de la propiedad, de manera que se puede ostentar el dominio de hecho sobre una cosa sin llegar a ser propietario, como indican los comentaristas decimonónicos del derecho canónico:

“No debe confundirse la posesión con la propiedad, pues se puede estar en posesión de una cosa, sin tener la propiedad”.³⁰

Por otro lado, mantuvo las diferencias romanas entre posesión civil y posesión natural, indicando que la primera era una institución asimilable a la detentación, entendida como la simple aprensión física, mientras que la segunda implicaba el ánimo de poseer como propietario:

“Se distinguen dos clases de posesiones, la natural y la civil. La posesión natural es la simple detentación de una cosa con intención de disfrutar de ella como dueño. La posesión civil, es aquella por la que uno posee una cosa como propietario, bien lo sea efectivamente o tenga razones para creer que lo es en realidad”³¹.

²⁹AGUILAR GORRONDONA, José Luis. “*Cosas, bienes y derechos reales. Derecho Civil T.II*”. *Ibidem*, pp. 137 y 138.

³⁰DE LA PASTORA Y NIETO, Isidro. “*Diccionario de derecho canónico. T.III*”. 1848. Madrid: Imprenta de D. José G. de la Peña, p.196

³¹DE LA PASTORA Y NIETO, Isidro. “*Diccionario de derecho canónico. T.III*”. *Ibidem*, p.196.

4. *Derecho Germano*

El Derecho Germano fue el conjunto de normas jurídicas, legales y consuetudinarias, que regularon las relaciones de derecho de los pueblos germánicos que ocasionaron la caída del imperio romano de occidente mediante invasiones paulatinas.

Este derecho fue el resultado de una relectura de los textos romanos realizada por los emperadores bárbaros y las costumbres germanas, teniendo en consideración que estos pueblos convivieron por mucho tiempo con el Imperio Romano, por lo que se encontraban “muy romanizados”³².

El derecho germano se encontró compuesto por normas emanadas de la costumbre y algunas directamente emanadas por parte de los reyes germanos, entre estas últimas se encuentra el *Codex Euricianus* emanado por Eurico, rey de los visigodos en el año 476. Se ha sostenido que “bajo este rey, los godos comenzaron a tener por escrito las instituciones de las leyes, pues antes se regían por las mores y por la costumbre”.

Otro cuerpo normativo famoso fue la *Lex Romana Visigothorum* o Breviario de Alarico, emitida por Alarico II, rey de los visigodos, en el año 506, como una ley eminentemente práctica ya manejaba un lenguaje sencillo de entender, además de recoger las constituciones promulgadas en la época del bajo imperio romano³³.

La *Lex Romana Visigothorum* distinguió al derecho de propiedad (dominio) de la posesión, siendo esta última “el poder de hecho sobre una cosa con intención de tenerla para sí”³⁴, sin embargo, “en muchas ocasiones el poseedor era también

³² ANDRADES RIVAS, Eduardo. El significado histórico jurídico de las leyes Teodoricianas. 2016. “*Revista de Estudios Histórico Jurídicos*”, Valparaíso, p. 59.

³³ DOMINGUEZ AGUDO, María Isabel. “*Estudio léxico de Iura y Leges en el Derecho Romano vulgar de occidntal*”. Memorial para optar el grado de Doctor en filología. Madrid. 2003, p.7

³⁴ DOMINGUEZ AGUDO, María Isabel. “*Estudio léxico de Iura y Leges en el Derecho Romano vulgar de occidntal*”. *Ibidem*, p. 29

propietario y de aquí nacía el origen de la confusión³⁵, pese a esto se mantuvo la distinción entre poseedor de buena fe y de mala fe.

Como podemos observar, un sector de los pueblos germanos (como es el caso de los visigodos) mantuvo la definición romana de la posesión, distinguiéndola de la institución de la propiedad, identificando la primera al señorío fáctico, mientras que la segunda era el señorío de derecho.

No obstante, el derecho germano también presentó una variante consuetudinaria la cual descansaba en la memoria colectiva de las personas³⁶ antes que en una norma escrita emanada por una autoridad.

Las normas surgidas de la costumbre contemplaron la existencia de una institución denominada Gewere, esta expresión proviene del alemán antiguo “giwri”, “weri”, que significa vestidura o investidura³⁷ y “comprendía a toda relación entre una persona y una cosa que gozara de tutela jurídica (interdictal o no)”³⁸.

Originalmente la Gewere era identificada como el acto de toma de posesión de un bien, sin embargo, este concepto se fue ampliando hasta comprender a las diversas relaciones jurídicas existentes entre una persona y una cosa. Es preciso señalar que, contrariamente a lo que usualmente se sostiene la Gewere no fue un equivalente el concepto romano de posesión, de modo que incluía necesariamente un elemento jurídico, ya que si bien esta figura partió de la afirmación y la defensa del acto posesorio se tomó en cuenta la importancia de un título como el centro del derecho³⁹.

³⁵ DOMINGUEZ AGUDO, María Isabel. *Ibíd.*, p. 29.

³⁶ BLOCH, Marc. *“La sociedad feudal”*. Madrid: Ediciones Akal. 2002., p. 135.

³⁷ LEÓN ROBAYO, Edgar. La posesión de los bienes inmateriales. En: *“Revista de Derecho Privado N° 36”*. Bogotá: Universidad de Los Andes. 2006, p. 99.

³⁸ AGUILAR GORRONDONA, José Luis. *Ibíd.*, p. 136.

³⁹ HUEBNER, Rudolf. *“A history of Germanic private law”*. Traducido por PHILBRICK, Francis. New Jersey: The Lawbook Exchange, LTD. 2007, p. xxxvii.

Asimismo, la Gewere al contener un elemento jurídico siempre implicaba una presunción de derecho, pues no podía hablarse de esta institución al encontrarnos ante un supuesto de evidente falta de derecho⁴⁰.

A su vez, la Gewere no podía identificarse con el concepto de propiedad (dominio), ya que el modelo de sociedad feudal en el que esta institución se desenvolvía lo impedía, en el régimen feudal existían muchos derechos reales, de distintas personas, coexistiendo en un mismo predio, de manera que podía tenerse la Gewere sobre un predio y a su vez este pertenecer al dominio del señor feudal local, esta es la razón por la cual Bloch indica que durante la sociedad feudal no se reclamaba la propiedad (dominio) sino la posesión (Gewere):

Durante toda la época feudal, es raro que se hable de la propiedad, ya de una tierra, ya de un poder de mando, y mucho más raro aún —fuera de Italia el caso no se encuentra casi nunca— que se lleve a cabo un proceso sobre esta propiedad. Lo que las partes reivindican, casi de manera uniforme, es la “posesión” (en alemán, Gewere; en francés, saisine)⁴¹.

Bloch remarca la multiplicidad de derechos existentes sobre un mismo predio, de manera que estos derechos unitarios no podían ser asimilados al concepto romano de propiedad:

Sobre casi toda la tierra, en efecto, y sobre muchos hombres, pesaban, en esta época, una multiplicidad de derechos, diversos por su naturaleza, pero cada uno de los cuales parecía igualmente digno de respeto en su esfera. Ninguno presentaba esta rígida exclusividad característica de la propiedad de tipo romano⁴².

5. *Derecho Francés*

En el Derecho Francés medieval puede identificarse a la figura de la *saisine* como un instituto semejante a la Gewere germana, la cual comprendía dos tipos de

⁴⁰ AGUILAR GORRONDONA, José Luis. Op. Cit p. 136.

⁴¹ BLOCH, Marc. “*La sociedad feudal*”. Ibídem, p. 135.

⁴² BLOCH, Marc. “*La sociedad feudal*”. Óp. cit, p. 136 y137

acciones posesorias: la *réintégrande* y la *Dénonciation de nouvelle œuvre*⁴³, la primera derivó de las acciones reivindicativas reconocidas por el derecho romano y canónico, mientras que la segunda se asimila a los interdictos posesorios.

El profesor Bloch sostiene que la *saisine* en la Edad Media era considerada como una posesión que se distinguía de la simple detentación por el tiempo y uso de su titular:

En el mismo siglo XIII el Parlamento de los reyes Capetos, dócil a las influencias romanas, se preocupa en vano de que en toda sentencia sobre la “saisine” quede reservada la petitoria, es decir la reclamación de la propiedad; no se sabe que el procedimiento así previsto fuera nunca utilizado. ¿Qué era esta famosa “saisine”? No precisamente una posesión que hubiese podido crear la simple aprehensión del suelo o del derecho, sino una posesión hecha venerable por el tiempo. ¿Dos litigantes se disputan un campo o el derecho a un punto judicial? Sea el que sea el detentador actual, triunfará el que pueda probar haber trabajado o juzgado durante los años precedentes o, mejor aún, demostrar que sus padres hicieron lo mismo antes que él⁴⁴.

II. La posesión en la historia del pensamiento filosófico, sociológico, económico y jurídico

2. La posesión en la filosofía Aristotélica

Aristóteles de Estágira fue un filósofo de la etapa post socrática que vivió durante los años 384 A.C y 322 A.C que junto a Platón constituyen los padres de la filosofía occidental, Aristóteles dedicó su vida a la enseñanza y a la escritura de diversos Tratados sobre economía, filosofía, retórica, moral, política, biología, física, astronomía y ética.

⁴³ CATERINA, Raffaele. The Evolution of Possessory Actions in France and Italy. En: DESCHEEMAER, Eric. *The Consequences of possession*. Edinburgh: EDINBURGH UNIVERSITY PRESS, 2014, p. 98.

⁴⁴ BLOCH, Marc. *La sociedad feudal*. Ibíd, p. 135.

En la extensa obra del Estagirita se encuentran especiales menciones al término “posesión” en los Tratados “Ética a Nicómaco” y “La retórica”, que serán analizados en el presente trabajo, a fin de ubicar algún antecedente del concepto “posesión” en la filosofía griega.

La mención al término “posesión” en “*La retórica*” de Aristóteles es usado, en primer lugar como un sinónimo de propiedad, así, el autor al escribir sobre la riqueza y aquello que la conforma utiliza la expresión “posesión” para referirse al derecho que le asiste al titular de haciendas, esclavos y ganado:

Las partes de la riqueza son la abundancia de dinero y tierra: la posesión de haciendas territoriales que sobresalgan por su cantidad, extensión y belleza; además, la posesión de bienes muebles, esclavos y ganado, asimismo sobresalientes por su cantidad y belleza; y también el que todas estas cosas sean (propias), seguras, dignas de un hombre libre y útiles. Los (bienes) útiles son principalmente los productivos y, los dignos de un hombre libre, aquéllos que sirven para su disfrute (pues llamo útiles a (los bienes de) los que se extraen ganancias y, objetos de disfrute, a aquellos de los que nada se obtiene digno de mención fuera de su propio uso). La definición de seguridad se cifra en poseer algo en tal punto y hora y de tal manera que pueda hacerse uso de ello a discreción y la de propiedad, en que esté en nuestra mano enajenarlo o no⁴⁵.

Como podemos ver Aristóteles no se refiere a la posesión entendida como el señorío físico sobre los bienes, sino al señorío jurídico, la pertenencia que forma parte del patrimonio (riqueza) de un sujeto. Podríamos indicar que en este caso no se hace alusión a la posesión en un sentido jurídico, sino a su significado más, llamémoslo así, cotidiano, como es que se utiliza al decir: “El posee muchos bienes”, cuando en realidad se hace referencia a la propiedad.

Por otro lado, Aristóteles utiliza la palabra “posesión” en un sentido más acorde al actual cuando se refiere a la aprehensión física de los bienes en lugar de la

⁴⁵ ARISTOTELES. “*Retórica*”. Madrid: Editorial Gredos. 1999, p. 208.

titularidad de los mismos, de este modo, Aristóteles diferencia al “uso” (aprovechamiento) de los bienes de solo mantenerlas bajo el cuidado de un sujeto, es decir, de custodiarlas bajo el poder de un sujeto (posesión).

Pero, en términos generales, ser rico consiste más en usar (los bienes) que en poseerlos, pues lo propio de los bienes es que se pongan en acto y su uso es la riqueza⁴⁶.

Además, Aristóteles indica en su Tratado “*Ética a Nicómaco*” que la posesión es un concepto asimilable al de custodia, pero diferenciable al concepto de uso y aprovechamiento, como hemos indicado, el autor no realiza mayor énfasis en la titularidad del bien sino en que esta es un acto físico sobre los bienes.

Más en las cosas de las que hay uso, en ellas es posible hacer un buen o mal uso, y la riqueza es una de las cosas de uso. En cada caso realiza el mejor uso aquel que tiene la virtud relativa a ello: luego también en el caso de la riqueza lo hará de la mejor manera el que tenga la virtud relativa al dinero: y éste es el generoso. El gastar y entregar dinero parece que es obviamente uso, mientras que recibir y guardarlo es, más bien, posesión⁴⁷.

Finalmente, podemos indicar que el autor entiende a la posesión de dos maneras:

- **Poseción en sentido amplio:** La posesión en sentido amplio es utilizada como un sinónimo de propiedad.
- **Poseción en sentido estricto:** La posesión en sentido estricto es la aprehensión física del bien, distinguible de la tenencia.

3. *La posesión en el pensamiento Tomista*

Santo Tomas de Aquino fue uno de los más importantes pensadores y teólogos de la Escolástica en la Edad Media, los principales aportes de Santo Tomás se

⁴⁶ ARISTOTELES. “*Retórica*”. Madrid: Editorial Gredos. 1999, p. 208.

⁴⁷ ARISTOTELES. “*Ética a Nicómaco*”. Madrid: Alianza Editorial: 2005, p. 126.

encuentran en el ámbito de la metafísica y la doctrina católica, no obstante, el autor ha realizado importantes contribuciones en el ámbito jurídico.

Santo Tomas establece una distinción entre el dominio, la posesión y la propiedad, las cuales se encuentran en una escala jerárquica, mientras que el dominio es exclusivo del creador de todas las cosas, es decir, de Dios, la posesión y la propiedad son inherentes al hombre, siendo la posesión el género y la propiedad la especie, dentro del pensamiento Tomista.

Cuando Santo Tomas hace referencia al derecho de posesión, tal cual se entiende hoy en día, usa la expresión *occupatio* o *detentio*, alejándola de la mera aprehensión de las cosas sin tomar en cuenta el *animus* que el sujeto ejerce sobre estas⁴⁸.

Empecemos a analizar el significado de estas categorías en la doctrina Tomista: Santo Tomás utiliza la palabra dominio relacionándola con su sentido etimológico (dominio = dominum = señor), por lo que solo puede ejercer “dominio” sobre las cosas el señor de las mismas, en este caso Dios, quien es según la tradición católica (libro del Génesis) el creador de todas las cosas existentes y ser superior sobre las mismas, tal como indica el autor en el siguiente pasaje de la *Summa Theologica*: “Dios es creador de las cosas, también es gobernador de ellas. Porque a uno mismo pertenece dar origen a las cosas y llevarlas a su perfección, que es función propia del gobernante”⁴⁹.

Santo Tomas considera que el orden divino implica que las cosas imperfectas están orientadas hacia la perfección de Dios, por lo que es el ser humano el llamado para administrar los bienes que Dios ha puesto en el mundo, al ser este una criatura superior a las demás dados sus dotes racionales y al haber sido creado “a imagen y semejanza de Dios”⁵⁰.

⁴⁸ UPEGUI ACEVEDO, Efraín. El concepto Tomista de la propiedad. En: “*Revista de la Universidad Pontificia Bolivariana*. Vol. 20, N° 74”. Bogotá. 1955, p. 366.

⁴⁹ DE AQUINO, Tomas. “*Suma de Teología. Parte I*”. Madrid: Biblioteca de autores cristianos. Cuarta reimpresión. 2001. p. 886.

⁵⁰ UPEGUI ACEVEDO, Efraín. “El concepto Tomista de la propiedad”. En: *Revista de la Universidad Pontificia Bolivariana*. Vol. 20, N° 74. Bogotá. 1956, p. 370.

Así, el ser humano ejerce un poder concedido por el creador para ser el regente de los bienes creados por la providencia, para procurar su subsistencia [posesión en el sentido Tomista]⁵¹: “Y el temor y el terror de vosotros estarán sobre todos los animales de la tierra, y sobre todas las aves del cielo, y en todo lo que se arrastra sobre el suelo, y en todos los peces del mar; en vuestra mano son entregados. Todo lo que se mueve y tiene vida os servirá de alimento: todo lo que os doy como os di la hierba verde”. (Génesis 9:3)

La propiedad según el autor es asimilable al objeto corpóreo sobre el cual recae el derecho o la titularidad sobre el mismo, así, “la propiedad para Santo Tomás designa sobre todo el objeto del derecho; tiene el sentido pasivo que le damos cuando hablamos de comprar o vender una propiedad”⁵².

4. La posesión en el pensamiento de Hugo Grocio

Hugo Grocio fue un escritor y jurista holandés nacido en el año 1583 y fallecido en el año 1645. Grocio posee el mérito de elaborar una teoría de un Derecho Natural con orientación laica, que, si bien encuentra sus raíces en una fundamentación divina, tal como ocurría antes de él, puede ser abstraído mediante la razón.

Para Grocio, el Derecho Natural “Es un dictado de la recta razón, que indica que alguna acción por su conformidad o disconformidad con la misma naturaleza racional, tiene fealdad o necesidad moral, y de consiguiente está prohibida o mandada por Dios, autor de la naturaleza”⁵³.

Del pensamiento del autor holandés se entiende que la propiedad es un derecho natural e inherente al ser humano, presente en la naturaleza⁵⁴, sin embargo el autor distingue ambos conceptos al asimilar a la posesión como el señorío fáctico,

⁵¹ DE AQUINO, Tomas. “*Suma de Teología. Parte I*”. Ibídem, p. 883.

⁵² UPEGUI ACEVEDO, Efraín. Ibídem., p. 366.

⁵³ GROCIO, Hugo. “*Del Derecho de la guerra y la paz. T. I*”. Madrid: Editorial Reus. 1925, p.52.

⁵⁴ STRAUMANN, Benjamin. “*Roman Law in the State of Nature. The classical foundations of Hugo Grotius’ Natural Law*”. Cambridge: Cambridge University Press. 2015, p. 167.

contemplando la existencia de una posesión injusta [de mala fe]⁵⁵, mientras que la propiedad es el señorío de derecho⁵⁶.

5. *La posesión en Karl Marx y Friedrich Engels*

Gran parte de los planteamientos del socialismo científico, encabezados por Karl Marx y Friedrich Engels, centran su análisis en la propiedad privada y su problemática. Marx sostiene que es un error considerar a la propiedad como un elemento disgregado del ser humano y ajena a este, llamémosla propiedad objetivizada, por el contrario, sostiene que la propiedad es esencialmente subjetiva ya que esta deriva del origen de esta: el trabajo.

De tal modo, Marx considera que la propiedad es el producto del esfuerzo humano para ganarla, así como el obrero es la fuente del capital también lo es de la propiedad, iniciando así una férrea crítica a la economía política de Smith quien sostenía que la propiedad privada era una situación exterior al hombre, como se indica a continuación: “La esencia subjetiva de la propiedad privada, la propiedad privada como actividad para sí, como sujeto, como persona, es el trabajo”⁵⁷.

Si bien Marx no brinda una definición de la posesión puede deducirse que según el pensamiento marxista el trabajo convierte a la aprehensión física en propiedad, tal como indica Engels comentando al nacimiento de la propiedad privada con motivo

⁵⁵ Sobre la posesión de mala fe o injusta podemos remitirnos a los comentarios de Grocio sobre la posesión adquirida por guerra injusta: “Réstanos hablar del usurpador del reino, no después de haber conseguido el derecho por una posesión duradera o por pacto, sino mientras dura el motivo de la posesión injusta.

Y a la verdad mientras posee, los actos del poder que ejercita pueden tener fuerza de obligar, no por el derecho del mismo, que es nulo, sino porque es absolutamente probable que quien tiene el derecho de mandar, ya sea el mismo pueblo, ya el rey, ya el Senado, prefiera dar entre tanto por aprobado lo que manda, que, desautorizando sus leyes y sentencias, causar una enorme confusión”. GROCIO, Hugo. “*Del Derecho de la guerra y la paz. T. I*”, p. 241.

⁵⁶ “Por adquisición derivativa hácese nuestra alguna cosa por hecho del hombre o de la ley. Los hombres dueños de cosas, es de derecho natural que pueden traspasar su dominio o en todo o en parte, después de introducido el dominio, pues es esto anejo a la misma naturaleza del dominio, es decir, del pleno.

Y así, Aristóteles: *Hay derecho de propiedad cuando tenemos derecho de enajenar*”. GROCIO, Hugo. “*Del Derecho de la guerra y la paz. T. II*”. Madrid: Editorial Reus. 1925, p.68.

⁵⁷ MARX, Karl. “*Manuscritos de economía y filosofía*”. Madrid: Alianza Editorial. 1980, p. 135.

del exceso de bienes resultantes de la conversión de la sociedad humana nómada en una sedentaria:

“En este estadio, la fuerza de trabajo humana no produce todavía un excedente apreciable sobre sus gastos de mantenimiento. Pero las cosas tomaron otro cariz con la introducción de la cría de ganado, la elaboración de los metales, el arte del tejido y, por último, la agricultura. Sobre todo desde que los rebaños pasaron definitivamente a ser propiedad de la familia”⁵⁸.

Finalmente, debe concluirse que Marx y Engels diferencian el acto de mera aprehensión material de la propiedad privada, esta última solo es alcanzable mediante el trabajo sobre los bienes.

6. *La posesión en Pierre Joseph Proudhon*

Bajo nuestra consideración Proudhon tiene un mérito indiscutible en cuanto a su crítica al marxismo de su época: la teoría marxista que sostiene que la propiedad privada debe tornarse en propiedad común no elimina los males ocasionados por la propiedad privada, sino que extiende sus alcances.

Proudhon considera que si la propiedad privada es el origen de los males en la sociedad ocasionando la alienación y la explotación del hombre por el hombre entonces Marx hace mal en mantenerla dentro de su teoría, la propiedad debe ser abolida, en una expresión ampliamente conocida y elocuente el autor sentencia que la propiedad es el robo⁵⁹.

⁵⁸ ENGELS, Friedrich. “*El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*”. Madrid: Fundación Federico Engels. 2006, p. 62.

⁵⁹ Si tuviera que contestar a la siguiente pregunta: ¿qué es la esclavitud? y respondiera en pocas palabras: es el asesinato, mi pensamiento, desde luego, sería comprendido. No necesitaría de grandes razonamientos para demostrar que el derecho de quitar al hombre el pensamiento, la voluntad, la personalidad, es un derecho de vida y muerte, y que hacer esclavo a un hombre es asesinarlo. ¿Por qué razón, pues, no puedo contestar a la pregunta ¿qué es la propiedad?, diciendo concretamente: la propiedad es un robo, sin tener la certeza de no ser comprendido, a pesar de que esta segunda afirmación no es más que una simple transformación de la primera? Proudhon, Pierre. “*¿Qué es la propiedad?*”. Buenos Aires: Libros de Anarres. 2005, p. 17.

El autor reconoce que la abolición de la propiedad supondrá la existencia de la posesión sobre los bienes que el ser humano posee, la cual es definida como una cuestión de hecho y no de derecho⁶⁰.

7. La posesión en Ludwig Von Mises

Von Mises no define a la posesión dentro de su fundamental tratado de economía denominado “La acción humana”, sin embargo, define que la propiedad privada y su origen, categoría imprescindible en un sistema de libre mercado.

Para Mises la propiedad privada es una creación de los seres humanos para justificar su adquisición sobre los bienes de la naturaleza, sin embargo, Mises reconoce un estado anterior a la propiedad, indicando que “todo propietario es el sucesor legal directo o indirecto de alguien que adquirió la propiedad mediante una apropiación arbitraria de cosas sin dueño o por la expoliación violenta de sus predecesores”⁶¹.

III. La posesión en la legislación comparada

1. La posesión en el Code Napoleon

En la Europa moderna la vocación codificadora surge como consecuencia de los influjos racionalistas imperantes en los siglos XVII y XVIII, influjos que desde hace varias décadas atrás auguraban el fin de la hegemonía del *ius commune* para dar paso a una regulación distinta y hasta cierto punto revolucionaria (teniendo en cuenta la época): el código, así, este se presentaba como un producto nunca antes visto, a diferencia de la compilaciones y recopilaciones de leyes este era entendido como un producto totalizante, los códigos nacionales en sus inicios eran el resultado de un esfuerzo del legislador de abstraer mediante la razón un cuerpo sistemático de leyes que puedan regular cada aspecto de la vida humana.

⁶⁰ Proudhon, Pierre. “¿Qué es la propiedad?”. *Ibíd.*, p. 44.

⁶¹ VON MISES, Ludwig. “La acción humana. Tratado de economía”. Madrid: Alianza Editorial. 2011, p. 804.

El Código Civil Francés de 1804 o Code Napoleon es promulgado en un clima de cambios en Europa, el imperio Napoleónico se expande y el código Francés es llevado a cada lugar conquistado por las tropas imperiales, pese a este clima inestable los miembros de la Comisión elaboradora: Tronchet, presidente de la Corte de Casación, Bigot de Prémeneu, representante del Gobierno, Maleville, reputado juez y Portalis⁶², intentaron elaborar un código que se perpetuara en el tiempo.

Desde sus orígenes el Código Civil Francés fue objeto de críticas, por un lado quienes consideraban que este rompía demasiado con el pasado y por otro quienes consideraban que era muy conservador⁶³, con el nuevo siglo y luego de la segunda guerra mundial fue imperativo revisar el Código y “así fueron reformados, por ejemplo, el estatuto de los menores incapaces (ley del 3 de enero de 1968), los regímenes matrimoniales (leyes del 13 de julio de 1965 y del 23 de diciembre de 1985), la adopción (ley del 11 de julio de 1966), la patria potestad (ley del 4 de junio de 1970), la filiación (ley del 3 de enero de 1972), el divorcio (ley de 11 de julio de 1975)”⁶⁴, todos estos cambios podrían considerarse pacíficos ya que no han alterado los lineamientos principales del Derecho civil Francés en cuanto a contrato, propiedad y responsabilidad delictual.

El Código Civil francés regula a la posesión en el artículo 2228 y la define de la siguiente manera:

“Artículo 2228.-

La posesión es la detentación o el disfrute de una cosa o de un derecho que tenemos o ejercemos por nosotros mismos o por otro que la tiene o lo ejerce en nuestro nombre”.

⁶² La elección de los miembros de la comisión representaba un sano equilibrio entre el derecho Romano y el Derecho consuetudinario. PORTALIS, Jean. “Discurso preliminar del proyecto de Código Civil Francés”, EDEVAL: Valparaíso. 1978, p. 11.

⁶³ CABRILLAC, Remy. “El Derecho Civil Francés desde el Código Civil” En: *Revista de Derecho Vol. XXII-N° 2*. Valdivia 2009.

⁶⁴ CABRILLAC, Remy. “El Derecho Civil Francés desde el Código Civil” *Ibíd*em, p. 70.

En primer lugar debemos precisar que el Código Civil francés se caracteriza por su especial rol dentro de la sociedad francesa, a diferencia de otros cuerpos normativos el Código representa parte de la cultura y orgullo de Francia, una de las características de este cuerpo normativo es la simplicidad de sus enunciados y sus definiciones, intentando acercar estas a la población en lugar de mantenerla como un producto destinado solo a los cultores del derecho, recordemos que Stendhal afirmaba, de modo bastante ilustrativo, que antes de escribir leía el Código Civil francés para mejorar su estilo.

Es por ello que el Código es ilustrativo al momento de definir a la posesión como la detentación sobre una cosa, haciendo alusión a la aprehensión física sobre la cosa, pese a que se sepa que la definición técnica de detentación sea diversa a la de posesión⁶⁵.

Recordemos que el Código tiene como vocación ser entendible para todos los ciudadanos por lo cual resulta comprensible que prime este propósito antes que el uso de tecnicismos.

De la lectura del artículo citado evidenciamos que el Código distingue a la posesión como un hecho, indicando en un primer momento que esta es la detentación o disfrute sobre una cosa y luego que es la detentación o el disfrute sobre un derecho que tenemos o ejercemos por nosotros mismos (por ejemplo, la propietario y el arrendatario) o por otro que la tiene o lo ejerce en nuestro nombre (por ejemplo, el arrendador).

2. *La posesión en el BGB*

El BGB es el producto final de un esfuerzo por entender el derecho nacional alemán iniciado por la respuesta de Von Savigny ante las propuestas de incorporar un Código Civil en la nación alemana propuesta por Tibaut en el siglo XIX, la respuesta

⁶⁵ PLANIOL, Marcel y RIPERT, George. “*Tratado práctico de Derecho Civil Francés. T.III.*” La Habana: Cultural. 1946, p. 145.

de Savigny contenida en su magistral obra: “De la vocación de nuestro siglo para la legislación o la ciencia del derecho”.

La necesidad de un Código Civil alemán obedecía también a necesidades de orden político como la unificación nacional, ya que hasta antes del BGB Alemania se encontraba dividida en territorios con legislación independiente: “En los territorios prusianos (incluyendo Westphalia, Bayreuth y Ansbach) se aplicaba el *Preußisches Allgemeines Landrecht*. En la Provincia del Rin, Alsacia y Lorena, el *Code Civil*. El Gran Ducado de Baden adoptó el *Badisches Landrecht*, basado en una traducción del *Code Civil*. El Reino de Sajonia promulgó su propio Código civil en 1865. En algunos lugares de Baviera regía el Derecho austríaco, mientras que en partes de Schleswig-Holstein prevalecía el Derecho danés. La mayor parte de los territorios germánicos restantes (incluyendo, en 1890, cerca del 30 por ciento de la población del *Deutsches Reich*) todavía administraban justicia de acuerdo con el *ius commune*⁶⁶, la respuesta de Savigny fue enérgica, destacando la arbitrariedad de los legisladores al momento de emitir una norma codificada, en el sentido que esta podría resultar contraria a la tradición alemana, por el contrario, destacó que un sistema jurídico podía contener condiciones prósperas para el derecho civil siempre que tenga: 1. Fuentes suficientes de derecho, 2. Magistrados de probidad experimentada y 3. Una bien entendida forma de procedimiento⁶⁷.

No obstante, y como bien indica el profesor Zimmerman desde mediados del Siglo XIX empezó a ser más aceptada la idea de una codificación civil para Alemania, la cual fue recibida con un gran sentimiento nacionalista de un pueblo unificado territorial y jurídicamente⁶⁸.

⁶⁶ ZIMMERMAN, Reinhard. “El Código Civil alemán y el desarrollo del derecho privado en Alemania”. En: AGURTO GONZALES, Carlos y QUEQUEJANA MAMANI, Sonia. *Comparación jurídica y teoría del derecho*. Lima. 2014, pp.131 y 132.

⁶⁷ VON SAVIGNY, Friedrich. “*De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del Derecho*”. Madrid: Editorial La España Moderna. 1879, p.107.

⁶⁸ ZIMMERMAN, Reinhard. “El Código Civil alemán y el desarrollo del derecho privado en Alemania”. En: AGURTO GONZALES, Carlos y QUEQUEJANA MAMANI, Sonia. “*Comparación jurídica y teoría del derecho*”. *Ibidem*, p. 140.

El BGB regula a la posesión en su artículo 854, donde indica que la posesión es el poder de hecho sobre una cosa.

Así, el BGB reconoce a la posesión como un poder físico sobre el bien, en lugar del señorío jurídico que es identificado con la posesión, asimismo, debe mencionarse que la doctrina alemana ha identificado a la posesión como la tenencia de hecho, tal como indicó el profesor peruano Morales Hervias en un relevante ensayo referido al Cuarto Pleno Casatorio Civil peruano⁶⁹, lo cual nos recuerda la remisión que realiza el legislador francés al momento de referirse a la posesión como la detentación o disfrute de una cosa.

3. La posesión el Codice Civile italiano de 1942

El Código Civil italiano es el resultado de un análisis de los Códigos civiles alemán y francés, con la intención de reformar el Código Civil italiano de 1865 a la ideología imperante en la época, el cooperativismo fascista, ya que dicha norma era la, casi, traducción del Código Civil francés al italiano.

En efecto, el espíritu que impregna al Código Civil de 1942 se basa en un modelo económico cooperativista donde la regulación civil y comercial se encuentra unificada, la posesión se encuentra regulada en el artículo 1140 del Título VIII de la norma, el cual establece que la posesión es el sobre una cosa que se manifiesta en una “actividad” correspondiente a un derecho real.

Como se aprecia, el Código Civil italiano de 1942 no reconoce a la posesión como un derecho real, sino como el poder sobre una cosa que se manifiesta como una actividad, indicándose después que la posesión puede ejercerse directamente o través de otra persona.

4. La posesión en los sistemas islámicos

⁶⁹ HEDEMANN, J. W. “*Tratado de Derecho Civil, Derechos reales. Vol. II*”, citado por MORALES HERVIAS, Rómulo. “El precario: ¿Es poseedor o tenedor (detentador)?”. A propósito del Cuarto Pleno Casatorio Civil”. En: *Dialogo con la jurisprudencia N° 180*. Lima. 2014, p.15.

El islam no solo es la segunda religión más numerosa del mundo, superada únicamente por el cristianismo, sino un verdadero sistema religioso, social, jurídico y político. Sus orígenes se remontan al siglo VII, con el inicio de la prédica de su fundador y último profeta: Mahoma (Muhammad), dicha prédica identifica al Islam como el perfeccionamiento definitivo del judaísmo y el cristianismo⁷⁰, por lo que el islam no niega la calidad profética de Moisés ni de Jesús de Nazaret⁷¹.

La historia del Islam inicia en la península arábiga, habitada—al tiempo de nacimiento del profeta (570 d.c) —por tribus paganas y de hábitos nómadas, Mahoma recibió su formación de una familia beduina dedicada al comercio, esta condición motivó muchos de sus viajes y contribuyó a que adquiriese nuevos conocimientos, así como el contacto con las culturas cristiana y judía. Posteriormente y a raíz de su matrimonio, Mahoma podrá establecer un equilibrio personal entre la administración de los negocios de la familia de su ahora esposa y sus reflexiones filosóficas. Es así que en el año 610 d.c Mahoma realiza una peregrinación hacia la Montaña Hira⁷² durante el mes del ramadán, donde—de acuerdo con la tradición musulmana—recibió la primera profecía de parte del Arcángel Gabriel: Alá es el único Dios.

Esta revelación motivó el comienzo de la prédica de Mahoma en Medina, la cual fue bien recibida por sus habitantes ganando así sus primeros seguidores, no obstante, las autoridades locales no aceptaron positivamente las críticas contenidas en las prédicas del profeta lo que ocasionó que Mahoma se traslade a La Meca en el año 622 d.c (hégira). Con la hégira se marca el comienzo del calendario musulmán.

De acuerdo con el profesor Mario Losano, la rápida elaboración del Corán fue la causa de graves lagunas jurídicas, por ello, a partir del siglo IX D.C aparecieron recopilaciones llamadas “silencios del profeta”, de donde se podían extraer

⁷⁰ El islam se reconoce como la profecía definitiva revelada por Alá a la humanidad. Ver: TOUZENIS, Kristina. “*Appunti di diritto Musulmano*”. Pisa: Facolta di Giurisprudenza dell’Universita di Pisa. 2010, p.3

⁷¹ No pocas veces se suele mencionar con razón que el nombre de Jesús de Nazaret aparece mayor cantidad de veces en el Corán que el nombre de Mahoma, así como el reconocimiento por parte de los musulmanes de los textos sagrados de la Biblia y el Talmud.

⁷² TOUZENIS, Kristina. “*Appunti di diritto Musulmano*”. Ibidem, p.4.

comportamientos no expresados en el Corán y que representaban casos concretos resueltos por el profeta, este conjunto de reglas no expresadas en el Corán constituyen la tradición sagrada o sunna⁷³.

La regulación de los bienes en el derecho islámico reflejan el tipo de sociedad predominante en la época de Mahoma, donde la regulación de tierras no adquiría la misma importancia para una sociedad nómada dedicada al comercio, es de esta situación que se derivan dos características importantes del sistema de bienes en el derecho islámico: “la restricción de la noción de propiedad (que es sólo de Dios, de quien el hombre es un vicario) y en la correspondiente ampliación de la noción de posesión, hasta el punto de hacer inciertos a veces sus confines; la segunda consiste en una serie de medidas dirigidas a regular más el intercambio que la compraventa”⁷⁴.

El derecho islámico regula las diversas formas en las cuales se adquiere la propiedad, ya sea mediante compraventa, ocupación, la especificación, la accesión, además de la posesión continua de un objeto en la doctrina malikí.⁷⁵

Sobre la posesión se regula a manera de poseedor fiduciario y poseedor legítimo e ilegítimo, como en los supuestos de apropiación indebida⁷⁶, donde incluso el poseedor de mala fe tiene derecho a reclamar los frutos del bien.

⁷³ LOSANO, Mario. “*Los grandes sistemas jurídicos*”. 2018. Buenos Aires: Olejnik, p. 218.

⁷⁴ 225 LOSANO

⁷⁵ TOUZENIS, Kristina. *Ibíd.*, p.42.

⁷⁶ SCHACHT, Joseph. “*Introduzione al diritto musulmano*”. Torino: Fondazione Giovanni Agnelli. 1995, p.145.

TEMA II: LA POSESIÓN EN LAS CATEGORÍAS GENERALES DEL DERECHO PRIVADO

La posesión es la base de la usucapión y teniendo presente que el objeto de esta investigación es la prohibición de la adquisición vía usucapión de la totalidad del bien indiviso por parte de los copropietarios, resulta necesario definir los alcances de la posesión, ya sea que se la defina como señorío de hecho o como facultad emanada de un derecho.

Para dicho propósito presentaremos las categorías esenciales de la parte general del derecho privado y en ellas ubicar el lugar que la posesión ocupa, además, el presente capítulo será útil para la comprensión de otras instituciones que abordaremos, como los actos jurídicos reales y entre ellos las formas de adquisición de la posesión.

I. Hechos, actos y negocios jurídicos

1. *Nuestra clasificación*

El derecho regula distintos sucesos ocurridos en la realidad por considerarlos relevantes para los fines que este aspira conseguir. Estos sucesos, cuya naturaleza u origen puede ser muy variado, reciben el nombre de hecho jurídico, para diferenciarlos de aquellos **hechos ajurídicos**, neutros, cuya ocurrencia no presenta ninguna relevancia en el mundo del derecho.

Respecto a los **hechos jurídicos** se ha indicado que “en el ámbito de los hechos productivos de efectos jurídicos es posible distinguir entre hechos en sentido estricto y actos humanos”⁷⁷.

Los **hechos jurídicos en sentido estricto** son aquellos sucesos regulados por el derecho en los que no interviene el ser humano, por lo que su ocurrencia se

⁷⁷ GALLO, Paolo. “Le categorie del diritto privato”. En: VINCIGUERRA, Sergio y DASSANO, Francesco. *Scritti in memoria di Giuliano Marini*. Ibídem, p. 398.

encuentra conexas a factores o elementos naturales, tales como la accesión por aluvión, el nacimiento, la muerte y el transcurso del tiempo.

Mientras que los **actos humanos** son aquellos hechos cuya ocurrencia depende de la intervención del ser humano, como el contrato y el matrimonio.

Siguiendo con la clasificación de los actos humanos, es posible identificar a aquellos actos cuya ocurrencia depende de la intervención humana, pero cuya regulación ya se encuentran prevista en la ley y no proviene de una reglamentación de intereses contenida en dicho acto, los cuales constituyen los **actos jurídicos en sentido estricto**, también llamados, “actos semejantes a los negocios jurídicos o actos no negociales”⁷⁸, tales como los esponsales o la rectificación de nombre.

Por último, encontramos a aquellos manifestaciones de voluntad que producen efectos jurídicos en el ámbito del derecho privado, esto es, una modificación de las relaciones jurídicas entre los particulares”⁷⁹, cuyo estudio comprende la teoría general del **negocio jurídico**, la cual constituye el intento de agrupar las diversas *fattispecie* con el objetivo de unir conceptos siempre más vastos y omnicomprendivos enmarcados en una tendencia dogmatizante del derecho iniciada por la pandectística alemana del siglo diecinueve⁸⁰.

2. Clasificación según León Barandiarán

Distinta es la clasificación que propone que los hechos jurídicos se dividen en función a la voluntariedad de los mismos, de modo que un **hecho jurídico es voluntario** cuando su realización depende de la voluntad humana, mientras que los **hechos jurídicos involuntarios** dependen de una fuente generatriz extraña a la humana⁸¹.

⁷⁸ LEÓN HILARIO, Leysser. “Los actos jurídicos en sentido estricto. Sus bases históricas y dogmáticas”. En: ESCOBAR ROZAS, Freddy; LEÓN HILARIO, Leysser; MORALES HERVIAS, Rómulo y PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. *Negocio jurídico y Responsabilidad Civil. Estudios en memoria del profesor Lizardo Taboada Córdova* Lima: Grijley. 2004, p. 5.

⁷⁹ LARENZ, Karl. *Ibíd*, p. 421.

⁸⁰ GALLO, Paolo. “*Derecho Privado*”. Lima: ARA Editores. 2012, p. 57.

⁸¹ LEÓN BARANDIARÁN. José. “*Curso del acto jurídico. Con referencia al proyecto del Código Civil peruano*”. Lima. *Ibíd*em, p. 4.

Solo los **hechos voluntarios** pueden ser materia de valoración jurídica en cuanto a su licitud, los **hechos voluntarios lícitos** son aquellos cuya producción depende de la voluntad humana, más no contraviene el ordenamiento jurídico. Mientras que los **hechos voluntarios ilícitos** presentan una apreciación de demérito por parte del ordenamiento jurídico⁸².

Los hechos jurídicos voluntarios lícitos se dividen en aquellos que presentan una manifestación de voluntad y aquellos que no, los **hechos jurídicos voluntarios lícitos sin manifestación de voluntad** son “efectuaciones producidas por la actividad humana, con la intención de alcanzar aquellas, queriéndose por lo mismo el hecho por el agente, (así sea indiferente que el efecto derivado de tal hecho sea o no querido)⁸³”. Los hechos jurídicos voluntarios lícitos con manifestación de voluntad son aquellos “donde la declaración está formulada en el sentido de determinar y querer el efecto mismo de la relación jurídica que forma el contenido de tal relación”⁸⁴.

Con relación a la categoría del negocio jurídico el profesor citado menciona que esta es equiparable a la de acto jurídico, regulada en el Código Civil peruano, indicando a hacer una mención a una doctrina alemana y señalar que si bien el autor alemán utiliza la categoría negocio jurídico el acto jurídico es la categoría que se denomina como negocio jurídico.⁸⁵

La clasificación planteada por León Barandiarán puede resumirse en el siguiente cuadro:

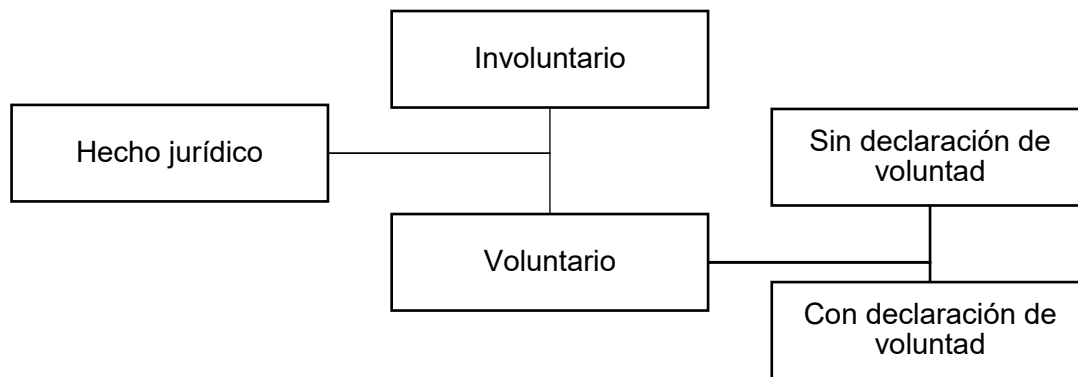
LEÓN BARANDIARÁN. José. “Acto jurídico”. Lima: Gaceta Jurídica. 1999, p. 27.

⁸² LEÓN BARANDIARÁN. José. *Ibid*, p. 5.

⁸³ LEÓN BARANDIARÁN. José. *Op. Cit*, p. 5.

⁸⁴ LEÓN BARANDIARÁN. José. *Op. Cit*, p. 6.

⁸⁵ LEÓN BARANDIARÁN. José. “Acto jurídico”. *Ibidem*, p. 33.



3. Clasificación según Vidal Ramírez

El profesor Fernando Vidal Ramírez parte su clasificación de la definición del hecho jurídico, definiéndolo como “todo suceso o acontecimiento, o conjunto de estos, que producen efectos jurídicos”⁸⁶.

Estos hechos jurídicos se dividen en función al origen de los mismos, ya sean fenómenos naturales o debido a la intervención humana. Los hechos naturales son aquellos que se producen independientemente de la voluntad humana⁸⁷. Los hechos humanos son aquellos que se producen con intervención de la voluntad humana, y que por ello le son dependientes⁸⁸.

Los hechos humanos se dividen a su vez en aquellos producidos con voluntad, conformada por el discernimiento, libertad e intención y aquellos que no resultan voluntarios. Dentro de los hechos voluntarios se encuentran los hechos lícitos, que son aquellos que guardan conformidad con el derecho objetivo y no contravienen el ordenamiento legal y los hechos ilícitos que “son los que causan daño y la imputabilidad al agente se da en función a su dolo o culpa, configurando, según sea el caso, el ilícito civil o el ilícito penal o ambos”⁸⁹.

⁸⁶ VIDAL RAMIREZ, Fernando. “*Teoría general del acto jurídico*”. Lima: Editorial Cusco. 1984. Primera edición, p. 26.

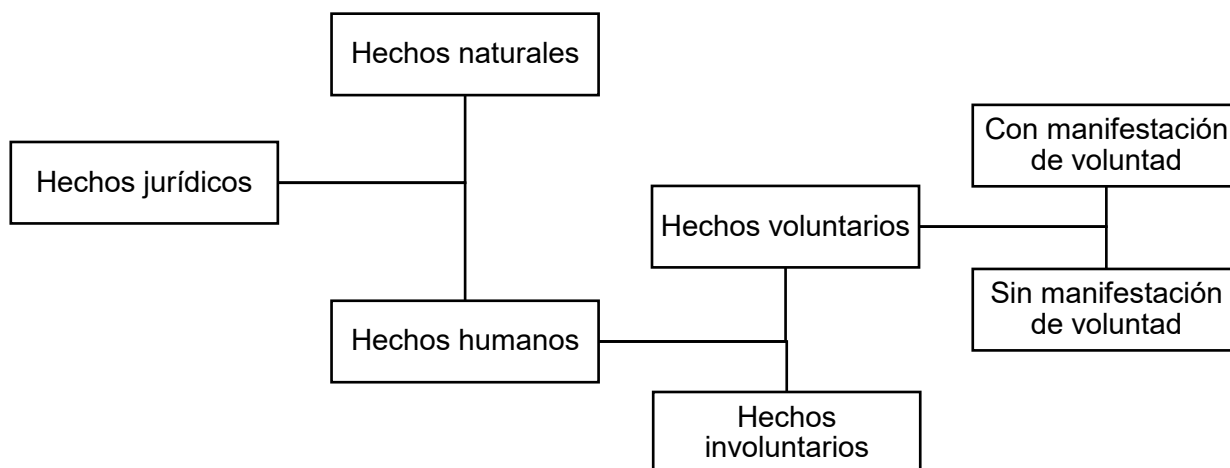
⁸⁷ VIDAL RAMIREZ, Fernando. “*Teoría general del acto jurídico*”. *Ibidem*, p. 27.

⁸⁸ VIDAL RAMIREZ, Fernando. *Ibid.*, p. 28.

⁸⁹ VIDAL RAMIREZ, Fernando. *Op. Cit.*, p. 29.

Los actos jurídicos son hechos jurídicos, voluntarios, lícitos y con manifestación de voluntad, la cual es la exteriorización consciente de la voluntad del sujeto.

La clasificación planteada por Vidal puede resumirse en el siguiente cuadro:



4. Clasificación según Lohmann Luca de Tena

La clasificación propuesta por el profesor Lohmann parte de la definición de los hechos jurídicos como “aquel suceso o situación, o conjunto de ellos, que condicionan el supuesto de hecho o hipótesis jurídica y que en virtud de ello tiene eficacia jurídica”⁹⁰, el cual se encuentra estrechamente vinculado al concepto de supuesto de hecho, el cual contempla la hipótesis regulada en una norma sin que ambos conceptos lleguen completamente a identificarse, en vista de que el hecho es un acontecimiento que reviste potencial o trascendencia jurídica⁹¹.

Lohmann considera que los hechos jurídicos tienen tres fuentes: los hechos jurídicos naturales, en cuyo origen se encuentra “fuera del ámbito de la actividad humana”⁹², los hechos jurídicos legales, donde es la ley la que produce las consecuencias jurídicas modificando una situación preexistente⁹³ y los hechos humanos, los cuales se encuentran conformados por los hechos voluntarios e

⁹⁰ LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. “*El negocio jurídico*”. Lima: Librerías Studium. 1986, p. 18.

⁹¹ LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. “*El negocio jurídico*”. *Ibidem*, p. 19.

⁹² LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *Ibid.*, p. 22.

⁹³ *Op. Cit.*, p. 24.

involuntarios, en función a que los efectos obtenidos hayan o no sido previstos por el agente⁹⁴.

El autor citado equipara la categoría de hecho jurídico humano voluntario a la de acto jurídico, dentro del cual se encuentran, los actos jurídicos en sentido estricto, definido como “aquellos actos cuyas consecuencias lícitas no las determina directamente la voluntad humana, sino la ley. Es decir, aunque haya voluntad, los efectos se producen *ex lege* y no *ex voluntate*”⁹⁵. Asimismo, encontramos a los actos ilícitos, entendidos como aquellos actos contrarios a la ley que generan una obligación de indemnizar⁹⁶.

Finalmente, el tercer grupo de actos jurídicos se encuentra conformado por aquellos que presentan “una declaración de voluntad con la finalidad de obtener determinados resultados, aunque no necesariamente previstos como jurídicos, como pueden ser la creación, modificación, extinción o conformación de derechos”⁹⁷, el cual constituye a los denominados negocios jurídicos.

Añade el autor que el negocio jurídico es una declaración de voluntad, también denominada declaraciones preceptivas, que tienen la facultad de incidir en una relación jurídica, incluyendo incluso a las relaciones sociales y familiares, en virtud a una autorización dada por el ordenamiento jurídico⁹⁸.

De acuerdo con las definiciones indicadas por el profesor Lohmann puede establecerse el siguiente esquema clasificatorio:

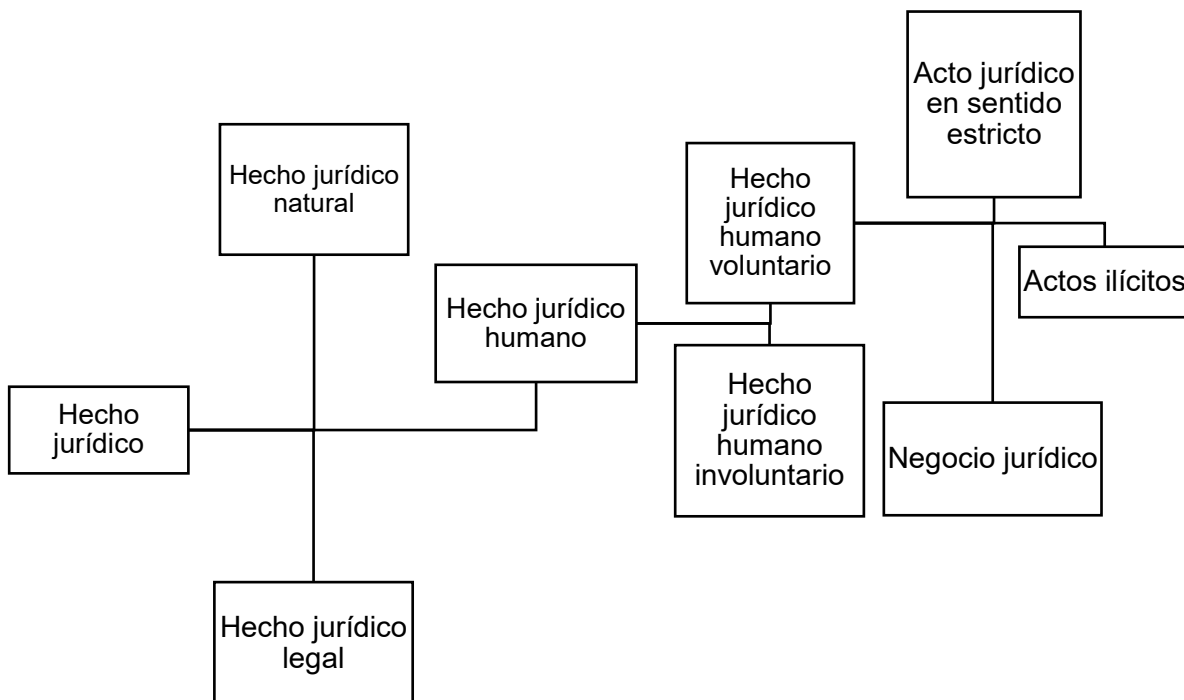
⁹⁴ Op. Cit, p. 24.

⁹⁵ Op. Cit, p. 30.

⁹⁶ Op. Cit, p. 30.

⁹⁷ Op. Cit, pp. 29 y 30.

⁹⁸ Op. Cit, p. 36.



5. Clasificación según Castañeda

Para el profesor Castañeda el hecho jurídico es una actividad ocurrida en el tiempo y en el espacio al que una declaración de la ley le liga efectos jurídicos, de este modo, el hecho jurídico están conformados por el suceso ocurrido y por la eficacia otorgada por la ley⁹⁹.

Los hechos jurídicos pueden ser positivos o negativos, simples o complejos, naturales y humanos¹⁰⁰.

Los hechos naturales no son atribuibles al actuar humano, “como el nacimiento de una persona, el transcurso del tiempo, la mayoría de edad, la muerte de una persona, la incapacidad sobreviniente de una persona, el perecimiento de una cosa”¹⁰¹.

⁹⁹ CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. “*El negocio jurídico*”. Lima: Instituto Pacífico. 2015, p. 10.

¹⁰⁰ CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. “*El negocio jurídico*”. *Ibidem*, p. 15.

¹⁰¹ CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Ibid.*, p. 17.

Por otro lado, el autor indica que los hechos humanos son los llamados actos jurídicos y que en los actos jurídicos nos encontramos ante en el ámbito de la voluntad. No obstante, el profesor Castañeda no indica cual es la clasificación de los actos involuntarios, al citar de manera seguida que los actos jurídicos se dividen en lícitos o ilícitos, según sean o no conformes a derecho.

Podría indicarse que los actos involuntarios podrían encontrar cabida en la categoría de acto ilícito (negligencia) de Castañeda, sin embargo, las referencias en su obra, respecto al particular no resultan del todo precisa:

“El acto ilícito es un acto jurídico que viola una norma y produce daño a otro. Puede ser realizado por un incapaz de entender y querer, o por un capaz, en cuyo caso puede deberse a dolo o a negligencia. **El acto ilícito no sólo es un hecho; es un acto voluntario**”¹⁰². (El subrayado y énfasis son añadidos)

Jorge Eugenio Castañeda, haciendo una lectura de textos de autores alemanes y brasileros de la época, principalmente de Enneccerus y Teixeira de Freitas. señala que el acto jurídico lícito contiene actos materiales y manifestaciones de voluntad, dentro de los primeros se encuentran las acciones que alteran el mundo físico a fin de obtener ventajas o utilidades, destrucción de cosas, o actos que inciden en la condición material del agente¹⁰³.

Dentro de los actos jurídicos lícitos también se encuentran las manifestaciones de voluntad que producen efectos ordenados por la ley, pero que no son efectos queridos por el propio agente, como los requerimientos y notificaciones¹⁰⁴.

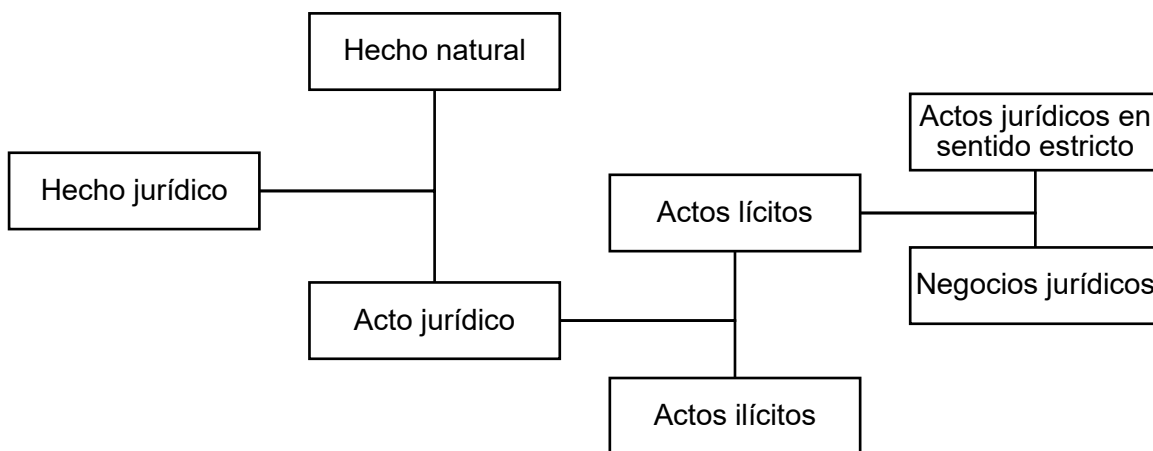
El autor señala que los actos jurídicos en sentido estricto, también llamados actos no negocios o actos semejantes a los negocios jurídicos son distintos a los negocios jurídicos, los cuales producen efectos que son queridos por el agente que los realiza.

¹⁰² Op. Cit., p. 34.

¹⁰³ Op. Cit., p. 25.

¹⁰⁴ Op. Cit., p. 25.

De acuerdo con las definiciones indicadas por el profesor Castañeda puede establecerse el siguiente esquema clasificatorio:



6. Clasificación según Morales Hervías

El profesor Morales Hervías propone una clasificación que parte de la definición de los hechos jurídicos como aquellos previstos en una norma, lo que los convierte en relevantes para el mundo del derecho, es decir, que se encuentren regulados como hechos jurídicos hipotéticos, destacando que no todos los hechos jurídicos producen efectos jurídicos, como usualmente se indica, pero todos los hechos jurídicos presentan juridicidad¹⁰⁵.

Dentro de la categoría de los hechos jurídicos encontramos a los hechos jurídicos en sentido estricto, definidos como “acontecimientos naturales o comportamientos humanos, según los cuales es irrelevante la voluntariedad del comportamiento”¹⁰⁶ y

¹⁰⁵ MORALES HERVÍAS. Rómulo. “*Las patologías y los remedios del contrato*”. Tesis para optar el grado de Doctor en Derecho. Lima. 2010: Pucp, p. 17.

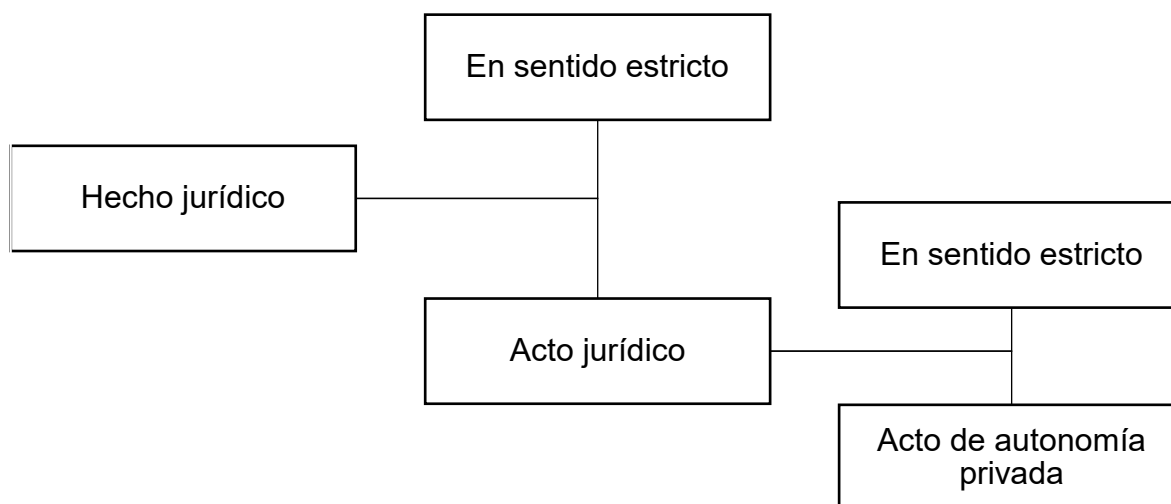
¹⁰⁶ MORALES HERVÍAS. Rómulo. “*Las patologías y los remedios del contrato*”. Tesis para optar el grado de Doctor en Derecho. *Ibidem*, p. 29.

a los actos jurídicos, los cuales son acontecimientos en los cuales si resulta relevante la voluntad humana.

Dentro de los actos jurídicos, se encuentra la categoría de acto jurídico en sentido estricto, que “son los actos que simplemente se quiere o se conoce el hecho que se ejecuta”¹⁰⁷, con relación a dichos actos el autor señala que el sujeto que los realiza debe de contar necesariamente con capacidad natural¹⁰⁸.

Y finalmente, dentro de la categoría de actos jurídicos se encuentra también la de los actos de autonomía privada, que son aquellos actos “en los cuales se ejercita un poder privado autónomo de reglamentación de los intereses destinado a producir efectos jurídicos”, en los cuales es necesaria la capacidad natural y además, la capacidad normativa¹⁰⁹.

En concordancia con la clasificación propuesta por el profesor Morales puede plantearse el siguiente cuadro, el cual aparece en su tesis de doctorado:



7. Clasificación según León Hilario

¹⁰⁷ MORALES HERVÍAS, *Ibíd.*, p. 29.

¹⁰⁸ MORALES HERVÍAS, *Op. Cit.*, p. 29.

¹⁰⁹ MORALES HERVÍAS, *Op. Cit.*, pp. 29 y 30.

Según el profesor León Hilario, la categoría regula en nuestro Código Civil, pese a la expresión equívoca de “acto jurídico” responde a la regulación del negocio jurídico alemán, pese a que curiosamente fue regulado con normas del contrato del Código civil italiano, contando solo con la definición de negocio jurídica presente en la obra de Savigny¹¹⁰.

Según el profesor citado, el negocio jurídico es una especie dentro de la categoría del acto jurídico que a su vez es una especie del hecho jurídico dentro de la clasificación alemana.

El negocio jurídico “reglamenta todo comportamiento que, de acuerdo con la voluntad de su agente o agentes, se orienta a producir cambios en el mundo del derecho”¹¹¹, como se indicó, el negocio jurídico forma parte de los actos jurídicos, el negocio es un acto, pero no todos los actos son negocios¹¹². A su vez, los actos se enmarcan dentro de la categoría de hechos jurídicos, que, según Savigny, son “eventos que determinan el nacimiento o fin de las relaciones jurídicas”¹¹³.

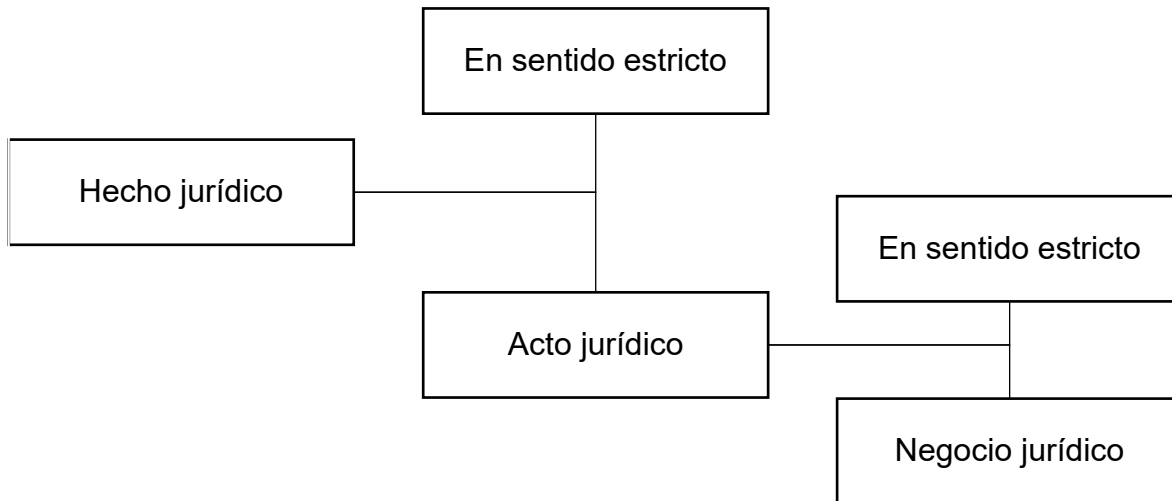
El esquema de categorías planteado por el profesor León Hilario puede ser resumido de la siguiente manera:

¹¹⁰ LEÓN HILARIO, Leysser. “*El sentido de la codificación civil. Estudios sobre la circulación de los métodos jurídicos y su influencia en el Código Civil Peruano*”. Primera edición. Lima: Palestra Editores. 2004, pp. 70-88.

¹¹¹ LEÓN HILARIO, Leysser. “*Derecho privado. Parte general. Negocios, actos y hechos jurídicos*”. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. 2019, p. 17.

¹¹² LEÓN HILARIO, Leysser. “*Derecho privado. Parte general. Negocios, actos y hechos jurídicos*”. *Ibidem*, p. 23.

¹¹³ LEÓN HILARIO, Leysser. *Ibid.*, p. 27.



8. Clasificación según Espinoza Espinoza

El profesor Espinoza Espinoza inicia su clasificación definiendo a la categoría del hecho jurídico, al cual define como “aquel acontecimiento o suceso (natural o humano) que tiene trascendencia para el mundo del derecho, por cuanto el ordenamiento jurídico así lo ha establecido previamente en su normatividad”¹¹⁴.

El autor indica que existe un nexo causal entre el hecho y la norma que liga al primero efectos previstos por el ordenamiento jurídico, así el profesor distingue entre causa inicial (hecho jurídico) con la causa final (efecto jurídico), las cuales están ligadas por un nexo causal (ordenamiento jurídico)¹¹⁵.

Sobre los hechos jurídicos naturales el profesor añade que son aquellos en los cuales no interviene el querer humano, por ejemplo el transcurso del tiempo¹¹⁶, son hechos jurídicos legales aquellos en los cuales es la ley misma la que produce el efecto, tal como ocurre con las hipotecas legales¹¹⁷ y son hechos jurídicos humanos aquellos en los cuales es necesaria la intervención del querer o voluntad humana.

¹¹⁴ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. “Acto jurídico negocia”. Lima: Rodhas. Tercera Edición. 2012, p. 30.

¹¹⁵ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. “Acto jurídico negocia”. Ibidem, p. 31.

¹¹⁶ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Ibid., p. 31.

¹¹⁷ Op. Cit., p. 31.

Son hechos jurídicos humanos involuntarios aquellos que realiza el hombre pero cuya consecuencia no es deseada e incluso puede haber sido realizada sin discernimiento, mientras que son hechos jurídicos humanos voluntarios aquellos que se realizan con discernimiento¹¹⁸.

Dentro de la clasificación de los hechos jurídicos voluntarios ilícitos se encuentran aquellos que contravienen una norma jurídica, mientras que los hechos voluntarios lícitos son aquellos que no contravienen el ordenamiento legal¹¹⁹.

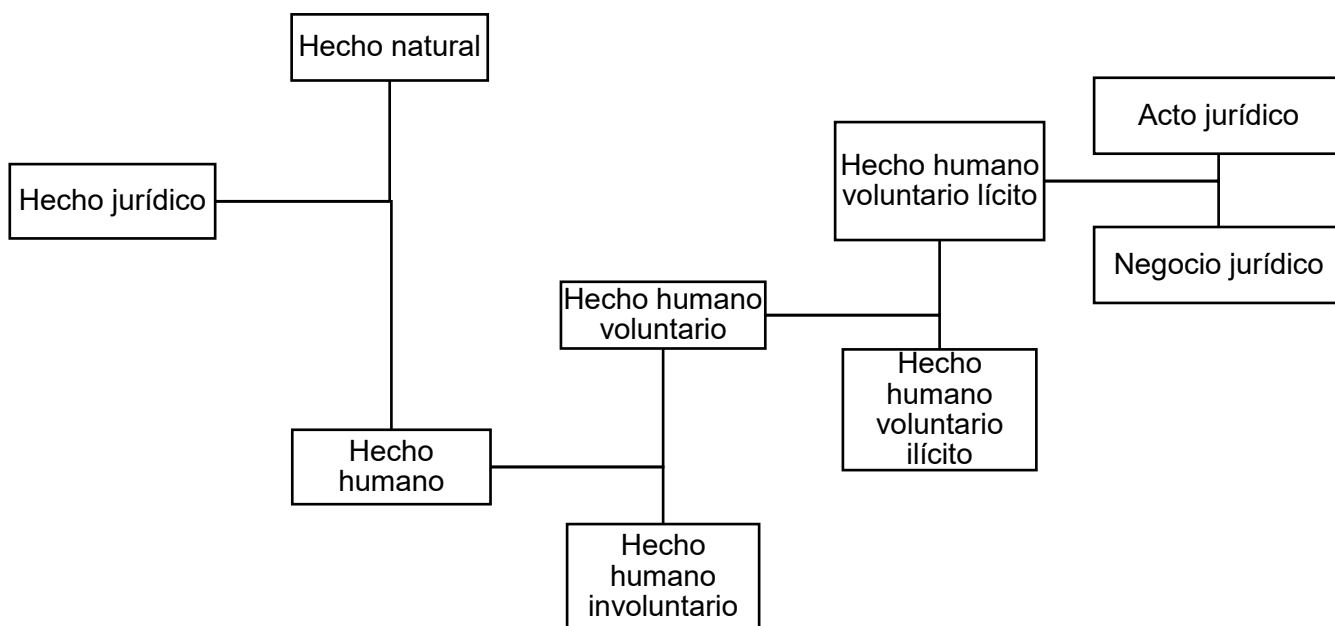
Dentro de los actos voluntarios lícitos se encuentran dos categorías relevantes: el acto jurídico no negocial y el acto jurídico negocial. El primero es aquel en el cual la autonomía privada se devuelve con el propósito de conseguir intereses pero no mediante la instauración de una “disciplina” propio sino por la selección de uno de los medios ya establecidos en la Ley, mientras que los actos jurídicos negociales o negocios jurídicos se configuran cuando uno más agentes declaran su voluntad de regular sus intereses, para tal fin, crean un reglamento de intereses propio¹²⁰.

El esquema de categorías planteado por el profesor Espinoza Espinoza puede ser resumido de la siguiente manera:

¹¹⁸ Op. Cit., p. 32.

¹¹⁹ Op. Cit., p. 32.

¹²⁰ Op. Cit., p. 40.



9. Consideraciones finales sobre los hechos, actos y negocios jurídicos

La elaboración de categorías con rigurosidad a nivel científico en el derecho privado fue el resultado del triunfo de la pandectística alemana del siglo XIX¹²¹, tiempo en el que, producto de la relectura sistemática de los textos romanos se construyó una categoría que representaba “la abstracción de todos los tipos de actos estructurados en el ordenamiento jurídico”¹²², cuyo contenido está dirigido al establecimiento de una regulación, a la creación, modificación o extinción de una relación jurídica en

¹²¹ “En particular, la tendencia de la doctrina (que trató de ofrecer la formulación científica más rigurosa de dicho proceso del pensamiento) no fue la de proceder a una articulación de los hechos jurídicos con base en la presencia o ausencia de voluntad condicionante de la producción de los efectos, sino cabalmente la de unificar los hechos bajo la égida de la voluntad del sujeto. La creación de la categoría del negocio jurídico significó, dentro de esa postura (como se verá mejor en seguida, Cap. IX), el intento más ingenioso del pensamiento jurídico de remitir toda la experiencia de los particulares a un esquema unitario, fruto de un procedimiento de abstracción conceptual.

Esa orientación del pensamiento fue determinada en forma bastante clara por la confluencia de dos movimientos: las ya conocidas presiones individualistas (y al mismo tiempo universalistas) tendientes a exaltar al sujeto como ser provisto de una voluntad ordenadora; y el enriquecimiento de la experiencia de la contratación libre en la vida social y económica. BRECCIA, Umberto; BIGLIAZZI GERI, Lina; NATOLI, Ugo y BUSNELLI, Francesco. *“Derecho Civil. Hechos y actos jurídicos. Tomo I, Vol. II”*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1995, p. 570.

¹²² FLUME, Werner. *“El negocio jurídico”*. Madrid: Fundación cultural del notariado. 1998. Primera edición española. Traducción de José María Miquel Gonzales y Esther Gómez Calle, p. 49.

uso de la determinación del individuo¹²³, orientadas a finalidades económicas y sociales trascendentes y dignas de tutela¹²⁴.

Así, no existe una institución equiparable directamente al negocio jurídico, sino que existen múltiples supuestos de hecho concretos cuya abstracción¹²⁵ supone la construcción epistemológica denominada negocio jurídico, en virtud a la cual se ha construido, subsidiariamente, las categorías de acto jurídico en sentido estricto¹²⁶ y hecho jurídico en sentido estricto.

Actualmente, la categoría de negocio jurídico ha sido criticada precisamente por su alto grado de abstracción, la cual alejarían “el lenguaje de los abogados del lenguaje de los hombres”¹²⁷ y que a la fecha “los civilistas hablan del negocio jurídico más por hábito que por convicción conceptual. No hablan para aludir al antiguo supraconcepto que trasciende al contrato y al acto unilateral, sino solamente para utilizar un sinónimo de uno y otro”¹²⁸.

No obstante, la producción de categorías conceptuales en el derecho privado mantienen su importancia al momento de plantear un estudio riguroso de las mismas¹²⁹, lo que solo es posible con la existencia de un adecuado marco conceptual que nos permita aprehender todas las experiencias con las que el investigador jurídico se encuentra al momento de brindar soluciones prácticas a los

¹²³ FLUME, Werner. “*El negocio jurídico*”. *Ibidem*, p. 48.

¹²⁴ BETTI, Emilio. “*Teoría general del negocio jurídico*”. Granada: Editorial Comares. 2000, p. 56.

¹²⁵ El profesor Galgano indica que el negocio jurídico responde a un nivel de abstracción superior al de las experiencias francesas y anglosajona, donde existe la categoría de la convención y el contrato, respectivamente. GALGANO, Francesco. “Negocio jurídico y contrato”. En: GALGANO, Francesco. *Atlas de derecho privado comparado*. Madrid: Fundación cultural del notariado. 2000, p. 114.

¹²⁶ LEÓN HILARIO, Leysser. “Los actos jurídicos en sentido estricto. Sus bases históricas y dogmáticas”. *Ibidem*, p. 5.

¹²⁷ BULLARD GONZALES, Alfredo y MC LEAN, Ana Cecilia. “La enseñanza del derecho: ¿Cofradía o Archicofradía?”. En: *Academia. Revista sobre enseñanza del derecho*. Año 7. N° 13. Buenos Aires. 2002, p. 25.

¹²⁸ GALGANO, Francesco. El crepúsculo del negocio jurídico. En: LEÓN HILARIO, Leysser. “*Teoría General del Negocio Jurídico. Cuatro Estudios Fundamentales*”. Lima: Ara Editores. 2001. Primera Edición, p. 96. En el mismo sentido FRANZONI, Massimo. El debate actual sobre el negocio jurídico en Italia. En: *Ius et Veritas*. N° 48. 2014, pp. 52 y 53.

¹²⁹ Pese a que en la doctrina nacional se opta por equiparar a las categorías de negocio jurídico a la de acto jurídico. TORRES VASQUEZ, Aníbal. “*Acto jurídico*”. Cuarta Edición. 2011. Lima: Idemsa. 2010, p. XX. TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. “*Acto jurídico, negocio jurídico y contrato*”. Segunda edición. Lima: Grijley. 2013.

problemas suscitados en la vida de relación social considerada relevante para el derecho¹³⁰.

II. Las situaciones jurídicas subjetivas: aspectos generales

Sobre las relaciones humanas consideradas como jurídicamente relevantes el derecho establece “una *gradación entre los intereses*, entre los muchos intereses y diversos intereses que corresponden a los distintos protagonistas de la vida de derecho. Los intereses, a su vez se definen *en relación con los bienes, capaces de satisfacer necesidades humanas*”¹³¹. Así, las situaciones jurídicas son “*la forma como las normas regulan las posibilidades de los diversos sujetos, en relación con los distintos bienes, de conformidad con la gradación que las propias normas buscan establecer entre los intereses de los sujetos*”¹³².

Se indica que el punto de partida es la noción de interés. En este, en efecto, el fundamento del proceso de calificación ejecutado por la norma y constituye a la vez la base sustancial (que puede denominarse situación – presupuesto inicial) de lo que se indica como situación subjetiva – consecuencia (y, más de las situaciones llamadas de ventaja)¹³³ y en sentido contrario situaciones de desventaja.

Es sobre la calificación de una escala de intereses que el ordenamiento define las posiciones que un sujeto ocupará para el derecho con relación a un caso en concreto. El profesor italiano Bianca define a las situaciones jurídicas subjetivas como las posiciones ideales de un sujeto que son catalogadas como relevantes para el derecho¹³⁴, en una posición complementaria a la antes indicada Zatti las define

¹³⁰ “Bien decía Gino Gorla (1906- 1992) que el concepto negocio jurídico, como solución del problema legislativo de la voluntad o del interés, no es a priori injustificado. Dicho concepto se justifica como conceto científico, como tipo de norma o de solución a tal problema, siempre se que mantenga en el terreno conceptual o científico. LEON HILARIO, Leysser. “*El sentido de la codificación civil. Estudios sobre la circulación de modelos jurídicos y su influencia en el Código Civil Peruano*”. Lima: Palestra Editores. 2008, p. 138.

¹³¹ ROPPO, Vincenzo. “Instituzioni di diritto privato”. Citado por LEON HILARIO, Leysser. “*Derecho de las relaciones jurídicas obligatorias*”. Lima. Jurista Editores. 2007, p. 46.

¹³² ROPPO, Vincenzo. “Instituzioni di diritto privato”. Citado por LEON HILARIO, Leysser. “*Derecho de las relaciones jurídicas obligatorias*”. *Ibidem*, p. 47.

¹³³ BRECCIA, Umberto; BIGLIAZZI GERI, Lina; NATOLI, Ugo y BUSNELLI, Franceso. “*Derecho Civil. Normas, sujetos y relación jurídica. Tomo I, Vol. I*”. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1995, p. 338 y 339.

¹³⁴ BIANCA, Massimo. “*Diritto Civile. La proprietà. Vol. 6*”. Milán: Giuffrè. 1999, p.1.

como la situación o posición, en la cual se encuentra un sujeto, por aplicación de una o más reglas de derecho¹³⁵.

En la norma se pueden distinguir dos partes: una *hipotética*, que prevé el advenimiento de ciertas condiciones (y, por tanto, de una situación) de hecho, de la que surge objetivamente una situación de intereses: la otra, *dispositiva*, tendiente a vincular a la situación de hecho de una determinada situación (consecuencia), predispuesta por la ley en función de la realización de tal interés. Se asiste, así, a aquel proceso de calificación que, sobre la base de un juicio positivo de valor que tiene por objeto los intereses – presupuestos, los eleva al rango de situaciones subjetivas (consecuencia), y que se realiza mediante un silogismo que tiene por premisa la norma y por medio una determinada situación de hecho”¹³⁶.

En la doctrina nacional el profesor Morales define a las situaciones jurídicas subjetivas como “la posición que ocupa el sujeto luego de la ocurrencia del hecho jurídico. Hay una conexión entre las consecuencias de una regla de derecho y un sujeto”¹³⁷.

Una importante doctrina sostiene que las situaciones jurídicas deben entenderse en función a diversos perfiles: a) Perfil efectivo, b) Perfil del interés, c) Perfil dinámico, d) Perfil del ejercicio, e) Perfil funcional y f) Perfil normativo o reglamentario¹³⁸.

- a) El *perfil efectivo* se evidencia en que cada situación es el efecto de un hecho, ya sea natural o humano jurídicamente relevante¹³⁹.

¹³⁵ ZATTI, Paolo. Las situaciones jurídicas subjetivas. En: “*Revista Jurídica del Perú. Año LV. N° 64*”. Trujillo: Editora normas legales. 2001, p. 359.

¹³⁶ BRECCIA, Umberto; BIGLIAZZI GERI, Lina; NATOLI, Ugo y BUSNELLI, Francesco. “*Derecho Civil. Normas, sujetos y relación jurídica. Tomo I, Vol. I*”. Ibídem, p. 352 y 353.

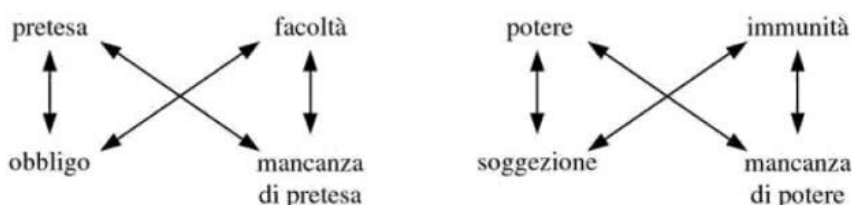
¹³⁷ MORALES HÉRVIAS, Rómulo. “La propiedad en las situaciones jurídicas”. En: PRIORI, Giovanni. “*Estudios sobre la propiedad*”. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú”. 2012, p.93.

¹³⁸ PERLINGIERI, Pietro. “*El derecho civil en la legalidad constitucional según el sistema italo comunitario de las fuentes*”. Ibídem, p. 609.

¹³⁹ PERLINGIERI, Pietro. Ibíd., p. 610.

- b) El *perfil del interés* se presenta en que el fundamento de las situaciones jurídicas es la noción de interés a los que el ordenamiento jurídico le otorga una jerarquía y valor preponderante¹⁴⁰.
- c) El *perfil dinámico* implica que esta “se entiende como un concepto de duración que pervive al ser una continua referencia para la calificación de una pluralidad de comportamientos”¹⁴¹.
- d) El *perfil del ejercicio* supone que las situaciones subjetivas implican una manifestación de voluntad del titular de la misma¹⁴².
- e) El *perfil funcional* implica que para la conformación de cada situación jurídica el ordenamiento conforma una situación en sentido social, como es el caso de la propiedad que implica una función social¹⁴³.
- f) El *perfil normativo o reglamentario* desarrolla la relevancia que el ordenamiento otorga a estas categorías, donde “la situación jurídica constituye una norma de conducta que puede significar atribuir al sujeto—en interés propio y/o de terceros, en interés individual y/o colectivo—el poder cumplir o no determinados actos”¹⁴⁴.

En cuanto a la clasificación de las situaciones jurídicas subjetivas el profesor Trimarchi propone el siguiente esquema de clasificación, donde las líneas verticales unen conceptos correlativos y las líneas oblicuas opuestos:



(Gráfico tomado de Trimarchi, “*Instituzioni di diritto privato*”)¹⁴⁵.

¹⁴⁰ Op. Cit., p. 610.

¹⁴¹ Op. Cit., p. 610.

¹⁴² Op. Cit., p. 610.

¹⁴³ Op. Cit., p. 610.

¹⁴⁴ Op. Cit., p. 611.

¹⁴⁵ TRIMARCHI, Pietro. “*Instituzioni di diritto privato*”. 2009. Décimo Octava edición. Milán: Giuffrè, p. 47.

1. *Las situaciones jurídicas activas*

Hemos dicho que las situaciones jurídicas son establecidas en función a una valoración de los intereses que convergen la vida humana cuya tutela es determinada luego de la aplicación de una norma jurídica.

Las situaciones jurídicas entonces pueden asignarse en favor del titular de un interés o al servicio del titular del mismo, cuando nos encontramos en el primer supuesto decimos que tenemos una *situación jurídica de ventaja*, pues la situación es atribuida al titular de un interés protegido para que este alcance la satisfacción del mismo.

Las situaciones también pueden asignarse en servicio de la satisfacción del interés protegido, de modo que el sujeto que ostente la situación deberá velar por el cumplimiento del interés en tutela, en este caso nos encontramos ante una *situación jurídica de desventaja*.

Sobre distinción entre situaciones de ventaja y desventaja una atenta doctrina ha indicado lo siguiente:

“La propia circunstancia de que el procedimiento indicado resulte concentrado sobre la valoración de un interés (relación de tensión entre un sujeto y un bien y, por ende, utilidad potencial) sirve, de otra parte para poner inmediatamente de manifiesto como ello se presenta esencialmente en razón del surgimiento de una situación de *ventaja*, en cuanto apta para asegurar al titular la obtención de un resultado favorable (satisfacción de un interés por medio de la consecución de la utilidad). Esto no impide, sin embargo, que el ámbito del mismo procedimiento y sobre la base de una situación de hecho u objetiva, un mismo interés pueda a un mismo tiempo hacer de presupuesto de una situación de ventaja para el titular y de *desventaja* coordinada con la anterior, respecto de otro sujeto que se encuentra en la zona del hecho

presupuesto de modo de poderse decir que la segunda sirve de instrumento para la realización de la primera y se determina en *función* de ella”¹⁴⁶.

Dependiendo de la posibilidad del titular de la situación jurídica de realizar un comportamiento o una abstención en las situaciones jurídicas para el cumplimiento de la misma es que estas se catalogan en situaciones jurídicas activa e inactiva, clasificación transversal que abarca tanto a las situaciones de ventaja como a aquella de desventaja, en sede nacional el profesor Morales indica que “la situación jurídica subjetiva activa implica un poder de obrar o realizar un comportamiento. El derecho subjetivo, el poder jurídico, el deber y la obligación son situaciones jurídicas subjetivas activas.

La situación jurídica inactiva implica un poder de no obrar o de no realizar un comportamiento. La expectativa, el interés legítimo, la sujeción y la responsabilidad son situaciones jurídicas subjetivas inactivas”¹⁴⁷.

El **derecho subjetivo**, es un poder jurídico otorgado a un sujeto para la satisfacción de un interés protegido, el cual otorgará al titular del mismo la posibilidad de exigir a otro sujeto la realización de una determinada conducta con miras a la satisfacción del interés, denominada pretensión o la posibilidad de satisfacer el interés protegido de manera autónoma. Así, “con la atribución del derecho subjetivo se otorga la más amplia protección del interés del privado al cual, al mismo tiempo, se le reconoce una situación de libertad”.¹⁴⁸

El derecho subjetivo es entonces una situación jurídica de ventaja activa, pues se reconoce al titular la posibilidad de realizar un comportamiento para la satisfacción del interés, ya sea mediante la exigencia del cumplimiento de una conducta a un tercero, como ocurre con las pretensiones nacidas de derechos obligacionales o

¹⁴⁶ BRECCIA, Umberto; BIGLIAZZI GERI, Lina; NATOLI, Ugo y BUSNELLI, Francesco. *Ibid*, p. 353 y 354.

¹⁴⁷ MORALES HÉRVIAS, Rómulo. “La propiedad en las situaciones jurídicas”. En: PRIORI, Giovanni. *Estudios sobre la propiedad*. *Ibidem*, p.98.

¹⁴⁸ TORRENTE, Andrea y SCHLESINGER, Piero. “*Manuale di Diritto Privato*”. A cura de Franco Anelli y Carlo Granelli. Vigésima edición. Milán: Giuffrè Editore. 2019, p, 75.

mediante la realización de un comportamiento en pro de su propio interés, como los actos de administración realizados por el titular de un derecho real.

Los derechos subjetivos comprenden a su vez una amplia gama de poderes dependientes del derecho principal, la atribución que se otorgan al destinatario de un derecho subjetivo es denominada **facultad** y constituyen “manifestaciones del derecho subjetivo que no tienen carácter autónomo, pero que están comprendidas en él”¹⁴⁹.

El **derecho potestativo** es una especie dentro del género del derecho subjetivo, pero que otorga a su titular la posibilidad de incidir o no sobre un determinado ámbito de una esfera jurídica ajena, tal como ocurre en el contrato de opción, donde el titular de la opción puede decidir celebrar o no el contrato.

Entre las situaciones jurídicas de ventaja inactivas encontramos a la **expectativa**, la cual puede definirse como la “*posición de quien no tiene en el momento actual una determinada situación activa (por ejemplo, un derecho subjetivo) pero tiene la perspectiva de adquirirla, siempre que se verifique un determinado evento*”¹⁵⁰. Un ejemplo de esta situación de pendencia es la que ostenta el sujeto que espera un resultado favorable como consecuencia de la verificación de una condición suspensiva o resolutoria. Se establece así que cuando “la adquisición de un derecho derive del concurso de más elementos sucesivos. Si de estos algunos se verifican y otros no, se tiene la figura de la expectativa”¹⁵¹.

El **interés legítimo** es una situación nacida en el marco de una relación jurídica en el cual un sujeto evidencia el ejercicio de un derecho subjetivo por parte de otro y espera que su esfera jurídica no se vea afectada por la actuación discrecional de tal poder.

2. Las situaciones jurídicas pasivas

¹⁴⁹ TORRENTE, Andrea y SCHLESINGER, Piero. “*Manuale di Diritto Privato*”. A cura de Franco Anelli y Carlo Granelli. Ibídem, p.76.

¹⁵⁰ ROPPO, Vincenzo. “Instituzioni di diritto privato”. Citado por LEON HILARIO, Leysser. “*Derecho de las relaciones jurídicas obligatorias*”. Lima. Jurista Editores. 2007, p. 50.

¹⁵¹ TORRENTE, Andrea y SCHLESINGER, Piero., Ibíd, p.76

Las situaciones jurídicas son aquellas que el ordenamiento jurídico atribuye para asegurar el cumplimiento de un interés de un sujeto distinto al del titular de la situación jurídica pasiva, ya sea mediante un comportamiento activo o mediante una abstención, así estas situaciones determinan “*la subordinación del interés de su titular respecto del interés de otros sujetos*”¹⁵².

El **deber** es aquella situación jurídica pasiva consistente en la realización de un comportamiento para la satisfacción de un interés ajeno, esta es una situación que posee implicancias generales e incluye el respecto por los derechos subjetivos ajenos, los cuales deben ser ejercidos sin intromisión ajena.

La **obligación** es una situación jurídica impuesta a un sujeto determinado que deberá realizar un comportamiento en favor de un sujeto titular del derecho obligacional, este comportamiento denominado pretensión es siempre valorable en dinero aunque se busque satisfacer intereses no económicos.

La **sujeción** es la situación jurídica opuesta al derecho potestativo, pues esta es la posición en la cual se encuentra el sujeto que mantiene su esfera jurídica expuesta a la actuación del derecho potestativo.

La **responsabilidad** es la posición desventajosa en la cual se encuentra un sujeto luego de la verificación del supuesto de hecho de una norma jurídica, cuyas consecuencias pueden verificarse en el plano civil, penal y administrativo.

3. *La relación jurídica, la carga y el estatus*

El derecho solo regula la conducta humana en sociedad, lo que presupone la actuación conjunta de múltiples sujetos convergiendo entre sí, a la vinculación nacida de las interacciones entre los sujetos relevante para el derecho se le otorga la denominación de **relación jurídica**.

De este modo, las interacciones jurídicas constituyen relaciones jurídicas, las cuales poseen una estructura interna, de manera que se establece que “dentro de la

¹⁵² ROPPO, Vincenzo. “Instituzioni di diritto privato”. Citado por LEON HILARIO, Leysser. “*Derecho de las relaciones jurídicas obligatorias*”. Lima. Jurista Editores. 2007, p. 53.

relación jurídica podemos distinguir entre un sujeto, llamado sujeto pasivo, al cual la norma impone un deber, y otro sujeto, llamado sujeto activo en el interés del cual el deber es impuesto”¹⁵³

La **carga** no es una situación jurídica subjetiva pues no es una posición otorgada en tutela de un interés, sino una forma determinada por el ordenamiento mediante la cual se ejercita un derecho subjetivo a efectos de que el mismo sea eficaz. De tal modo, la carga es un actuar que debe realizar un sujeto a fin de obtener una consecuencia ventajosa prevista en la norma, pero cuya inobservancia no acarrea más consecuencia que la no verificación de la consecuencia prevista en la norma.

El **estatus** es la vinculación de derechos y deberes asignados a una persona de la cual deriva su posición en un determinado grupo social (Estado, familia, etc)¹⁵⁴.

4. *Los derechos reales y los derechos obligacionales*

Tanto los derechos reales como los derechos obligacionales son tipos de derechos subjetivos de naturaleza patrimonial, sin embargo, se diferencian en cuanto al alcance de su tutela, el cual evidencia la clasificación entre derechos subjetivos absolutos y derechos subjetivos individuales.

Los *derechos reales* constituyen un conjunto de derechos subjetivos que otorgan a su titular la facultad de satisfacer un interés sin la intervención de otros sujetos y que recae siempre y en última instancia en un bien¹⁵⁵.

Los *derechos obligacionales* son derechos otorgados a un sujeto activo llamado acreedor que a fin de satisfacer un interés tutelado por el derecho podrá exigir a un sujeto pasivo llamado deudor el cumplimiento de un determinado comportamiento llamado prestación.

5. *La posesión en el esquema de las categorías de derecho privado*

¹⁵³ GALGANO, Francesco. “*Il diritto civile in 27 lezioni*”. Giuffrè Editore: Milán. 2007, p. 8.

¹⁵⁴ TORRENTE, Andrea y SCHLESINGER, Piero. *Ibid*, p. 76.

¹⁵⁵ GONZALES BARRÓN, Gunther. “*Tratado de Derechos Reales. T. I*”. Lima: 2013, p.172.

Cuando hablamos de posesión solemos distinguir aquellos supuestos en los cuales un sujeto tiene un derecho subjetivo que respalda su estado posesorio y los supuestos en los que no. El primer supuesto recibe el nombre de *ius possidendi*, mientras que en los supuestos en los cuales el poseedor solo mantiene una relación de hecho con el bien se la define como *ius possessionis*¹⁵⁶.

Se indica que el estudio de la primera clasificación queda englobado en el análisis del derecho subjetivo del cual nace la facultad de poseer un bien, de manera que la posesión nacida de la propiedad (derecho subjetivo) será una facultad de la misma reconocida al titular del interés protegido bajo la institución de la propiedad.

Distinto ocurre con la posesión como señorío de hecho, la cual no constituye un derecho subjetivo reconocido por el ordenamiento, sino que se enmarca en la categoría de expectativa, la cual es la situación de pendencia en la cual un sujeto espera la ocurrencia de un evento incierto para la obtención de un derecho, en este caso, el titular del señorío fáctico espera consolidar su permanencia en el bien mediante la adquisición de un derecho real, como la propiedad, vía prescripción adquisitiva de dominio, tal como establecen los profesores Breccia, Bigliuzzi Geri, Natoli, y Busnelli en su tratado de derecho civil¹⁵⁷ y la defensa de la expectativa mediante remedios otorgados, como la defensa posesoria extrajudicial y los interdictos.

Sin embargo, la doctrina citada no establece cual es la situación aplicable a aquellos casos en los que la posesión no puede enmarcarse en la categoría de expectativa, tal como ocurre con la posesión de bienes de dominio público del Estado, donde el poseedor no cuenta con la posibilidad de adquirir un futuro derecho, pues estos bienes no son pasibles de adquirirse por prescripción.

Considero que en este punto corresponde indicar que el casos de *ius possessionis* ejercida sobre bienes pasibles de usucapión se aplica la categoría de expectativa pues se tutela el interés del poseedor de consolidar su permanencia en el bien a

¹⁵⁶ Op. Cit., p.425.

¹⁵⁷ Op. Cit., p.425.

través de una institución reconocida en el ordenamiento, además del interés del poseedor de no verse expulsado del bien mediante el uso de la violencia, razón por la cual se le otorgan algunos remedios posesorios.

Pero en el caso del *ius possessionis* ejercido sobre bienes no pasibles de usucapión no nos encontramos ante un interés protegido por lo que estas circunstancias de hecho (la posesión) no podrán enmarcarse dentro de las situaciones jurídicas subjetivas. Sin embargo, aun estos supuestos de hecho son pasibles de producir situaciones jurídicas en determinados casos, por ejemplo, si el invasor de un bien de dominio público estatal se ve atacado por otro invasor podrá ejercer la defensa posesoria extrajudicial lo cual contempla la existencia de un derecho subjetivo que nace de estos supuestos de hecho que recaen sobre intereses no protegidos.

TEMA III: LA POSESIÓN COMO FENÓMENO SOCIAL Y JURÍDICO

I. El patrimonio y su importancia en la parte general del derecho privado

En el estudio de las categorías del derecho privado encontramos una que es vital en el análisis de la parte general del mismo, lo cual se ve reflejada en importantes manuales que estudian al derecho privado desde un esquema que contempla la existencia de una parte general, cuyas disposiciones emanan a otras regulaciones mucho más específicas del derecho, o parte especial.

Pese a esta importancia, la enseñanza del derecho privado en la mayoría de universidades nacionales prescinde de la exposición de estas categorías, un claro ejemplo de esto es el curso de derecho civil II, Acto Jurídico, en muchas universidades, donde se incluye al final del curso, si es que sobra tiempo, el análisis de disciplinas de la parte general del derecho privado medulares como la prescripción y la caducidad.

El Código Civil peruano utiliza la expresión “patrimonio” en muchas de sus normas diseminadas a lo largo de los libros que este regula, así por ejemplo se hace mención a la administración del patrimonio del ausente (Art. 55), al patrimonio de las personas jurídicas (Art. 78) o patrimonio social, a los actos de disminución del patrimonio en fraude a los acreedores (Art. 195), al patrimonio social originado por la elección del régimen de sociedad de gananciales (Art. 313), al régimen de separación de patrimonios (Art. 327), al patrimonio familiar (Art. 488), al patrimonio hereditario (Art. 857) y al patrimonio cultural de la Nación (Art. 936).

Según se desprende de la regulación planteada en el Código Civil *el patrimonio es el conjunto de derechos y obligaciones de contenido patrimonial de las que es titular un sujeto de derecho*, de tal manera, así como el conjunto de relaciones jurídicas conforman el ámbito de la esfera jurídica de las personas el conjunto de relaciones jurídicas de índole económica conforman el patrimonio¹⁵⁸.

¹⁵⁸ ALBALADEJO, Manuel. “*Derecho Civil. Introducción y parte general*”. Madrid: EDISOFER. 2006, p. 494. En el mismo sentido se encuentra quien sostiene que “El concepto de patrimonio no debe confundirse con el de cosa. El patrimonio no es objeto de derechos, cualquiera que sea la acepción

Existen una corriente que afirma que el patrimonio estaría conformado por derechos y bienes y otra que incluye también a las situaciones jurídicas de desventaja, como las obligaciones, en el primer grupo se encuentra quien afirma que “las obligaciones no se consideran como parte del patrimonio, sino que el patrimonio está gravado con ellas”¹⁵⁹ y que “*solo los derechos, no las obligaciones de una persona forman su patrimonio jurídico – privado (referente a la responsabilidad). El concepto de patrimonio en el que se basa el Código Civil y la legislación sobre el concurso de acreedores, a diferencia del concepto de patrimonio pensado en términos meramente económicos, se extiende por lo tanto solo a lo que se le denomina activo, no al pasivo*”¹⁶⁰. En el segundo quien sostiene que el patrimonio es un atributo de la personalidad definido como “*el conjunto de los valores pecuniarios, positivos o negativos, pertenecientes a una misma persona y que figuran unos en el activo y otros en el pasivo*”¹⁶¹.

1. *Teorías sobre el patrimonio*

En torno al patrimonio se han elaborado dos teorías, una que podemos denominar *teoría clásica* o *teoría personalista* y otra que puede denominarse *teoría objetiva*.

La *teoría clásica* o *personalista* vincula al patrimonio como una manifestación de la personalidad jurídica de manera que el patrimonio es la personalidad misma. Esta teoría es imputable a los juristas franceses Charles Aubry (1803-1883) y Charles Frédéric Rau (1803-1877), y sostiene que “el patrimonio, en sentido subjetivo, se identifica con la persona para adquirir bienes, con potencialidad económica. Por eso

que se tome de la palabra. En efecto, el patrimonio puede denotar el conjunto de relaciones jurídicas de una persona estimables en dinero (...). COVIELLO, Nicola. “*Doctrina General del Derecho Civil*”. Traducción al castellano de la cuarta edición italiana por Felipe J. Tena y revisada por el profesor Leonardo Coviello. Lima: Ara editores. 2007, p. 304.

¹⁵⁹ ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. “*Tratado de Derecho civil*”, Traducción de la 39ª Edición alemana, decimotercera revisión por Hans Carl Nipperdey, estudios de comparación y adaptación a la jurisprudencia española por Blas Pérez Gonzales y José Alguer. Barcelona: Editorial BOSH, 1953, Segunda Edición al cuidado de José Puig Brutau T. I Vol. I, p. 593.

¹⁶⁰ LARENZ, Karl. “*Derecho Civil. Parte General*”. Editorial Revista de Derecho Privado: Jaén. 1978, p. 407.

¹⁶¹ JOSSERAND, Louis. “*Derecho Civil. Teorías Generales del Derecho y de los derechos. Las personas. Tomo I. Vol. I*”. Traducción de Santiago Cunchillos y Manterola. Revisado y completado por André Brun. Buenos Aires: Bosh. 1950, p. 454.

no solo comprende a los bienes ya adquiridos sino también (potencialmente) los que se podrán adquirir en el futuro”¹⁶².

Para la teoría personalista, el patrimonio es “una noción abstracta de orden intelectual, metafísico; es, si se quiere, *la aptitud para convertirse en el centro de relaciones jurídicas pecuniarias, o también, en receptáculo ideal dispuesto a recibir los valores positivos o negativos*”¹⁶³, el patrimonio no puede entenderse sin la persona a la que pertenece, así, es atributo de esta teoría que una persona solo puede tener un patrimonio y que no puede existir un patrimonio sin una persona.

Los principales atributos de esta teoría son descritos por Josserand en el siguiente pasaje, el cual, el autor acepta que resulta discutible: “El patrimonio es un atributo, una emanación de la personalidad, y como una proyección de dicha personalidad en el campo del derecho.

En efecto hagamos notar: Toda persona tiene un patrimonio. A la inversa solo una persona puede tener un patrimonio Una persona no puede tener más que un solo patrimonio; el patrimonio es inalienable, como la personalidad misma de la cual es uno de sus atributos: no se puede tampoco ceder, vender un patrimonio, como no se podría enajenar el propio estado, su capacidad, o su reflejo”¹⁶⁴.

Planiol y Ripert, indican que la noción de patrimonio atribuible a Aubry y Rau descansa sobre los siguientes principios¹⁶⁵:

- Solamente las personas pueden tener patrimonio.
- A toda persona le corresponde un patrimonio.
- Cada persona no tiene más que un patrimonio.
- El patrimonio se encuentra unido a la persona.

¹⁶² DIEZ – PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. “*Sistema de Derecho Civil. Vol. I*”. Décima Edición. Madrid: Tecnos. 2002, p. 380.

¹⁶³ JOSSERAND, Louis. “*Derecho Civil. Teorías Generales del Derecho y de los derechos. Las personas. Tomo I. Vol. I*”. Ibidem., p. 455.

¹⁶⁴ JOSSERAND, Louis. Ibid., p. 457.

¹⁶⁵ PLANIOL, Marcel y RIPERT, George. “*Tratado práctico de Derecho Civil Francés. T.III.*” Ibidem, p. 24.

En respuesta a la teoría personalista nacieron críticas que le increparon su excesiva abstracción y la exageración en el lazo existente entre patrimonio y personalidad hasta el punto de confundir ambas nociones, sin embargo, los exponentes de la teoría clásica han respondido señalando que los bienes son considerados por el derecho en su relación con los fines perseguidos por el hombre¹⁶⁶.

Las llamadas *teorías objetivas*, surgidas en respuesta de la teoría personalista postulan que el patrimonio es una masa de derechos y obligaciones afectados a un fin, de manera que resulta posible que una persona pueda tener más de un patrimonio y que existan patrimonios autónomos¹⁶⁷.

Así, el patrimonio sirve por un lado a la satisfacción de los fines y necesidades de la persona y por otro lado de garantía a los acreedores¹⁶⁸.

Sobre las teorías mencionadas se pueden establecer las siguientes consideraciones:

El derecho al regular la vida humana en sociedad no puede suprimir la vinculación que existe entre las categorías que regula y la personalidad, la cual es destinataria de las normas jurídicas, de tal modo, la teoría de la personalidad tiene el mérito de poner al hombre como centro del patrimonio. Sin embargo, el patrimonio, su regulación y definición están orientados a la satisfacción de necesidades humanas, el patrimonio no es asimilable a un *alguien* sino un *algo* que se utiliza en provecho del hombre, por lo que el patrimonio no puede asimilarse al ser humano, el patrimonio es inherente al hombre pero no se identifica con este.

A su vez, son válidos los postulados de la teoría personalista que indican que, solo las personas pueden tener patrimonios, todas las personas tienen un patrimonio y que este es inherente a la persona, esto último se sustenta en que, aun cuando una persona no posee ningún activo en su haber cuenta con un patrimonio, solo que el mismo es igual a cero, patrimonio es también la potencialidad de adquisición de

¹⁶⁶ PLANIOL, Marcel y RIPERT, George. *Ibid.*, p. 25.

¹⁶⁷ DIEZ – PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Ibidem*, p. 380.

¹⁶⁸ ALBALADEJO, Manuel. "*Derecho Civil. Introducción y parte general*". Madrid: EDISOFER. 2006, p. 496.

bienes y derechos de contenido patrimonial, del mismo modo, el patrimonio puede ser de valor negativo, en el caso que el pasivo sea superior al activo de una persona, aquí hablamos del patrimonio como un estatus de la persona.

Es necesario también resolver algunos problemas prácticos inherentes al patrimonio, como la posibilidad que una persona destine un conjunto de activos para la realización de un fin, de esta manera, considero que el patrimonio se debe entender como objeto de derecho, lo que permite que pueda dividirse, tal como ocurre en los fideicomisos, donde el un conjunto de activos y pasivos son enajenados a efectos de crear un patrimonio autónomo administrado por un tercero. Es posible que el patrimonio, entendido como objeto de derecho pueda ser dividido y que una persona pueda tener más de un patrimonio.

2. Elementos del patrimonio

En concordancia con lo expuesto pueden establecerse las siguientes características del patrimonio:

a) Es inherente al ser humano

El patrimonio es el conjunto de derechos y obligaciones que constituyen la esfera patrimonial de un sujeto. Potencialmente todos tenemos un patrimonio, es decir la potencialidad de adquirir activos y pasivos.

b) Es autónomo

El patrimonio no asimilable al ser humano, representa un conjunto de derechos y obligaciones que son destinados a satisfacer necesidades de los individuos.

c) Es instrumental

Es instrumental pues el mismo es destinado para la satisfacción de necesidades.

3. Los bienes y su relación con el derecho

Los derechos reales se encuentran vinculados con el instinto natural de auto conservación propio de todos los seres vivos, el cual garantiza la supervivencia

mediante la apropiación de un territorio y sus recursos. Es así que los derechos reales, poseen, una base objetiva sobre la cual recaen, en este caso, el derecho real tiene como objeto una porción del mundo exterior: el bien¹⁶⁹. Esto sin perjuicio de la existencia de derechos sobre realidades inmateriales.

Los derechos reales en su calidad de derechos subjetivos otorgan a su titular una gama de facultades con el fin de tutelar un interés

A su vez, Albaladejo indica que el concepto jurídico de cosa toda entidad material o no, de naturaleza impersonal que tenga una propia individualidad y que sea susceptible de dominación independiente¹⁷⁰.

Por otro lado Messineo parte señalando que “el objeto de derecho es, o puede ser, uno de los puntos o términos de referencia, de la relación jurídica, o sea del deber jurídico y del derecho subjetivo. Por objeto debe concebirse, en general, todo lo que es externo al sujeto y, por consiguiente, no es sujeto”¹⁷¹.

Sobre el concepto de cosa el autor citado indica que esta es “una porción cualquiera del mundo externo que (según los criterios dominantes en una determinada sociedad humana) sea susceptible de ser utilizada o apropiada, por el sujeto, para satisfacer con ella sus necesidades económicas o, también espirituales. Como tal la cosa se toma como objeto de los derechos subjetivos reales y de los derechos accesorios”¹⁷².

Los Mazeaud definen a la cosa como “todo aquello que es corporal, todo lo perceptible por los sentidos, todo lo que es perceptible por los sentidos, todo lo que

¹⁶⁹ GIORGIANNI, Michele. “*La obligación*”. Casa Editorial Bosh: Barcelona. 1958, p.220.

¹⁷⁰ ALBALADEJO, Manuel. “*Derecho Civil. Introducción y parte general*”. Madrid: EDISOFER. 2006, p. 501.

¹⁷¹ MESSINEO, Francesco. “*Manual de derecho civil y comercial. T. II*”. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa – América. 1954, p. 257.

¹⁷² MESSINEO, Francesco. “*Manual de derecho civil y comercial. T. II*”. Ibídem, p. 258.

tiene existencia material. Solamente los seres humanos, porque todos ellos tienen hoy la personalidad jurídica, están excluidos de esta categoría”¹⁷³¹⁷⁴.

En la doctrina nacional el profesor Gonzales Barrón indica que bien es “todo ente propio de la realidad externo, no humano, o sea distinto del sujeto – hombre, apto para satisfacer un interés económico, que tenga existencia autónoma, y que sea susceptible de apropiabilidad de titular y de exclusión hacia los demás”¹⁷⁵.

El profesor Escobar Rosas afirma que “el concepto de necesidad representa todo aquello que exige la vida humana; y, más precisamente, todo estado de insatisfacción en el que un sujeto se encuentra y del cual tiende a salir. De este concepto, se afirma, a través de un razonamiento lógico, se deriva el concepto de bien, que, en este contexto, sirve para designar cualquier entidad capaz de eliminar un estado de insatisfacción”¹⁷⁶.

Consideramos que un bien puede definirse como aquel ente material o inmaterial ajeno al ser humano pasible de individualización, susceptible de apropiación y de satisfacer una necesidad económica, de esta manera sus características pueden ser definidas del siguiente modo:

- a) Todo bien es una realidad material o inmaterial

No siempre se consideró que las realidades inmateriales podían ser consideradas como tales¹⁷⁷, basta con recordar la definición brindada por los hermanos Mazeud aludida líneas arriba, donde son especialmente enfáticos en sostener que los bienes

¹⁷³ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León y MAZEAUD, Jean. “*Lecciones de Derecho Civil. Parte Primera. Vol. I*”. Buenos Aires: 1976, p. 281.

¹⁷⁴

¹⁷⁵ GONZALES BARRÓN, Gunther. “*Tratado de Derechos Reales. T. I*”. Lima: 2013, p.172.

¹⁷⁶ ESCOBAR ROZAS, Freddy. El derecho subjetivo. Consideraciones en torno a su esencia y estructura. En: “*Ius et Veritas*”. N° 16. Ibíd, p. 290.

¹⁷⁷ El profesor PUGLIESE comenta que en Gayo distinguía entre cosas (res) materiales e inmateriales, sin embargo la mención a cosas inmateriales se refería al usufructo, a los créditos resultantes de relaciones obligacionales y el derecho de herencia”. PUGLIESE, Giovanni. Dalle “res incorporales” del diritto romano ai beni immateriali di alcuni sistema giuridici odierni. En: “*Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*”. Milán. 1982, p. 1139.

solo recaen solo bienes materiales, cognoscibles por los sentidos y por realidades tangibles.

En el mismo sentido se afirma que los derechos reales recaen sobre una cosa física, tal como indica el profesor alemán Von Tuhr¹⁷⁸.

Esto es comprensible si tenemos en cuenta que al momento de escribirse el notable trabajo de dichos juristas no existían los actuales avances tecnológicos que permiten que realidades ajenas a los sentidos puedan ser objeto de apropiación y aprovechamiento económico por parte del ser humano, tales como los software, las marcas y los derechos de autor.

Pese a lo señalado no pueden ser desmerecidos los primeros trabajos que, propio al desarrollo de la época, consideraban únicamente como bienes a las realidades tangibles, de las cuales dependía la economía de aquel entonces, lo cual es útil para demostrar también que el concepto de bien que presenta también una matiz económica y social, no olvidemos que los derechos reales surgen como necesidad de establecer titularidades sobre las realidades que el ser humano utiliza en su desarrollo; de esta manera, en una sociedad donde las principales actividades económicas se encuentran vinculadas con las producción agrícola, artesana o fabril la normativa y la producción académica relacionada con esta buscará resolver los problemas prácticos de la sociedad en la que se desenvuelve.

Como ejemplo de esto podemos tener presente aquellas disposiciones normativas del Código Civil Italiano relativa a la indemnización concedida a quien ve afectado su predio por parte del vecino que irrumpe en el con la finalidad de capturar el enjambre de abejas que huyendo de su panal han ingresado en propiedad ajena.

Por otro lado, actualmente la normativa mundial reconoce titularidades sobre producciones del ingenio de naturaleza inmaterial¹⁷⁹ conocidos ampliamente como “propiedad intelectual”, que es definida como “la institución jurídica genérica que

¹⁷⁸ VON TUHR, Andreas. *“Parte general del derecho civil”*. Granada: Comares. 2006, p. 16.

¹⁷⁹ Un buen ejemplo de eso es el artículo 4 del Tratado de la OMPI sobre de derechos de autor sobre la protección de programas de ordenador que como sabemos son de naturaleza inmaterial.

tiene por finalidad el amparo de bienes intangibles, de naturaleza intelectual y contenido creativo, la cual se distingue por su carácter eminentemente protector”¹⁸⁰ y dentro de esta categoría a la de los derechos de autor, los cuales se definen como “la institución de la propiedad intelectual, en virtud del cual se otorga protección a las creaciones expresadas a través del género literario o artístico”¹⁸¹.

La propiedad intelectual implica la titularidad sobre **bienes intangibles** y que provienen del **ingenio humano**.

La propiedad intelectual pone énfasis en bienes que tutelan necesidades distintas a las de la supervivencia (vestido, vivienda, alimentación), estas nuevas necesidades como la satisfacción de una vocación creativa o intelectual se encuentra relacionada con intereses de tipo cultural e intelectual, no en vano se sostiene que el derecho exclusivo otorgado a los creadores presenta dos justificaciones esenciales: “a) el reconocimiento de un derecho individual, toda vez que la obra es el fruto de la creación y, por tanto, ligada a la persona de su creador y b) porque la protección del autor y de la obra es el motor del desarrollo cultural y científico”¹⁸².

Por ello, desde su reconocimiento por diversos instrumentos normativos de carácter internacional se ha reconocido que la propiedad intelectual y los derechos de autor pueden recaer sobre bienes de naturaleza incorpórea, tal como lo establece el artículo 2 del Convenio de Estocolmo de 1967, en virtud al cual se crea la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual – OMPI.

En suma, pueden considerarse como bienes a los entes tangibles y que poseen un correlato existencial en la realidad y a los entes que son creados por el ingenio humano y existen en un plano intelectual.

¹⁸⁰ ZAPATA LOPEZ, Fernando. “El derecho de autor y la marca”. En: *Revista de la propiedad inmaterial. Revista del Departamento de la propiedad intelectual de la Universidad Externado de Colombia*. N° 02. Bogotá. 2001, p. 9.

¹⁸¹ ZAPATA LOPEZ, Fernando. “El derecho de autor y la marca”. En: *Revista de la propiedad inmaterial. Revista del Departamento de la propiedad intelectual de la Universidad Externado de Colombia*. N° 02. Ibidem, p. 10.

¹⁸² VILLALBA, Carlos. Cultura, derechos de autor y derechos conexos. Evolución de la legislación nacional. Los Tratados Internacionales y el orden constitucional. En: LIPSZYC, Delia (Coordinadora). “*Derecho de autor. Cuestiones actuales*”. Buenos Aires: Abeledo Perrot. 2014, p.7.

b) Distinta al ser humano:

Los bienes son el objeto de un derecho subjetivo de naturaleza **patrimonial**, por lo que no puede ser asimilables al ser humano. De esta manera queda excluida la posibilidad de que el ser humano pueda ser considerado un objeto de derecho o un bien. Es el sujeto el verdadero titular de derechos¹⁸³.

Así, vale la pena recordar el aporte Kantiano al derecho¹⁸⁴, haciendo un especial énfasis en las relaciones intersubjetivas que este regula, es decir, el derecho tiene por objeto normar relaciones jurídicas entre sujetos de derecho, por lo que se excluye las posibilidades de que: (i) pueda existir una relación jurídica entre un sujeto de derecho y un bien y (ii) que un sujeto de derecho pueda ser considerado a su vez como un bien.

Los seres humanos poseen una dignidad intrínseca que imposibilita que estos puedan ser objeto de derechos que vulneren dicha dignidad, esto conlleva a que los seres humanos no puedan ser objeto de operaciones económicas como si fuesen mercancías, lo que conllevaría a que estos se vean privados de los derechos más básicos de la persona, como la vida, la integridad física y la libertad.

Sin embargo, distinta era la situación en la antigüedad cuando los seres humanos eran considerados propiedad de otros bajo un régimen de esclavitud y eran transmitidos como cosas bajo el mismo título de objetos materiales¹⁸⁵. Con el advenimiento de la modernidad y de todos los movimientos sociales, políticos y culturales se ha abolido el régimen esclavista que cosifica a las personas y las consideraba objetos. Lo mismo ocurría con aquellos regímenes semi esclavistas que adscribían la vida de las personas a la suerte de una porción extensa de territorio que al ser transferido incluía a sus habitantes y la mano de obra gratuita de los mismos.

¹⁸³ COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henri. *Curso elemental de derecho civil. Tomo I*. Madrid: Editorial Reus. 1941, p.263.

¹⁸⁴ GATTI, Edmundo y ALTERINI, Jorge. *El derecho real. Elemento para una teoría general*. Buenos Aires: Abeledo – Perrot. 1988, p. 39.

¹⁸⁵ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León y MAZEAUD, Jean. *Lecciones de Derecho Civil. Parte Primera. Vol. I*. Ibidem, p. 281.

A la fecha y pese a los esfuerzos por conseguir la eliminación de formas de esclavitud de las personas notamos que subsisten prácticas como la trata de personas y el contrato de enganche que atan la libertad de las personas, aunque ya no existe un aparato legal que permita dichas prácticas, por el contrario, hoy son reprimidas.

Al momento de tratar a los derechos de la personalidad no se afirma que el ser humano es un objeto de derecho, tal como ha expresado una importante doctrina italiana: “En la categoría del ser no existe la dualidad entre sujeto y objeto, porque ambos representan el ser, y la titularidad es institucional, orgánica. Cuando el objeto de la tutela es la personalidad, la perspectiva ha de cambiar: dada la especial naturaleza del interés protegido, se revela la necesidad lógica de reconocer que es justamente la personalidad quien se erige a la vez en sujeto titular del derecho y punto de referencia objetivo de la relación¹⁸⁶.

Complementando lo antes indicado se realiza la importancia del ser humano para el derecho y la protección de su integridad psicosomática, al hacer mención a la protección de la corporeidad del ser humano con relación a la disposición sobre partes del mismo, al indicar con toda razón la indisoluble relación que existen entre el cuerpo y el sujeto, al ser el primero la condición material de existencia del segundo: “El cuerpo no es un algo exterior, separable mecánica o materialmente del sujeto, no es una cosa o una realidad per se, es la condición que imprime corporeidad a la vida humana. La relación con el cuerpo es compleja. Se “tiene” un cuerpo y se “es desde” un cuerpo. El cuerpo es el medio de nuestra autorrepresentación hacia los otros, en el cual nos hacemos conocer por los otros”¹⁸⁷.

El artículo 6 del Código Civil dispone que los actos de disposición del cuerpo humano que impliquen una disminución de la integridad física (mutilaciones) o que

¹⁸⁶ PERLINGIERI, Pietro. “*El derecho civil en la legalidad constitucional según el sistema italo comunitario de las fuentes*”. Madrid: DYKINSON. 2008, p. 694 y 695.

¹⁸⁷ SIVERINO BAVÍO, Paula. Cuestiones relativas al derecho a la disposición del propio cuerpo. En: PRIORI, Giovanni. “*Estudios sobre la propiedad*”. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú”. 2012, p. 181.

contravengan el orden público y las buenas costumbres (prostitución), se encuentran prohibidos, sin embargo, quedan exceptuados de esta prohibición si los actos de disposición responden a un estado de necesidad o de orden médico (amputación de un miembro gangrenado) o si son inspirados por motivos humanitarios (donación de órganos o sangre).

En tal caso la disposición de órganos y tejidos humanos se rige por la ley de la materia. Así, “una persona con plena conciencia, llevada por motivos humanitarios puede ceder parte de su cuerpo para salvar la vida ajena”¹⁸⁸.

Por tanto, resulta muy discutible la posibilidad de establecer “derechos” sobre partes del cuerpo humano que son necesarias para garantizar la existencia, tales como los órganos. No obstante, es innegable que la necesidad de órganos humanos con fines médicos es sumamente importante ya que estos pueden garantizar que un paciente clínico cuyos órganos no son idóneos para garantizar su vida pueda sobrevivir mediante un procedimiento quirúrgico de implantación¹⁸⁹.

Dada esta situación surge la necesidad de poder conciliar, por un lado, la necesidad pública de contar con órganos y tejidos humanos que puedan poner a salvo a los pacientes clínicos que necesitan de ellos y, por otro lado, la dignidad del ser humano y la correspondiente tutela de la integridad del cuerpo humano.

Ante este problema, el artículo 2 de la Ley N° 29471, Ley que promueve la obtención, donación y trasplante de órganos o tejidos humanos” dispone que la autorización sobre la extracción de partes conformantes del cuerpo humano se realiza sobre órganos y tejidos cadavéricos, mediante la suscripción de una autorización clara y precisa del donante.

¹⁸⁸ MOSQUERA VASQUEZ, Clara. Comentario al artículo 6 del Código Civil. En: VVAA. “*Código Civil Comentado. Comentan 209 especialistas en las diversas materias del Derecho Civil*”. Lima: Gaceta Jurídica. 2010, p. 101.

¹⁸⁹ MONGE TALAVERA, Luz. Comentario al artículo 8 del Código Civil. En: VVAA. “*Código Civil Comentado. Comentan 209 especialistas en las diversas materias del Derecho Civil*”. Lima: Gaceta Jurídica. 2010, p. 105.

Sobre la posibilidad de autorizar la disposición del propio cuerpo humano debe indicarse que esta posee la naturaleza de acto jurídico en sentido estricto, ya no importa una auto reglamentación de intereses económicos y/o sociales a diferencia del negocio jurídico.

Esta autorización exterioriza la voluntad del donante de disponer *post mortem* o no de su cuerpo, órganos o tejidos, lo que, aun cuando el cuerpo se encontrara en su forma cadavérica, continua siendo un derecho personalísimo la disposición del propio cuerpo muerto¹⁹⁰, además que “la disponibilidad del propio cuerpo—en vida o post mortem—es una facultad inherente a la persona humana, y en consecuencia es solo ejercitable a partir del desarrollo y manifestación de una verdadera voluntad libre, consciente y explícita de donación por parte del titular de esa facultad subjetiva”¹⁹¹.

Asimismo, el artículo 11 de la Ley N° 28189, Ley general de donación y trasplante de órganos y/o tejidos humanos a, prescribe que la donación de órganos es un acto altruista, solidario, gratuito y voluntario.

Esta gratuidad en el trasplante de órganos exigida por la ley hace que estos no puedan considerarse como objetos comercializables por lo que se excluye que los órganos puedan ser considerados bienes en tanto que: 1. No pueden satisfacer una necesidad económica al no ser parte del tráfico económico de bienes y 2. Por no poder constituirse derechos patrimoniales sobre estos.

No obstante, considero que tanto el cadáver de un ser humano, como los órganos y tejidos humanos no deben ser considerados como bienes porque estos no pueden ser apropiadas por el hombre, como se verá en el literal d.

c) Individualizable

¹⁹⁰ ANDRUET, Armando. Consentimiento presunto en la Ley de Trasplante de Órganos. En: VEGA MERE, Yuri y GARCÍA BELAUNDE, Domingo. “*La responsabilidad civil y la persona en el Siglo XXI. Libro homenaje a Carlos Fernández Sessarego. Tomo I*”. Lima: Idemsa. 2010, p. 668.

¹⁹¹ ANDRUET, Armando. Consentimiento presunto en la Ley de Trasplante de Órganos. En: VEGA MERE, Yuri y GARCÍA BELAUNDE, Domingo. “*La responsabilidad civil y la persona en el Siglo XXI. Libro homenaje a Carlos Fernández Sessarego. Tomo I*”. Ibídem, p.669.

La individualización requiere que los bienes son entidades que pueden ser diferenciados unos de otros de manera que exista certeza del alcance y contenido del derecho real, en los bienes inmuebles la individualización se realiza mediante la medición de los mismos y el establecimiento de medidas perimétricas sobre el bien, sus fronteras e incidencias geográficas en el mismo, en algunos tipos de bienes muebles la individualización se realiza a través de números de serie y matrículas. El profesor Albaladejo sostiene que la individualización se refiere a “la existencia unitaria, separada, en el tráfico jurídico. Individualidad que puede proceder de cualquier circunstancia: por ejemplo bien de su propia naturaleza (un animal es una unidad natural), bien de obra del hombre, que material o idealmente lo aísla (un litro de líquido o un metro cúbico de gas recogido en un recipiente, un trozo de terreno que, aun sin separación tangible del que lo circunda, se constituye en finca aparte, los diversos pisos de un edificio que se construye por propiedad por pisos, por lo que cada uno de ellos pasa a constituir cosa distinta)¹⁹².

Un ejemplo de la individualización propia de los bienes es dada por ROCA SASTRE quien, con motivo de la denominada “finca material”, indica que esta es una “superficie inmobiliaria delimitada por linderos. Los romanos hablan de fundus y praedium: fundus suos habet fines (D. 50, 16, 20, 2). Los dos elementos definatorios fundamentales de una finca son los linderos y la cabida; la descripción de una finca comprende normalmente la designación literaria de los linderos y la determinación de una extensión superficial”¹⁹³.

d) Susceptible de apropiación

Este requisito está relacionado con la aptitud de un bien para ser sometido al señorío de un sujeto de derecho. La cualidad de un bien apropiable se encuentra en función a dos criterios: 1. Un criterio material y 2. Un criterio económico jurídico.

Respecto al primero debe indicarse que no son materialmente apropiables aquellos bienes que por sus condiciones físicas resultan inabarcables por parte de ser

¹⁹² ALBALADEJO, Manuel. “*Derecho Civil. Introducción y parte general*”. Ibídem, p. 502.

¹⁹³ ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio. “*Derecho inmobiliario registral*”. Granada: Comares. 2006, p. 110.

humano, tales como “el sol o las estrellas (a los que no alcanza el poderío del hombre) ni las llamadas cosas comunes a todos (*res communes omnium*), como el aire o el mar (sobre los que, aun alcanzándole, no es admisible un derecho exclusivo de alguien, que los abarque en su totalidad)”¹⁹⁴.

Sobre el segundo punto, la imposibilidad de abarcar un determinado ente y otorgarle la condición jurídica de “bien” está relacionada también con la conveniencia económica de realizar dicha operación, de este modo, podría intentarse establecer límites al acceso al océano, pero los costos que implicaría esto superarían los beneficios obtenidos.

En cuanto al tercer criterio debe decirse que por razones de naturaleza estrictamente jurídica algunos bienes no deben ser apropiables, con el fin de proteger el bien común, tal como ocurre con el acceso al aire o por proteger la dignidad humana, tal como ocurre con el cadáver y los órganos humanos.

II. Las formas de asignación de titularidades en el derecho: Los derechos reales y la posesión

El ordenamiento jurídico fija dos formas de asignación de titularidades sobre los bienes, estas formas de asignación de titularidades decantan en el otorgamiento o reconocimiento de distintas formas de tutela de la titularidad en función a la importancia que el ordenamiento le asigna a cada una de ellas.

La primera forma de asignación toma en cuenta la vinculación¹⁹⁵ de hecho entre una persona y una cosa de manera que se protege a la persona porque se encuentra en el inmueble en disputa. La protección nacida de esta forma de asignación puede tomar distintas formas, ya sea en una facultad de repulsa ante el

¹⁹⁴ ALBALADEJO, Manuel. *Ibíd.*, p. 502.

¹⁹⁵ La doctrina citada utiliza la expresión “relazione”, la cual puede ser traducida como “relación”, sin embargo utilizamos la expresión vinculación para no afirmar la existencia de una relación entre una persona y una cosa. Nótese que el autor no utiliza la expresión “rapporto” que suele utilizarse para referirse a la relación jurídica.

despojo material, en un resarcimiento o en un derecho a recuperar el poder de hecho sobre la cosa¹⁹⁶.

Se reconoce entonces una titularidad fundada en el control de hecho que se puede tener sobre un bien, prescindiendo del análisis de la existencia de un título jurídico que fundamente el control sobre el bien, lo que importa para este tipo de titularidad es la efectiva presencia del titular en el bien.

Ahora, si bien es cierto que nos encontramos ante una situación de hecho esto no enerva que no puedan generarse situaciones jurídicas en tutela de un interés del titular protegido por el ordenamiento, tal como puede ser la situación de expectativa, en caso se desee obtener un título jurídico como consecuencia del control de hecho sobre el bien y el transcurso del tiempo o derechos subjetivos atribuidos como remedios de tutela ante el despojo del bien.

El Código Civil así atribuye relevancia jurídica a las situaciones de hecho que se manifiestan a través de una actividad correspondiente a un derecho real donde se prescinde de las circunstancias de que a esta le corresponda una situación de derecho¹⁹⁷.

La primera forma de asignación es la que sustenta el reconocimiento de la posesión como control de hecho que realizan los sujetos sobre las cosas.

La otra forma de asignación de titularidades es la que se sustenta en un criterio distinto a la mera vinculación de hecho sino en un título jurídico mediante el reconocimiento de un poder de derecho¹⁹⁸.

El otorgamiento de una titularidad fundada en un derecho y no un hecho implica el reconocimiento de una gama de facultades mucho mayor que la que reposa sobre las titularidades de hecho, pues la defensa del derecho podrá hacerse aun cuando no exista un control material efectivo del bien. Asimismo, esta clase de

¹⁹⁶ CATERINA, Raffaele. Il possesso. En: GAMBARO, Antonio y MORELLO, Umberto. *Tratatto dei diritti reali. Proprietà e possesso. Vol. I*. Milán: Giuffrè. 2008, p. 358.

¹⁹⁷ Op. Cit, p.319.

¹⁹⁸ CATERINA, Raffaele. *Il possesso*. Ibídem, p. 358.

reconocimientos son valorados en una escala superior por el ordenamiento, lo que permite que las titularidades de derecho se impongan ante las de hecho en la mayoría de casos, tal como ocurre en el conflicto entre poseedor precario y el propietario no poseedor de un bien.

Esta segunda forma de titularidad otorgada por el ordenamiento jurídico es la que da sustento a los derechos reales.

III. Teorías sobre el derecho real

Respecto a la definición de derecho real se han establecido dos teorías preponderantes que toman como puntos de discrepancias la calidad del vínculo existente entre persona y cosa (si es una relación o no) y los sujetos involucrados en la definición de derecho real (si abarca a solo un sujeto o si contempla una obligación pasiva universal).

1. Teoría clásica y su crítica

La primera de estas teorías es la *teoría clásica*, la cual sostiene que el derecho real es una relación existente entre una persona y una cosa. La cual le otorga a dicha persona una gama de facultades sobre la cosa, el derecho real reviste las características de inmediatez (el titular de derecho real puede satisfacer directamente su interés con relación al bien) y oponibilidad erga omnes (el derecho real puede oponerse a todos los sujetos).

Esta teoría fue elaborada tomando a la propiedad como ejemplo más excelso de los derechos reales, pretendiendo extrapolar las facultades de un propietario a las de los demás titulares de un derecho real, lo que conlleva a algunos cuestionamientos al momento de someter a revisión la definición propuesta.

Asimismo, esta teoría resalta la división clásica entre derechos reales y derechos obligaciones en el sentido que los primeros gozan de inmediatez y oponibilidad general mientras que los segundos no.

Primero, las relaciones relevantes para el derecho presuponen la existencia de, al menos, dos sujetos que interactúan en la sociedad, no existe derecho sin sociedad, como reza un antiguo brocardo romano, lo que genera que no puedan existir relaciones entre personas y cosas, solo relaciones entre personas.

Segundo, el carácter inmediato que reviste al derecho real se ve severamente cuestionado en los casos en los que el titular del derecho no puede realizar su interés sin la intervención de otra persona, tal como ocurre con las hipotecas, donde el acreedor debe exigir judicialmente la ejecución de la garantía o en las servidumbres negativas, en las que es el titular del predio gravado el que realiza un comportamiento de abstención a favor del titular del derecho real¹⁹⁹. Además de existir situaciones obligacionales donde existe inmediatez en el sentido que el titular de un crédito podría satisfacer directamente su interés, mediante el uso del bien arrendado.

Tercero, sobre la pretendida oponibilidad *erga omnes* se indica que incluso en algunos supuestos de derechos obligaciones sus efectos se consideran oponibles a toda la colectividad como ocurre con los arrendamientos inscritos.

2. Teoría personalista o teoría que niega la distinción entre derechos reales y obligacionales. Crítica a la teoría clásica

Esta teoría surge en respuesta a la clásica y plantea que, como es evidente, el derecho solo puede regular relaciones jurídicas entre sujetos, por lo que la existencia entre una persona y una cosa no es aceptable teóricamente en el mundo jurídico.

Se cuestiona entonces la pretendida diferencia entre derechos reales y obligacionales, pues ambos implican relaciones jurídicas con derechos y deberes, mientras que los derechos obligacionales implican la relación jurídica entre dos sujetos determinados con una conducta determinada denominada prestación, los derechos reales suponen una relación jurídica entre el titular del derecho y la

¹⁹⁹ DIEZ – PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. “*Sistema de Derecho Civil. Vol. III*”. Décima Edición. Madrid: Tecnos. 2002, p.33.

universalidad de sujetos en el mundo, que implica que estos asumen un deber abstracto de abstención o deber pasivo universal²⁰⁰.

A esta teoría se le critica que pierde de vista el lado activo del derecho real y las facultades que implica ser titular del mismo, además de caer en una ficción al vincular al titular del derecho con el resto de personas del mundo, con las que quizá nunca interactuará o no conocerán la existencia de su derecho²⁰¹.

3. Teoría ecléctica

La teoría ecléctica vincula los postulados de las teorías clásica y personalista, lo que implica la mención al derecho real como un poder otorgado sobre una cosa, pero que implica un deber general de abstención por parte de la colectividad.

Respecto a esta teoría se ha criticado que al momento de presentarse como superadora de las dos teorías mencionadas asume los errores y cuestionamientos de ambas y que a su vez crea un nuevo error, que “si el titular del derecho tuviese la necesidad para su señorío sobre la cosa de la realización de conductas negativas (de abstención) por los terceros, su poder sería igual al del acreedor en un derecho de crédito”²⁰².

Así, esta teoría reproduce en gran parte los postulados de la teoría personalista puesto que la estructura interna del derecho real sigue siendo el de una relación jurídica potencial entre el titular del derecho y el resto del mundo.

IV. El derecho real: Definición y tipos

²⁰⁰ Un sector del análisis económico del derecho nacional se adhiere a esta teoría al enmarcar a los derechos reales en el marco de relaciones de conducta que imponen un deber de respeto. BULLARD GONZALEZ, Alfredo. “*Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*”. Segunda Edición. Lima: Palestra. 2006, p.163.

Asimismo, una importante doctrina nacional sostiene que los derechos absolutos (entre los que se encuentran los derechos reales) se dan el marco de vinculaciones intersubjetivas abstractas. FERNANDEZ CRUZ, Gastón. “La obligación: apuntes para una dogmática jurídica del concepto”. En: *Themis*. N° 27- 28. 1994, p. 47.

²⁰¹ GONZALES BARRÓN, p. 71.

²⁰² DIEZ – PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. “*Sistema de Derecho Civil. Vol. III*”. *Ibíd*em, p.36.

El derecho real es un derecho subjetivo de naturaleza absoluta y de carácter patrimonial otorgado a un sujeto a fin de que satisfaga un interés mediante el uso, disfrute o disposición de un bien.

Decimos que el derecho real es un derecho absoluto pues no se enmarca en el ámbito de una relación jurídica sino que son autónomos respecto a la misma. Los derechos absolutos entonces no poseen un deber general de abstención como contrapartida sino que la situación de los terceros al derecho debe verse como una falta de derecho, que es lo que impide la intrusión en la esfera jurídica ajena²⁰³.

Es patrimonial pues el derecho otorgado recae sobre bienes materia de aprovechamiento económico y que constituyen el patrimonio de los sujetos. Los derechos reales implican a su vez “un poder o haz de facultades adherido de manera estable (o en relación de inherencia o incorporación) sobre los bienes”²⁰⁴.

No obstante, debemos acotar que los pretendidos caracteres de inmediatez y oponibilidad *erga omnes* se ven relegadas en virtud a esta nueva definición propuesta y que no todos los derechos reales poseen dichas características y que alguno de estos elementos no son patrimonio exclusivo de los derechos reales.

Los derechos reales a su vez pueden subdividirse en función a los derechos que estos otorgan con relación a un bien, pues no todos los derechos reales generan las mismas facultades a sus titulares:

1. *Derechos reales al disfrute inmediato de las cosas*²⁰⁵

Son derechos reales que permiten a su titular el disfrute directo sobre un bien, sin la necesidad de la cooperación de un tercero que materialice las facultades del titular. Estas facultades de disfrute pueden verse plasmada en el uso, el usufructo

²⁰³ MORALES HÉRVIAS 105

²⁰⁴ MORALES HÉRVIAS

²⁰⁵ WOLFF, Martin. *Derecho de cosas. Vol. I*. Décima revisión por Martin WOLFF Y Ludwig Raiser. Traducción española con anotaciones de Blas Pérez Gonzales y José Alguer. Tercera Edición al cuidado de José Puig Brutau. Barcelona: Bosch.1971, p. 18.

o la disposición del bien, se encuentran contenidas en esta categoría el derecho de propiedad, el usufructo, el uso, la habitación, la superficie y las servidumbres.

En los derechos reales de disfrute inmediato podemos encontrar una subclasificación en función al dominio sobre quien recae la cosa, así tenemos a los derechos reales de dominio (propiedad) y los derechos reales sobre cosa ajena (*iura in re aliena*).

2. *Derechos reales de realización o de garantía*

Son aquellos derechos reales que permiten al titular disponer materialmente de un bien ajeno que garantiza un crédito suyo, a través de esta facultad el titular podrá satisfacer el cobro de su acreencia mediante la ejecución forzada de la garantía a través de la venta o adjudicación del bien. Entre estos derechos se encuentra la hipoteca, la garantía mobiliaria y la anticresis.

V. La posesión: Aspectos sociales y jurídicos

1. *Aspecto social de la posesión*

La posesión puede definirse como es la más perceptible de las instituciones relativas a los Derechos Reales. Se accede a su conocimiento empírico por la vía de la percepción²⁰⁶, parafraseando al profesor Hernández Gil uno no puede ver al propietario, al acreedor, al deudor, en el sentido que uno no sabe qué personas son titulares de determinadas situaciones subjetivas, sin embargo, uno sí puede ver al poseedor, puede percibir a aquella persona que mantiene un control respecto a una cosa²⁰⁷, aquel que la tiene bajo un poder de hecho y actúa como si fuese el propietario del mismo, ya que normalmente la posesión coincide con la titularidad sobre una cosa²⁰⁸.

²⁰⁶ HERNÁNDEZ GIL, Antonio. “*La posesión*”. Primera edición. Madrid: Editorial Civitas. 1980, p. 27.

²⁰⁷ HERNÁNDEZ GIL, Antonio. “*La posesión*”. Ibídem, p. 27.

²⁰⁸ GALLO, Paolo. “*Trattato di diritto civile. III. La proprietà, i diritti reali limitati, il possesso*”. Turín: Giappichelli Editore. 2019., p. 530.

La posesión es la esencia misma de los derechos reales, estos aspiran en mayor o menor medida a mantener a su titular en una posición de control respecto al bien materia de su derecho, la posesión garantiza el efectivo ejercicio de los derechos que se le reconocen al titular de los derechos reales.

La posesión, es además la forma primigenia de todo derecho real, con anterioridad a la creación legislativa y doctrinal de los derechos reales los sujetos tienen la posesión de los bienes, esta responde a la necesidad natural y social de los seres humanos de apropiarse de bienes para el normal desarrollo de su vida.

2. Etimología

La palabra posesión deriva del vocablo latino: *possessio* (*possidere, possideo, possessum*) que a su vez deriva de los vocablos *positio pedium*, cuya traducción más literal es “poner los pies”²⁰⁹, de esa manera, se afirma que en la Ley de las Doce Tablas que “posesión tanto quiere decir como ponimiento de pies”²¹⁰.

Por otro lado, la palabra posesión también puede derivar de *post sedere* (después de estar sentado)²¹¹, expresión que evoca la idea de la ocupación de un lugar específico y además la noción de temporalidad, puesto que el vocablo “post” alude a una ocupación que no se agota en un solo momento sino que se prolonga en el tiempo.

Hernández Gil citando a Bonfante sostiene que la traducción literal de *possessio* por posesión no siempre resulta la más correcta pues en algunos casos se utiliza la palabra “*possessio*” para hacer alusión a “dominio”, de modo que se afirmaba que Alejandro, señor del mundo era “*orbis possessor*”²¹².

Considero que el recurso etimológico en la investigación jurídica debe manejarse con sumo cuidado, pues de lo contrario se terminaría equiparando de manera equivocada el antecedente histórico de una institución a la institución actual,

²⁰⁹ HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Ibíd*, p. 28.

²¹⁰ HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Op. Cit*, p. 29.

²¹¹ TORRES VASQUEZ, Aníbal. “*Código Civil comentado. T. I*”. Séptima Edición. Lima: IDEMSA. 2011, p. 844.

²¹² HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Op. Cit*, p. 29.

olvidando que el derecho debe ser entendido de acuerdo a las circunstancias de lugar y tiempo en los cuales se desarrolla.

3. *Primera acepción: La posesión como facultad emanada de un derecho subjetivo*

La posesión, como muchos de los términos en el derecho, es polivalente, por lo que corresponde determinar con certeza de qué hablamos cuando nos referimos a la posesión, dentro de un enunciado lingüístico en concreto.

De ese modo, cuando nos referimos a la posesión como facultad derivada de un derecho subjetivo nos estamos refiriendo al *ius possidendi* y cuyo estudio y análisis se enmarcan dentro del derecho subjetivo del cual deriva. Así, el arrendatario, el propietario, el usufructuario, el titular del uso y de la habitación son poseedores cuya facultad de controlar el bien derivan de un derecho subjetivo, en dichos caso resulta mucho más coherente hablar de derecho a la posesión que de posesión en sentido estricto, las cual resulta de un control autónomo sobre un bien con independencia de un título jurídico que justifique dicho acto.

4. *Segunda acepción: La posesión como señorío de hecho*

La segunda acepción de posesión es la referida a la posesión propiamente dicha, también llamada *ius possessionis* la cual deriva de un control autónomo y potencial sobre un bien sin que exista, necesariamente, un título jurídico que justifique la posesión. En dicho sentido, un propietario, que cuenta con el derecho a ejercer la posesión del bien puede no ser poseedor, en caso no ejerza un efectivo control de hecho sobre el bien, y en sentido contrario, un invasor, carente de todo título jurídico, puede ser poseedor de un bien siempre que ejerza un control material autónomo sobre un bien.

La posesión, en sentido estricto, no es un derecho, es un control o ejercicio de hecho²¹³ por lo que no es necesaria la existencia de una facultad, nacida de un derecho subjetivo, para empezar a poseer un bien y continuar poseyéndolo.

5. *Adquisición y pérdida*

La posesión se adquiere ya sea por la tradición o por otras formas originarias. Ambas formas de adquisición de la posesión, requieren, cuanto menos, la existencia de capacidad de entender y querer en el sujeto que las adquiere, ya que al no ser la adquisición de la posesión un acto negocial sino un mero acto jurídico no hace falta que el adquirente cuente con capacidad negocial. Esta clasificación dualista establecida en el artículo 900 del Código Civil dispone que la posesión puede ser transferida u adquirida sin la intermediación de un sujeto distinto al que adquiere la posesión, en ambos casos se requerirá de un efectivo control actual o potencial sobre el bien a efectos de poder concluir válidamente que la posesión ha sido adquirida.

En el caso de la tradición, esta es la entrega física y voluntaria de un bien a una persona, por lo que la transferencia a título derivativo se efectúa con el consentimiento del anterior titular de hecho²¹⁴.

El artículo 901 del Código prescribe que la tradición se realiza mediante la entrega del bien a quien debe recibirlo, por lo que a efectos de efectuar la tradición son requeridos de manera copulativa los requisitos de voluntariedad y de entrega del bien²¹⁵, salvo algunas excepciones donde se permite una tradición ficta.

Debe precisarse que la tradición no siempre implica una entrega real de la cosa, por lo que se entenderá efectuada la tradición por la entrega de las llaves, por la firma de la escritura pública de compraventa²¹⁶ o por los actos denominados sucedáneos de la tradición, regulados en el artículo 902 del Código Civil.

²¹³ GALLO, Paolo. *“Trattato di diritto civile. III. La proprietà, i diritti reali limitati, il possesso”*. Ibídem, p. 530.

²¹⁴ GALLO, Paolo. Ibídem., p. 554.

²¹⁵ GALLO, Paolo. Op Cit., p. 554.

²¹⁶ DIEZ PICASSO 101

Por otro lado, la tradición se entiende realizada de manera originaria cuando no median los elementos esbozados para la adquisición derivada sino que median “actos de injerencia física y de aprehensión del bien”²¹⁷, sin embargo, para que se entienda efectuada la adquisición se requiere que se verifiquen actos que inequívocamente impliquen la instauración de un control exclusivo del bien²¹⁸.

Son formas de adquisición originaria de la posesión la ocupación pacífica de un bien que ha sido abandonado; el despojo ejercido contra otro poseedor, el cual si bien puede implicar actos de violencia por parte del invasor si no es repelido o recuperada la posesión por parte del poseedor anterior permite al invasor consolidar su posesión, dentro del despojo se encuentra también la interversión del título que implica la existencia de una entrega previa y voluntaria del bien, pero el poseedor o el detentador, pueden variar su concepto posesorio por actos de terceros o por oposición al titular.

6. Derechos del poseedor

La posesión no es un derecho, es un hecho o mero control de facto, sin embargo, nada impide que nazcan a favor del poseedor determinadas facultades que podrá ejercitar válidamente y derivadas de la situación de hecho.

En efecto, quedan reconocidos a favor del poseedor diversos remedios de tutela de la posesión, ya sean auto compositivo como la defensa posesoria extrajudicial o hetero compositivos como el interdicto y el desalojo.

Asimismo, se reconoce a favor del poseedor de buena fe la facultad de conservar los frutos obtenidos del bien durante todo el plazo que duró su posesión, sin la obligación de restituirlos. También es reconocido a favor de los poseedores, ya sean de buena o mala fe, el reembolso de las mejoras necesarias y útiles realizadas en el bien.

7. Teorías sobre la protección posesoria

²¹⁷ GALLO, Paolo. Op Cit., p. 551.

²¹⁸ GALLO, Paolo. Op Cit., p. 551.

La protección a la posesión se sustenta en dos teorías principales, añadiendo algunos autores una tercera teoría mixta. Las dos teorías que justifican la protección posesoria reciben la denominación de teorías absolutas o relativas, las absolutas adquieren dicha denominación en tanto que justifican la protección posesoria sin necesidad de recurrir a un elemento justificativo adicional a la posesión misma, mientras que las teorías relativas recurren a elementos adicionales para justificar la protección a la posesión.

Esta clasificación fue planteada inicialmente en la obra de Ihering, "*Teoría de la posesión. Fundamentos de la protección posesoria*", ambas teorías pueden ser definidas de la siguiente manera:

Teorías absolutas: Sostienen que la posesión debe ser defendida por encontrar, en sí misma, un fundamento a tal tutela. Dichas teorías fueron elaboradas durante el auge de la teoría de la voluntad en el derecho civil, de esa manera sostienen que la posesión es protegida por ser la voluntad encarna en su forma real (Gans, Puchta y Bruns), por servir, al igual que la propiedad al destino universal del patrimonio y a la satisfacción de las necesidades de las personas (Stahl)²¹⁹.

Teorías relativas: Sostienen que la posesión debe ser defendida pero por fundamentos externos a la posesión, como la interdicción de la violencia (Savigny) y como complemento necesario de la tutela de la propiedad (Ihering).

De modo adicional se plantea una tercera vía que fundamenta la tutela de la posesión en diversos fundamentos, superando de esta manera la clasificación bipartita de los fundamentos de la posesión.

8. Remedios posesorios²²⁰

²¹⁹ VON IHERING, Rudolf. "*Teoría de la posesión. El fundamento de la protección posesoria*". Versión Española por Adolfo Posada. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación. 1892, pp. 184 y 185.

²²⁰ El presente acápite ha sido tomado del siguiente ensayo de mi autoría: JIMÉNEZ SALAS, Joao. "¿Se encuentra la *acción publiciana*, o "mejor derecho a la posesión", reconocida en nuestro ordenamiento jurídico? Comentarios a propósito de la Casación N° 1284-2018-Ucayali". En: *Dialogo con la Jurisprudencia* N° 258. Lima. 2020.

Una autorizada doctrina comenta que el derecho reconoce dos criterios de atribución de titularidades o poderes sobre los bienes, un primer criterio fundado en la relación de hecho entre las personas y las cosas, de manera que se protege a las personas por encontrarse físicamente en el bien en disputa y un segundo criterio que puede establecer una relación con independencia del control físico sobre el bien o tomando en cuenta también circunstancias de hecho, pero cuya protección se basa en el reconocimiento especial que el ordenamiento jurídico le otorga a un título hierático o título jurídico que respalda la relación con el bien. El primer criterio es el que fundamenta la protección jurídica de la posesión, el segundo, el de los derechos reales en general²²¹.

La posesión puede ser defendida por tres remedios reconocidos expresamente en nuestra legislación: La defensa posesoria extrajudicial, los interdictos y el desalojo. Adicionalmente, se estaría reconociendo una vía adicional no regulada en nuestra legislación, en este caso, la acción publiciana o mejor derecho a la posesión.

En función a la vía de tutela y al sujeto legitimado para interponer cada medio de defensa puede establecerse el siguiente cuadro:

REMEDIO POSESORIO	VÍA DE TUTELA	SUJETO LEGITIMADO
		Poseedor
		y
Defensa posesoria extrajudicial	Autocompositiva	Propietario de inmueble sin edificación o que se encuentra en dicho proceso

²²¹ SACCO, Rodolfo y CATERINA, Raffaele. “*Il possesso*”. Milán: Giuffré Editore. 2014, p. 13.

Interdictos	Heterocompositiva	Poseedor
Desalojo	Heterocompositiva	Poseedor legítimo
Acción publiciana	Heterocompositiva	Poseedor <i>ad usucapionem</i>

En vista que no es propósito de este trabajo definir a detalle cada uno de los remedios antes indicados pasaremos a brindar una definición, en líneas generales, de los mismos:

a) La defensa posesoria extrajudicial

La defensa posesoria extrajudicial es el acto material de repulsa que realiza el poseedor contra aquel que pretende despojarlo del bien que viene poseyendo, y también el acto material de recuperación, en caso el despojo ya se haya producido, en ambos casos, el artículo 920 del Código Civil establece que el sujeto que ejerce dicha defensa debe abstenerse de las vías de hecho no justificadas por las circunstancias. El plazo para ejercer la defensa posesoria extrajudicial es de quince días desde conocido el despojo.

b) Los interdictos

Mediante los interdictos se busca tutelar al poseedor que ha sido despojado de la posesión o se ve perturbado, tal como establece el artículo 598 del Código Procesal Civil, es decir, los interdictos pueden ser utilizados tanto por poseedores legítimos como ilegítimos, siempre que exista un acto de despojo (tutelado por el interdicto de recobrar) o de perturbación (tutelado por el interdicto de retener). El plazo para

interponer los interdictos es de un año computado desde el hecho que lo fundamenta.

c) El desalojo

El desalojo es un proceso que busca que se restituya un bien a un poseedor legítimo, así, el artículo 586 del Código Procesal Civil establece que se encuentran legitimados para el desalojo todos aquellos que consideren tener **derecho** a la restitución de un bien, lo que excluye de plano que los poseedores ilegítimos, ya sea de buena o mala fe. El desalojo no posee un plazo prescriptorio, a diferencia de los interdictos, por lo que puede entablarse este proceso en caso el plazo para ejercer la defensa interdictal haya prescrito.

d) La acción publiciana

La acción publiciana o mejor derecho de posesión, es una forma de tutela cuyos orígenes se remontan al derecho romano, donde el adquirente de un bien bajo dominio bonitario podía solicitar la restitución del bien si se veía despojado del mismo, ya que al no tener dominio quirritario no se le reconocía el derecho a la reivindicación.

Actualmente y en nuestro país se pretende reconocer la existencia de la acción publiciana en el artículo 601 del Código Procesal Civil, no obstante, dicha norma prescribe que transcurrido el plazo para solicitar el interdicto el interesado podrá pedir que se discuta su derecho a la posesión en un proceso de conocimiento; sin embargo, en el caso de la acción publiciana quien la demanda siempre es un poseedor ilegítimo por lo que es incorrecto sostener que dicho “derecho a la posesión” lo respalde.

9. *Tipos de posesión: posesión mediata e inmediata, de buena fe y de mala fe, legítima e ilegítima y la posesión precaria*

De acuerdo al Código Civil peruano la posesión puede ser considerada a través de las siguientes categorías:

- a) Posesión mediata e inmediata:** Esta categoría obedece al grado de control que tiene el poseedor con relación al bien, es poseedor inmediato quien tiene el control directo e inmediato del predio, mientras que el poseedor mediato es aquel que tiene un control directo pero potencial del predio pues fue quien entregó la posesión del bien al poseedor inmediato. En el ejemplo del contrato de arrendamiento es poseedor inmediato el arrendatario y poseedor mediato el arrendador que entregó el bien al primero.
- b) Posesión de buena fe o mala fe:** La posesión de buena fe es aquella que se ejerce con la convicción de que la posesión se está ejerciendo en función a un derecho, pese a que dicho derecho en verdad no exista. Por el contrario, la posesión de mala fe es aquella que se ejerce con la convicción de la ausencia de derecho. De acuerdo al Código Civil en los casos de posesión de mala fe el poseedor deberá restituir el bien junto con todos los frutos adquiridos durante el tiempo que duró su posesión.
- c) Posesión legítima e ilegítima:** La posesión es ilegítima cuando se ejerce sin ningún derecho que la respalde, es el mero control de facto sobre el bien, mientras que la legítima es aquella que si está respaldada por un derecho. Es necesario señalar que las categorías de posesión legítima e ilegítima y posesión de buena fe y mala fe pueden coincidir muchas veces, por ejemplo, una persona que adquiere la posesión del bien de parte de alguien que se mostró como el propietario con documentos falsificados será poseedor ilegítimo, al no tener título, pero será poseedor de buena fe al tener la convicción de la existencia de un derecho.
- d) Posesión precaria:** La posesión precaria es una categoría problemática dentro del Código Civil, el mismo la define como aquella posesión que se ejerce sin título o cuando el título que se tenía ha fenecido.

10. *La posesión en el pensamiento de Savigny y Ihering*

Friedrich Karl Von Savigny (1779 – 1861) es uno de los juristas más influyentes de la tradición romano germánica del derecho, a él es atribuible la fundación de la escuela histórica del derecho como respuesta a las propuestas codificadoras en Alemania por influjo del racionalismo, su escuela motivó el estudio del derecho nacional contenido el espíritu del pueblo, corriente de estudio que decantó en los estudios pandectistas del siglo XIX.

Savigny publicó en el año 1803 una de sus obras más importantes relativa al estudio de la posesión en base a los textos de derecho romano, lo que permitieron que el autor pudiese elaborar una noción propia de posesión.

La posesión para el autor es un control de hecho que se ejerce sobre un bien, de manera que se pueda dirigir el destino del mismo y protegerlo de los demás, este control de hecho produce para el autor dos efectos principales, primero, es la base para adquirir el dominio vía usucapión y es segundo, es pasible de ser defendida mediante los interdictos y la acción publiciana.

En palabras del autor la posesión se presenta como “un poder puramente de hecho sobre una cosa, sin tener ningún carácter legal. Pero en ese estado es protegida contra ciertas violaciones y a causa de esta pretensión es precisamente por lo que existen reglas concernientes a la adquisición y a la pérdida de la posesión como si fuese un derecho”²²².

El autor afirma que la posesión adquiere protección jurídica pues a través de esta el derecho trata de proscribir las actuaciones ilícitas y así mantener la paz social, de manera que no se tutela a posesión en sí misma, sino se protege al sistema de intervenciones ilícitas:

“Este fundamento consiste en la unión de este estado puramente de hecho con la persona que posee y cuya inviolabilidad sirve al mismo tiempo para protegerla contra toda especie de violaciones que podrían también dirigirse contra la persona misma. La persona en efecto debe estar siempre al abrigo de toda

²²² VON SAVIGNY, Friedrich. *“Tratado de la posesión. Según los principios del Derecho Romano”*. Madrid: Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica. 1845, p. 24.

violencia, y si esta se comete, siempre es una injusticia cuyas consecuencias pueden ser diversas²²³”.

Un aspecto relevante en la tesis del autor es aquel referido a los elementos que componen a la posesión, de este modo, para Savigny la posesión es la suma de la aprehensión material de la cosa (*corpus*) más el ánimo de tenerla para sí (*animus possidendi*).

Respecto a la aprehensión el autor señala que esta es “la posibilidad de ejercer inmediatamente una influencia sobre la cosa, y no el contacto corporal”²²⁴, lo que excluye la posibilidad de que los meros contactos circunstanciales puedan considerarse como aprehensión.

Sobre el *animus possidendi* se indica que este es la “intención de tratar como *propia* la cosa que debe formar el objeto de la posesión”²²⁵, lo cual no puede ser confundido con la convicción de propiedad, es distinto tratar una cosa como propia que creer que lo es.

La posesión según la tesis de Savigny genera como consecuencia práctica que solo puedan ser considerados como poseedores, el propietario, el invasor y aquellos que ostenten *corpus* y *animus* con relación a un bien y que las personas privadas de discernimiento no puedan ser poseedoras, los infantes y los arrendatarios no puedan ser poseedores por carecer de *animus*.

Rudolf Von Ihering (1808 – 1892) reformuló la tesis de Savigny, indicando que la tutela de la posesión no se manifiesta como una proscripción de la violencia, sino como una tutela de la propiedad, de manera que cuando se tutela la posesión en realidad de intenta proteger a la propiedad, la cual se exterioriza mediante un control de hecho.

²²³ VON SAVIGNY, Friedrich. “*Tratado de la posesión. Según los principios del Derecho Romano*”. *Ibidem*, p. 24.

²²⁴ VON SAVIGNY, Friedrich. *Ibid.*, p. 128.

²²⁵ *Op. Cit.*, p. 132.

El autor señala que la defensa legal de la posesión no solo puede descansar en la tutela del elemento físico sino un elemento moral, de manera que “la seguridad de la posesión no descansa solo en elemento *físico*, es decir, en medidas de seguridad tomadas para protegerla, sino también en el elemento *moral o jurídico*, a saber, en el temor de lesionar los derechos de otro, inspirado por el sentido jurídico o por la ley. Si yo paso cerca del lazo puesto por otro sin apoderarme del tordo en él cogido, el motivo que me retiene no es de naturaleza física, sino puramente moral: es el respecto a la propiedad de otro”²²⁶.

Respecto a los elementos configuradores de la posesión Ihering excluyó al *animus* de la misma, indicando que la presencia de dicho elemento, presente en la tesis subjetiva de Savigny, y tomada de la interpretación de un texto de Paulo, no es concordante con el derecho romano, donde el *animus* se funde en el *corpus*²²⁷.

La tesis de Ihering, conocida como tesis objetiva, tiene como consecuencia que, a fin de considerarse poseedor no hará falta la existencia de un ánimo de propietario, por lo que aquellos que tienen un control autónomo del bien podrán ser poseedores aun reconociendo una posesión superior, tal como ocurre con el arrendatario. Se ha indicado que el Código Civil peruano recogería la tesis objetiva de Ihering en su regulación sobre la posesión al establecer en su artículo 896 que la posesión es un ejercicio de hecho²²⁸²²⁹.

De tal modo, y si bien nuestro artículo 896 se remite a la propiedad para definir a la posesión es deudor de la tesis objetiva de Ihering, pues solo hace mención al ejercicio fáctico de una o más facultades del derecho de propiedad, sin tomar en cuenta la intención de quien posee el bien, excluyendo así al *animus* de su definición.

²²⁶ VON IHERING, Rudolf. “*Teoría de la posesión. El fundamento de la protección posesoria*”. *Ibidem*, pp. 184 y 185.

²²⁷ VON IHERING, Rudolf. “*La voluntad en la posesión. Con la crítica del método jurídico reinante*”. Versión Española por Adolfo Posada. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación. 1896, pp. 245 y ss.

²²⁸ TORRES VASQUEZ, Aníbal. “*Código Civil comentado. T. I*”. *Ibidem*, p. 846.

²²⁹ AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. “Definición de posesión”. VVAA. “*Código Civil comentado. T. V. Derechos Reales*”. Tercera Edición. Lima: Gaceta Jurídica. 2010, p. 57.

11. *La posesión y la propiedad*

La posesión es el ejercicio de un poder de hecho sobre un bien, este ejercicio puede realizarse con independencia de un título jurídico que lo habilite de manera previa, por lo que la posesión no requiere a un derecho real como sustento del mismo.

Sin embargo, la posesión puede ser también ser el resultado de una titularidad jurídica que confiere a su portador el derecho de usar y disfrutar el bien, lo cual se materializa a través de la posesión, de manera que la mayoría de derechos reales, entre estos la propiedad apuntan a un objetivo: el aprovechamiento económico del bien, lo que conlleva a la posesión del mismo.

La propiedad puede entenderse como el derecho más extenso que el ordenamiento jurídico reconoce a una persona en función a un bien²³⁰, lo que otorga a su titular facultades de disposición, uso, usufructo y defensa del bien. Como bien ha indicado una doctrina nacional, la posesión es la realidad de la propiedad²³¹, ya que si bien la propiedad es la titularidad jurídica la posesión es el fin último de esta, es decir, el control o dominio material del bien.

12. *La posesión y la detentación*

La detentación es el mero contacto físico con el bien, a diferencia de la posesión, la detentación no implica un ejercicio autónomo del bien sino la satisfacción de un interés ajeno. El artículo 897 de nuestro Código Civil señala que no se considera como poseedor a la persona que está en una relación de dependencia con relación al poseedor o mantiene la posesión en nombre de dicha persona, o para acatar órdenes suyas.

Según la definición de nuestra norma (la cual hace alusión a la categoría del servidor de la posesión o detentador) el elemento que distingue a la posesión y a la detentación es el control autónomo del bien, pues se indica expresamente que no

²³⁰ WESTERMAN, Harry; WESTERMAN, Harm Peter; GURSKY, Karl-Heinz; EICKMANN, Dieter; Derechos reales, Cañizares Iaso, Ana; Miquel González, José María; Rodríguez Tapia, José Miguel; Rodríguez-Rosado, Bruno; séptima edición, Madrid-España, Fondo Cultural del Notariado, 2007, p. .

²³¹ GONZALES BARRÓN

existe posesión en el marco de una relación de dependencia que implique que el control material del bien sea ejercido por cuenta e instrucciones ajenas.

De esta manera, no se considerará como poseedor el guardián del predio que, encontrándose en una relación de dependencia respecto al titular custodia el bien nombre e instrucciones de este.

TEMA IV: LA INTERVERSIÓN DEL TÍTULO

I. La interversión, aspectos principales

El propósito de este capítulo es delimitar los alcances de la categoría de la interversión, su estructura, su lugar en las categorías del derecho privado (su naturaleza), su propósito dentro de un ordenamiento jurídico y más importante, ¿La interversión es aplicable en los casos en los que un copropietario desea adquirir la totalidad de un bien indiviso? De esta forma nos acercaremos más a delimitar conceptualmente nuestro tema de estudio, en este caso, la adquisición por prescripción adquisitiva por parte de los copropietarios.

1. *La interversión como forma de adquisición de la posesión*

La posesión como dominio de hecho se adquiere y pierde por circunstancias fácticas, entre las formas de adquisición se encuentran la ocupación, el despojo y la interversión del título.

La interversión es un supuesto de despojo (spoglio)²³², pues esta **presupone que el sujeto que intervierte su título**, ya sea de detentación a posesión o de posesión a posesión *ad usucapionem*, **ya mantenía un tipo de contacto con el bien**, pero por actos materiales se produce una mutación en cuanto a su título jurídico.

Con lo antes indicado podemos ensayar una definición de interversión: *La interversión es la modificación del concepto por el cual se detenta o se posee un bien y que se exterioriza mediante actos que manifiesten de manera inequívoca esta trasmutación.*

Supongamos que un guardián ha sido encomendado para cuidar un fundo, tarea que ejerce por varios años, nadie discute que su condición es la de un servidor de la posesión o detentador, ahora, imaginemos que dicho guardián decide empezar a poseer el bien para sí y ya no solo detentarlo, en este primer ámbito volitivo aún no se produce la interversión. Luego, el guardián exterioriza esta voluntad mediante

²³² CATERINA, Raffaele. “*Il possesso*”. *Ibid*, p. 406.

actos concluyentes como el cambio de la cerradura y la denegatoria al ingreso del titular del bien, es a partir de este momento, con la exteriorización inequívoca de la voluntad de poseer para sí es que el título muta de detentador a poseedor.

Lo mismo ocurre cuando una persona mantiene la posesión de un bien en calidad de arrendatario y decide dejar de pagar las rentas, cerrar los accesos al bien y oponerse a la titularidad del propietario impidiendo su ingreso al bien, mediante estos actos de clara oposición al dominio del titular es que se efectúa el cambio de título de poseedor a poseedor en concepto de dueño (*ad usucapionem*).

La posesión puede ocurrir por dos razones: por oposición dirigida contra el titular del bien y por actos provenientes de un tercero.

- a) *Por oposición dirigida contra el titular*: La interversión es un acto de despojo que se materializa mediante actos que demuestran inequívocamente que el poseedor ha dejado de controlar el bien en concepto ajeno y ha empezado a ejercer la posesión para sí, lo que conlleva a que estos cambios sean conocidos por el titular del derecho, a quien deberá manifestarse la oposición del sujeto que intervierte de mantener su actual estatus.

- b) *Por actos de un tercero*: La interversión también se produce en aquellos casos en los cuales un tercero no legitimado para disponer del bien pero poseedor del mismo lo transfiere al sujeto que lo detenta, adquiriendo este su condición posesoria.

Así, siempre resulta necesario que el cambio de *animus detinendi* a *animus possidendi* o de *animus possidendi* a posesión *ad usucapionem* se realice a través de **actos inequívocos que demuestren la trasmutación del título**²³³.

La interversión entendida como un hecho jurídico complejo cuenta con los siguientes elementos que configuran su supuesto de hecho **(i) Condición inicial posesoria, (ii) Rechazo o desconocimiento** [en este elemento se encontrarían los

²³³ TORRENTE, Andrea y SCHLESINGER, Piero. Op. Cit, p. 323.

supuestos arriba mencionados] y **(iii) momento** [la exteriorización inequívoca del acto]²³⁴.

El profesor Lama More señala que la interversión del título es aplicable tanto a los sistemas jurídicos que se basan en el modelo posesorio de Ihering y aquellos que regulan el modelo de Savigny²³⁵, siempre que el poseedor o el detentador demuestren mediante actos concluyentes la modificación del título, añade el citado autor, en criterio que comparto, que pese a la trascendencia de esta figura el legislador del Código Civil de 1984 optó por no regularla²³⁶.

Ya sea que se tome a la posesión como la suma de *animus* y *corpus* o solo *corpus*, como ya se ha explicado líneas arriba una cuestión es clara, y es que con independencia del modelo elegido es innegable que existen supuestos en los cuales el sujeto que mantiene el contacto con el bien exterioriza su voluntad de ya no poseer o detentar el bien en los términos en los que lo había venido haciendo. La

²³⁴ BARBOZA DE LAS CASAS, Gerson. La posesión como comunicación. Reflexiones en torno a la admisión de la interversión del título posesorio. En: *Dialogo con la Jurisprudencia* N° 256. Enero. 2020, p. 133.

La doctrina citada indica que en la interversión del título pueden identificarse tres casos paradigmáticos: “El primer supuesto paradigmático (1) sería el analizado en la Casación N° 2261 – 2017/La Libertad, esto es, una persona celebra un negocio jurídico de transferencia de propiedad sobre un inmueble, sin embargo, **el adquirente no entra en posesión del bien**. Luego el transferente, ya sin ser propietario, se mantiene en la posesión del bien, desconociendo la transferencia y comportándose **como propietario**.”

El segundo supuesto paradigmático (2) se presenta cuando una persona, en virtud a de un negocio jurídico (arrendamiento o comodato, por ejemplo), adquiere la posesión (inmediata) de un bien, reconociendo la propiedad o titularidad de otro (poseedor mediato). Sin embargo, de manera posterior, el poseedor **inmediato** comienza a comportarse **como propietario**, desconociendo o rechazando el negocio jurídico la posesión mediata y la propiedad.

El tercer supuesto paradigmático **(3)** correspondería a los hechos expuestos en la Casación N° 3667/Ucayali. En ese caso, una persona habita una casa conjuntamente con su cónyuge, quien es gerente general de empresa propietaria del inmueble. Luego de un tiempo, la pareja se separa, sin embargo, la cónyuge se mantiene por más de veinticinco (25) años en posesión (pública y pacífica) del inmueble **como propietaria**, rechazando la propiedad de la empresa, incluso desconociendo una transferencia que sobre ella se efectuó. BARBOZA DE LAS CASAS, Gerson. La posesión como comunicación. Reflexiones en torno a la admisión de la interversión del título posesorio. *Ibidem*, p. 133.

²³⁵ LAMA MORE, Héctor. El título posesorio en el derecho civil peruano. En: *Revista Oficial del Poder Judicial* 2/1. 2008, p. 149.

²³⁶ LAMA MORE, Héctor. El título posesorio en el derecho civil peruano. *Ibidem*, p. 151.

interversión solo reconoce a una realidad innegable que puede ser percibida por todos.

Sobre el sustento de la interversión del título podemos indicar que esta se encuentra relacionada con la **(i)** adquisición de un derecho mediante la prescripción adquisitiva o **(ii)** aumentar las facultades que actualmente con las que actualmente cuenta el titular (el uso de remedios posesorios, por ejemplo), lo cual a su vez se relaciona con la intención de consolidar el contacto que se tiene con el bien.

Una doctrina nacional sostiene que la interversión es una manifestación del “principio del acto claro”, la cual vincula a la posesión con la manifestación de la voluntad de apropiarse de un bien, de manera que “el sustento de la ITP se encuentra en la posesión **como comunicación** la cual es la manifestación del principio del acto claro. En efecto, la posesión funciona como un mecanismo transmisor de información hacia las personas. Así la posesión como acto de exteriorización de un comportamiento tendrá un contenido, una información. Pero ¿qué información se transmite a través del fenómeno posesorio? La posesión exterioriza un comportamiento de apropiación sobre el bien. Una declaración sobre la delimitación clara de “lo mio” dirigida hacia el **otro**”²³⁷.

La concepción citada reconoce implícitamente de que la posesión, y los actos jurídicos reales en general, son también un medio de exteriorización de la voluntad del individuo, criterio que compartimos, tal como se analizará en el acápite siguiente, la mutación del título es un mecanismo de comunicación de la voluntad que informa el cambio de concepto bajo el cual se controlaba un bien.

La importancia de la interversión reside en que a través de esta se reconocen los cambios materiales en la posesión y en la detentación que ocurren en la realidad, el reconocimiento de la interversión es pues un sinceramiento de la condición jurídica de los ocupantes de los bienes, a fin de proscribir una contradicción entre los hechos de la realidad y el título que es conferido como correlato de tales hechos, además de que “puede responder al interés general de la organización de la vida

²³⁷ BARBOZA DE LAS CASAS, Gerson. *Ibíd.*, p. 136.

en sociedad que un sujeto comunique a otro su propia intención, (...) o que el efectúe una acción real (la ocupación, etc)”²³⁸.

II. La interversión del título posesorio y los actos jurídicos en sentido estricto

Como se indicó, la interversión es la mutación del título de detentador o poseedor que se realiza mediante la exteriorización de comportamientos inequívocos de la modificación del ánimo.

La realización de estos comportamientos involucra necesariamente la manifestación de un querer interno del sujeto²³⁹, lo cual no se realiza mediante la palabra, sino mediante la conducta, recordemos que en los actos jurídicos y en los negocios jurídicos existe voluntariedad, solo que en los primeros esta se agota con la realización del acto y en los segundos mediante la instauración de una regulación de intereses propios.

La interversión no puede sino asimilarse a la categoría de *actos jurídicos en sentido estricto*, que son definidos por el profesor Von Tuhr como “manifestaciones de voluntad cuyos efectos no nacen de lo querido por el declarante, sino de lo establecido en la ley”²⁴⁰. Así, los actos por los cuales se manifiesta la voluntad de ya no detentar el bien sino poseerlo o el paso a una posesión *ad usucapionem* no tienen como contenido una auto regulación de intereses privados sino que la intención del sujeto se agota en la realización del acto en sí, y cuyos efectos provienen directamente del cumplimiento de un supuesto de hecho de la ley y no del reconocimiento de la autonomía privada de los individuos.

Dentro de la amplia gama de clasificaciones que poseen los actos jurídicos en sentido estricto la interversión se enmarca en la categoría de *actos jurídicos reales*, los cuales *son manifestaciones de voluntad cuyo propósito se agota en la*

²³⁸ SCONAMIGLIO, Renato. “*Contribución a la teoría del negocio jurídico*”. Edición, traducción y notas de Leysser León. Lima: Grijley. 2004, p. 208.

²³⁹ “Toda mutación real tiene su causa fuente que consiste en uno o más hechos jurídicos. Sin hecho jurídico no hay mutación real alguna”. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando. “*Derechos reales. T. I*”. Buenos Aires: ZAVALIA. 1989, p.259.

²⁴⁰ VON TURH, Andreas. “*Parte general del derecho civil*”. Granada: Editorial Comares. 2006, p. 56.

verificación material de una conducta ejercida sobre una cosa y cuyos efectos provienen del cumplimiento de un supuesto de hecho establecido en una ley.

Entre las múltiples clasificaciones de actos jurídicos en sentido estricto podemos encontrar la propuesta de Flume²⁴¹, quien establece que los actos jurídicos se clasifican en actos reales, las notificaciones y el perdón:

- a) Actos reales:
 - *Actos jurídicos en los que la conducta no está dirigida a un fin teleológicamente relevante.*
 - *Actos jurídicos de adquisición y pérdida voluntaria de la posesión*
 - *Actos reales independientes de la voluntad*
- b) Notificaciones.
- c) El perdón.

A su vez, Enneccerus²⁴² señala que los actos jurídicos (en general) se clasifican de la siguiente manera:

- a) Declaraciones de voluntad (negocios jurídicos)
- b) Actos de derecho
 - *Actos semejantes a los negocios jurídicos*
 - *Actos reales*
 - *Actos conformes a derecho a derecho que obligan a indemnizar*
- c) Actos contrarios a derecho

Como puede notarse, **en ambas clasificaciones se toma en cuenta la presencia de los actos reales**, entre los cuales se encuentran aquellos comportamientos que sin ser negocios jurídicos está vinculados con un efecto otorgado por el

²⁴¹ FLUME, Werner. *Ibíd.*, p.144

²⁴² ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. *“Tratado de Derecho civil”*, Traducción de la 39ª Edición alemana, decimotercera revisión por Hans Carl Nipperdey, estudios de comparación y adaptación a la jurisprudencia española por Blas Pérez Gonzales y José Alguer. Barcelona: Editorial BOSH, 1953, Segunda Edición al cuidado de José Puig Brutau T. I Vol. II. Primera parte, pp. 12 y ss.

ordenamiento como respuesta a una conducta cuyo propósito se agota en la ejecución el mismo acto, tal como la adquisición de la posesión, la pérdida de la posesión, el despojo y la interversión²⁴³.

De este modo, el estudio de los actos jurídicos en sentido estricto y el lugar de la interversión dentro de estos permite comprender de manera más completa el funcionamiento de esta institución, la cual, como ya se ha visto, encuentra su fundamento en el reconocimiento de un cambio manifiesto de la condición posesoria de un sujeto, lo que puede implicar una “mutación real”²⁴⁴, ya sea a través de la prescripción o el otorgamiento de nuevas facultades de defensa del bien.

III. La interversión del título posesorio en el derecho peruano

²⁴³ Sobre la ocupación se ha discutido sobre su naturaleza de acto jurídico en sentido estricto o de negocio jurídico, inclinándose Flume por la primera categoría y Sconamiglio en la doctrina italiana por la segunda: “Los actos de adquisición o abandono de la posesión se diferencian de los negocios jurídicos, tal como están estructurados en por el Ordenamiento Jurídico sus supuestos de hecho, en que se dirigen a un resultado de hecho, la adquisición o abandono del señorío efectivo sobre la cosa, la introducción en un lugar, y no como en los negocios jurídicos, por ejemplo como en el contrato de compraventa, a la configuración jurídica, al establecimiento de una reglamentación jurídica.

La diferencia puede ser ilustrada con los ejemplos de apropiación (ocupación) y el abandono de la propiedad (derelicción), porque precisamente estos ejemplos son discutidos. La ocupación, según la doctrina dominante, no es un negocio jurídico, porque el supuesto de hecho normativo solamente exige un acto que esté dirigido a un resultado de hecho, a la posesión en concepto de dueño. El efecto jurídico de la ocupación se produce sin que el acto de *occupare* requerido por el supuesto de hecho de la norma esté dirigido teleológicamente a este resultado”. Op. cit, p.144.

“A manera de ejemplo se deberá reconocer, sin hesitar, que constituyen negocios y no actos: la ocupación (artículo 923 del Código Civil); el reconocimiento del hijo natural (artículo 250 y siguientes), la aceptación tácita de herencia (artículo 476), con lo cual se superan, respecto de estas hipótesis, las dudas que fatigan a la doctrina. Es un hecho que en todos estos casos está presente, en la propia realidad práctica, un acto de autonomía negocial, que luego el ordenamiento reconoce en cuanto tal, y, por lo tanto, conceptualmente, como negocio: esta conclusión que no es desvirtuada ciertamente, por el hecho de que tales negocios, por su peculiar estructura (por ejemplo: ocupación, aceptación de herencia), o por la función que cumplen (reconocimiento de hijo natural), estén sometidos, en algunos puntos, a un régimen distinto general”. SCONAMIGLIO, Renato. “*Contribución a la teoría del negocio jurídico*”. Ibídem, p.213.

²⁴⁴ Un sector de la doctrina argentina define a las mutaciones reales como “toda alteración en el mundo jurídico que se refiere a una concreta relación real.

Hay mutación real siempre que existe adquisición, pérdida, transmisión, modificación de un derecho real.

La expresión “mutación real” es tomada con suficiente elasticidad, como para que abarque tanto a los derechos reales definitivos, como los provisorios, y como para que incluya ciertas particularidades de nuestro sistema, como la distinción entre mutaciones registrales y extrarregistrales”. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando. “*Derechos reales. T. II*”. Ibídem, p.260.

En este caso, entiendo por “mutación real” a todo suceso ocurrido con relación a un bien que revista relevancia jurídica, de manera que se incluye a los hechos relacionados con el señorío de hecho y con los derechos reales.

1. *La interversión en el derecho peruano*

En Perú no existe una regulación sobre la interversión en nuestro Código Civil, pese a la notable trascendencia de esta institución. No obstante, la figura no ha sido ajena a la jurisprudencia y a la doctrina, las cuales, ante la necesidad de llenar el vacío dejado por la falta de regulación han teorizado sobre la admisión de dicha categoría en nuestro ordenamiento.

Un ejemplo de ello es la **CASACIÓN N° 2261-2017-LA LIBERTAD**²⁴⁵, cuyos antecedentes fueron los siguientes: En el año 2012, el señor Luis Fernando Schroeder Garrues interpuso una demanda de prescripción adquisitiva en contra del Banco Standard Chartered en Liquidación a fin de que se le declare propietario de un inmueble identificado como “granja Ofelia” ubicado en La Libertad, para tal efecto alegó que desde el año 1994 había venido poseyendo el inmueble de manera pública, pacífica y como propietario. Añadió que dicho inmueble fue vendido por el a la empresa avícola “El cerrillo”, sin embargo, esta jamás entró en posesión del bien, más bien lo hipotecó a favor del Banco Exterior de Los Andes y de España S.A, cuyo crédito fue luego asumido por el demandado, a quien se le adjudicó el bien.

El Banco contestó la demanda indicando que es falso que el demandante posea como propietario, toda vez que al disponer del bien en 1992 cuando por voluntad propia transfirió el bien a un tercero, indicó además que no existe una posesión pacífica ya que a la fecha existía un conflicto judicial entre la avícola El Cerrillo y la demandada, inscribiéndose una medida cautelar de anotación de demanda en el año 2000. A su vez, el Banco se adjudicó la propiedad del bien en el año 2002, inscribiéndose dicho derecho en el año 2011, siendo el contenido del Registro conocido por todos.

²⁴⁵ Puede accederse a la sentencia en mención en el siguiente enlace:
<https://jurisprudencia.pj.gob.pe/jurisprudenciaweb/faces/page/resultado.xhtml#no-back-button>

En primera instancia se declaró fundada la demanda en virtud a que el demandante habría probado que vino poseyendo el bien por el plazo de ley, según se apreciaba en los certificados de posesión adjuntados por este. También sostuvo que el demandante acreditó su posesión como propietario al haber conducido el bien de manera indirecta mediante un guardián. Por otro lado, se afirmó que la demandada no acreditó haber poseído el bien desde la fecha de su adjudicación, ni que esta haya solicitado al demandante la desocupación del bien.

En segunda instancia se reformó la sentencia declarándola infundada, sosteniendo que el demandante no poseyó el bien como propietario, puesto que había vendido el bien en mención a un tercero, además, que el demandante al tener conocimiento del proceso judicial y de la hipoteca entre Avícola el Cerrillo y el Banco decidió no realizar ningún comportamiento en defensa de sus intereses, lo que indicaría que no se comportaba como propietario. Se enfatiza que la posesión no era pacífica puesto que constaban inscritas en la partida registral del bien la anotación de demanda e hipoteca sobre el mismo. Sobre la posesión continua y pública añadieron que el demandante pretendía prescribir un área de 2,0093 hectáreas, pero los certificados de posesión adjuntados solo dejaban constancia de una posesión de 1,8169 hectáreas y de 1,8376 hectáreas.

Finalmente, en sede de Casación la Corte Suprema sostuvo que el inicio de un proceso judicial no significaba un cuestionamiento a la pacificidad de la posesión, sino una interrupción de la prescripción, asimismo, señaló que se aprecia que el demandante interpuso una demanda de otorgamiento de escritura pública contra Avícola El Cerrillo, cuya anotación se inscribió en la partida del bien en el año 2000, lo que acreditaría que el mismo no poseía como propietario, puesto que deseaba consolidar el acto traslativo de dominio a favor de la Avícola reconociendo precisamente la propiedad de esta.

Por último, la Corte Suprema estableció que lo que podría haber ocurrido (usa el condicional porque el demandante no lo alegó) fue el fenómeno de la interversión, mediante el cual “hay una modificación del ánimo de quien posee a ese título para poseer a título de propietario”, no obstante, no se indicó la fecha de culminación del

proceso de otorgamiento de escritura pública a fin de computar el inicio de la posesión como propietario y la aplicación de la interversión, lo cual era carga del demandante, por tanto, se decidió no casar la sentencia de vista.

La sentencia en mención reviste importancia al ser el primer pronunciamiento judicial en abordar la problemática de no contar con una norma relativa a la interversión del título, admitiendo la posibilidad de que la misma sea invocada judicialmente. El supuesto de interversión bajo análisis es uno en el cual se produce en el marco de una compraventa seguida de una tradición de *constituto posesorio* en la cual el propietario primigenio no desocupó el bien y luego cambia su animus mediante la realización de actos que se oponen al dominio del actual propietario a fin de adquirir nuevamente el derecho real de propiedad.

2. *La interversión y la traditio brevi manu y el constituto posesorio*

Sin perjuicio de lo señalado, el Código Civil peruano sí reconoce dos supuestos específicos de cambios del título posesorio, distintos a la interversión, ya que los mismos no implican un acto de despojo puesto que el cambio de condición posesoria se produce en virtud a un negocio jurídico que aumenta o reduce las facultades que mantenían con relación al bien.

Estoy hablando de los supuestos de tradición regulados en el artículo 902 del Código en mención, como se sabe, la tradición es la entrega material de una cosa a una persona. No obstante, el artículo en mención dispone que se entiende por efectuada la tradición cuando se produce un cambio del título posesorio de quien viene poseyendo el bien (distinto del despojo, puesto que el artículo versa sobre la *traditio*) y cuando se trasfiere un bien que está en poder de un tercero.

El primer supuesto hace alusión a la *traditio brevi manu*, la cual se realiza sin una entrega efectiva del bien, ya que este siempre se mantuvo bajo el control del adquirente del bien. Esto conlleva a que exista un cambio de título posesorio²⁴⁶. El supuesto en mención ocurre cuando un arrendatario que posee un bien adquiere

²⁴⁶ LAU DEZA, Ana Patricia. Sucesdáneos de la tradición. VVAA. “Código Civil comentado. T. V. Derechos Reales”. Tercera Edición. Lima: Gaceta Jurídica. 2010, p.77.

por compraventa el bien que posee, por parte de su titular. La tradición se efectúa aun cuando el arrendatario, ahora propietario, nunca dejó de poseer el bien.

El segundo supuesto se refiere a la llamada *constituto posesorio*, la cual es un caso de tradición que se efectúa cuando el poseedor primigenio de un bien pierde la titularidad del mismo, sin embargo, conserva la posesión con consentimiento del nuevo titular.

A nivel de doctrina nacional se ha sostenido que: “en la *constituto posesorio*, **la interversión** se produce permaneciendo el antiguo propietario y nuevo poseedor de menor jerarquía con la posesión del bien”²⁴⁷ (El subrayado es añadido). Sobre la opinión citada debe reiterarse que los supuestos regulados en el artículo 902 del Código Civil no constituyen supuestos de interversión, puesto que la interversión es un supuesto de despojo.

IV. La interversión del título posesorio en la legislación comparada

1. El Código Civil francés de 1804

El Código civil francés de 1804 reguló de manera expresa la interversión del título posesorio en los artículos 2236 al 2238 en el marco de la teoría de la posesión precaria o detentación precaria, la cual era definida como la posesión que se ejerce en nombre de otro mediando una obligación de restitución concertada entre el detentador respecto a la cosa que el detenta²⁴⁸.

Así, se indica que son causales de cese de la posesión precaria la interversión del título posesorio, la cual se configura cuando el ocupante prueba haber modificado su condición de poseedor empezando a poseer en nombre propio.

Colin y Capitant señalan que la interversión debe ser demostrada no bastando con indicar que ha ocurrido un cambio de intención al momento de poseer, así, indican que: “Cualquier arrendatario correría el riesgo de ver que su arrendatario se

²⁴⁷ LAU DEZA, Ana Patricia. Sucedáneos de la tradición. *Ibidem*, p.77.

²⁴⁸ PLANIOL, Marcel y RIPERT, George. *Óp. Cit.*, p. 162.

convertiría en propietario por efecto de la posesión, si el pudiera, con demasiada facilidad, cambiar su título. Por eso, los redactores del Código Civil no admitieron la modificación del título sino en dos series de casos (...)”²⁴⁹, estos casos son causas procedentes de un tercero y la oposición dirigida contra el propietario.

2. *Código Civil italiano de 1942*

La interversión si se encuentra regulada en el Código Civil italiano, cuyo artículo 1141 establece que un detentador puede mutar su título mediante actos provenientes de un tercero o mediante actos de oposición en contra del poseedor.

La interversión puede extenderse a las mutaciones del concepto posesorio si notamos que el artículo 1164 del Código Civil italiano prescribe que aquel que mantiene la posesión correspondiente a un derecho real sobre un bien no puede usucapir el bien a menos que el título de su posesión mute por causas provenientes de un tercero o por actos de oposición al propietario, si bien el artículo se refiere a la posesión derivada de derechos reales debe ampliarse a otros supuestos en los que se mantiene la posesión sin mediar un derecho real como el arrendamiento o el secuestro.

Además, el artículo 714 del Código Civil italiano prescribe que los coherederos pueden demandar la división del bien a menos que uno que se haya verificado la usucapición a favor de uno de estos a razón de su posesión exclusiva:

La *Relazione al Codice Civile* italiano de 1942 establece que por regla general se debe tomar el principio romano que indica que nadie puede cambiar por su propia voluntad su condición posesoria, sin embargo, se relaja la férrea aplicación de esta máxima en los supuestos de interversión a fin de establecer los límites subjetivos en los que opera el elemento subjetivo de la posesión:

“Sobre los pasos (*orme*) del derecho romano es reafirmado en el segundo párrafo del artículo 1141 el principio que el detentador no puede transformar la detentación en posesión, hasta que el título por el cual ejercita el poder de

²⁴⁹ COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henri. “*Curso elemental de derecho civil. Tomo I*”. Ibídem, p. 145.

hecho sobre la cosa no sea mutado por causas provenientes de un tercero o en fuerza de oposición de este hecho en contra de la voluntad del poseedor. Tal disposición corresponde en sustancia al artículo 2116 del Código de 1865, se establecen los límites en los cuales opera el elemento subjetivo de la posesión”²⁵⁰.

3. *El Código Civil y Comercial argentino del 2015*

El Código en mención parte de un sistema posesorio basado en la teoría de Savigny, señala la norma que un cambio en la posesión (o relación de poder, como las designa) no ocurre por la sola voluntad (no exteriorizada) del sujeto que detenta o posee el bien así como tampoco por el paso del tiempo, sino que se debe producir por actos materiales que demuestren la intención de mantener el dominio de hecho para sí:

“Si se admitiera que el tenedor, por su propia voluntad, puede elevar la categoría de su relación de poder a la de posesión, o que a la inversa, el poseedor pueda degradarla a la de tenencia, se conformaría una situación de inestabilidad e inseguridad como la referida por Ihering en su crítica a la teoría de la posesión expuesta por Savigny. De ahí la necesidad de asentar las relaciones de poder sobre bases firmes, no susceptibles de cambiar por el mero capricho de sus titulares²⁵¹

En ese sentido, el artículo 1915 del Código señalado prescribe que la interversión opera por actos de oposición al titular, que demuestren la intención de privarlo de su posesión.

Por tanto, resulta sorprendente cuando en los comentarios oficiales al Código argentino apreciamos que se equipara a la interversión a los supuestos de tradición *brevi manu* y *constituto posesorio*, los cuales son un supuesto de mutación del título, más no de interversión, ya que en ellos opera un cambio que no supone un despojo

²⁵⁰ RELAZIONE AL CODICE CIVILE ITALIANO DE 1942, p. 111.

²⁵¹ CAUSSE, Federico y PETTIS, Christina. Comentario al artículo 1901 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. En: HERRERA, Marisa, CAMELO, Gustavo y PICASSO, Sebastian. “Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo V”. Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. 2015, p.44

del titular mediante oposición, sino un cambio de titular del bien que trae efectos sobre el que posee el bien:

“Para que se configure la interversión no basta el cambio interno de la voluntad, ni siquiera su exteriorización por simples actos unilaterales. Antes bien, es menester que el cambio se produzca mediando actos exteriores suficientes de contradicción del derecho del propietario. Se trata, pues, de una conducta unilateral porque la mutación de la categoría de la relación de poder se produce a partir de la actuación de quien de ese modo cambia su condición, pero también se logra ese resultado si media acuerdo entre este último y el anterior poseedor. **Ejemplos de ello son los supuestos de la traditio brevi manu y constituto posesorio mencionados en el art. 1923 CCyC**”²⁵².

(El subrayado y énfasis son añadidos)

Distinto es el caso, de una atenta doctrina argentina que puntualizando que es usual advertir que se suele utilizar la expresión interversión de manera que se engloban en ella los supuestos de adquisición de la posesión con lesión del señorío fáctico ajeno (despojo) y sin el (traditio brevi manu y constituto posesorio), precisando posteriormente que el uso específico de este término es el que implica la lesión de la posesión ajena (privación)²⁵³.

V. ¿La usucapión en el régimen de comunidad presupone interversión?

La presente investigación tiene como propósito el estudio del fenómeno de la prescripción adquisitiva de dominio por parte de los copropietarios y su prohibición en la normativa vigente. Por tanto, y sin perjuicio de retomar el análisis cuando abordemos la usucapión entre copropietarios debemos señalar que actualmente la jurisprudencia y la doctrina francesa e italiana niegan la posibilidad de que opere la interversión al momento de la usucapión entre copropietarios, esta conclusión

²⁵² CAUSSE, Federico y PETTIS, Christina. Comentario al artículo 1901 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. *Ibidem*, p. 45.

²⁵³ LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando. “*Derechos reales. T. II*”. Buenos Aires: ZAVALIA. 1989, p.77.

descansa en que a nivel conceptual se considera que la interversión solo opera en la mutación del título de detentado a poseedor y de poseedor a poseedor *ad usucapionem*, precisamente porque al ser la interversión un tipo de despojo presupone que el sujeto que intervierte carece de un derecho real sobre el bien. Por lo que para adquirir la totalidad de un bien vía usucapión no se exigirán los requisitos de la interversión, pero sí será necesario que el sujeto “demuestre la intención de poseer no a título de coposeedor sino a título de poseedor exclusivo”²⁵⁴. No obstante, el Código civil argentino indica que la usucapión del copropietario sí requiere una intervención, sobre esta discusión volveremos más adelante.

²⁵⁴ VISINTINI, Giovanna y PETRELLI, Patrizia. “*La proprietà immobiliare. Guida alla lettura della giurisprudenza*”. Milano: Giuffrè. 2001, p. 258.

TEMA V: EL RÉGIMEN DE COMUNIDAD Y LA COPROPIEDAD

I. LA *COMUNIONE*: UNA PRECISIÓN TERMINOLÓGICA RESPECTO A SU TRADUCCIÓN POR *COMUNIDAD*

La institución sobre la cual versa este acápite es la *comunione*, traducida en muchos manuales al castellano como “comunidad”, para hacer referencia al supuesto en el cual un derecho real sobre un bien pertenece a más de un sujeto.

La palabra italiana para hacer alusión a dicha institución es “*comunione*”, tiene sus orígenes en el latín *communio* (común) cuya traducción literal es “comunión” y cuyo significado es convergencia o reunión. En tal sentido, se utiliza dicha palabra para definir lo que es común a una multiplicidad de personas, y en otras acepciones, la pertenencia de una persona a determinado credo, en esa misma línea, comunión es equiparada al sacramento religioso de la eucaristía en cuanto este se recibe o es administrado²⁵⁵, de manera que cuando a nivel de dogma se utiliza la expresión “estar en comunión” se refiere a que los creyentes se encuentran unidos con relación al sacramento eucarístico.

Esta acepción de unión o convergencia en torno a una unidad es lo que hace tan especial a la palabra *comunione*, de manera que logra captar de manera exacta el contenido de la institución jurídica que estamos estudiando, la convergencia de varios sujetos en torno a una unidad configurada por un derecho real compartido.

No obstante, la doctrina ha optado por traducir a “*comunione*” a “comunidad”, la cual significa “cualidad de común o conjunto de personas pertenecientes a una región”²⁵⁶, mientras que la traducción literal “comunión” hace alusión a la “participación en lo común”²⁵⁷, de tal modo, considero sumamente apropiada la palabra italiana “*comunione*” usada para designar en una de sus acepciones a la institución jurídica arriba descrita, y por el contrario, considero inapropiada la traducción de “*comunione*” a “comunidad”, pues esta no demuestra la unidad que

²⁵⁵ <http://www.treccani.it/vocabolario/comunione/>

²⁵⁶ <https://dle.rae.es/comunidad>

²⁵⁷ <https://dle.rae.es/?w=comuni%C3%B3n>

poseen las personas en torno a una cosa en común, que las hace convergen y compartir en torno a ella, sino un rasgo compartido por muchas personas o cosas, con lo cual se pierde el contenido de la institución analizada.

Pese a lo indicado, y al ser ampliamente difundido el uso de la palabra comunidad para hacer alusión a lo que en Italia se conoce como “*comunione*” utilizaremos ambas palabras como sinónimos pese a que, como he señalado, la traducción me parece, cuanto menos, cuestionable.

II. LA COMUNIDAD (*COMUNIONE*), UNA APROXIMACIÓN A LA INSTITUCIÓN

1. *Definición de la institución y deslinde con relación a otras categorías*

En el campo del derecho privado existen múltiples supuestos en los cuales dos o más personas comparten un mismo derecho subjetivo, estas personas podrán ejercer diversas facultades con relación al derecho compartido encontrando únicamente límites en el respeto de las facultades de los otros titulares, de tal manera, dos o más personas pueden ser titulares de un crédito, cuyas facultades estarán establecidas en el libro de obligaciones o titulares de un mismo derecho de autor, que a su vez se regirá por las disposiciones pertinentes sobre la materia.

En el ámbito de los derechos reales, decimos que existe comunidad (*comunione pro indiviso*) cuando un mismo y único derecho real es compartido por dos o más sujetos, de manera que el derecho, ya sea propiedad, usufructo, uso, etc, será de titularidad de varios sujetos, sin que esto implique la existencia de varios derechos reales. A su vez, no siempre que exista derechos de naturaleza análoga sobre un bien habrá comunidad ya que si estos son excluyentes y cada uno conserva su identidad de manera separada no nos hallaremos en el supuesto bajo estudio²⁵⁸

Además, debe señalarse que la comunidad no se produce con relación al bien, no es este el que es compartido, en sentido técnico jurídico la comunidad recae sobre un derecho real de igual contenido reconducible a todos sus titulares²⁵⁹ a manera

²⁵⁸ BORDA, Guillermo. “*Tratado de Derecho Civil. Los Derechos Reales. Vol. I*”. Tercera edición actualizada. Buenos Aires: Editorial Perrot. 1984, p. 456.

²⁵⁹ NAPOLI, Giuseppina. *Comunione e condominio*. En: RENATO, Clarizia. “*Proprieta e diritti reali*”. Napoles: UTET. 2016, p. 826.

de “titularidad contemporánea sobre un derecho de una misma cosa en cabeza de varias personas”²⁶⁰.

A su vez, la comunidad no se refiere al supuesto en el cual se otorgan diversos derechos reales (derechos reales sobre cosa ajena) con relación a un mismo bien, tal como podría suceder en caso coexistan en un mismo predio el derecho de propiedad, un usufructo, una servidumbre y además un derecho de superficie²⁶¹. Dicho supuesto es conocido como comunidad de goce (*comunione di godimento*) o comunidad impropia²⁶².

Tampoco se refiere a los supuestos de coexistencia de posesiones con relación a un mismo bien, fenómeno admisible en nuestro ordenamiento en virtud al artículo 899 del Código Civil, pero que se regirá por reglas distintas a las de la comunidad al no versar el mismo sobre derechos reales sino sobre señoríos de hechos. No obstante, se debe precisar que nos referimos a la coposesión como señorío de hecho, y no a aquella coposesión que deriva como una facultad de un derecho real en comunidad. Nuestra Corte Suprema sustenta en el Segundo Pleno Casatorio Civil que la coposesión se origina por la indivisión de un bien, la cual puede consistir en una indivisión de hecho o en una derivada de una comunidad de bienes, en particular de la copropiedad²⁶³.

La comunidad se distingue de la asociación y la sociedad en que no en la primera no es una persona jurídica, por el contrario, la asociaciones y sociedades son sujetos de derecho²⁶⁴, mientras que la comunidad es un objeto de derecho.

²⁶⁰ TOMMASINI, María. “*La quota di possesso a non domino. Alla radice della giuridicità del compossesso*”. Milán: Giuffrè Editore. 2012, p. 22.

²⁶¹ NAPOLI, Giuseppina. Comunione e condominio. En: RENATO, Clarizia. “*Proprieta e diritti reali*”. *Ibidem*, p. 826.

²⁶² ANGELINI, Michele; Mario y BATTISTINI, Mario. Della comunione in generale. En: CENDON, Paolo (coordinador). “*Commentario al Codice Civile. Comunione y Condominio*”. Milano: Giuffrè Editore. 2009, p. 7.

²⁶³ Sentencia del Segundo Pleno Casatorio, página 27.

²⁶⁴ BELAUNDE LÓPEZ DE ROMANA, Javier. Régimen legal de las personas jurídicas. En: VVAA. “*Código Civil comentado. T. I. Título preliminar, Derecho de las personas, Acto Jurídico*”. Tercera Edición. Lima: Gaceta Jurídica. 2010, p. 295.

Así, la comunidad [*comunione*] es “la situación en la cual la propiedad u otros derechos reales de idéntico contenido, sobre un bien, pertenecen a más de un sujeto”²⁶⁵. Todos los participantes de la comunidad pueden hacer uso de la cosa, siempre y cuando este uso no perjudique los derechos que mantienen sus congéneres, esta limitación se encuentra impuesta por el hecho de la existencia simultánea de múltiples derechos sobre la cosa²⁶⁶.

La comunidad también es un esfuerzo de abstracción²⁶⁷ que busca generar un marco normativo común para todos aquellos supuestos en los cuales nos encontramos ante un derecho real compartido por varios sujetos, de modo que si nos encontramos ante un derecho de propiedad compartido (copropiedad) o un derecho de usufructo compartido (cousufructo) aplicaremos las normas de la comunidad. Es evidente que esta categoría supera los límites de la copropiedad regulada en nuestro Código Civil²⁶⁸, ya que esta trasciende a la cotitularidad de propiedad sobre un bien e incluye la titularidad simultánea sobre otros derechos como el usufructo o el uso, no obstante, se excluye su aplicación a la servidumbre, dado su carácter indivisible²⁶⁹ y en la hipoteca²⁷⁰.

III. SUPUESTOS DE COMUNIDAD

1. *La comunidad hereditaria*

Es aquella nacida de la apertura de la sucesión hereditaria a causa del fallecimiento de una persona, lo cual, de acuerdo con el artículo 660 del Código Civil²⁷¹, transmite

²⁶⁵ ANGELINI, Michele; Mario y BATTISTINI, Mario. Della comunione in generale. En: CENDON, Paolo (coordinador). “*Commentario al Codice Civile. Comunione y Condominio*”. Milano: Giuffrè Editore. 2009, p. 7.

²⁶⁶ GALGANO, Francesco. “*Il diritto commerciale in 25 lezioni*”. Milano: Giuffrè Editore. 2007, p. 83.

²⁶⁷ ARATA SOLIS, Moisés. Definición de copropiedad. En: VVAA. “*Código Civil Comentado. Comentan 209 especialistas en las diversas materias del Derecho Civil*”. Lima: Gaceta Jurídica. 2010, p. 295 y ss.

²⁶⁸ “**Artículo 969.-** Hay copropiedad cuando un bien pertenece por cuotas ideales a dos o más personas”.

²⁶⁹ “**Artículo 1038.-** Las servidumbres son indivisibles. Por consiguiente, la servidumbre se debe entera a cada uno de los dueños del predio dominante y por cada uno de los del sirviente”.

²⁷⁰ ANGELINI, Michele; Mario y BATTISTINI, Mario. Della comunione in generale. En: CENDON, Paolo (coordinador). “*Commentario al Codice Civile. Comunione y Condominio*”, ibídem, p. 4.

²⁷¹ “**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”.

los bienes, derechos y obligaciones de una persona, dejando a los herederos en un supuesto de cotitularidad de derechos subjetivos, en caso se transmitan derechos reales nos encontraremos ante el supuesto de comunidad al ser los herederos titulares simultáneos del derecho en partes iguales.

2. *La copropiedad*

La copropiedad, sin perjuicio de analizar esta institución posteriormente, es el supuesto más importante de comunidad²⁷², incluso podría afirmarse que la comunidad aplica de manera analógica las reglas de la copropiedad a otros supuestos de cotitularidad. La copropiedad es un caso de comunidad de propiedad por cuotas (*pro indiviso*)²⁷³.

3. *El cousufructo*

El cousufructo es el supuesto de comunidad sobre un derecho de usufructo, gozando los cotitulares de las mismas atribuciones sobre el bien en función a las cuotas que posean sobre el derecho. En caso se extinga el co usufructo las cuotas se revertirán a la nuda propiedad²⁷⁴.

4. *La comunidad sobre los derechos de sepultura*

El derecho de sepultura es aquel mediante el cual se faculta a una persona a depositar restos humanos en zonas establecidas específicamente para tal fin denominados cementerios, los cuales podrán ser de naturaleza pública o privada.

El derecho de sepultura faculta a su titular, dependiendo del tipo de derecho, a edificar sobre el suelo o bajo el mismo una estructura destinada al depósito de restos humanos²⁷⁵, en caso tal derecho sea adquirido por dos o más personas estos

²⁷² MESSINEO, Francesco. “*Manual de derecho civil y comercial. T. III*”. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa – América. 1954, p. 529.

²⁷³ MESSINEO, Francesco. “*Manual de derecho civil y comercial. T. III*”. Ibidem, p. 529.

²⁷⁴ MESSINEO, Francesco. Ibid, p. 529.

²⁷⁵ JIMÉNEZ SALAS, Joao. “¿Un nicho es pasible de reivindicación? Sobre la condición jurídica de los nichos, mausoleos y sepulturas”. En: *Dialogo con la Jurisprudencia N° 256*. Lima. 2020, p. 500.

obtendrán un derecho bajo comunidad que otorgará facultades a los mismos en función a sus cuotas ideales.

IV. LA COPROPIEDAD: ASPECTOS GENERALES DE LA INSTITUCIÓN

1. Definición y características de la copropiedad

La copropiedad es la coexistencia simultánea de dos o más propietarios sobre un mismo bien indiviso cuyo dominio se divide a través de cuotas ideales de participación que mantienen dichos titulares.

La copropiedad se presenta por ejemplo cuando un grupo de cinco personas adquieren la propiedad de un bien vía contrato de compraventa, aportando cada una de ellas el veinte por ciento del valor del bien, el resultado de dicha operación será que los cinco adquirentes obtendrán un derecho de propiedad compartido, ostentando cada uno la cuota de participación correspondiente a su inversión.

Lo mismo ocurre en los casos en los que la propiedad de un solo individuo es transmitido a sus herederos vía mortis causa, lo cual conlleva a que estos mantengan la propiedad compartida del bien.

La copropiedad, también llamada copropiedad *pro indiviso*²⁷⁶, no posee un antecedente histórico claro, sin embargo, Borda comenta que dicho origen podría ubicarse en los casos en los que a causa de la muerte del padre de familia la propiedad se transmita en partes a los sucesores²⁷⁷, considero que el surgimiento de la copropiedad no es un patrimonio exclusivo de una cultura jurídica (en este caso la Romana) sino una respuesta lógica a los casos en los cuales, generalmente por causa de muerte, un bien pasaba a ser compartido por dos o más propietarios.

La copropiedad es entonces una modalidad compartida de la propiedad, por lo que no resulta admisible sostener que esta es una institución distinta a la propiedad²⁷⁸,

²⁷⁶ ALBALADEJO, Manuel. “*Derecho Civil. Vol. III. Derecho de bienes*”. Madrid: EDISOFER. 2004, p. 369.

²⁷⁷ BORDA, Guillermo. “*Tratado de Derecho Civil. Los Derechos Reales. Vol. I*”. Ibídem, p. 456.

²⁷⁸ RAMIREZ CRUZ, Eugenio María. “*Derechos reales y propiedad*”. Segunda Edición. Lima: Editorial San Marcos. 1994, p. 284.

ambas son la misma institución pero con distinta cantidad de propietarios, lo que justifica la inclusión de reglas especiales en la copropiedad.

De acuerdo con el artículo 969 del Código Civil existe copropiedad “cuando un bien pertenece por cuotas ideales a dos o más personas”, en virtud a la norma citada puede establecerse que la copropiedad posee los siguientes elementos diferenciadores²⁷⁹:

- a) Un bien o bienes cuyo dominio es compartido.
- b) Existe una multiplicidad de propietarios.
- c) La propiedad se presenta por cuotas ideales.

La copropiedad al recaer sobre un bien indiviso no asigna porciones o dominios específicos a sus titulares, por el contrario las participaciones de los titulares se definen en función a cuotas de participación, llamadas alícuotas o coloquialmente “acciones y derechos”.

Las cuotas de participación de los copropietarios resulta de especial importancia pues a través de ella se define “el *quantum*”²⁸⁰ que representa el nivel de participación de cada copropietario en el bien común, además de servir para cuantificar la proporción de las ganancias y beneficios que el titular con relación al bien.

La cuota es definida como “la unidad de medida de las facultades de goce y de disposición de los titulares (*comunisti*) y no el objeto de un (presunto) derecho de propiedad o de otro derecho real”²⁸¹. Sobre dicha porción el copropietario tiene plenas facultades de disposición y administración, además de poder practicar los mismos actos sobre su porción de los frutos del bien, con relación a la porción en mención el copropietario no requiere el consentimiento de sus congéneres para la

²⁷⁹ La misma clasificación es compartida por ARIAS SCHEREIBER PEZET, Max. “*Exégesis del Código Civil de 1984. Tomo III. Derechos Reales*”. Segunda Edición. Lima: Gaceta Jurídica. 2011, pp. 349 y 350.

²⁸⁰ ARATA SOLIS, Moisés. Definición de copropiedad. En: VVAA. “*Código Civil Comentado. Comentan 209 especialistas en las diversas materias del Derecho Civil*”. Ibídem, p. 302.

²⁸¹ CALOGERO, Mario Pio. La disciplina positiva. En: GAMBARO, Antonio y MORELLO, Umberto. “*Tratatto dei diritti reali. Proprietà e possesso. Vol. I*”. Milán: Giuffrè. 2012, p.556

realización de actos de disposición o administración, incluso, sobre la parte alícuota los acreedores del copropietario pueden trabar un embargo²⁸².

El Código Civil establece una presunción *iuris tantum* con relación a la copropiedad, de modo que las cuotas de los copropietarios se presumirán iguales, salvo prueba en contrario, siendo plenamente admisible que estos puedan establecer porcentajes mayores o menores respecto a los titulares²⁸³. Sin embargo, la norma precisa que las cuotas de participación, ya sea que se dividan en partes iguales o no, otorgan la proporción de las cargas y beneficios que los copropietarios recibirán del bien.

2. Administración convencional y judicial de la copropiedad

La comunidad en general y la copropiedad en específico son regímenes que suelen ocasionar conflictos entre sus titulares, al existir diversidad de pareceres entre los mismos lo que implica que muchas veces no se arriba al consejo sobre el destino o administración del bien o tomar decisiones sobre el bien amerita grandes esfuerzos de tiempo para poder conseguir una solución que satisfaga a todos. Esto conlleva a que esta institución pueda ser considerada incluso problemática y se piense que la labor que se le asigna es la de un régimen de interinidad o tránsito hacia propiedad privada²⁸⁴. Estos cuestionamientos encuentran su sustento normativo en que a fin de efectuar actos de disposición, arrendamiento, comodato o efectuar modificaciones sobre el mismo es necesario contar con la unanimidad de los participantes.

Así, los profesores Maish Von Humbolt y Avendaño Valdez han indicado en la exposición de motivos del Código Civil que la regulación rígida del Código Civil de 1936 dificultaba la adopción de acuerdos con relación al destino del bien en

²⁸² TORRES VASQUEZ, Aníbal. “Código Civil comentado. T. I”. Ibídem, p. 1032.

²⁸³ En ese sentido se afirma lo siguiente: “¿Cabe establecer mediante pacto fórmulas distintas al artículo 970? En nuestra opinión nada lo impide, pues no se trata de una norma imperativa. Así, es posible que tres condóminos se pongan de acuerdo para que las cargas de uno de ellos sea inferior a la que le correspondía según su porcentaje”. ARIAS SCHEREIBER PEZET, Max. “Exégesis del Código Civil de 1984. Tomo III. Derechos Reales”. Ibídem, p. 351.

²⁸⁴ El fundamento de los cuestionamientos señalados puede verse en JIMÉNEZ SALAS, Joao. La usucapión del copropietario: Apuntes a favor de la abrogación de un régimen antieconómico. En: *Actualidad Civil y Procesal Civil N° 282*. Lima. 2017, p 25.

copropiedad, por lo que se optó por un sistema mixto, el cual requería la unanimidad de los condóminos para la toma de acuerdos complejos respecto al bien y mayoría absoluta para actos de administración ordinaria²⁸⁵. Cc Argentino 2705 Codice 1105

En tal sentido, nuestra legislación vigente dispone en el artículo 971 del Código Civil la llamada **administración convencional**, la cual presupone que son los mismos condóminos los que regulan los actos relativos a la gestión del bien, el inciso 1 del artículo citado señala que para: 1. Disponer, 2. Gravar, 3. Arrendar, 4. Dar el bien en comodato o 5. Introducir modificaciones en el, se requerirá la unanimidad de pareceres de los titulares, es decir, ninguno debe manifestar su oposición respecto a practicar dichos actos. Dichos actos son considerados como especialmente relevantes por el ordenamiento por lo se le concede un derecho de veto a cada uno de los condóminos para oponerse a la adopción de tales acuerdos²⁸⁶.

Con relación a los actos mencionados el legislador ha optado por establecer una lista taxativa de comportamientos en lugar de aludir a la clásica distinción entre actos de disposición (aquellos que transfieren propiedad o gravan el bien) y actos de administración (aquellos que otorgan derechos no contemplados como actos de disposición), pero que pueden significar un deterioro, destrucción o pérdida del bien, lo cual incidiría necesariamente en la esfera jurídico – patrimonial de todos los condóminos por lo que se ha planteado que para tales casos resulte necesario el consenso, lo cual descarta de plano la posibilidad de conflictos sobre el bien.

Lo señalado no ha estado exento de cuestionamientos y se ha planteado que la regla de la unanimidad para el caso de arrendamientos por plazos menores de tiempo y que no podrían implicar un perjuicio del bien resultaría demasiado rígida. Tal es el parecer del profesor Arata quien plantea que resultaría admisible que vía jurisprudencial se establezca un criterio que tome en cuenta la relevancia

²⁸⁵ MAISH VON HUMBOLT, Lucrecia y AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. “Exposición de motivos y comentarios del libro de Derechos Reales del Código Civil”. En: REVOREDO DE DEBAKEY, Delia (compiladora). Código Civil. Exposición de motivos y comentarios. Tercera Parte. Tomo V. Segunda Edición. Lima: Thomson Reuters. 2015, p. 265.

²⁸⁶ ARATA SOLIS, Moisés. Adopción de decisiones sobre el bien común. En: VVAA. “Código Civil Comentado. Comentan 209 especialistas en las diversas materias del Derecho Civil”. Ibídem, p. 325.

económica de los arrendamientos y los encasille dentro del concepto de actos de administración ordinaria, donde solo resulta exigible el voto en mayoría de los titulares²⁸⁷.

En la copropiedad, los votos se computarán en función a las cuotas de participación de los copropietarios, por lo que mientras más sea el porcentaje en cuotas del titular mayor será su incidencia en cuanto a las decisiones a adoptarse, situación que cobra pleno sentido si se toma en cuenta que a mayor cantidad de acciones y derechos mayor será la relevancia de la inversión realizada por el titular.

En caso exista empate en la votación el artículo 971 del Código prescribe que será el juez quien emitirá una decisión dirimente.

En los supuestos en los que la administración no se encuentra a cargo de los condóminos nos encontramos ante la **administración judicial**, la cual es un tipo de gestión indirecta²⁸⁸, la cual procede previa solicitud de los interesados y se discute en el proceso no contencioso, de conformidad con el artículo 769 del Código Procesal Civil en el cual el juez nombrará a un tercero para que administre el bien en copropiedad²⁸⁹.

Finalmente, cuando no se haya nombrado un administrador judicial o convencional del bien cualquiera de los copropietarios podrá administrar el bien en dicho caso, sus funciones serán las del administrador judicial, deberá rendir cuentas e informar sobre su gestión) y sus servicios podrán ser retribuidos con parte de la utilidad generada por el bien y fijada judicialmente.

3. *La copropiedad, formas de constitución*

²⁸⁷ ARATA SOLIS, Moisés. Adopción de decisiones sobre el bien común. En: VVAA. "Código Civil Comentado. Comentan 209 especialistas en las diversas materias del Derecho Civil". Ibíd, p. 329.

²⁸⁸ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. "Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo. Tomo III". Quinta edición. Lima: Gaceta Jurídica. 2015, p. 613.

²⁸⁹ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. "Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo. Tomo III". Ibídem, p. 613.

Tradicionalmente se ha definido que la copropiedad, y la comunión en general, presenta tres formas de constitución, la voluntaria y la legal, añadiéndose en algunos casos la mención a la comunidad incidental²⁹⁰.

a) La copropiedad voluntaria o de origen negocial²⁹¹

Es aquella obtenida nacida del acuerdo voluntario de dos o más personas, las cuales optan por adquirir la propiedad de un mismo bien o bienes, la cual será compartida en cuotas por todos los titulares del derecho. Tal es el caso de un bien que es adquirido vía compraventa por dos o más personas.

b) La copropiedad legal o forzosa

Es aquella que se origina en virtud a la verificación al supuesto de hecho de una norma jurídica, con independencia de la voluntad de los titulares. La voluntad de los titulares no es tomada en cuenta para el nacimiento del derecho, es decir, es impuesta por la ley²⁹². Ocurre cuando, producto del fallecimiento de una persona, los herederos adquieren, de modo simultaneo, la propiedad de un bien.

Además, la copropiedad legal ocurre cuando uno de los futuros titulares ejerce un derecho potestativo concedido por la ley, lo cual genera que un derecho de propiedad se vea compartido. Esto ocurre en el caso de la medianería establecida en el artículo 995 del Código Civil o en la adquisición por mezcla señalada en el artículo 937 de la misma norma.

4. *Derechos y obligaciones de los copropietarios*

Como se ha indicado en líneas precedentes la copropiedad es un supuesto de propiedad bajo comunidad, lo que genera que un mismo dominio sea compartido entre dos o más personas. Las facultades que poseen los condóminos son

²⁹⁰ TORRENTE, Andrea y SCHLESINGER. Op. Cit, p, 166.

²⁹¹ La mención a comunidad de origen negocial es tomada de DIEZ – PICAZO, Luis. “*Fundamentos del derecho civil patrimonial. Volumen Tercero. Las relaciones jurídico – reales. El registro de propiedad. La posesión*”. Sexta edición. Madrid: Civitas. 2007, p. 918.

²⁹² DIEZ – PICAZO, Luis. “*Fundamentos del derecho civil patrimonial. Volumen Tercero. Las relaciones jurídico – reales. El registro de propiedad. La posesión*”. Ibídem, p. 918.

proporcionales a su cuota de participación sobre el bien, lo cual determina el porcentaje de beneficios que reciben y cargas que soportan.

En el caso de la copropiedad los titulares poseen los derechos mismos derechos otorgados al propietario pero restringidos a su alícuota, por lo que los condóminos podrán ejercer los derechos más amplios que el ordenamiento reconoce a una persona con relación a un bien.

Resulta evidente que los derechos de los titulares no solo tendrán limitaciones impuestas por las relaciones de vecindad sino también por los mismos derechos de sus congéneres, los cuales no deben verse afectado por el ejercicio de las facultades de uno de los titulares.

5. *Uso solidario del bien común*²⁹³

El copropietario puede usar el bien, es decir, *servirse de manera inmediata del bien*. El uso “reside en el aprovechamiento directo de las cosas”²⁹⁴.

El uso que se le brinda al bien debe corresponder con el propósito económico del mismo, en ese sentido, el Código Civil establece en su artículo 974 que el uso no debe alterar el destino del bien, por ejemplo: un automóvil debe utilizarse para ser conducido y no para otros fines que puedan alterar su función económica o destruirlo. Además, el uso no debe perjudicar el interés de los demás titulares²⁹⁵.

Una importante doctrina española ha sostenido que el *uso solidario* de los bienes puede presentar diversos regímenes, entre los cuales identifica el uso por turnos, de manera previa a la modificación del Código Civil francés en 1976 y el uso mediante “indemnización”²⁹⁶.

²⁹³ La expresión “uso solidario” es tomada de ÁLVAREZ - CAPEROCHIPI, José. “Curso de derechos reales. Tomo I. Propiedad y posesión”. Primera Edición. Madrid: Editorial Civitas. 1986, p. 193.

²⁹⁴ DE REINA TARTIERE, Gabriel. El derecho real de posesión: Nociones generales. En: DE REINA TARTIERE, Gabriel (Coordinador). “Derechos reales: Principios, elementos y tendencias”. Primera edición. Buenos Aires: Heliasta. 2008, p. 273.

²⁹⁵ RAMIREZ CRUZ, Eugenio María. “Derechos reales y propiedad”. *Ibidem*, p. 286.

²⁹⁶ ÁLVAREZ - CAPEROCHIPI, José. “Curso de derechos reales. Tomo I. Propiedad y posesión”. Primera Edición. Madrid: Editorial Civitas. 1986, p. 193.

Nuestro Código Civil establece el sistema de “indemnizaciones” al prescribir en su artículo 975 que los copropietarios pueden usar de manera exclusiva el bien, es decir, un uso en oposición a los demás titulares, este uso exclusivo puede realizarse de manera parcial o total. Sin embargo, el copropietario que excluye a los demás del uso del bien, privándolos de dicho uso deberá “indemnizarlos”.

Es preciso aclarar que, pese al empleo de la expresión “*indemnizar*” el artículo citado del Código Civil no contempla un remedio resarcitorio a favor de los copropietarios afectados, por lo que puede afirmarse que la finalidad de la norma señala no es reparar económicamente al dañado previa evaluación de los elementos del juicio de responsabilidad civil, sino “*compensar*” económicamente un desequilibrio patrimonial existente en el cual un sujeto se ha enriquecido indebidamente a expensas de otros que también debieron beneficiarse del bien²⁹⁷.

Por tanto, el criterio a utilizarse al momento de evaluar la cantidad económica que el copropietario que usa el bien con exclusión de los demás no debe ser uno que busque “resarcir” producto de la comisión de un daño, sino “restituir” a causa de un enriquecimiento sin causa.

El artículo 975 ha sido cuestionado en el sentido que parece contravenir lo dispuesto en el artículo precedente, el cual señala que los copropietarios deben usar el bien de manera común, todos tienen derecho a su uso, y si en caso existiese

²⁹⁷ En sede nacional se ha sostenido que “La “indemnización” ex art. 975 CC no regula un supuesto de indemnización de daños, por lo que no resulta necesario acreditar los elementos propios de la responsabilidad civil, como la culpa, el dolo, el daño, la relación de causalidad, etc. Se trata en estricto de un supuesto de enriquecimiento por intromisión, es decir, de aquella pretensión de enriquecimiento derivado del disfrute, consumo o disposición de un derecho o cosas ajenos. Por tanto, nos encontramos frente a un remedio de carácter restitutorio”. GELDRES CAMPOS, Ricardo. “Uso del bien común por parte de uno de los copropietarios con exclusión de los demás: ¿indemnización o restitución?”. Publicado en el portal legal La Ley el 18 de diciembre del 2019. Recuperado el 20 de abril de 2020. <https://laley.pe/art/8963/uso-del-bien-comun-por-parte-de-uno-de-los-copropietarios-con-exclusion-de-los-demas-indemnizacion-o-restitucion>.

En el mismo sentido: ARATA SOLIS, Moisés. Indemnización por uso total o parcial del bien común. En: VVAA. “Código Civil Comentado. Comentan 209 especialistas en las diversas materias del Derecho Civil”. Lima: Gaceta Jurídica. 2010, pp. [358 y 359](#)

desavenencia el juez deberá resolver, pese a ello, el artículo 975 prevé un supuesto en el cual el artículo 974 se ha visto incumplido²⁹⁸.

Considero que el artículo 975 no responde a una mala práctica legislativa, por el contrario, resulta sensato por parte del legislador prever que la copropiedad puede resultar un régimen potencialmente problemático para las personas, puesto que las mismas, muchas veces, no logran ponerse de acuerdo con las decisiones que deben adoptarse con relación al bien. No es inusual en la práctica apreciar que uno solo de los copropietarios habita el bien, y los demás, ya sea por desinterés o por evitar líos, permiten dicha posesión, el artículo 975 prevé una solución equitativa a dicha realidad y plantea que el uso exclusivo podrá darse, sin embargo, los titulares que no pueden ejercer tal derecho deberán verse compensados por el no uso del bien.

6. *Usufructo (disfrute) del bien común*

Los copropietarios también pueden disfrutar del bien, lo que implica que pueden beneficiarse con los frutos del mismo, ya sean estos naturales, industriales y civiles. Se entiende por frutos a aquellos provechos generados por un bien con o sin la intervención humana sin que este altere o disminuya su sustancia²⁹⁹.

Los copropietarios pueden apropiarse de los frutos que produzca el bien, no obstante, el límite de la licitud del provecho obtenido es el establecido por el quantum de la cuota del titular, de manera que este no podrá beneficiarse más que en el porcentaje que le corresponda, en caso contrario, deberá reembolsar los provechos obtenidos.

²⁹⁸ MAISH VON HUMBOLT, Lucrecia. "Exposición de motivos y comentarios del libro de Derechos Reales del Código Civil". En: REVOREDO DE DEBAKEY, Delia (compiladora). Código Civil. Exposición de motivos y comentarios. Tomo V. Lima: 1985, p. 328.

²⁹⁹ Con esta definición se supera la visión tradicional del fruto que, teniendo como paradigma a los frutos naturales, define a los mismos como partes integrantes de una cosa con utilidad para el hombre que deben ser separados de la cosa que los produjo para tener existencia independiente. COVIELLO, Nicola. "*Doctrina General del Derecho Civil*". *Ibíd.*, p. 330.

Sobre los frutos obtenidos el titular si tiene dominio exclusivo, por lo que puede gravarlos e incluso disponer plenamente de ellos.

Nótese que en el artículo 976 del Código Civil la terminología difiere de los artículos antes comentados, no se habla ya de “indemnización”, sino de “reembolso” (restitución), en caso uno solo de los copropietarios adquiriera la totalidad de los frutos, este deberá reembolsar a cada uno de sus congéneres.

7. Disposición del bien común

Sobre los actos de disposición del copropietario corresponde hacer una distinción preliminar, según hablemos de disposición de los derechos sobre el bien que pertenecen al copropietario, de la totalidad del bien y de los frutos generados por el mismo.

Con relación a los frutos la cuestión resulta más sencilla, en dicho caso el copropietario puede realizar actos de dominio sobre los mismos, pudiendo gravarlos, darlos en usufructo o disponer de ellos a título oneroso o gratuito, de acuerdo con el artículo 977 del Código Civil. El fundamento de tal prerrogativa es que los frutos son provechos individualizables, por lo que sí resulta posible que los mismos puedan ser objeto de división al momento en el que son originados, salvo escasas excepciones como ocurre con el caso en el que un animal alumbró a una sola cría, en dicho caso, el animal nacido también se encontrará bajo copropiedad.

Con relación al derecho que tiene el copropietario sobre el bien el Código Civil también permite la plena disposición puesto que no se afecta patrimonialmente a los otros copropietarios. Es preciso indicar que nos referimos al “derecho del copropietario” pues no es correcto afirmar que los copropietarios son titulares de la alícuota, como bien se ha afirmado, esta solo es el porcentaje de derechos que le corresponden a una persona sobre el bien, son los derechos mencionados los que se transfieren, no la cuota³⁰⁰.

³⁰⁰ CALOGERO, Mario Pio. La disciplina positiva. En GAMBARO, Antonio y MORELLO, Umberto. “*Tratatto dei diritti reali. Proprietà e possesso. Vol. I*”. Ibídem, p.556

Con relación a la totalidad del bien la solución es diversa, pues como hemos planteado en líneas precedentes el Código exige que los actos de disposición sobre la totalidad del bien se hagan previo acuerdo unánime entre los copropietarios.

Complementado lo señalado, que si alguno de los copropietarios realiza un acto de disposición que implique un ejercicio de propiedad exclusiva sobre todo o parte del bien este acto solo será “válido” desde que se le adjudique al copropietario la parte del bien sobre la que dispuso, en los términos del artículo 978 del Código Civil. Sin embargo, esa mención a la “validez” del negocio celebrado implica que este es nulo, luego se indica que el negocio se torna válido desde que se le adjudica la sección sobre la que se dispuso al copropietario, ¿sería entonces una nulidad que puede ratificarse? ¿Es ello posible? ¿Quizá se haga mención a la anulabilidad del acto? Pero ello sería contradictorio cuando se precisa que el negocio será válido desde su ratificación, en la anulabilidad el negocio es válido la ratificación solo extiende los efectos del negocio anulable a quien lo ratifica.

Sobre la naturaleza del negocio celebrado por uno solo de los copropietarios sin el consentimiento de los demás y a través del cual dispone una porción específica del predio indiviso debe señalarse que este negocio es válido pero inoponible con relación a los otros titulares no intervinientes, en dicho caso no encontramos un vicio que invalide al negocio, es decir, que incida sobre los elementos de validez del negocio fijados en la ley, pero si el copropietario disponente si carece de poder de disposición respecto del acto suscrito, al no contar con el consentimiento de los demás titulares³⁰¹.

8. *Defensa del bien común*

Los copropietarios cuentan con la facultad de defender el bien, ya sea mediante acciones posesorias o mediante acciones que tutelen la propiedad del bien. Para dichos casos, el copropietario no necesita el consentimiento de los demás titulares, pues, si bien el Código Civil no lo señala expresamente, se presume que quien

³⁰¹ MORALES HERVIAS, Rómulo. La falta de legitimidad en los contratos inoponibles. En: “*Actualidad Jurídica. Enero N° 230*”. 2013, p.18.

posee el bien en copropiedad lo hace en nombre de todos, por lo que los actos de defensa del bien se hacen en defensa de los demás titulares y los beneficia.

La Exposición de Motivos del Código Civil señala que resulta lógico que *jus reivindicandi* se otorgue a todos los copropietarios sin necesidad del consentimiento de los demás³⁰². No obstante, reitero que dicha permisión se hace en función al presunción de la copropiedad y de que no pone en una situación más gravosa a los demás condóminos.

El artículo 979 del Código Civil señala que el copropietario cuenta con las acciones posesorias para la tutela del bien (interdictos y desalojo), reivindicar el bien y otras que la ley le faculte, entre las que pueden encontrarse el proceso de mejor derecho de propiedad y la defensa posesoria extrajudicial.

9. *Mejoras, gastos de conservación, cargas y saneamiento*

El artículo 980 del Código Civil señala que en caso se realicen mejoras en el bien estas pertenecen a todos los copropietarios y que los gastos que generaran las mismas deberán ser reintegradas a quien los realizó; precisa la norma que no se refiere a todos los tipos de mejoras reguladas en el Código Civil, únicamente a las mejoras necesarias y útiles, excluyendo así a las mejoras.

De acuerdo con el Código Civil las mejoras se clasifican en tres grupos definidos en el artículo 916 de la norma citada:

- a) **Mejoras necesarias:** Son aquellas realizadas con el fin de evitar el deterioro o la destrucción del bien, como la reparación de un techo, vigas o columnas que hacen peligrar la construcción.

³⁰² MAISH VON HUMBOLT, Lucrecia y AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. "Exposición de motivos y comentarios del libro de Derechos Reales del Código Civil". En: REVOREDO DE DEBAKEY, Delia (compiladora). Código Civil. Exposición de motivos y comentarios. Tercera Parte. Tomo V. Segunda Edición. Lima: Thomson Reuters. 2015, p. 270.

- b) **Mejoras útiles:** Son aquellas que no resultan necesarias que aumentan el valor o la renta del bien, como sucede con el pintado o reparación de paredes desgastadas por el uso del bien.

- c) **Mejoras de recreo:** Son aquellas que no comprendidas en las dos categorías precedentes y sirven para el ornato, lucimiento y mayor comodidad del bien, como puede ser el cambio de pisos por unos de mármol o la instalación de esculturas en el bien.

Con relación a las mejoras el Código propone dos reglas: Las mejoras, siempre que sean necesarias y útiles, pertenecen a todos los copropietarios y los copropietarios deben reembolsar los gastos a quien realizó las mejoras.

Sobre la primera regla debe señalarse que las mejoras necesarias y útiles resultan de especial importancia para la existencia y preservación del bien, así como para acrecentar su valor económico, por lo que el Código Civil prescribe que este tipo de mejoras pertenecen a todos los copropietarios, pues son gastos que, de todos modos, deberán realizarse en el bien y terminarán beneficiando a todos. Así, si un copropietario evita que una pared se caiga y la repara los demás condóminos no podrán desconocer que dicha reparación los beneficia pues el bien pertenece a todos por igual.

Asimismo, resultaría injusto que los costos una mejora que ha beneficiado a todos sea asumido por solo uno de los copropietarios, por lo que el Código Civil prevé que los gastos realizados deberán ser reembolsados.

¿Qué sucede si uno de los copropietarios realiza una mejora de recreación?
¿Pertenece a todos? ¿Quién debe asumir su costo? La norma no resuelve la situación descrita, por lo que considero que debemos discriminar los diferentes escenarios de mejoras separables, los cuales pueden ser (i) mejoras de recreo separables y (ii) mejoras de recreo no separables. En el primer caso no existirá ningún problema, el condómino que instaló la mejora separable, como puede ser una escultura, puede removerla del bien, a menos que los demás condóminos

soliciten que esta permanezca en el bien pagando por ella, un supuesto semejante, más no idéntico, al contemplado en el artículo 917 del Código Civil.

En el caso de mejoras de recreo no separables el copropietario que las instaló no podrá solicitar el reembolso de los gastos en los que incurrió, y considero que las mismas se entenderán hechas en beneficio de todos, por ejemplo, la instalación de un piso de mármol.

Sobre los gastos de conservación y tributos del predio el artículo 981 del Código Civil prescribe que estos deberán ser asumidos en proporción a la cuota que posee cada copropietario. En efecto, al pertenecer el bien a todos los copropietarios estos deben asumir los gastos que genere el bien, en este caso, la cuota ideal será el baremo que indicará el porcentaje de los gastos que debe asumir cada condómino.

En el caso de cargas y gravámenes que pesan sobre el bien cada copropietario debe responder en función a su porcentaje de participación, pues recordemos que para gravar el bien se necesita del consentimiento de todos los titulares.

Finalmente, en el caso de saneamiento el artículo 982 precisa que las obligaciones de saneamiento por evicción corresponden a los copropietarios en proporción a su cuota ideal.

El Código Civil precisa tres tipos de obligaciones de saneamiento a cargo del transferente de la propiedad, posesión o uso de un bien:

- a) **Saneamiento por evicción:** Es la obligación a cargo del transferente en caso el adquirente de la propiedad, posesión o uso de un bien se vea privado de las mismas³⁰³.
- b) **Saneamiento por vicios ocultos:** La obligación de saneamiento por vicios ocultos es aquella que se debe por los defectos presentes en el bien

³⁰³ FLORES ALFARO, Carlos. Saneamiento por evicción. En: VVAA, Walter. *“Código Civil Comentado. Comentan 209 especialistas en las diversas materias del Derecho Civil. Tomo VII”*. Lima: Gaceta Jurídica. 2010, p. 637.

adquirido, que lo tornan inidóneo para el fin para el cual se adquirió o para su propósito económico³⁰⁴.

- c) Saneamiento por hecho propio del transferente:** En el caso de saneamiento por hecho propio del transferente que reduce el valor del bien, lo hace inútil para la finalidad de la adquisición o reduce las cualidades para dicho propósito.

El artículo 981 del Código Civil precisa que corresponde a los copropietarios los gastos asumidos en el cumplimiento de la obligación de saneamiento por evicción, considero que en el caso se transfiera la propiedad del bien, la posesión o el uso del mismo, el cual es un acuerdo que se adopta por unanimidad, no debe restringirse únicamente a los supuestos de saneamiento por evicción sino a aquellos de vicios ocultos y por hecho propio del transferente.

10. Extinción de la copropiedad

La copropiedad, y por extensión la comunidad, se extingue en los siguientes supuestos:

a) Por destrucción del bien:

La copropiedad es un supuesto de propiedad en comunidad, este derecho real asigna a su titular un derecho subjetivo sobre un bien, el cual se funde con la cosa bajo titularidad. De este modo, el derecho, al estar vinculado con la cosa se extingue en caso esta se destruye.

b) Por la agrupación de todas las cuotas en un único propietario:

En el caso de la copropiedad existe un derecho dividido entre varios titulares, el porcentaje de participaciones de cada titular se define en cuotas, cada cuota representa el quantum de activos y pasivos que deberá asumir el titular. En caso

³⁰⁴ ALDEA CORREA, Vládik. Obligación de saneamiento por vicios ocultos. En: VVAA. "Código Civil Comentado. Comentan 209 especialistas en las diversas materias del Derecho Civil. Tomo VII". Lima: Gaceta Jurídica. 2010, p. 687.

todos titulares transfieran sus derechos a uno solo de estos este concentrará en su poder la totalidad de la propiedad quedando extinta la copropiedad.

c) Por enajenación del bien y pérdida de propiedad del bien

Previo acuerdo unánime de todos los copropietarios estos podrán transferir la propiedad del bien, quedando los mismos sin derecho alguno sobre el bien transferido.

d) Por partición:

La partición es el acto en virtud al cual los copropietarios se ven privados de su participación ideal en el derecho bajo copropiedad a fin de recibir una porción individualizada del bien sujeta a propiedad exclusiva. La partición puede realizarse de manera convencional o judicial, dependiendo de la existencia o no de un acuerdo entre los titulares del derecho bajo comunidad.

La partición convencional reviste esencia contractual³⁰⁵, en virtud a ella los condóminos renuncian a su derecho y a su participación ideal sobre el bien indiviso y a cambio de ello reciben una porción individualizada del bien bajo dominio exclusivo.

El artículo 983 del Código Civil que se encarga de definir a la partición como el acto a través del cual los copropietarios permutan el derecho que tienen sobre el bien común a cambio de que se le adjudiquen derechos exclusivos sobre una porción específica del bien. Considero que esta definición obedece más a un supuesto de partición voluntaria, pues se plantea que los titulares permutan, es decir, intercambian lo que implica un acto de transferencia y disposición entre los copropietarios, lo que implica el consentimiento por parte de estos.

La partición se realizará de manera judicial cuando alguno de los titulares o un acreedor de estos lo solicite, en este caso, la acción de partición de los bienes es imprescriptible, a nivel doctrinal se ha sostenido que el fundamento de la

³⁰⁵ ROPPO, Vincenzo. *“El Contrato”*. Traducción a cargo de Nelvar Carreteros. Lima: Gaceta Jurídica. 2009. p.

imprescriptibilidad reside en que la copropiedad es vista como un estado transitorio hacia la propiedad privada al ser la copropiedad fuente de dificultades para el uso y disfrute del bien³⁰⁶.

11. *El pacto de indivisión*

El artículo 993 del Código Civil establece que los copropietarios podrán celebrar un pacto de indivisión por un plazo no mayor de cuatro años, el cual podrá ser renovado indefinidamente. Adicionalmente se establece como regla que para efectos de la oponibilidad del pacto se deberá de inscribir en el asiento registral del predio.

El artículo 993 al establecer un plazo de cuatro años al pacto de indivisión de la copropiedad fomenta que esta no se torne un régimen perpetuo, de manera que los condóminos puedan llegar a ser titulares exclusivos del predio, reafirmando una opción de política legislativa que pone énfasis en la tutela de la propiedad individual como contrapartida a otros tipos de propiedad compartida por considerarlos ineficientes o poco productivos para el tipo de modelo económico imperante.

12. *La medianería*

La medianería es un supuesto de copropiedad forzosa en inmuebles, resulta usual que en los predios contiguos existan paredes, zanjas y cercos que dividan un predio de otro pero a su vez los conecten mediante una infraestructura común.

Asimismo, si el legislador tiene propuesto que a través del Código Civil se logre la mayor explotación de la riqueza de los predios debe tenerse en cuenta que la construcción simultánea de dos muros o paredes medianeras ocupa un espacio mayor al usado por una sola pared medianera. Desde un punto de vista económico el fundamento de la medianería reside en la maximización de la utilidad del espacio y en lo improductivo que resultaría realizar una doble inversión en dos paredes.

Con esto presente nuestra normativa civil presume que las paredes, cercos y zanjas situados entre dos predios, es decir, en calidad medianera, se presumen comunes

³⁰⁶ AVENDAÑO VALDEZ, Jorge y AVENDAÑO ARANA, Francisco. “*Derechos reales*”. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2017, p.104.

a los propietarios de los predios divididos, esta presunción es de tipo *ius tantum* por lo que es admisible que cualquiera de los propietarios puedan acreditar que la infraestructura medianera ha sido construida en su lado del predio y con cargo a sus propios recursos. Esta presunción solo facilita la máxima explotación del bien posibilitando que el espacio ocupado por un muro divisorio sea el menor posible implicando una menor cantidad de gastos involucrados.

Así, el legislador establece un supuesto de copropiedad forzosa cuando la obra medianera se levanta en terreno de uno solo de los propietarios y el propietario colindante ejercita su derecho potestativo de adquirir la mitad de las cuotas ideales sobre la pared medianera y paga al titular del suelo el valor del mismo y la mitad de lo gastado en la construcción de la pared, de conformidad con el artículo 995 del Código Civil.

El legislador peruano establece en los artículos 994 al 998 la regulación del régimen de medianería, no obstante, me parece un error considerar que este régimen de copropiedad forzosa reciba tratamiento normativo distinto al de la copropiedad en general, por ejemplo, el artículo 996 del Código Civil establece que el condómino puede utilizar la pared medianera e incluso instalar vigas, pero se encuentra impedido de deteriorarla o abrir ventanas en ella, esto ya se encuentra normado en el artículo 974 del Código Civil cuando se indica que el copropietario puede utilizar el bien sin alterar su destino ni perjudicar a los demás. Esta falta de técnica repetitiva no sorprende si se tienen en cuenta que el legislador en lugar de darle normas a la categoría general de la comunidad optó por la copropiedad y luego por la medianería como si esta tuviese reglas distintas a la copropiedad, salvo el derecho de opción establecido en el artículo 995.

13. Copropiedad: ¿régimen de interinidad?

Una cuestión interesante de discutir con relación a la copropiedad es su condición de régimen transitorio o de interinidad, se asume tradicionalmente que la copropiedad es un régimen ineficiente, en términos económicos, al dificultar la utilización del bien y la disposición del mismo, lo que hace que la copropiedad sea

demasiado costosa de asumir y deba devenir en un tránsito hacia la propiedad exclusiva, el cual es visto como un régimen de régimen apto para la maximización de riquezas.

Un amplio sector de nuestra doctrina sostiene que la copropiedad es un régimen antieconómico, por no cumplir con el prospecto previsto para esta institución fijado por el modelo económico capitalista³⁰⁷³⁰⁸³⁰⁹.

En la exposición de motivos del Código Civil peruano los profesores Maish Von Humbolt y Avendaño Valdez sostienen, comentando la imprescriptibilidad de la acción de partición que la copropiedad es un régimen anormal y temporal de la propiedad, por lo que es contraproducente condenar a los condóminos a una situación de indivisión eterna³¹⁰.

A su vez, el profesor Arata Solís afirma que la regla de imprescriptibilidad evita la aplicación de la regla de la prescripción de diez años de toda acción real, según lo normado en el artículo 2001 de nuestra norma, y que la indivisión eterna implicaría la instauración de un régimen antieconómico³¹¹.

La copropiedad es un régimen de tránsito hacia la propiedad privada, esta condición se debe a que la copropiedad es un régimen antieconómico porque en ella se generan disputas entre los titulares que dificultan usar, disfrutar y disponer el bien, por lo que frente a un esquema de propiedades múltiples se alza la propiedad exclusiva como solución.

Asimismo, estas conclusiones se enmarcan dentro del postulado que la propiedad tiene como funciones la máxima circulación de la riqueza y la seguridad de las

³⁰⁷ BULLARD GONZALES, Alfredo. "Un mundo sin propiedad" En *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Editorial Palestra. Primera ED. 2003, pp. 145 y 153.

³⁰⁸ AVENDAÑO VALDEZ, Jorge y AVENDAÑO ARANA, Francisco. "*Derechos Reales*". Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2017, p. 104.

³⁰⁹ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. "*Tratado de Derechos Reales. Tomo 1: Parte General*". Lima: Fondo Editorial de la Universidad de Lima. 2017, p. 316.

³¹⁰ MAISH VON HUMBOLT, Lucrecia y AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. "Exposición de motivos y comentarios del libro de Derechos Reales del Código Civil". *Ibíd.*, p. 272.

³¹¹ ARATA SOLIS, Moisés. Imprescriptibilidad de la acción de partición. En: VVAA. "*Código Civil Comentado. Comentan 209 especialistas en las diversas materias del Derecho Civil*". Lima: Gaceta Jurídica. 2010, p. 429.

transacciones, tan es así, que en el marco de estos postulados, que se enmarcan dentro de un determinado modelo económico, mientras más segura es la propiedad más riqueza se generará³¹².

Los postulados antes señalados se enmarcan a su vez en los discursos realizados en torno a la propiedad privada, donde la copropiedad, vista como un esquema “anormal” de propiedad privada suscita problemas e incertidumbres.

Considero que la copropiedad genera conflictos entre los condóminos impidiendo que el bien pueda ser utilizado o se pueda disponer del bien de manera adecuada, la dificultad de llegar a un acuerdo entre todos los copropietarios termina resultando costoso en cuanto a tiempo, esfuerzos y recursos, lo que ocasiona que usualmente el bien sea abandonado por las controversias existentes sobre él.

Lo antes señalado legitimaría a que la copropiedad, usualmente, sea mucho menos beneficiosa que la propiedad exclusiva, esto legitimaría a que se le reconozca a los copropietarios la facultad de poder terminar con la copropiedad en el momento que consideren oportuno, además, esto no implica un perjuicio para los mismos puesto que a cambio de sus derechos sobre el bien reciben una porción exclusiva.

14. *Copropiedad y tragedia de los anti comunes*

De la teoría económica sabemos que existen dos fenómenos que dificultan o impiden el aprovechamiento de un bien, a saber: La tragedia de los comunes y la tragedia de anti comunes.

En palabras simples, la tragedia de los comunes se produce cuando sobre un bien no existen derechos de propiedad que permitan que quien usa el bien interiorice las externalidades generadas por el uso, como es el caso del agotamiento del bien. Imaginemos un campo abierto donde muchos pastores llevan su ganado a pastar, sin embargo, el campo no pertenece a ninguno de estos, por lo que los gastos de

³¹² DE SOTO, Hernando, GHERSI SILVA, Enrique, GHIBELLINI, Mario e INSTITUTO LIBERTAD Y DEMOCRACIA. “*El otro sendero*”. Lima: Editorial El Barranco. 1986, p. 225.

mantenimiento del césped del campo no será asumido por ninguno de estos, lo que los incentiva a seguir llevando al ganado al campo hasta que este termine por agotarse.

La tragedia de los comunes, teoría delineada por Hardin plantea que en un régimen sin derechos de propiedad los bienes tienden a sobre explotarse hasta que los mismos terminan por agotarse.

Por otro lado, la tragedia de los anti comunes presupone que en el caso de demasiados derechos de propiedad que permitan excluir los demás se generará la infra explotación del bien, la razón es que al haber muchas decisiones que tomar en cuenta al momento de administrar el bien basta que uno de los titulares se oponga para detener la iniciativa de los demás. En la tragedia de los anti comunes también se presenta la desventaja del *free rider* que implica que las mejoras realizadas por uno solo de los titulares terminará beneficiando sus congéneres, incluso si estos no invierten en el, lo que termina de desincentivar las inversiones realizadas en el bien, nadie invierte si otro se beneficia a sus expensas.

Tanto la tragedia de los comunes como la de anti comunes concluyen que el régimen más eficiente para la explotación de los bienes es el de la propiedad privada (tragedia de los comunes) y la propiedad exclusiva (tragedia de los anticomunes). Ambas teorías han tenido eco en nuestra doctrina nacional quienes han reproducido sus conclusiones³¹³.

Sin embargo, extrapolar estas conclusiones que propugnan la eficiencia de la propiedad sobre otros elementos a tener en cuenta, como su función social o el carácter redistributivo que el Estado debe darle³¹⁴, implicaría que se pierda de vista

³¹³ BAYLY LETTS, Andrés y PASQUEL RODRÍGUEZ, Enrique. "Privaticemos las vicuñas: Cómo eliminar el peligro de extinción y aprovechar su potencial económico". En: *Revista de Economía y Derecho UPC*. N° 03. Lima. 2006, p. 69.

GHERSI SILVA, Enrique. ¿Por qué no se extinguen las gallinas? Conferencia dictada el 15 de abril de 2008 en la Universidad Francisco Marroquín, Auditorio F.A. Hayek.

BULLARD GONZALES, Alfredo. "Un mundo sin propiedad" En *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Ibíd., pp. 145 y 153.

³¹⁴ MARELLA, María. "La funzione sociale oltre la proprietà" En ALPA, Guido y ROPPO, Vincenzo. *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, Roma: Laterza. 2013, p. 567.

que los derechos reales no solo se encuentran al servicio del mercado sino que son el medio para garantizar derechos fundamentales, al respecto, es destacable la labor académica y política del fallecido profesor Stefano Rodotá con relación a los bienes comunes³¹⁵.

Asimismo, y con respecto a la eficiencia de la propiedad privada sobre los bienes comunes se ha indicado que “desde hace varios años Ciriacy-Wantrup y Bishop claramente demarcaron la diferencia entre acceso abierto en donde nadie tiene el derecho de excluir a otros de usar el recurso (por ejemplo, el mar abierto y la atmosfera), y el régimen de propiedad común, donde los miembros de un grupo específico tienen el derecho a excluir a los no miembros de usar el recurso. El modelo de propiedad común establece restricciones sobre quien usa el recurso, cómo y cuándo, a través de derechos y responsabilidades que son asignados y ejecutados mediante mecanismos de control social”³¹⁶.

Así, la propiedad privada tiene funciones adicionales a las contempladas por el modelo económico imperante, no solo es un medio de producción de riqueza; la propiedad comunal, por ejemplo, es un mecanismo de subsistencia y de identidad personal y cultural³¹⁷.

Sobre este acápite se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- a) La propiedad privada no debe ser considerada como el mecanismo más eficiente de producción de riqueza, frente a esto se ha demostrado que

³¹⁵ RODOTÁ, Stefano. El terrible derecho.

³¹⁶ MERINO ACUÑA, Roger, “Descolonizando los derechos de propiedad. Derechos de propiedad indígena comunales y el paradigma de la propiedad privada” En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XLVII, num. 141, septiembre-diciembre del 2014, p.947.

La viabilidad de los bienes comunes ha sido fuertemente defendida por la Nobel de economía Elinor Ostrom, quien señala que la propiedad común tiene medios de conservación de los recursos al igual que la privada OSTROM, Elinor. “*El gobierno de los bienes comunes. La evolución de las instituciones de acción colectiva*”. Traducción de Corina de Iturbe Calvo y Adriana Sandoval, México D.F: Fondo de Cultura Económica, 2000, p.49.

³¹⁷ Dicha opinión puede verse en ZAMBRANO CHÁVEZ, Gustavo. “Aproximación a la noción de derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas elaborado a partir de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” En: PRIORI POZADA, Giovanni (Coordinador) *Estudios sobre la propiedad*, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012, p.53.

existen formas alternas de propiedad cooperativa igualmente eficientes, tal como establecen los estudios de la profesora Elinor Ostrom y nuestra Constitución al señalar en su artículo 60 que la economía nacional se sustenta en diversas formas de propiedad.

- b) La propiedad no solo es un medio de generar riqueza, sino una forma de garantizar los derechos fundamentales de las personas mediante bienes que no deben encontrarse sujetos a propiedad privada sino a un uso masivo pero controlado, como el agua y el medio ambiente.

- c) La tragedia de los anti comunes y su relación con la copropiedad implica que esta resulta ineficiente, económicamente hablando, frente a la propiedad exclusiva, ambas de régimen privado. **Si bien si compartimos la posición de que la copropiedad dificulta y muchas veces imposibilita el uso, disfrute y disposición de los bienes (ocasionando la llamada tragedia de anti comunes) estas conclusiones solo deben restringirse a la propiedad privada y no alcanzar a los bienes comunes que comparten una vocación distinta al lucro.**

TEMA VI: LA USUCAPION

I. INTRODUCCIÓN

La posesión y los derechos reales constituyen las dos formas de atribución de titularidades sobre bienes con las que cuenta el derecho privado; mientras que la posesión protege el control directo e inmediato que una persona tiene sobre un bien, a manera de señoría de hecho sobre las cosas; los derechos reales protegen la titularidad de las personas respaldada en un título jurídico.

Pese a esta aparente dicotomía que existe entre posesión y derecho real ambos se funden en complejas relaciones complejas en las cuales se complementan y devienen uno en el otro. Así, la finalidad de los derechos reales, en mayor o menor medida, es poner a su titular en una posición de uso o disfrute sobre el bien. Por ejemplo, un propietario efectiviza su derecho sobre el bien utilizándolo (uso), obteniendo rentas del bien (disfrute) y mediante otros actos que necesariamente decantan en el ejercicio de la posesión del bien, por tanto, el titular de un derecho real terminará actuando como poseedor del bien, **la posesión es el fin inmediato que se espera al adquirir un derecho real.**

Por otro lado, la posesión ejercida por un periodo ininterrumpido de tiempo y de acuerdo a otras especificaciones legales termina generando la adquisición de un derecho real a través de la usucapión o prescripción adquisitiva, hemos señalado que, en virtud a la protección de la expectativa del poseedor de consolidar esa posesión en un derecho real ulterior es que se le reconocen facultades para la defensa del bien, esto sin perjuicio de los demás fines que el ordenamiento aspira proteger como la interdicción de la violencia o la tutela a la apariencia que genera la posesión.

De este modo, en un hipotético estado de naturaleza la forma de adquisición de la propiedad sobre un bien es la ocupación, caza o recolección de un bien, actos reales que implican necesariamente actuaciones posesorias, no en vano se ha señalado

que el trabajo ejercido sobre un bien que se encuentra en la naturaleza origina la adquisición de su propiedad³¹⁸.

La usucapión reconoce esa realidad que representa la posesión, otorgando al poseedor del bien la propiedad de un bien, siempre que demuestre haber ejercido la posesión de manera pública, pacífica, continua, como propietario y durante el lapso de cinco años (en caso se tenga justo título y buena fe) o diez años, a través de este instituto se buscan alcanzar múltiples objetivos como parte de las políticas legislativas del Código Civil, ya sea sancionar al propietario negligente que abandona el bien, premiar al poseedor que, pese a no tener título sobre el bien, genere riqueza a través del uso y disfrute del bien, así, puede decirse que es parte de los objetivos de la institución evitar que la propiedad no genere provechos al ser abandonada.

Asimismo, la prescripción adquisitiva cumple otros fines en nuestro ordenamiento, es un medio idóneo para poner fin a las disputas sobre la propiedad de un bien, ya sea por duplicidad de títulos o inscripciones, por contratos inválidos, por inconsistencias en el objeto del contrato que transfiere la propiedad y por discordancias entre el área transferida y el área realmente ocupada³¹⁹, dando así certeza y seguridad a los derechos de propiedad, fundado en el sólido respaldo de la posesión consolidada por el tiempo y por el trabajo ejercido en el predio.

Un aspecto poco estudiado sobre la prescripción es que presenta una importancia trascendente en el saneamiento de la propiedad informal, la cual muchas carece de título, privando a sus titulares de un derecho a la vivienda pleno, al no poder disponer del bien, gravarlo o establecer derecho como si podría hacer un propietario con título.

En un país como el nuestro, donde el Estado centralizado en la capital y la ausencia de políticas retributivas ha obligado a un éxodo masivo del campo a la ciudad ocasionando un desborde popular hacia los márgenes de la ciudad, la mayor parte

³¹⁸ LOCKE, John. *"Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil"*. Madrid: Tecnos. 2008, p.32.

³¹⁹ GONZALES BARRÓN, Gunther. *"Tratado de Derechos Reales. T. II"*. Lima: 2013, p.172.

de la propiedad y la construcción levantada en esta es informal, careciendo aquellas personas de un título idóneo que reconozca el derecho que han ejercido por años.

Ante esta situación, la usucapión adquiere una nueva función en el marco de políticas retributivas que complementan su rol de medio de adquisición de la propiedad o de otros derechos reales, la usucapión permite de esta manera que se consolide que, en el marco de la función social de la propiedad, se reconozca el derecho a una vivienda digna a grupos excluidos del mismo.

La tesis que proponemos postula que la prescripción entre copropietarios forma parte del reconocimiento del derecho de propiedad a aquellos que han venido ejerciendo la posesión y generando riqueza, ante la inacción de propietarios negligentes, contraponiendo la realidad, esto es, el verdadero uso y disfrute del bien, ante los títulos de propiedad que por no ser valorados por su titular son dejados de lado por el propietario. No resulta posible que dado el modelo normativo actual un invasor tenga más derecho a usucapir un bien que un copropietario que lo habita por años ante la inacción de sus congéneres, tampoco que, si hay unanimidad en reconocer que la copropiedad es un régimen interinidad no se reconozca a la prescripción adquisitiva como un medio adecuado para dar paso a la propiedad exclusiva y que en nuestra realidad donde aun persisten grandes extensiones de propiedad informal donde en una gran extensión de terreno, registralmente sujeto a copropiedad, existen múltiples viviendas bajo un régimen, de hecho, de propiedad exclusiva, donde las transferencias se manejan como compraventa de acciones y derechos pero se especifica en el contrato una porción definida del predio (¿?) una ficción a la que las personas no tendrían que recurrir si se reconociera que un copropietario puede adquirir un predio común por la prescripción adquisitiva de dominio.

II. DEFINICIÓN

La usucapión, también llamada prescripción adquisitiva de dominio, es, por sobre otras definiciones, un medio originario de adquisición de la propiedad u otro derecho real siempre que tenga base en la posesión (así no se puede adquirir por usucapión

una hipoteca), el cual se basa en el reconocimiento de los mencionados al poseedor que ocupa un bien de manera pública pacífica y como propietario un bien por un lapso de tiempo establecido por la ley.

Considero que el término usucapión resulta más propio que el de prescripción adquisitiva de dominio, a fin de diferenciarla claramente de la prescripción extintiva o liberatoria, bajo la cual por el cómputo de un plazo legal establecido en la ley los derechos dejan de ser exigibles judicialmente, así, si bien ambas instituciones suelen ser tratadas conjuntamente en el plano legislativo (tal como ocurre en el Código Civil francés) dados algunos puntos de contacto entre si, como (influencia del transcurso del tiempo sobre los derechos, causas de suspensión e interrupción del curso de la prescripción), su naturaleza es muy diversa, en el caso de la liberatoria, el transcurso del tiempo produce la extinción de acciones [pretensiones] personales; en la adquisitiva, se opera la adquisición de un derecho de propiedad u otros derechos reales (usufructo, uso servidumbre)³²⁰.

La usucapión es un modo de adquisición de la propiedad y de otros derechos de goce en virtud a la posesión continuada de la cosa por un cierto tiempo, cuya duración varía según el bien que forma objeto [de la usucapión] y del concurso de elementos ulteriores³²¹.

La usucapión abarca tanto a bienes muebles como a inmuebles, permite la adquisición de todo tipo de derechos reales basado en la posesión de un bien³²², tal como ha establecido la Corte Suprema del Perú en el Segundo Pleno Casatorio Civil³²³.

III. FUNCIONES DE LA INSTITUCIÓN

³²⁰ BORDA, Guillermo. “*Tratado de Derecho Civil. Los Derechos Reales. Vol. I*”. Ibídem, p. 456.

³²¹ GUERINONI, E. “L’usucapione”. En: GAMBARO, Antonio y MORELLO, Umberto. “*Tratatto dei diritti reali. Proprietà e possesso. Vol. I*”. Milán: Giuffrè. 2012, p. 605.

³²² BALESTRA, Lorenzo; DISTEFANO, Francesco; ESCHER, Massimo; MAGRI, Matteo y VALAZZI, María Eugenia. En: CENDON, Paolo (coordinador). “*Commentario al Codice Civile. Possesso*”. Milano: Giuffrè Editore. 2009, p. 213.

³²³ Este primer fundamento resulta algo contradictorio pues se dejaría de lado la función probatoria de la usucapión. ARRIBAS, Guillermo y LAU, Erick. Acerca de la prescripción adquisitiva: ¿Saliendo de la caverna? En “*Themis. Revista de Derecho N. 60*”. 2011, p.154.

El principal efecto de la usucapión es la adquisición de la propiedad u otro derecho real basado en la posesión, así, sobre dicho efecto realizado en virtud de la ley se han erigido muchas teorías acerca de los propósitos que se buscan alcanzar mediante el reconocimiento de la institución bajo estudio, el profesor Álvarez Caperochipi sostiene que la usucapión es un medio de identificación de la propiedad, englobando en el las funciones adquisitivas y probatorias de la institución: “La usucapión es un medio de identificación (de adquisición, de prueba) de la propiedad y de los derechos reales por la concatenación de dos elementos: la posesión y el tiempo. Solo se adquieren por usucapión la propiedad de las cosas (res extensa) y sobre los derechos reales poseibles³²⁴.”

1. *La usucapión como mecanismo de adquisición originaria de la propiedad. Sobre la retroactividad de la usucapión.*

La principal función de esta institución es la adquisición de la propiedad u otro derecho real por quien ha venido poseyéndolo, como propietario, por el plazo legal estipulado por la ley.

Consideramos que esta función deviene en la más importante de la usucapión, incluso se llega a sostener que esta función engloba a las demás o que incluso constituye la única función que posee esta institución.

La adquisición de un derecho real, vía prescripción adquisitiva, es una de tipo originario puesto que la misma no proviene de un efecto traslativo voluntario de parte del anterior titular del derecho³²⁵. Por tanto, esta adquisición rompe con la cadena de transmisiones (y los derechos vinculados a la misma) existentes en el derecho primigenio para originar un nuevo derecho desligado de la propiedad pasada.

Sobre dicha afirmación se ha discutido mucho, respecto a si corresponde al anterior propietario reclamar el pago de los frutos generados por el bien durante todo el

³²⁴ ÁLVAREZ - CAPEROCHIPÍ, José. *Ibíd.*, p. 147.

³²⁵ PUIG BRUTAU, José. “*Compendio de Derecho Civil. Volumen III*”. Barcelona: BOSH. 1989, p. 104.

periodo en el que el usucapiente no fue propietario. Así, de acuerdo con el Código Civil el poseedor de mala fe debe restituir los frutos generados por el bien a su propietario, en el caso de la usucapición debe discutirse si los efectos adquisitivos de la propiedad se entienden ocasionados desde el cumplimiento de los requisitos (o en su defecto, de la sentencia que la declare)³²⁶ o si sus efectos se retrotraen hasta el primer día de posesión³²⁷.

Se afirma que una vez que se cumple el plazo establecido para la usucapición, esta generará efectos retroactivos que se remontarán al inicio de la posesión ad usucapionem³²⁸.

Dichas afirmaciones no pueden ser compartidas en tanto que las mismas carecen de sustento legal claro que permita determinar que la usucapición produce o no efectos retroactivos, por lo que sostener tal afirmación llevaría a una ficción no necesaria que no se desprende de las normas

En el mismo sentido, **la prescripción, al ser una nueva propiedad siempre vence al Registro, lo cual incluye necesariamente a las cargas y gravámenes registradas en él**, no puede privilegiarse las apariencias sobre una adquisición posterior al derecho inscrito, **la usucapición es la propiedad, es su ser**³²⁹.

La usucapición rompe con el pasado dando inicio a una nueva línea de adquisiciones de la propiedad y de otro derecho real, la usucapición, al igual que la prescripción constituye un “hecho preclusivo”³³⁰.

2. *¿Usucapición del propietario? La usucapición como mecanismo de prueba de la propiedad.*

³²⁶ Ya sea que se entienda que los efectos de la sentencia de usucapición son declarativos o constitutivos.

³²⁷ LACRUZ BERDEJO, José Luis. “*Elementos de Derecho civil, t. III, vol. 1*”, Barcelona: BOSH. 1998, p. 191.

³²⁸ ALBALADEJO, Manuel. “*Derecho Civil. Vol. III. Derecho de bienes*”. Ibídem, 160.

³²⁹ GONZALES BARRÓN, Gunther. “*Los Derechos Reales y su inscripción registral*”. Lima: Gaceta Jurídica. 2013, p. 212.

³³⁰ FALZEA, Angelo; Voz: Efficacia Giuridica. En: “*Voci di Teoria Generale del diritto*”. Milán: Giuffrè Editore, 1985, p. 498.

La existencia de funciones de la usucapión, adicionales a la de adquisición de derechos, es de por sí una afirmación no exenta de problemas. No son pocas las críticas realizadas a la existencia de funciones adicionales en la usucapión, sosteniéndose que las mismas se asimilan a una única función, que es la de adquirir un derecho real.

La función probatoria de la usucapión se encuentra relacionada a los orígenes romanos de la institución. Durante el periodo pretoriano en la antigua Roma existieron dos formas de adquisición del dominio: el dominio bonitario y el dominio quiritario, el primero era el que se adquiría sobre una cosa romana, bajo las formalidades romanas y entre romanos y el segundo el dominio adquirido faltando alguno de los requisitos antes mencionados.

La diferencia entre ambos tipos de dominio imposibilitaba que el adquirente del dominio bonitario pudiese defender su dominio mediante la *reivindicatio* por lo que el pretor tuvo que disponer de una suerte de ficción que implicaba que el adquirente bonitario ya contaba con un dominio consolidado para defender su predio, ya no mediante la reivindicación, sino mediante la *actio publiciana*.

En el caso del dominio bonitario, el adquirente podía “sanear” su adquisición mediante el cómputo del tiempo, así se afirma que “por la usucapión se adquiría la propiedad civil de las cosas (*dominium ex iure Quiritium*). Esta circunstancia determinaba sus casos de aplicación: el objeto de la *usucapio* solo podían ser las cosas susceptibles de propiedad quiritaria. Quedaban por tanto excluidas las no comerciables (*res extra commercium*); y los fundos provinciales. Por razón de las personas, a los ciudadanos romanos y a los latinos. Y estos podían adquirir la propiedad quiritaria de las cosas poseídas en nombre propio y de buena fe (*bonae fidei possessio*), además de aquellas sobre las que se ejercitaban propiedad pretoriana o bonitaria (*in bonis habere*)”³³¹.

³³¹ LAQUIS, Manuel Antonio. “Derechos Reales. Tomo III. Adquisición y pérdida del dominio (cont.) Usucapión y Expropiación”. Buenos Aires: DEPALMA. 1983, p.14.

En el caso romano³³² evidenciamos que la usucapión no solo es utilizada para un fin adquisitivo, sino para sanear un título que adolecía de algún vicio que impedía que este goce de las mismas protección del dominio quirritario, de este modo la usucapión no solo es útil para adquirir la propiedad sino para sanear adquisiciones ya realizadas.

Asimismo, la usucapión evita el conflicto que podría ocasionarle a un propietario al momento de acreditar la cadena ininterrumpida ocasionado la llamada probatio diabólica³³³.

A nivel jurisprudencial han existido pronunciamientos dispares respecto a la admisión de la posibilidad de que un propietario pueda usucapir un bien que ya le pertenece, por un lado, se ha sostenido que esto constituiría un imposible jurídico y que el propietario carecería de falta de legitimidad, pues el presupuesto base para lograr la usucapión es precisamente no ser propietario.

En ese sentido, el sexto considerando de la **Casación N° 672-2001, Lima** sostiene que es un imposible jurídico que alguien que ya cuenta con el derecho real de propiedad aspire, nuevamente, a adquirirlo, esta vez por la vía de adquisición originaria.

Distinto es el parecer de aquellas decisiones de la Corte Suprema que consideran que la usucapión, además de ser un medio de adquisición de la propiedad es una fórmula para consolidarla, tal como concluye la **Casación N° 374-2000-Callao**³³⁴.

Por otro lado, se cuestiona que la función de prueba de la propiedad constituya una función de la usucapión, indicando que, incluso en los supuestos en los cuales ya

³³² Nos referimos exclusivamente al derecho romano clásico, pues no negamos que en el derecho romano la usucapión también desempeñó un rol adquisitivo: LAQUIS, Manuel Antonio. “*Derechos Reales. Tomo III. Adquisición y pérdida del dominio (cont.) Usucapión y Expropiación*”. Ibidem, p.13.

³³³ MUSTO, Nestor Jorge. “*Derechos Reales. Tomo I*”. Buenos Aires: Editorial Astrea. 2000, pp. 486 y 487.

³³⁴ La sentencia es comentada en ARIANO DEHO, Eugenia. Sobre la “imposibilidad” de pretender la declaración de usucapión del bien adquirido previamente por compraventa. En: *Documentos de trabajo del Pleno Jurisdiccional Regional Civil*, p. 35 (de la separata). Asimismo, se pronuncia a favor de la admisibilidad de la usucapión del propietario GELDRES CAMPOS, Ricardo. La prescripción adquisitiva de dominio del propietario. A propósito de la Casación N° 3247-2014, Junín. En: “*Diálogo con la Jurisprudencia N° 221*”. Lima. 2017, pp. 85-92.

se cuenta con un título de propiedad previo, la usucapión actúa como un medio adquisitivo, pues lo que se hace no es consolidar el título sino obtener uno nuevo vía originaria, en tal sentido, cuando subsiste un título idóneo para la adquisición de un título derivado, el adquirente, poseyendo, puede adquirir por usucapión y, valerse de la adquisición originaria, especialmente, en el plano probatorio³³⁵

Aunque se considere que la usucapión posee una finalidad probatoria, distinta a la adquisitiva, o que la primera se subsume en la segunda, opinión que descartamos, es importante para efectos de este trabajo que un sujeto que ya tiene un título de propiedad pueda adquirir el bien propio por prescripción adquisitiva, en la investigación bajo análisis se plantea la posibilidad de que un copropietario pueda adquirir la totalidad de un bien indiviso vía usucapión.

3. *La usucapión, asignación eficiente y función social de la propiedad: El caso de la usucapión de predios rústicos*

La usucapión, vista desde el análisis económico del derecho, cumple un rol relacionado con la asignación eficiente de la propiedad, pues esta trae como consecuencia que ante la inacción del propietario que no aprovecha el bien y no genera riqueza con el mismo se privilegie la adquisición del poseedor que si lo hace. De esta manera, el ordenamiento jurídico establece una escala de intereses en las cuales privilegia la utilización de los bienes como fuente generadora de nuevos recursos para la sociedad, “la posesión adversa (usucapión) impide que los recursos valiosos permanezcan ociosos durante largos periodos, especificando procedimientos para que un usuario productivo arrebatase un título a un usuario improductivo”³³⁶.

Ese criterio de generación y maximización de riqueza como factor determinante en el otorgamiento de la propiedad vía prescripción adquisitiva es recogida en la legislación nacional agraria, que establece que el plazo para adquirir un predio

³³⁵ GAZZONI, Francesco. “*Manuale di Diritto Privato*”. Nápoles: ESI. 1998, p. 232.

³³⁶ COOTER, Robert y ULEN, Thomas. “*Derecho y economía*”. México D.F: Fondo de Cultura Económica. 1998, p. 187.

rústico es de cinco años, eliminando así la distinción entre prescripción corta y larga del Código Civil, y estableciendo el criterio de la explotación económica como un criterio a probar al momento de la adquisición de un predio rústico³³⁷.

Así, de acuerdo con la Novena Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N° 653, Ley de Promoción de las Inversiones en el Sector Agrario es plazo de posesión que debe acreditarse es de cinco años, disposición que debe ser confrontada con el artículo 39 del Decreto Supremo N° 032-2008-VIVIENDA, Reglamento del Decreto Legislativo N° 1089, Decreto Legislativo que Establece el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales, que establece que mediante la prescripción adquisitiva los poseedores de un predio rústico adquieren la propiedad como consecuencia del ejercicio de la posesión y de la **explotación económica del bien**, en el mismo sentido se pronuncian los “Lineamientos para la ejecución de los procedimientos de formalización y titulación de predios rústicos de propiedad del Estado y de declaración de propiedad por prescripción adquisitiva de dominio” aprobados por Resolución Ministerial N° 0556-2015-MINAGRI.

Como se evidencia, este criterio de la explotación económica del bien, que data desde el Decreto Ley N° 17716, Ley de Reforma Agraria, tiene como objeto privilegiar el uso económico de predios relacionados con importantes actividades económicas para el país, tales como la agricultura y la ganadería. El legislador reconoce también una función productiva de la propiedad en función al bien común que solo se logra procurando que sectores clave no detengan su producción, para este fin se reconoce que los predios rústicos pueden ser adquiridos en un plazo menor a los contemplados en el Código Civil (prescripción larga) siempre que el bien sea aprovechado económicamente.

De manera adicional a los criterios señalados se afirma que la prescripción adquisitiva resulta conveniente en una sociedad pues “reduce el costo de la

³³⁷ En ese sentido GONZALES BARRÓN, Gunther. *“Los Derechos Reales y su inscripción registral”*. Ibídem, p. 212.

determinación de los derechos de propiedad legítimos al eliminar el riesgo de que la propiedad sea disputada sobre la base de un pasado distante”³³⁸, esta función económica se relaciona con la función de saneamiento de la usucapión, pero vista desde el ámbito económico existe una notable reducción de costos, ya sea judiciales o administrativos, en reconocer la propiedad a quien posee el bien de manera ininterrumpida.

4. *Justificaciones de la existencia de la usucapión*

Hemos expuesto hasta ahora las funciones que la usucapión cumple en el ordenamiento jurídico, los propósitos que se buscan alcanzar a través de esta institución, ya sea de adquisición de propiedad, saneamiento o de asignación de eficiente de la misma.

Ahora se analizarán la justificación de la misma, es decir, la explicación sobre la existencia de esta institución, creemos que hablar de funciones de la usucapión responde a la pregunta de ¿qué efectos tiene la usucapión? ¿Qué hace? Mientras que hablar de justificación implica responder ¿Por qué la regulamos?

Las justificaciones de la usucapión podemos englobarlas en dos grupos:

5. *Justificaciones con fundamentos subjetivo*

Son fundamentos subjetivos aquellos que se centran en un esquema de castigos e incentivos a los sujetos que intervienen en la usucapión, ya sea para adquirir la propiedad mediante la posesión o para perderla por la inacción.

Se afirma que la usucapión constituye un castigo al propietario negligente que, en lugar de aprovechar el bien de su propiedad y producir riquezas con el opta por no usarlo y permitir que otros ocupen el bien y lo utilicen en su beneficio, como “castigo” al propietario por su falta de interés en la defensa del bien es que se le priva del mismo.

³³⁸ COOTER, Robert y ULEN, Thomas. “Derecho y economía”. *Ibíd*em, p. 187.

Visto desde otro ángulo, se señala que la usucapión beneficia al poseedor que genera riqueza, su legitimidad se encuentra en reconocer al mismo un beneficio por haber poseído el predio durante un lapso de tiempo evitando que el mismo se desaproveche por la inacción del propietario.

6. *Justificaciones con fundamento objetivo*

Los fundamentos objetivos no se centran en la figura de los sujetos sino en los beneficios que obtiene la sociedad con relación al reconocimiento de la usucapión, por lo que se manejan criterios como el bien común, la certeza en la adquisición de derechos, la paz social y la maximización de riquezas como el fundamento que legitima el reconocimiento de la institución, en ese sentido, Puig sostiene que “por lo que se refiere al fundamento de la usucapión, se habla de fundamento subjetivo, que solamente tenga en cuenta la actitud o conducta del propietario o titular que va a perder su derecho a consecuencia de su inactividad o negligencia. Sin embargo, la pasividad por abandono o negligencia puede ser tenida en cuenta en la prescripción extintiva de las acciones, pero no en el caso de una adquisición por el usucapiente”³³⁹.

De esta manera, para el citado autor “el verdadero fundamento de la usucapión sin duda está en la conveniencia general de proteger la seguridad jurídica. Corresponde a un interés social proteger una situación estable frente al ejercicio tardío de los derechos”³⁴⁰.

El mismo criterio objetivo es compartido por quien sostiene que “la prescripción responde a fines de seguridad jurídica y de conveniencia social y por ello es una institución de orden público, basada en la necesidad de dar certidumbre a los derechos”³⁴¹.

IV. LA REGULACIÓN DE LA USUCAPIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO

³³⁹ PUIG BRUTAU, José. “*Compendio de Derecho Civil. Volumen III*”. *Ibidem*, p. 104.

³⁴⁰ PUIG BRUTAU, José. *Ibid.*, p. 104.

³⁴¹ MUSTO, Nestor Jorge. “*Derechos Reales. Tomo I*”. *Ibidem*, p. 489.

De acuerdo a nuestro Código Civil la usucapión se encuentra regulada en cuatro artículos dentro de las formas de adquisición de la propiedad, en dichos artículos se regula el contenido, requisitos, modalidades, efectos y formalidades de la prescripción adquisitiva, los cuales serán detallados a continuación:

1. *Requisitos de la Usucapión*

Según el Código Civil peruano a fin de adquirir la propiedad, u otro derecho real, de un bien en virtud a la prescripción adquisitiva debe configurarse la posesión de un bien, de manera continua, pacífica, pública y como propietario de un bien por el periodo de diez años tratándose de bienes inmuebles, cinco en el caso que exista justo título y buena fe o de cuatro años si se trata de un bien mueble y dos años si existe justo título y buena fe.

a) La posesión continua: La posesión es la base de la usucapión, sin esta no existiría dicha institución, en este caso hablamos de la posesión entendida como señorío de hecho sobre un bien, más no como la facultad derivada de un derecho subjetivo. Se ha comentado ya que el sustento normativo de la adquisición de la propiedad basada en la posesión de un bien descansa en diversos fundamentos, por un lado un sistema de castigos – incentivos para el propietario negligente y al poseedor que genera riqueza con el bien, respectivamente; en la prueba de la propiedad y en modelos de redistribución de la propiedad.

La posesión sobre un bien debe ser continua, es decir, no debe ser periódica o estacional, sin embargo, en caso el poseedor deje el bien voluntariamente el bien y lo recupere en el plazo máximo de un año (en analogía al plazo legal para recuperar la posesión vía interdicto) se entenderá que la posesión no se ha interrumpido, siempre que no se cuestionen otros elementos de la posesión.

Asimismo, a fin de acreditar la posesión continua pueden utilizarse cualquiera de las presunciones establecidas en el Código Civil o de los mecanismos de

tutela a favor del poseedor ad usucapionem que contempla dicha norma, me refiero por ejemplo a la presunción de posesión continua establecida en el artículo 915 del Código Civil, que prescribe que si el poseedor actual prueba que ha poseído anteriormente se presume, salvo prueba en contrario, que ha poseído en el plazo intermedio. Así, si una persona se encuentra poseyendo un bien en el año 2020 y demuestra mediante un contrato de construcción sobre el bien que poseía en el año 2005 se presumirá que poseyó durante los quince años comprendidos en dicho lapso de tiempo.

Además, el poseedor puede adicionar a su plazo posesorio el plazo de posesión de aquel que le transfirió válidamente el bien, de acuerdo con el artículo 898 del Código Civil, de esta manera, si una persona que ha poseído un bien por cinco años transfiere mediante un contrato de transferencia posesión a otra la posesión del bien y este adquirente posee el bien por cinco años adicionales podrá usucapir el bien como si hubiese poseído el bien por un total de diez años; además de computar un plazo mayor a un año para defenderse contra una eventual demanda de interdicto³⁴².

b) La posesión pacífica: El requisito de la pacificidad de la posesión se refiere a que la posesión, entendida como un hecho, no puede ser alterada mediante irrupciones por parte de terceros e incluso por parte del mismo propietario. En ese sentido, el poseedor no puede ser despojado mediante violencia del bien o intentar ser despojado de la misma.

Esto no se refiere a la forma de adquisición de la posesión la cual sí puede haberse adquirido mediante actos de despojo (que incluso pueden implicar violencia) pero a partir de la adquisición de la posesión esta no puede verse interrumpida por actos materiales que cuestionen la pacificidad.

³⁴² PASCO ARAUCO, Alan. ¿Adquirir la posesión de quien estaba impedido de cederla impide la suma de plazos posesorios para consumir la prescripción? En: PASCO ARAUCO, Alan. *“Derechos Reales. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema”*. Lima: Gaceta Jurídica. 2017, p. 127.

El fundamento de esto es simple, uno de los fundamentos de la usucapión es otorgar seguridad en la adquisición de derechos, además de que la tutela de la posesión se sustenta en la proscripción de la violencia, por lo que no puede considerarse adecuado que quien adquiera la propiedad de bien se encuentre en un constante estado de violencia en contra del propietario de terceros.

- c) **La posesión pública:** Este requisito se refiere a la forma en la cual la posesión se exterioriza, esto es a través de actos inequívocos que demuestren que el poseedor se encuentra en poder del bien, de manera que si alguien desea prescribir un bien inmueble pero jamás se muestra como poseedor, es más, vive escondido en el bien para que nadie note que está ahí no podrá adquirir el mismo por usucapión.

Por el contrario, el usucapiente debe demostrarse públicamente como poseedor, y actos exteriores, siendo conocido por los vecinos del predio o sin ocultarse.

- d) **La posesión como propietario:** La posesión como propietario no debe ser confundida con el desconocimiento por parte del poseedor de la existencia de un propietario del bien³⁴³, es más, un poseedor *ad usucapionem* pudo haber adquirido la posesión del bien mediante un acto de despojo contra su titular.

La posesión como propietario se basa en que el poseedor al momento de ejercer el control sobre el bien no reconozca una posesión superior a la suya durante todo el tiempo exigido por ley para demandar la usucapión.

³⁴³ PASCO ARAUCO, Alan. ¿Adquirir la posesión de quien estaba impedido de cederla impide la suma de plazos posesorios para consumir la prescripción? En: PASCO ARAUCO, Alan. “*Derechos Reales. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema*”. Ibidem, p. 127.

La posesión como propietario puede ser cuestionada con mediante actos materiales y actos jurídicos, los actos materiales pueden implicar un acto material de recuperación de la posesión del predio por parte del propietario, que a su vez configura un acto perturbatorio de la pacificidad, y mediante actos jurídicos, tales como declaraciones mediante cartas notariales solicitando la restitución del predio o mediante el emplazamiento de una demanda.

2. *Tipos de usucapión*

El Código Civil clasifica a la usucapión según el bien que se pretenda adquirir y según se cuente con justo título y buena fe:

- a) **Usucapión de bienes muebles e inmuebles:** De acuerdo con el Código Civil la adquisición de bienes muebles e inmuebles difiere en el plazo para que se entienda computada la usucapión. En el caso de bienes muebles el plazo máximo para la adquisición es de cuatro años, mientras que el plazo máximo para bienes inmuebles es de diez años. Además en el caso de los bienes muebles el plazo mínimo, en caso se cuente con justo título y buena fe será de dos años, mientras que en el de bienes inmuebles el plazo es de cinco años.

El fundamento de la distinción en los plazos radica en la naturaleza misma de los bienes y en la relevancia económica que estos tienen, al ser los bienes inmuebles, por lo general, mucho más costosos y revisten especial importancia dada su vinculación con derechos fundamentales como el derecho a la vivienda es que se prevé que el plazo para que el propietario pueda recuperar el bien sea mayor; mientras que los bienes muebles son mucho menos costosos por lo que se permite que el plazo prescriptorio sea mucho menor.

b) **Usucapión corta y larga:** La usucapión corta y larga, ya sea que se trate de bienes muebles o inmuebles difiere en un función a dos requisitos importantes: el justo título y la buena fe.

El legislador ha previsto que el poseedor de un bien que cuente, copulativamente, con estos dos requisitos podrá adquirir la propiedad u otro derecho real de un bien. En primer lugar, el justo título es entendido como un acto traslativo de propiedad u otro derecho real, pero que presenta vicios estructurales o funcionales de manera que el mismo no surtirá los efectos deseados.

De esta manera, quien celebra un contrato de compraventa con un vicio de nulidad no adquiere en realidad la propiedad pero su adquisición de la posesión está respaldada en un título, aunque nulo, que hace que su condición difiera de la de un poseedor sin título. Lo mismo ocurre en los actos ineficaces, tal como ocurriría en el caso de celebrar una compraventa con un falso representante.

En el caso de la buena fe nos referimos a la buena fe subjetiva, es decir, la creencia, fundada, en que el derecho que se está adquiriendo proviene de un titular legitimado para transmitirlo.

3. *La declaración judicial de la usucapión*

El artículo 952 del Código Civil consagra, a mi parecer, la naturaleza declarativa de la sentencia de la prescripción adquisitiva, la prescripción se configura cuando se cumple con los requisitos establecidos en la norma, de modo que la sentencia judicial solo reconoce un derecho ya adquirido, así, en caso el usucapiente pierda la posesión luego de computado el plazo para usucapir podrá reclamarla en calidad de propietario pues la adquisición ya operó.

Además, el artículo en comentario prescribe que la sentencia de prescripción adquisitiva es mérito suficiente para cancelar, a nivel registral, el asiento anterior y abrir un nuevo asiento donde conste la adquisición del nuevo titular. Sobre dicha sección del artículo se ha discutido la idoneidad de la prescripción para levantar

cargas y gravámenes inscritos en el pasado, tales como hipotecas o garantías reales. Sobre el particular existen decisiones contradictorias a nivel del Tribunal Registral, donde siguiendo una interpretación sumamente estricta del artículo 952 del Código Civil se establece que la usucapión solo es idónea para cancelar la partida anterior del predio, más no se refiere a las garantías inscritas, mientras que en otras sentencias se señala que en virtud a los efectos retroactivos de la usucapión de debe entender que existe una nueva propiedad a la que no le son oponibles los actos del antiguo propietario.

2. SEGUNDA PARTE

TEMA I: ANTECEDENTES NORMATIVOS Y DOCTRINALES SOBRE LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA ENTRE COPROPIETARIOS

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

1. *Código civil de 1852*

El Código Civil de 1852 es el primer Código nacional que tuvo el Perú, también llamado Código de Echenique, en honor al apellido del presidente bajo cuyo mandato se promulgó. Este cuerpo normativo presenta una notable influencia francesa propia de la época, donde el modelo jurídico francés era exportado al mundo, como indica Sacco³⁴⁴, ya sea por imposición o prestigio, en el caso del Perú del siglo XIX la recepción fue por prestigio.

El Código de 1852 no supuso una transcripción mecánica del Código napoleónico, a diferencia de otros casos en el mundo como el Código Civil italiano de 1865, sino que fue también producto de una relectura de las Institutas de Gayo y su reelaboración en texto codificado³⁴⁵.

Este Código es el resultado de un proceso que tuvo como objeto procurarse un código nacional como resultado de la independencia de España producida a inicios del siglo XIX. Desde la independencia en 1821 existieron muchos intentos de codificación a fin de superar la legislación española colonial, ciertamente esfuerzos más políticos que científicos que terminaron con la promulgación del Código de 1852.

Dicho Código fue el resultado de las tendencias liberales y conservadoras de los miembros de la comisión que la redactó, por un lado, se consagró el principio de que todos los ciudadanos son iguales, heredado de la revolución francesa (pero al mismo tiempo esto resulta criticable por ser una igualdad “formal”, al no atender la situación de los ciudadanos del interior del país en situación de vulnerabilidad y en conexión especial con la tierra, además de la regulación de la esclavitud) y por otro lado se dispuso la regulación del matrimonio en los términos dados por el Código Canónico. En ambos casos, el Código Civil de 1852 es también el resultado de una

³⁴⁴ SACCO, Rodolfo. “*Introduzione al diritto comparato*”. Quinta edición. Torino: UTET. 1992, p. 180.

³⁴⁵ LEÓN HILARIO, Leysser. “*El sentido de la Codificación Civil*”. Lima: Palestra. 2004, p. 65.

elaboración normativa que consagra un modelo oligárquico que no pereció con la independencia y subsiste, bajo diversas formas, hasta nuestros días³⁴⁶.

El Código de 1852 fue elaborado por una comisión nombrada por el Congreso el 17 de julio del 1851 constituida por los senadores Andrés Martínez, José Luis Gómez Sánchez y los diputados Manuel Toribio Ureta, Pedro Gálvez, Teodoro La Rosa, Juan Celestino Cavero y Pedro José Flores. El mencionado Código fue obra de tres comisiones: la primera de carácter técnico que trabajó dos años; la segunda parlamentaria que duró tres meses y la tercera también parlamentaria cuya labor se ejecutó en seis meses. Se demoró dos años y nueve en su preparación total³⁴⁷.

Un aspecto que es necesario abordar con relación al Código de 1852 es que al no existir fuentes a partir de las cuales estudiar los documentos que lo inspiraron es difícil realizar un trabajo hermenéutico de en cada artículo, no obstante, pueden mencionarse como fuentes del Código las siguientes: “a) La propia versación jurídica de los legisladores cuya figura señera fue don Andrés Martínez Orihuela; b) El derecho romano de Justiniano y algunas obras de romanistas insignes como fue Savigny; c) El *ius naturalismo* que encarnó la filosofía jurídica imperante en busca de racionalización y generalización de las formas de derecho y que se encontraron en el derecho romano; d) El Código Civil de Napoleón Bonaparte y algunos comentaristas de su texto y que se nota en la dogmática del texto de 1852. Entre los tratadistas franceses Delvincour, Pothier y Domat; e) Las partidas, el Fuero Real y la Novísima Recopilación, que vienen a ser el vaso conductor del sistema jurídico castellano; f) El Código de la Confederación Perú Boliviana; g) El derecho canónico sobre las formalidades del matrimonio y las causales de su nulidad, el régimen de las capellanías y la definición del clérigo, entre otros; h) La influencia que provino en forma indirecta por el derecho español a través del intento de codificación de

³⁴⁶ LUNA VICTORIA LEÓN, Cesar. Código civil de 1852: lo nacional y lo importado. En: “*Revista de Derecho PUCP N° 42*”. Lima. 1988, p. 96.

³⁴⁷ BASADRE AYULO, Jorge. Notas sobre el proceso de codificación civil en el Perú en el siglo XIX. El código civil de 1852. Las transformaciones del derecho civil peruano a partir de 1852. En: “*Revista Chilena de Historia del Derecho N° 17*”. Santiago de Chile. 1992, p. 150.

1821 y los proyectos de 1836 – 1851 y i) el influjo del derecho alemán por la obra del jurista Juan Teófilo Heinecio ³⁴⁸.

El Código Civil de 1852 prescribió en su artículo 554 que **los coherederos no pueden prescribir por ningún tiempo los bienes indivisos**, lo mismo aplica para los compañeros o socios (relativo a sociedad o compañía), así como los depositarios, respecto a las cosas depositadas, ni los arrendatarios respecto al bien arrendado ni ninguno que posee cosas en nombre de otro.

La explicación de esta regla de prohibición de la usucapión descansaba en una máxima del derecho romano que prescribía que nadie puede modificar por sí mismo la causa de su posesión (*nemo sibi causam possessionis mutare*), es decir, el coheredero o aquel que posee en nombre de otro no podría nunca convertirse en titular de un bien vía usucapión debido a que se presumía que este ejercía la posesión en nombre de otros y no podía cambiar la causa de dicha posesión por sí mismo y de disposiciones relativas a la buena fe del poseedor usucapiente heredadas del derecho romano, en específico de las Instituciones de Gayo, las cuales negaban la posibilidad de adquirir un bien por usucapión si el usucapiente había recibido la misma de una relación previa con su titular.

La fórmula establecida en el artículo 554 del Código Civil encontraba una excepción en el artículo siguiente del Código, en caso los herederos de los sujetos prohibidos de usucapir entren en posesión del bien podrán adquirir la titularidad del bien, siempre que medie buena fe y que mediante un título de sucesión hayan entrado a poseer el bien.

Este tratamiento diferenciado entre el artículo 554 y el 555 descansaba en dos fundamentos: primero, en la relevancia que se le otorgaba a la voluntad del poseedor del bien materia de usucapión, puesto que el sujeto indicado en el artículo 554 sabía que el bien no era suyo o que poseía en nombre de otro por lo que no podía modificar por sí mismo la causa de su posesión; por ello, el sucesor, siempre

³⁴⁸ BASADRE AYULO, Jorge. Notas sobre el proceso de codificación civil en el Perú en el siglo XIX. El código civil de 1852. Las transformaciones del derecho civil peruano a partir de 1852. *Ibídem*, p. 150.

que exista buena fe, en este caso desconocimiento sobre la titularidad del bien sí podía acceder a la titularidad vía usucapión y segundo, se protegía la relación de confianza que existía entre los sujetos indicados en el artículo 554.

De esta manera, la censura a la usucapión de cosas que nos fueron entregadas bajo una relación de posesión mediata – inmediata puede encontrarse en algunos pasajes de las Institutas de Gayo, como en aquellas referidas a la adquisición de siervos por usucapión que previamente fue entregado al usucapiente por usufructo, así Gayo indica lo siguiente en el párrafo 93 del Libro II de las Institutas:

“93. Pero si el poseedor de buena fe llegase a usucapir el esclavo, todo lo que este adquiriera por cualquier título puede aquel hacerlo suyo, pues que mediante la usucapión tiene ya dominio en el esclavo. Pero el usufructuario no puede jamás usucapir, primero: porque no posee; segundo: porque sabe que el esclavo pertenece a otro”.

Asimismo, el antecedente de los artículos 554 y 555 del Código Civil de 1852 puede encontrarse en los artículos 2236, 2237 y 2238 del Código Civil francés, los cuales regulan los supuestos de sujetos prohibidos de usucapir detallando, al igual que el Código peruano, un supuesto general de prohibición y luego un supuesto de excepción en el cual se permite la usucapión de los herederos de los sujetos prohibidos de usucapir y si se intervierte el título bajo el cual los sujetos regulados en el artículo 2236 poseían el bien:

“Artículo 2236.-

Los que poseen por otro no pueden prescribir nunca, cualquiera que sea el tiempo transcurrido.

Así, el arrendatario, el depositario, el usufructuario y todos los demás que poseen interinamente la cosa del propietario no pueden prescribirla”.

“Artículo 2237.-

Los herederos de los que tuvieran la cosa por cualquiera de los títulos señalados en el artículo precedente tampoco pueden prescribir”.

“Artículo 2238.-

Sin embargo, las personas indicadas en los artículos 2236 y 2237 pueden prescribir si se intervierte el título de su posesión, sea por causa procedente de un tercero o por la oposición que ellas hayan hecho al derecho del propietario”.

La regulación del Código Civil de 1852 adquiere del Código francés la prohibición general de que nadie que mantiene la posesión en nombre de otro o si es copropietario de bien puede usucapirlo, pero encuentra a su vez dos excepciones a la norma, la usucapión por parte de los herederos y la interversión del título.

Dicha prohibición proviene de una tutela especial a los supuestos en los cuales se posee un bien ajeno (arrendamiento) o un bien sujeto a copropiedad (coherederos), mediando en ambos casos una relación previa que fundamenta una confianza en la restitución o buen manejo del bien, lo que explica la censura socialmente a la usucapión en estos casos.

En ese sentido, el Código de 1852 prohíbe, en principio, la usucapión para aquellos que recibieron el bien de su titular, el cual mantiene la expectativa de que se le restituya, y para los copropietarios, cuyos condóminos esperan que el copropietario poseedor ejerza dicha posesión en nombre de los demás, sin temor a verse privados de sus derechos.

No obstante, en ambos casos se permite que dichas personas o sus herederos puedan usucapir el bien en ciertos casos estableciendo un límite entre la defensa de lo señalado en el párrafo anterior y lo que la realidad impone, de manera que si se verifica que un copropietario está poseyendo el bien de manera exclusiva ante la inacción de sus congéneres no puede negarse el derecho de estos a adquirirlo.

Nuevamente se aprecia que el Código civil de 1852 no es una copia textual del Código de francés pues en el último se permite que “el arrendatario, el depositario,

el usufructuario y todos los demás que poseen interinamente la cosa del propietario” puedan prescribir el bien previa interversión de su título. Debe notarse además que el Código de 1852 no permite la usucapión de dichos sujetos pues no los considera poseedores sino precarios (detentadores) y a diferencia de la opinión jurisprudencial actual (Cuarto Pleno Casatorio Civil) el precario no es considerado un poseedor en el Código francés, opinión que también es compartida por los comentaristas del Código civil de 1852, los cuales señalan que los precarios (pese al uso ambiguo de la expresión “poseedor precario”) no poseen para sí sino para otro³⁴⁹.

Sin embargo, en el Código civil de 1852 la regulación a dichos supuestos es más férrea prohibiéndola de manera definitiva puesto que el Código nacional no tiene disposiciones relativas a la interversión sino habilitaciones excepcionales a casos específicos como el del coheredero. En este supuesto se aprecia que el Código civil de 1852 es más estricto que el Código francés respecto a tutelar la confianza de los propietarios que entregan un bien bajo un título temporal esperando que el mismo les sea devuelto después de vencido un determinado plazo.

Adicionalmente, y es necesario decirlo, el Código civil de 1852 y el Código francés, más que prohibir directamente la usucapión del copropietario prohíben la usucapión de los coherederos (de hecho, ambas normas hacen mención expresa al coheredero), lo cual puede ser explicable en la voluntad del legislador de desincentivar los problemas familiares nacidos de la copropiedad en el supuesto

³⁴⁹ “Como uno de los elementos de la prescripción es la posesión jurídica, es necesario que el poseedor posea para sí, de donde se deduce que no podrá prescribir quien no sea para sí sino para otro, por cuanto no tiene el *ánimus*. En este caso se hallan los poseedores precarios, o sean aquellos que realmente no posean la cosa sino que la detienen a nombre de otro; como el arrendatario, el comodatario, el depositario, el acreedor anticrético ó pignotario, el padre o guardador del menor o incapaz, el marido que administra los bienes de su mujer, etc. Todos ellos están comprendidos en la disposición de la ley que les prohíbe adquirir por prescripción los bienes que administran o se hallan en su poder, sino a favor de la persona a quien representan. (art. 553 C.C.)

Lo que se dice de los poseedores precarios es aplicable a sus herederos, puesto que si les corresponden los derechos y acciones del difunto, responden también de las obligaciones contraídas por él; y, por consiguiente, la posesión de que gozaba un individuo pasará a sus herederos ó sucesores con el mismo carácter con que la tenía; así si era posesión civil para el difunto será igualmente civil para sus herederos: si era meramente precaria para aquel, será así mismo precaria para éste y no podrá prescribir jamás por ningún tiempo; a no ser que a título de sucesión hubiesen entrado a poseer de buena fe; en cuyo caso se requiere la posesión de veinte años entre presentes y treinta entre ausentes. (art. 555 C.C.)” SAMANAMÚ, Francisco. *“Instituciones de derecho civil peruano. Con referencia al Código Civil de 1852”*. *Ibidem*, p. 46.

específico de la copropiedad hereditaria, como parte de este trabajo corresponde evaluar posteriormente si dicha norma importada es aplicable a nuestra realidad actual.

A su vez, la prohibición de la usucapión a los coherederos, prescrita en el artículo 554, encontraba una excepción en lo dispuesto en los artículos 2139 y 2140 del Código, los cuales prescribían lo siguiente:

“Artículo 2139.-

Mientras no se haya hecho la partición, no se prescribe por ningún tiempo el derecho de pedirla”.

“Artículo 2140.-

Sin embargo, un coheredero que ha poseído los bienes como de su exclusiva propiedad, puede negarse a la participación de ellos:

1. Si los ha poseído durante el tiempo de la prescripción ordinaria en virtud de algún título especial y distinto de la herencia cuya división se pide; o a consecuencia de algún documento público de partición;

2. Si los ha poseído hasta adquirir la prescripción de cuarenta años”.

Estas normas tienen como antecedente el artículo 816 del Código Civil francés:

“Artículo 816.-

Podrá pedirse la partición, incluso cuando uno de los coherederos haya disfrutado separadamente de parte de los bienes de la herencia, siempre que no haya habido acto de partición o posesión suficiente para ganar la prescripción”.

En los artículo 2139 y 2140 del Código Civil patrio se establecía la imprescriptibilidad de la acción mixta de partición, salvo en aquellos casos en los que el coheredero haya empezado a poseer el bien, por el tiempo de la prescripción ordinaria (tres años en caso de bienes muebles o semovientes y diez años en inmuebles) en función a un título distinto a la herencia (por ejemplo: compraventa), y en los casos

en los que se ha poseído el bien por más de cuarenta años, de acuerdo al artículo 545 del Código Civil³⁵⁰.

García Calderón comentando la acción de partición en su *Diccionario de Legislación Peruana* extendía dicha licencia otorgada a los coherederos a los supuestos de comunidad en general:

Según se ha dicho anteriormente, se puede pedir que se haga partición de bienes luego de que ha quedado consumada la **comunidad** de ellos (...).

Las referidas acciones pueden intentarse por cualquiera de los herederos o **comuneros**; y los demás están obligados a pasar por lo que uno pida y practicar la partición. Estas acciones son imprescriptibles y por consiguiente mientras no se haya hecho la partición, no prescribe por ningún tiempo el derecho a pedirla. Sin embargo, un coheredero que ha poseído los bienes como de su exclusiva propiedad, puede negarse a la partición de ellos: 1. Si los ha poseído durante el tiempo de la prescripción ordinaria en virtud de algún título especial y distinto de la herencia cuya división se pide; o a consecuencia de algún documento público de partición; 2. Si los ha poseído hasta adquirir la prescripción de cuarenta años³⁵¹.

La normas indicadas al hacer una excepción de la prohibición de usucapir a los coherederos, y por extensión a los comuneros³⁵², reconocía una realidad que a la fecha se sigue manifestando: **ocurre muchas veces que uno solo de los comuneros utiliza el bien ante la inacción de los demás por lo que no restringir la usucapición a estos sujetos no resulta justificado, si un invasor se encuentra legitimado para usucapir un bien cumpliendo los requisitos establecidos en**

³⁵⁰ “**Artículo 545.-** El que posea una cosa por cuarenta años no estará obligado a presentar título, ni a responder sobre su buena fe”.

³⁵¹ GARCÍA CALDERÓN, Francisco. “*Diccionario de Legislación Peruana*”. Lima: Depósitos y agencias de Francisco García Calderón. 1877, p. 777.

³⁵² En el mismo sentido, Manuel Atanasio Fuentes y Antonio De La Lama definen a la partición como “La separación y entrega de los bienes que de una masa común, corresponden a cada uno de los coherederos, copropietarios o comunes”. ATANASIO FUENTES, Manuel y DE LA LAMA, Antonio. “*Diccionario de Jurisprudencia y de Legislación Peruana. Tomo I*”. Lima: Imprenta del Estado. 1877, p. 467.

la ley con mayor razón podría hacerlo un comunero siempre que exista inacción por parte de los demás titulares del derecho y este haya demostrado de manera inequívoca su intención de adquirir el bien³⁵³.

Complementando ello, se indicaba que los coherederos, y en general los comuneros, poseían un bien en nombre de los demás, por lo que no correspondía admitir la posibilidad que dichos sujetos modifiquen su condición posesoria por su mera voluntad, tal como señala Toribio Pacheco en su *Tratado de Derecho Civil* en el caso de comunidad de derechos reales se entendía que existía una relación de mandato en cada acto realizado por los comuneros con relación al bien compartido:

Durante la comunidad, cada uno de los comuneros tiene derecho sobre el fundo común en toda su extensión y no en parte determinada, y cualquier acto que practique en favor del fundo, aprovechará no a una parte determinada, sino al fundo entero, ni más ni menos que si ese acto hubiese sido practicado por los copropietarios. Además, la comunidad hace que se considere a los socios como mandatarios uno de otros en todo lo concerniente a ella y así lo que hace uno aprovecha a los demás³⁵⁴.

Samanamú afirma, con relación al artículo 555:

“Los coherederos entre sí, no prescriben por ningún tiempo las cosas indivisas; ni un socio los bienes de la sociedad o de otro socio; y en general, nadie puede adquirir por prescripción los bienes que posee á nombre o por voluntad de otro; ni aún los herederos de dichas alcancen la posesión de buena fe durante veinte años entre presentes y treinta entre ausentes. (art. 554 y 555 C.C.)

(...)

³⁵³ A nivel práctico existía una aplicación sincrónica de los artículos 554 y 555 con el artículo 2140 del Código Civil tal como se aprecia en DE LA LAMA, Antonio. “*Código Civil del Perú con citas, concordancias y un apéndice*”. Lima: Imprenta Gil, 1893, p. 361.

³⁵⁴ PACHECO Y RIVERO, Toribio. “*Tratado de Derecho Civil. Tomo II*”. Lima: Imprenta de la Calle de la rifa. 1872, p.266.

Son imprescriptibles todas las acciones civiles. Excepto: 1) La acción para pedir el deslinde; 2) La acción que tiene el hijo para pedir que se declare su filiación; 3) mientras no se haga la partición de bienes comunes, no se prescribe por ningún tiempo el derecho de pedirla. Sin embargo, un coheredero que ha poseído los bienes como de su exclusiva propiedad, puede negarse a la partición, en dos casos: a) Si los ha poseído durante el tiempo que la prescripción ordinaria, en virtud de algún título especial y distinto de la herencia, cuya división se pide o a consecuencia de algún documento público de partición; b) Si los ha poseído hasta adquirir la posesión de cuarenta años³⁵⁵.

Complementando su posición en una sede distinta, el profesor Samanamú sostiene lo siguiente respecto al artículo 2140 del Código Civil de 1852:

“Estas acciones son imprescriptibles; y por consiguiente, mientras no se haya hecho la partición no se prescribe por ningún tiempo el derecho de pedirla (art.º 2139 C.C.). Sin embargo, un coheredero que ha poseído los bienes como de su exclusiva propiedad puede negarse a la partición de ellos.

1º Si los ha poseído durante el tiempo de la prescripción ordinaria, en virtud de algún título especial y distinto de la herencia cuya división se pide o a consecuencia de algún documento público de partición.

2º Si los ha poseído hasta adquirir la prescripción de cuarenta años (art.º 2140 C.C.).

No se comprende en el inciso primero de esta disposición la posesión provisional o definitiva que ha servido de título a un coheredero para gozar de los bienes de un ausente. En tal caso no se prescribe la acción de partición y el ausente puede recobrar sus bienes sin que se pueda alegar causa alguna

³⁵⁵ SAMANAMÚ, Francisco. *“Instituciones de derecho civil peruano. Con referencia al Código Civil de 1852”*. Segunda edición. Lima: Instituto Pacífico. 2017, pp. 46 – 48.

para negarle la entrega, porque mientras vive conserva la posesión de esos bienes bajo el amparo de la ley (art.º 2141 C.C.)”³⁵⁶.

En el mismo sentido el profesor Silva Santisteban, uno de los primeros comentaristas del Código Civil de 1852, indica lo siguiente:

“Cualquier coheredero tiene derecho de pedir la partición de la herencia, aun cuando su institución misma lo prohíba; a menos que la indivisión fuese indispensable para gozar la cosa. Pueden sin embargo pactar el suspender la partición hasta cuatro años, el cual pacto puede renovarse después.

No está obligado a hacer división el coheredero que ha ganado la prescripción de 40 años; ni que el que posee la cosa por otra partición auténtica u otro título especial durante todo el tiempo de la prescripción ordinaria; ni el suceso del coheredero que la ha ganado legalmente”³⁵⁷.

Nótese que el profesor Silva Santisteban hace mención a que la acción de partición no procede pues **“el coheredero ha ganado por prescripción el bien”**, lo cual nos parece mucho más correcto respecto a otros pareceres de la época que hablaban de una prescripción de la acción de división, tal como puede verse en la sentencia de 1873 contenida en el tomo segundo de los Anales Judiciales del Perú de los años 1873 a 1875³⁵⁸.

2. El Código Civil de 1936

Como ha indicado el profesor León Hilario, “mediante Decreto Supremo del 26 de agosto de 1922, se constituyó la Comisión Reformadora del Código Civil peruano

³⁵⁶ SAMANAMÚ, Francisco. *Instituciones de Derecho Civil Peruano. Tomo II*. Segunda edición. Lima: Imprenta y librería de San Pedro. 1917, p.435.

³⁵⁷ SILVA SANTISTEVAN, José. *Derecho peruano. Parte Civil. Compendio escrito*. Lima: Imprenta de Eusebio Aranda. Segunda Edición. 1853, p. 146. La misma opinión es indicada en SILVA SANTISTEVAN, José. *Curso de derecho peruano*. Lima: Imprenta del autor. 1860, p. 260.

³⁵⁸ CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. *ANALES JUDICIALES DEL PERÚ. Tomo II. 1873-1874-1875*. Lima: Oficina Tipográfica de “La Opinión Nacional”. 1907, p. 186.

Siguiendo esa línea de pensamiento que sostiene que lo prescribía era la acción de partición el artículo 4020 del Código Civil Argentino de 1871, actualmente derogado, sostenía lo siguiente: **“Artículo 4020.- La acción para pedir la partición de la herencia contra el coheredero que ha poseído el todo o parte de ella en nombre propio, se prescribe a los veinte años”**.

de 1852. Estaba integrado por cinco miembros: Manuel Augusto Olaechea, decano del colegio de abogados de Lima, Alfredo Solf y Muro y Pedro Oliveira, catedráticos de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos; el fiscal supremo Juan José Calle; y el insigne médico y catedrático de San Fernando, Hermilio Valdizán³⁵⁹.

Las sesiones de la Comisión reformadora han sido publicadas en nueve fascículos y en dos ediciones desde los años 1923 al 1929, de acuerdo a las actas de sesiones de la comisión se observa que las reuniones de dicho colegiado se realizaron en la biblioteca de la facultad de derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

En el primer fascículo de las sesiones de la comisión, de fecha 13 de junio de 1923, se observa el acuerdo de los conformantes de la misma para dividir el trabajo de redacción del nuevo Código de la siguiente manera: El señor Oliveira estaría a cargo del Libro de Derecho de Familia; el señor Calle el de Derecho de Sucesiones; el señor Solf y Muro el de Derechos Reales; y el señor Olaechea el de Derecho de las Obligaciones³⁶⁰.

De los trabajos de la comisión mencionada fue publicado el Código Civil de 1936, el 30 de agosto de 1936, cesando sus efectos el código de 1852 el 14 de noviembre del mismo año³⁶¹.

El nuevo Código tuvo como influencias principales la doctrina francesa y por supuesto el Código Civil francés, de hecho, Manuel Augusto Olaechea había realizado sus estudios de perfeccionamiento en La Sorbona de París³⁶². Asimismo, en los trabajos de la comisión se aprecia la utilización de traducciones de los códigos de Portugal, Suizo, Bélgica, Austriaco, Español, Italiano, Hondureño, Panameño, Paraguayo, Uruguayo, Brasileño, Mexicano y Venezolano.

³⁵⁹ LEÓN HILARIO, Leysser. "El sentido de la Codificación Civil". *Ibidem*, p. 66.

³⁶⁰ COMISIÓN REFORMADORA DEL CÓDIGO CIVIL. "Actas de las sesiones de la Comisión Reformadora del Código Civil Peruano creada por el Supremo Decreto de 26 de agosto de 1922. Primer fascículo". Lima: Imprenta C.A. Castrillón. Segunda edición, 1923, p. 160.

³⁶¹ SOTO COAGUILA, Carlos y ALTERINI, Atilio. El proceso de Codificación del Derecho Privado en Perú y Argentina. En: *Revista de Derecho PUCP* N° 53. Lima. 2000, p. 515.

³⁶² LEÓN HILARIO, Leysser. *Ibid.*, p. 66.

El presidente de la Comisión y encargado del libro de sucesiones fue el ex fiscal de la Corte Suprema Don Juan José Calle, natural de Puno y parte de las familias de la élite de Puno, realizó sus estudios universitarios en la Universidad del Gran Padre de San Agustín de Arequipa³⁶³. Ejerció los cargos de Vocal Supremo en el gobierno de José Pardo en 1916 y luego de Fiscal Titular de la Corte Suprema³⁶⁴. Calle fue parte de una generación de profesores con conocimientos enciclopédicos alcanzando sus especialidades al derecho penal, procesal penal y derecho civil patrio. No ajeno a la realidad nacional se indica que “tanto en sus Vistas Fiscales como en sus intervenciones en la comisión de reforma del Código Civil y en sus anotaciones al mismo, el indio adquiere una fisonomía cultural propia y evita que se disuelva en la apreciación liberal de la igualdad abstracta ante la ley. En la labor codificadora de Calle, el uso de la antropología moderna en la creación legislativa encontrará a uno de sus primeros exponentes”³⁶⁵.

Según se aprecia, en el trabajo final que la Comisión la misma reemplazó los artículos 554 y 555 del Código civil de 1852 precisando su redacción, tal como podemos apreciar:

“104.- No son adquiribles por prescripción ordinaria las cosas indivisas por ninguno de los copartícipes, ni las cosas de una sociedad por los socios, ni las cosas depositadas, arrendadas y entregadas en administración por quienes entraron a poseerlas por alguno de esos actos”.

Sobre dicha propuesta, el profesor Juan José Calle precisó: “disposición preferible por su mayor comprensión y generalidad”³⁶⁶.

Respecto a la acción de partición de los bienes bajo copropiedad nacida de la herencia la comisión mantuvo el articulado del Código de 1852 disponiendo la

³⁶³ RAMOS NUÑEZ, Carlos. Juan José Calle: Estudiar, meditar y producir. En: “*Foro Jurídico N° 02*”. Lima, 2003, p. 264.

³⁶⁴ RAMOS NUÑEZ, Carlos. Juan José Calle: Estudiar, meditar y producir. *Ibidem*, p. 267.

³⁶⁵ RAMOS NUÑEZ, Carlos. *Ibid.*, p. 268.

³⁶⁶ CALLE, Juan José. “*Código Civil del Perú anotado con las modificaciones que contendrá el proyecto de nuevo código que en breve presentará al Poder Ejecutivo la Comisión Reformadora creada por Supremo Decreto de 26 de agosto de 1922*”. Lima: Librería e Imprenta Gil. 1928, p.235.

imprescriptibilidad de dicha acción, con la excepción correspondiente al artículo 2140 del Código de 1852:

“El artículo 2140 es modificado en su introducción así: 414.- Sin embargo, un coheredero que ha poseído los bienes como de su exclusiva propiedad puede negarse a su partición”³⁶⁷.

La misma propuesta es planteada por el profesor Calle en el tercer fascículo de las Actas de la Comisión Reformadora del Código civil donde se lee la propuesta completa en reemplazo de los artículos 2139 y 2140 del Código de 1852:

“37.- Mientras no se haya hecho la partición no se prescribe por ningún tiempo el derecho de pedirla (2139)

38.- Sin embargo, un coheredero que ha poseído los bienes como de su exclusiva propiedad puede negarse a su partición:

1°.- Si los ha poseído durante el tiempo de la prescripción ordinaria, en virtud de algún título, especial y distinto de la herencia cuya división se pide o como consecuencia de algún documento público de partición.

2°.- Si los ha poseído hasta adquirir la prescripción de cuarenta años.

39.- El sucesor del coheredero no puede rechazar la partición de los bienes indivisos sino cuando los hubiera hecho suyos; por la prescripción de veinte años entre presente y treinta entre ausentes (2141)”³⁶⁸.

Asimismo, respecto al artículo propuesto se indicó lo siguiente en la Exposición de Motivos del Código Civil de 1936:

³⁶⁷ CALLE, Juan José. “Código Civil del Perú anotado con las modificaciones que contendrá el proyecto de nuevo código que en breve presentará al Poder Ejecutivo la Comisión Reformadora creada por Supremo Decreto de 26 de agosto de 1922”. Ibidem, p. 690.

³⁶⁸ COMISIÓN REFORMADORA DEL CÓDIGO CIVIL. “Actas de las sesiones de la Comisión Reformadora del Código Civil Peruano creada por el Supremo Decreto de 26 de agosto de 1922. Tercer fascículo”. Lima: Imprenta C.A. Castrillón. Segunda edición, 1923, p. 311.

“Respecto de la forma de hacer la partición la reglamentación de los artículos 895 y 911 (902 y 917 a 921) es igual a la que consigna el Código vigente”³⁶⁹.

La Comisión Reformadora presentó su propuesta al Ejecutivo en 1925 y fue hasta 1936 que fue aprobada vía delegación de funciones del Congreso durante el Gobierno del Mariscal Oscar R. Benavides.

El 18 de junio de 1936 se nombró una Comisión Revisora que evaluara lo propuesto por la Comisión presidida por Calle, dicha Comisión estuvo conformada por los señores: Diomedes Arias Shereiber, Ministro de Justicia y Culto; Julio C. Campos, Vocal de la Corte Suprema; Germán Aparicio y Gómez Sánchez, Presidente de la Corte Superior, Alfredo Solf y Muro, Rector de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Pedro M. Oliveira, Decano de la Facultad de Jurisprudencia, Manuel Augusto Olaechea y Ernesto de Jara y Ureta, asimismo y como parte de la Comisión Parlamentaria designada en virtud a la Ley N° 8305, ley que otorgó facultades al Ejecutivo de aprobar el nuevo Código, se designó a los señores: Rosendo Badani, Felix Cosío, Lucio Fuentes Aragón, Francisco R. Lanata, Carlos A. Lozano y Emilio Romero³⁷⁰.

Es importante señalar que no consta ningún documento donde se aprecien las modificaciones que la Comisión Revisora y Comisión Parlamentaria realizaron sobre la propuesta de la comisión reformadora, así como sus respectivos fundamentos, pero es evidente que la propuesta del Doctor Juan José Calle sobre la usucapión entre coherederos fue modificada dando paso al articulado definitivo del Código de 1936 que estableció que: (i) La acción de partición es imprescriptible, (ii) los copropietarios (se reemplazó el término coheredero) no pueden prescribir entre sí y (iii) únicamente los herederos de los copropietarios pueden adquirir por

³⁶⁹ La mención a la Exposición de Motivos del artículo 902 del Código Civil puede verse en GUZMAN FERRER, Fernando. *“Código Civil. Exposición de Motivos, comentarios, jurisprudencia y concordancias. Tomo II”*. Lima: Imprenta del Colegio Militar Leoncio Prado. 1954, p. 113.

³⁷⁰ La conformación de la Comisión Revisora y Parlamentaria puede verse en la relación de documentos oficiales del Código Civil de 1936 indicados en: RODRIGUEZ LLERENA, Dario. *“Código Civil. Concordancias, motivos, notas críticas y explicativas”*. Chiclayo: Librería e imprenta Mendoza. 1937, p. 5.

prescripción el bien indiviso, **las razones de esta modificación no han sido dadas.**

No obstante, es razonable pensar que el carácter conservador de los gobiernos imperantes motivó la modificación del texto de la honorable comisión presidida por Calle en aras de prevenir disputas entre familiares producto de la herencia, sin embargo, no se notó que ya en Lima en los años 30 surgía la enorme necesidad de vivienda que obligaba a dividir las antiguas casonas de la ciudad a fin de albergar a distintas familias y que una norma que permita la usucapión entre copropietarios habría permitido acceder a la propiedad a muchos ciudadanos que vivían en condiciones precarias.

En el Código de 1936 se repite la regulación de que nadie puede modificar por su propia voluntad la causa de su posesión, heredada del Código Civil de 1852, de manera que se prohíbe que los socios puedan adquirir los bienes de la sociedad, ni los bienes depositados, arrendados y entre otros por quienes tienen la posesión del bien en virtud a dichos actos:

“Artículo 873.-

No son adquiribles por prescripción los bienes de una sociedad por los socios; ni los bienes depositados, retenidos, arrendados o dados en administración o mandato, por quienes los detenten por esos actos”.

Adicionalmente, y para justificar el motivo de la prohibición se indica que esta obedece a la especial vinculación existente entre las personas prohibidas de usucapir, y por resultar censurable en términos de orden público que una persona que ha recibido un bien en un contexto de posesión inmediata despoje al poseedor mediato:

“La disposición obedece a la vinculación especial que existe entre ciertas personas y también al interés colectivo. No es posible que se admita que un socio pueda prescribir contra la sociedad a la que pertenece como tampoco el que recibe un bien en administración, porque en este caso posee para otro y no para

él. Pasa lo mismo en el caso del arrendamiento. Estas disposiciones son perfectamente lógicas y justas”³⁷¹.

El profesor Romero Romaña cuestiona que el Código Civil no disponga los supuestos en los cuales un sujeto que ha recibido un bien en calidad de poseedor inmediato puedan modificar el título de su posesión y encontrarse legitimado para usucapir, el autor señala que “tal como ocurre en otros códigos” dicha situación debió ser regulada. Esta opinión resulta importante al ser una crítica al proceso de importación incompleta de la norma francesa que realizó el codificador de 1936.

Así, el profesor Romero indica lo siguiente:

“El artículo 873 expresa en su parte final: “(...) por quienes lo detienen por esos actos”, sin que haga mención a las razones que pueden transformar la causa de la posesión, salvo el caso de muerte tratado en el artículo 874. Por ejemplo, un arrendatario que dejase de pagar la renta o merced y continuase como poseedor del inmueble locado. En otros Códigos se contempla una situación como esta, disponiéndose que el tiempo necesario para la prescripción corre desde la fecha en la que el título de la posesión ha cambiado”³⁷²

Al igual que en el Código de 1852 se establece una excepción a dicha prohibición en los casos en los que el heredero del poseedor empieza a poseer el bien, sin embargo, la mención a la buena fe de los mismos se elimina:

“Artículo 874.-

*Los herederos de las personas comprendidas en el anterior artículo adquieren por prescripción los bienes a que él se refiere durante el plazo de veinte años, contados desde la muerte de su causante. **Igual regla rige para los herederos de un condómino respecto de los bienes que éste poseía en común.***

³⁷¹ ROMERO ROMAÑA, Eleodoro. “Derecho Civil. Los Derechos Reales”. Lima: Editorial PTCM. 1947, pp. 134 y 135.

³⁷² ROMERO ROMAÑA, Eleodoro. “Derecho Civil. Los Derechos Reales”. Ibídem, p. 135.

El Estado y las personas jurídicas de derecho público interno adquirirán por prescripción los inmuebles que posean en condominio en un plazo de 20 años, contados desde la muerte de su condómino”.

(El subrayado y énfasis son añadidos)

El profesor Romero haciendo alusión a un eventual problema práctico sobre cuando se empieza a computar el plazo para la usucapión de los herederos de los sujetos comprendidos en el artículo 873 y 902 indica que en tales casos no resulta posible admitir la aplicación del artículo relativo a la suma de plazos a causa de la transmisión hereditaria de la posesión:

“El legislador ha tenido que contemplar la situación de los herederos de las personas comprendidas en los artículo 873 y 902; de esta cuestión se ocupa el siguiente artículo: Artículo 874.- “Los herederos de las personas comprendidas en el anterior artículo adquieren por prescripción los bienes a que él se refiere durante el plazo de veinte años, contados desde la muerte de su causante. Igual regla rige para los herederos de un condómino respecto de los bienes que éste poseía en común”. Reproduce igual disposición del artículo 555 del código derogado, en el sentido de permitir que los herederos adquieran por prescripción los bienes, pero exigiéndoles 20 años a partir de la muerte. La prescripción no existe en otros códigos, siendo de llamar la atención el plazo exigido. Además debe tenerse presente que lo dispuesto en el artículo 657 del Código según el cual con la muerte se transmite la posesión de los bienes a quien debe recibirlos y en lo que respecta al arrendamiento, lo prevenido en el artículo 1531 – inciso 3 – que establece que cesa la locación con la muerte del arrendatario y sus herederos manifiesten que no pueden continuar con el contrato.

La disposición constituye un caso de excepción a la suma de posesiones. No se puede sumar la posesión, debiendo contarse el plazo únicamente a partir de la muerte de quien detenía el bien. En realidad, si el heredero entró a poseer a título

propio y no hay unión de posesiones, debería regir el plazo de la prescripción larga, por no existir justo título”³⁷³.

En el caso de copropietarios, en los cuales se encuentra la situación del coheredero, se prohíbe la usucapión entre los mismos respecto al bien común, siempre respetando la licencia contenida en el artículo 874, es decir, si bien los copropietarios no pueden usucapir el bien pero sus sucesores sí podrán hacerlo:

“Artículo 902.-

La acción de partición es imprescriptible, y ninguno de los condóminos puede adquirir por prescripción los bienes comunes”.

En una edición más actual de su obra referida a los derechos reales, el profesor Romero Romaña señala con relación a las reglas de la prescripción adquisitiva y la copropiedad:

“En su oportunidad hemos visto en el N° 126 como entre condóminos no corre la prescripción si alguno de ellos prescribe contra un tercero, lo hace en beneficio común. Al efecto, el artículo 898 expresa: La prescripción ganada por un condómino aprovecha a todos. Supongamos el caso de una hacienda, en la que un condómino ganara por prescripción una extensión determinada de terreno; tal condómino no podría pretender que la prescripción la obtuvo el únicamente y que solo a el lo beneficia.

El artículo 902, en su segunda parte, dice: ... y ninguno de los condóminos puede adquirir por prescripción los bienes comunes. Ya conocemos esta situación especial que estudiamos en el expresado N° 126 y vimos que entre los condóminos no hay prescripción”³⁷⁴.

El profesor Jorge Eugenio Castañeda en su libro “Derechos Reales” únicamente comenta la disposición normativa relativa a la imprescriptibilidad de la acción de

³⁷³ ROMERO ROMAÑA, Eleodoro. *Ibid.*, p. 135.

³⁷⁴ ROMERO ROMAÑA, Eleodoro. *“Derecho Civil. Los Derechos Reales. Tomo II”*. Segunda Edición aumentada. Lima: Talleres Gráficos San Marcos. 1950, p. 252.

partición, más no se refiere a la prohibición de usucapión entre copropietarios, tal como se indica a continuación:

“La acción de partición no se extingue por ningún lapso, no en razón de una auténtica imprescriptibilidad sino porque la acción se renueva todos los días. La causa, el motivo determinante de la acción es el estado del condominio; mientras este se prolongue en el tiempo, es claro que la partición es improcedente. Se trata de una acción que se renueva incesantemente”³⁷⁵.

Comentando el artículo 902 del Código Civil, la profesora Maish Von Humbolt indica que en el caso de copropietarios no se da el presupuesto base para la usucapión, esto es la existencia de animus domine por parte de los copropietarios:

“Bienes prescriptibles e imprescriptibles: Se ha visto que la posesión es el fundamento de la usucapión, por lo tanto solo son prescriptibles los bienes que pueden ser materia de posesión, es así, que los bienes declarados expresamente de uso público (art. 823° del C.C.) o los de las comunidades campesinas (art. 209° de la Constitución vigente y numeral 163 de la Constitución recientemente promulgada), no pueden adquirirse por prescripción. Igualmente los socios no pueden usucapir los bienes de la sociedad; ni los bienes retenidos, arrendados o dados en administración o mandato, art. 873° del Código Civil, ni los condóminos los bienes comunes. Como se aprecia, solo el poseedor mediato puede adquirir por prescripción, pues como expresa Lafaille, debe existir animus domine”³⁷⁶.

Nótese que la opinión de la profesora citada no se basa en la existencia de una razón de “orden público” que hace censurable la usucapión por parte de quien ha recibido el bien por parte de su propietario o condóminos, sino por considerar que quien posee un bien bajo copropiedad lo hace en nombre de otros [aun cuando en la práctica se realicen actos contrarios a dicha presunción].

³⁷⁵ CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *“Instituciones de Derecho Civil”*. Lima: Castrillón Silva. 1952, p. 490.

³⁷⁶ MAISH VON HUMBOLT, Lucrecia. *“Los derechos reales”*. Lima: Instituto Pacífico. 2015, p. 53.

El profesor Jorge Eugenio Castañeda en su Código Civil concordado con jurisprudencia trae a colación la sentencia del 22 de marzo de 1950, que tiene la nota de “R de J.P” donde se aplica lo dispuesto en el artículo 902 del Código Civil de la siguiente manera: “Ningún copartícipe puede adquirir por prescripción los bienes comunes, cualesquiera que sea el término por el cual haya poseído dichos bienes”³⁷⁷.

Adicionalmente, el profesor Castañeda cita una curiosa sentencia del 15 de noviembre de 1949 con la nota “A.J” e indica:

“Contrariando el principio de que el condómino no puede ganar por prescripción los bienes comunes y el coheredero es tal condominio sin lugar a dudas se ha pronunciado el fallo del 15 de noviembre de 1949, por el cual dicho coheredero que ha poseído por más de 40 años los bienes puede negarse a la partición, desde que es dueño exclusivo por prescripción”³⁷⁸.

Sobre dicha sentencia consideramos que se trata de un caso excepcional de aplicación ultractiva del Código de 1852 al no existir en la constitución de 1933 una norma referida a la teoría de los hechos cumplidos respecto a la aplicación de la ley.

En el Código Civil de 1936 podemos apreciar lo que fue una importación incompleta del modelo francés sobre la usucapión de los copropietarios y sujetos que han recibido un bien en una relación de posesión mediata, como regla general se prohíbe la usucapión de tales sujetos, sin embargo, se sincera la norma cuando se permite que puedan adquirir el bien en tanto que prueben haber intervertido el título de su posesión.

³⁷⁷ CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. “Código Civil. Disposiciones legales complementarias, concordancias y jurisprudencia de la Corte Suprema, con notas”. Lima: Librería Mejía Baca. 1955, p. 256.

³⁷⁸ CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. “Código Civil. Disposiciones legales complementarias, concordancias y jurisprudencia de la Corte Suprema, con notas”, p. 256.

El Código de 1852 no reguló la interversión pero permitió que el condómino que ha poseído el bien común por más de cuarenta años pueda oponerse a la partición del bien, lo que en el fondo implica reconocer su propiedad plena.

Dejando de lado este criterio, el Código de 1936 solo estableció como excepción que los sucesores de los copropietarios puedan adquirir por prescripción el bien común, recortando así la posibilidad de intervertir el título posesorio y adquirir la plena titularidad del predio.

3. Una merecida mención a las normas de la Reforma Agraria

Como sabemos, el 24 de junio de 1969 el Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas presidido por el General Juan Velasco Alvarado promulgó el Decreto Ley N° 17716, Ley de Reforma Agraria, que tuvo por objetivo transformar las relaciones económicas del país basadas en la propiedad sobre la tierra, las cuales condicionaban un ordenamiento social profundamente desigual dado el poder que los terratenientes ejercían sobre los trabajadores del campo tomando como base la distribución de la tierra heredada de la era colonial.

Así, la Ley de Reforma Agraria dispuso una distribución de las zonas agrarias basadas en el interés social y en la promoción de la pequeña y mediana propiedad explotada directamente por sus dueños.

Los principios que inspiraron la reforma agraria fueron los de justicia social buscando generar riquezas asignando la tierra a quienes realmente la trabajaban, de tal manera, se observa que normas relacionadas con la Reforma, tales como el Decreto Ley N° 20136, sobre pequeña y mediana propiedad trabajada por sus dueños, dispuso en su artículo 17 que en los casos de sucesiones indivisas de tierras declaradas como zonas de reforma agraria la Dirección General de Reforma Agraria adjudicaría la propiedad al copropietario que trabajó la tierra directamente con el causante:

“Artículo 17.-

En los casos de sucesiones Indivisas originadas desde tres años antes de la declaración de Zona de Reforma Agraria el Juez de Tierras procederá a la liquidación del condominio a petición de parte, de la Dirección General de Reforma Agraria y Asentamiento Rural o de oficio, adjudicándose el predio al condómino que lo hubiera estado trabajando directamente con su causante”.

Otra norma de interés es el artículo 27 del Reglamento de Tierras para la Reforma Agraria que dispuso que se considerará efectuada la partición de un predio o parte del mismo perteneciente a las zonas de reforma agraria cuando uno de sus copropietarios lo haya explotado directamente, de manera exclusiva y sin reclamo de los demás titulares:

“Artículo 27.-

La Dirección General de la Reforma Agraria y Asentamiento Rural considerará efectuada la división de un predio o parte del mismo, cuando uno o más condóminos hubieran venido explotando directamente como propietarios exclusivos, sendas partes materiales distintas o individuales del predio, en virtud del respectivo convenio, aunque este no conste en instrumento público; o cuando el condómino hubiera asumido la explotación directa, sin reclamación de los otros condóminos, siempre que en uno u otro caso se acredite la realización de tales actos, con la debida inscripción en los Registros Patronal y del Contribuyente y en los Libros de Planillas y Contabilidad u otros instrumentos públicos de fecha anterior al 26 de junio de 1969”.

El profesor Palacio Pimentel comentando estos artículos refiere que la legislación agraria liquidó el condominio de la propiedad agraria³⁷⁹, y la razón de esta normativa es que el condominio es muchas veces producto de disputas entre los titulares, **sobre todo cuando uno solo de ellos utiliza el bien ante la inacción de los demás**, en ese sentido, y a fin de promover la generación de riquezas con los predios es que se optó que el condómino que realmente trabaja la tierra pueda

³⁷⁹ PALACIO PIMENTEL, Gustavo. “Manual de Derecho Civil. Tomo I”. Lima: Editorial Huallaga. 1987, p. 424.

conservar el bien, reconciliando de esta manera, los intereses de los titulares (solo se admite la adquisición en caso no exista reclamo de los demás titulares) y de quien viene poseyendo el bien (se genera la carga de explotar el bien y de publicitar su posesión), **no imaginamos mayor defensa de la función social de la propiedad que la propuesta del régimen agrario antes citado.**

III. LA PROHIBICIÓN DEL CÓDIGO CIVIL SOBRE LA USUCAPIÓN DE LOS CONDÓMINOS EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1984: OPINIÓN DE LA DOCTRINA NACIONAL

El Código Civil vigente tiene sus orígenes en el surgimiento de una nueva Comisión de Reforma del Código Civil dada durante el primer Gobierno de Fernando Belaunde, “el impulsor de misma fue el ministro de justicia y profesor de San Marcos, Carlos Fernández Sessarego. La nueva comisión, instituida para el “estudio y revisión” del Código Civil de 1936 tiene como partida de nacimiento el Decreto Supremo N° 95 del 1 de marzo de 1965, y está compuesta, originalmente, por José León Barandiarán, Felix Navarro Irvine, Rómulo E. Lanatta Guilhem, Jorge Vega García, Jorge Eugenio Castañeda, Héctor Cornejo Chávez, Max Arias – Shereiber e Ismael Bielich Florez”³⁸⁰.

El Código vigente restringiendo aún más el criterio del Código Civil de 1936 y terminando la historia de una importación incompleta [una de tantas] dispone en su artículo 985 que ni el copropietario ni sus sucesores pueden adquirir por prescripción el bien común.

Los comentaristas al Código vigente han ampliado los argumentos que legitiman la prohibición del artículo 985 y otros que la cuestionan:

1. Posiciones a favor de la prohibición:

³⁸⁰ LEÓN HILARIO, Leysser. Op Cit., p. 85.

- a) Los copropietarios no pueden usucapir el bien común pues quien lo posee lo hace en nombre de todos, estando ausente el requisito de poseer como propietario:

Este fundamento es planteado por los ponentes del Libro de Derechos Reales de nuestro actual Código, es decir, los profesores **Jorge Avendaño Valdez** y **Lucrecia Maish Von Humboldt**, los cuales argumentan que cuando la posesión es realizada por uno solo de los copropietarios no existe el requisito necesario para la usucapión, el cual es la posesión exclusiva en concepto de dueño.

De esta manera, cuando un copropietario posee lo hace en nombre de los demás, contando con una autorización expresa o no de los mismos, por lo que no se le puede considerar como un tercero poseedor, al ser parte de la comunidad de bienes³⁸¹.

El profesor Avendaño comentando su Anteproyecto de reforma del Libro de Reales del Código Civil de 1936 indica que la prohibición de usucapir tiene como fuente la regulación dada por el Código Civil de 1936³⁸², no obstante, se añade como modificación que ni los herederos de los copropietarios puedan adquirir por prescripción:

“Los artículos 82 al 87 de Anteproyecto son virtual repetición de las normas correspondientes al Código actual”³⁸³ [Código Civil de 1936].

A su vez, la profesora Maish Von Humboldt propone en su Anteproyecto de reforma del Libro de Reales del Código Civil de 1936 la prohibición de usucapir el bien común a los copropietarios, pero añade esta disposición en un artículo referido a la

³⁸¹ MAISH VON HUMBOLT, Lucrecia y AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. “Exposición de motivos y comentarios del libro de Derechos Reales del Código Civil”. En: REVOREDO DE DEBAKEY, Delia (compiladora). *Código Civil. Exposición de motivos y comentarios. Tercera Parte. Tomo V*. Segunda Edición. Lima: Thomson Reuters. 2015, p. 273.

³⁸² AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. “Exposición de motivos del anteproyecto del libro de derechos reales”. En: VVAA. *Proyectos y anteproyectos de la reforma del Código Civil*. Tomo I, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1980, p. 770.

³⁸³ AVENDAÑO VALDEZ, Jorge, De los Derechos Reales. Anteproyecto del Doctor Jorge Avendaño Valdez. En: VVAA. “Proyectos y anteproyectos de la reforma del Código Civil”. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1980, p. 802.

usucapión y a la copropiedad que contemplaba dos supuestos: (i) si un copropietario posee un bien de un tercero y lo adquiere por usucapión esto beneficia a sus condóminos, y (ii) no cabe usucapión entre copropietarios, respecto a la explicación se indica que esto reproduce lo ya normado en el Código de 1936, veamos la propuesta:

“Artículo 187.- Derecho a usucapir

El copropietario del bien común que está en posesión del bien, puede adquirir un bien por usucapión contra un tercero, pero en este caso la usucapión beneficia a todos. Ningún copropietario puede adquirir por usucapión los bienes comunes.

El artículo 898 del Código de 1936 se limita establecer que *la prescripción por un condómino favorece a todos*. Mejorando y completando el citado texto se dispone en este artículo que el copropietario puede usucapir contra terceros pero la usucapión beneficia a los demás, se prescribe asimismo que ningún copropietario puede usucapir contra los demás”³⁸⁴.

En el mismo criterio, el profesor **Max Árias Shereiber** indica que en los casos de copropiedad no nos encontramos ante una posesión exclusiva sino ante una que hace en nombre de los demás titulares:

“Seguidamente el precepto establece la imposibilidad de adquirir por prescripción los bienes comunes y esto se extiende a sus sucesores. El fundamento de la norma es claro, como el derecho del copartícipe está representado por una cuota (entidad abstracta) quien posee materialmente o jurídicamente el bien común lo hace para sí y los demás copartícipes, no pudiendo por ende usucapirlo en beneficio propio. Como en el caso anterior no se admite pacto distinto”³⁸⁵.

³⁸⁴ MAISH VON HUMBOLT, Lucrecia. “De los Derechos Reales. Proyecto para un nuevo libro cuarto del Código Civil y Exposición de motivos”. Lima: Editorial Desarrollo. 1983, p. 142.

³⁸⁵ ARIAS SCHEREIBER PEZET, Max. “Exégesis del Código Civil de 1984. Tomo III. Derechos Reales”. Segunda Edición. Lima: Gaceta Jurídica. 2011, p. 370.

Los argumentos señalados se caen por si solos si los cotejamos con la realidad, evidentemente, si un copropietario empieza a ejercer actos que se oponen a la presunción defendida por los profesores citados no podrá seguir considerándose que este posee con “la autorización expresa o tácita de los demás”.

En una posición más moderada, el profesor **Gonzales Barrón** manifiesta que si un copropietario posee favorece a los demás, pues la copropiedad al integrar un conjunto de personas con un interés común por naturaleza presupone como regla que la posesión de uno favorece a los demás³⁸⁶.

El profesor **Torres Vásquez** en la sección de su libro “Código Civil Comentado” relativa al artículo 985 no emite mayor comentario y se remite a una sentencia de la Corte Superior de Lima (Exp. N° 2086-97, Salas 3) donde se indica que no es posible la usucapión entre copropietarios **reproduciendo textualmente los argumentos esbozados por los profesores Maish von Humboldt y Avendaño Valdez**³⁸⁷.

El profesor **Carlos Ferdinand Cuadros Villena**, sostiene que la copropiedad puede ser clasificada como copropiedad romanista, la cual concede a cada uno de los titulares un porcentaje de participación en el derecho y la copropiedad en mano común, la cual no admite la existencia de cuotas comunes disponibles. Según el citado profesor nuestro Código Civil regula la copropiedad romanista lo que sustentaría que se regula la imprescriptibilidad del bien común por los copropietarios³⁸⁸.

En el mismo sentido, el profesor **Gustavo Palacio Pimentel** refiriéndose al artículo 985 indica que el mismo es semejante al artículo 902 del Código derogado, pero se advierte una diferencia importante, pues la norma vigente amplía la prohibición a los herederos del condómino, algo que no hacía la norma precedente³⁸⁹.

³⁸⁶ GONZALES BARRÓN, Gunther. “*Tratado de Derechos Reales. T. II*”. Lima: 2013, p. 1176.

³⁸⁷ TORRES VASQUEZ, Aníbal. “*Código Civil comentado. T. I*”. Séptima Edición. Lima: IDEMSA. 2011, p. 1042.

³⁸⁸ CUADROS VILLENA, Carlos Ferdinand. “*Derechos Reales. T. II*”. Primera edición. Lima: Cultural Cusco. 1995, pp. 613 y 614.

³⁸⁹ PALACIO PIMENTEL, Gustavo. “*Manual de Derecho Civil. Tomo I*”. Ibídem, p. 429.

- b) Si se permite la usucapión entre copropietarios se ocasionaría un problema social pues surgirían muchas demandas de partición del bien común:

Esta es la posición que postula no solo la problemática jurídica del tema bajo estudio sino también la sociológica afirmando que si se permite la usucapión entre copropietarios se darían situaciones intolerables a nivel sociológico, pues los herederos se verían forzados a demandar la partición del bien ante el temor de que madure la usucapión, y que las relaciones de familia pasarían a convertirse en meramente patrimoniales³⁹⁰.

Sobre lo antes indicado es necesario señalar que las demandas de partición del bien no pueden representar un problema sociológico pues estas eliminarían de una vez por todas los conflictos familiares nacidos de la copropiedad: la disputas por la forma de utilizar el bien, los horarios de uso y espacios, las rentas generadas y los cuestionamientos a quien administra el bien, las demandas de enriquecimiento sin causa por la indemnización del poseedor que excluye a los demás condóminos.

Esto no representa un problema, la determinación de los límites de la propiedad de cada ex condómino evitará disputas innecesarias sobre el bien.

- c) La prohibición de los copropietarios abarata los costos derivados de la copropiedad pues permite que la administración del bien sin temor a perder la propiedad del mismo

Adicionalmente, el profesor Alan Pasco apoya la regulación actual contenida en el artículo 985 del Código Civil, así, sostiene lo siguiente

se muestra a favor de la prohibición del artículo 985, señalando para dichos efectos los siguientes argumentos: (i) La prohibición es eficiente pues permite que los condóminos encarguen la posesión a uno solo de sus congéneres sin que exista la posibilidad de perder su propiedad. Así, la prohibición impide que el temor de los copropietarios ocasione que todos intenten poseer al mismo tiempo; (ii) no incentiva

³⁹⁰ GONZALES BARRÓN, Gunther. "Tratado de Derechos Reales. T. II". Lima: 2013, p. 1176.

a que los copropietarios excluyen a sus congéneres del bien, pues sea quien posea nunca adquirirá la titularidad exclusiva del bien³⁹¹.

Debe decirse que, en caso no existiese la prohibición del artículo 985 del Código Civil, la mera posesión del copropietario no lo encumbraría a adquirir el bien por usucapión, antes este debería acreditar que su condición posesoria ha cambiado a poseedor en concepto de dueño, lo que se podrá corroborar con actos inequívocos de oposición a los demás titulares, lo que les permitirá iniciar las acciones legales que estimen correspondientes. Además, la salida actual tampoco tiene los beneficios que el profesor Pasco destaca pues el artículo 985 ocasiona desincentivos a que nadie quiera invertir en el bien pues terminaría favoreciendo a quienes no intervinieron el bien.

A su vez, a nivel económico podría parecer “eficiente” prohibir la copropiedad pues se evitan los conflictos derivados de la misma, los comuneros no deben invertir altos costos de vigilancia para saber que no perderán su propiedad pues cuentan con la confianza de que no será así, pero a nivel macroeconómico el costo de la prohibición es mantener amplios sectores de la población bajo la informalidad y sin acceso a la propiedad.

d) La prohibición se sustenta en la relación de confianza que existe entre los copropietarios

Este argumento es deudor de un criterio que legitimó la prohibición de la usucapión en el Código Civil de 1852, atendiendo a razones de índole moral y sociológica para sustentar el artículo 985 del Código Civil.

De tal manera, el profesor Avendaño Arana sostiene lo siguiente:

“Si un copropietario usa (posee) el bien a título de copropietario, posee para sí y sus copropietarios, con lo cual poseen todos los copropietarios. Siendo

³⁹¹ PASCO ARAUCO, Alan. ¿Puedo prescribir contra mi cónyuge para apropiarme de los bienes sociales? En: *La Ley. El ángulo legal de la noticia*. Recuperado de: <https://laley.pe/art/9388/puedo-prescribir-contra-mi-conyuge-para-apropiarme-de-los-bienes-sociales.2020>.

ello así, el poseedor que usa directamente no puede adquirir por prescripción contra los demás copropietarios porque ellos están poseyendo”³⁹².

Complementando esta posición el profesor Avendaño Arana sostiene que **el fundamento de la prohibición es proteger a los copropietarios que no usan el bien, añadiendo que la mayor cantidad de situaciones de copropiedad se originan por supuestos sucesorios por lo que se protege a la confianza otorgada por los copropietarios no poseedores al copropietario poseedor**³⁹³ [la cual se vería burlada en caso se permita la usucapión].

En el caso del profesor Avendaño Arana encontramos una fundamentación mixta, por un lado mantiene el argumento que los copropietarios no poseen de manera exclusiva sino que lo hacen “en nombre” de los demás copropietarios (argumento que ya contestamos) y luego añade que con la prohibición de la usucapión del copropietario se protege la confianza de aquellos que esperan restituir el bien, sobre este aspecto podemos adelantar que es cierto que el artículo 985 protege la confianza de los copropietarios de no verse privados de su derechos, pero bajo ningún aspecto puede premiar la inacción del propietario y castigar al poseedor que genera riqueza con el bien.

Un aspecto interesante de lo indicado por el profesor Avendaño Arana es que considera que, aún con la regulación actual, un copropietario puede adquirir el bien indiviso por prescripción, puesto que si el copropietario poseedor ignora de buena la calidad de bien común podrá presentarse un caso de posesión exclusiva:

“Sin embargo, puede ocurrir que un copropietario posea el bien de manera exclusiva. El supuesto podría ser el del copropietario que posee el bien común sin saber que es común y lo posee como propietario individual. ¿Por qué no podría adquirir el bien común por prescripción? Nada justifica en este caso que no haya prescripción entre copropietarios. Lo mismo ocurre cuando

³⁹² AVENDAÑO ARANA, Francisco. Aspectos grises de la coposesión y la prescripción adquisitiva. A propósito de la sentencia del reciente Pleno Casatorio. En: “*Dialogo con la Jurisprudencia N° 133*”. Lima. 2009, p. 99.

³⁹³ AVENDAÑO ARANA, Francisco. Sobre si los copropietarios pueden o no adquirir por prescripción los bienes comunes. En: “*Dialogo con la Jurisprudencia N° 88*”. Lima. 2006.

un copropietario adquiere por prescripción un bien adyacente al bien común. Si su posesión es a título de copropietario, adquiere el bien conjuntamente con sus copropietarios. Pero si posee el bien a título individual lo adquiere a título individual”³⁹⁴.

Consideramos que dada la regulación actual no es posible que un copropietario adquiera por prescripción un bien indiviso aún cuando desconozca esta situación, la norma no distingue entre un copropietario que ignora su condición y otro que no, sin embargo, lo opinado por el profesor Avendaño es importante por ser **sintomático**, en el sentido que podemos ver que un sector de nuestra doctrina sigue encontrando su principal argumento contra la usucapión del copropietario en aspectos morales que han sido actualmente atenuados en la usucapión como ocurre en el reconocimiento de la prescripción extraordinario, es decir, sin justo título y buena fe.

En el mismo sentido, el profesor Mejorada señala que en la prohibición de usucapión a los copropietarios se protege la confianza dada la relación de cercanía que existe entre los condóminos:

“¿Un coheredero puede prescribir un bien que pertenece a la masa hereditaria?”

No, si bien es cierto en el Derecho Sucesorio existe un momento original de la transferencia a título universal de la masa hereditaria y luego una partición hereditaria que da lugar a la copropiedad, esta es una distribución abstracta, puramente metodológica. Lo cierto es que, apenas muerto el causante, los herederos entran en una situación de coparticipación y todos son copropietarios de los bienes que integran la masa, es verdad que hay que pasar por esta liquidación, pero es solo un artificio, solamente para garantizar el inventario y el pago de las deudas, etc. Pero no olvidemos que la norma que prohíbe la prescripción entre copropietarios se explica justamente en el

³⁹⁴ AVENDAÑO ARANA, Francisco. Aspectos grises de la coposesión y la prescripción adquisitiva. A propósito de la sentencia del reciente Pleno Casatorio. En: “*Dialogo con la Jurisprudencia N° 133*”, p. 99.

Derecho Sucesorio. Los autores del Libro de Reales no pusieron esa norma porque se les ocurrió, sino que lo pusieron a pedido de los autores del Libro de Sucesiones porque entre los sucesores hay una relación de confianza, ya que normalmente son familia, y eso hace que uno que es familia de otro deje que se ocupe y se quede con el bien por un tiempo, entonces esta entrega basada en la confianza no puede ser traicionada con la prescripción. Dicho sea de paso, la misma lógica se aplicaría a los cónyuges”³⁹⁵.

Lo dicho por el profesor Mejorada resulta debatible si es que pensamos en la copropiedad hereditaria como único supuesto de la copropiedad, pero, ¿Se puede alegar dicha relación de cercanía o confianza en los asentamientos humanos donde toda transmisión de derechos sobre el suelo se basa en las reglas de la copropiedad? Consideramos que no, las transformaciones de las ciudades en el Perú han hecho que el paradigma de la copropiedad deje de ser la casa en copropiedad por dos o tres hermanos, sino las grandes ciudades informales que siguen sin poder acceder a la titulación por la prohibición del artículo 985 del Código Civil.

2. *Posiciones a favor de la derogación del artículo 985:*

a) La usucapión como mecanismo para subsanar las deficiencias de nuestro sistema de transferencia de propiedad y de la informalidad

El profesor Arata Solis en su comentario al artículo 985 del Código Civil inicia criticando el criterio legislativo de incluir en una misma norma dos disposiciones legales de naturaleza distinta, una relativa a la prescripción extintiva (imprescriptibilidad de la acción de partición) y una relativa a la prescripción adquisitiva (prohibición de usucapión entre copropietarios)³⁹⁶. Sobre la prohibición el profesor añade un interesante criterio sociológico que no puede dejarse de lado y que se refiere a que muchos de los supuestos de copropiedad se presentan en la

³⁹⁵ MEJORADA CHAUCA, Martín. Todo lo que tienes que saber sobre la prescripción adquisitiva de dominio. En: “*Gaceta Civil & Procesal Civil N° 84*”. Lima. 2020, pp. 147 y 148.

³⁹⁶ ARATA SOLIS, Moisés. Imprescriptibilidad de la acción de partición. En: VVAA. “*Código Civil Comentado. Comentan 209 especialistas en las diversas materias del Derecho Civil*”. Lima: Gaceta Jurídica. 2010, p. 430.

propiedad informal e impiden que las personas que adquieren bienes en copropiedad puedan acceder a la propiedad exclusiva pese a que, en la práctica, lo poseen como titulares exclusivos³⁹⁷.

No se puede sino estar de acuerdo con la opinión señalada, actualmente las ciudades y la tugurización que existe en ellas representan un potencial problema respecto a la titulación y acceso a la propiedad como derecho fundamental, en el que la usucapión representa –más que nunca—un medio con el cual sanear las deficiencias de nuestro sistema de transferencia de la propiedad, otorgando títulos de propiedad a aquellas personas que han tenido **un efectivo control sobre la tierra** de acuerdo a los requisitos de ley.

3. *Argumento mixto*

Un sector de nuestra doctrina invoca diversos argumentos para legitimar su tesis respecto a la admisibilidad de la prescripción adquisitiva del copropietario, en un análisis de lege ferenda, veamos:

“De igual manera, con base en todo lo señalado, podemos afirmar lo siguiente: (i) El derecho comparado admite la prescripción entre copropietarios, como regla sino por excepción; (ii) la procedencia de la usucapión entre copropietarios es posible porque se permite al copropietario ejercer actos posesorios, excluyendo a los demás copropietarios, a diferencia del derecho peruano, que prohíbe la posesión exclusiva; (iii) para el caso peruano, aunque de facto el poseedor ejerza la posesión exclusiva del bien, siempre se entenderá que no solo posee en nombre propio sino que también lo hace en nombre de los demás copropietarios; haciendo inviable la usucapión entre copropietarios.

Dejando de lado lo señalado por la doctrina comparada, debemos preguntarnos, ¿Por qué debemos admitir la prescripción entre

³⁹⁷ ARATA SOLIS, Moisés. Imprescriptibilidad de la acción de partición. En: VVAA. “Código Civil Comentado. Comentan 209 especialistas en las diversas materias del Derecho Civil”. *Ibidem*, pp. 430 y 431.

copropietarios? Las razones básicamente son las siguientes: (i) La acción de división y partición fenece cuando se disuelve la copropiedad y esto se da cuando uno de los copropietarios adquiere por usucapión todo o una parte del bien común, sin que los copropietarios hayan exigido la división o partición del bien, (ii) el no reconocimiento del régimen de copropiedad, lo cual se da cuando uno de los partícipes de la copropiedad usa y disfruta el bien común, sustrayendo del aprovechamiento de los demás copropietarios y no reconociendo derecho alguno sobre el bien, que hace, que se genere la llamada posesión exclusiva y el fenecimiento de la coposesión (iii) si la ley reconoce la usucapión de un bien completamente ajeno, debería admitirse la usucapión de un bien parcialmente ajeno”³⁹⁸.

Si bien esta opinión merece el reconocimiento por tratar adecuadamente la problemática de la usucapión del copropietario merece algunos comentarios adicionales: En primer lugar, se señala que es fundamento de la prescripción adquisitiva (razones) el hecho que *“la división y partición fenece cuando uno de los copropietarios adquiere la totalidad del bien”*, sin embargo, **el fenecimiento de la acción de partición es un efecto de la usucapión en un régimen donde no exista la prohibición del artículo 985 del Código Civil, no un fundamento o razón a fin de derogar la prohibición.**

4. *El artículo 985 del Código Civil protege una ficción legal que desprotege al condómino diligente*

“Asumir que la posesión es en nombre de todos y que el poseedor no puede variar la naturaleza del título con el que actúa es una ficción legal. El condómino diligente jamás podrá convertirse en propietario único, pero si un tercero invade el inmueble y nadie hace nada, entonces la ley premia al invasor (sin ningún título) entregándole la propiedad luego de 10 años.

(...)

³⁹⁸ BAUTISTA ALDERETE, Jesús. Copropiedad y usucapión ¿Los copropietarios pueden adquirir por prescripción adquisitiva los bienes comunes. En: *“Advocatus N° 33”*. Lima. 2016, p. 128.

Debemos dejar de lado soluciones arcaicas y basarnos en la realidad: la posesión de uno de los copropietarios. Ya en otros países se ha abandonado la regla que impide la prescripción de cuotas ideales. Urge una reforma en esta materia para no tener que recurrir a otros caminos legales que no siempre existen; y si existen, no son necesariamente gratos³⁹⁹.

III.LA LEY N° 27157

La Ley N° 27157, Ley de Regularización de Edificaciones, del Procedimiento para la Declaratoria de Fábrica y del Régimen de Unidades Inmobiliarias de Propiedad Exclusiva y de Propiedad Común, tiene como antecedente el Proyecto de Ley N° 04668, aprobado en la Segunda Legislatura Ordinaria de 1998.

En la exposición de motivos de dicho Proyecto de Ley se estableció que dicha Ley tiene el siguiente propósito disminuir los costos de transacción vinculados a la formalización de la propiedad, permitiendo así sanear titularidades y acceder al crédito.

¿Cuál es la importancia de la mencionada ley? Dicha ley reviste esencial importancia para esta investigación **pues dispuso la inaplicación, para los efectos de esa norma, del artículo 985 del Código Civil.**

El artículo 26 de la Ley, el cual tiene como antecedente al artículo 51 del Proyecto de Ley dispuso lo siguiente:

“Artículo 26.-

Para los efectos de la presente Ley no es aplicable el artículo 985 del Código Civil”.

El artículo se encontró vigente por casi un año, desde su promulgación el 19 de julio de 1999 hasta su abrogación el 29 de julio del 2000 por la Tercera Disposición Complementaria de la Ley N° 27333, Ley complementaria a la Ley N° 26662, Ley

³⁹⁹ VEGA MERE, Yuri. La prescripción entre copropietarios. En: “PULSO LEGAL. Diario Oficial El Peruano”. Recuperado de: <https://www.elperuano.pe/noticia-la-prescripcion-entre-copropietarios-80692.aspx>.

de Competencia Notarial en asuntos no contenciosos, la abrogación del artículo, como es usual en nuestro medio, no indicó la más mínima justificación a ello, el Proyecto de Ley de esa norma también brilla por su silencio.

Sin perjuicio de lo indicado, es importante destacar que la Ley de Regularización de Edificaciones, **tiene como objeto principal garantizar una adecuada protección al derecho de propiedad, permitiendo su inscripción de cara a lo acaecido en la realidad y la maximización de la riqueza obtenida de los predios garantizando su correcta inscripción.**

Que se haya considerado que el artículo 985 del Código Civil afectaba dichos objetivos; es decir, que el registro refleje la realidad, pues se impide que el verdadero poseedor de un predio pueda adquirir la totalidad del mismo y que dicha norma impide la generación de riquezas, pues sin importar que un copropietario posea de manera exclusiva el bien común jamás podrá obtener las mismas ganancias que obtendría si se admitiera la usucapión del predio, es un hito importante en el análisis del artículo 985 del Código Civil.

Otro aspecto que no puede descuidarse en dicha norma es que reconoce una realidad de nuestro país, el cual es el problema de la construcción y propiedad informales, de este modo, recurre a información estadística sobre la cantidad de unidades de vivienda en edificios, quintas o casas de vecindad⁴⁰⁰.

⁴⁰⁰ “De acuerdo a estadísticas del Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI, tenemos que a 1993 existían un millón quinientos noventa y siete mil setecientos quince unidades de vivienda ubicadas en edificios, quintas o casas de vecindad. Esta cifra alcanza a un total mayor a ocho millones de involucrados, si calculamos ortodoxamente una población de cinco habitantes por vivienda, lo que traduce que es un tema de urgencia nacional, dada la gran cantidad de personas a nivel nacional que tienen que tratar con el actual tema de Propiedad Horizontal que no otorga solución de acceso y regularización de los derechos de propiedad a sus ocupante, debido a la rigidez de la misma”.

TEMA II: NUESTROS FUNDAMENTOS RESPECTO A LA ABROGACIÓN DEL ARTÍCULO 985 DEL CÓDIGO CIVIL

I. EL FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA USUCAPION POR PARTE DE LOS CONDÓMINO

1. ¿Para quién legislamos? Sobre el [verdadero] ámbito de aplicación de la norma

Sin temor a realizar una afirmación que podría sonar a perogrullo, debemos decir que las condiciones económicas y sociales que existieron en el país durante la dación de los Códigos de 1852, 1936 y 1984 han cambiado radicalmente, uno de los aspectos más marcados de ese cambio se aprecia en la distribución de la población en el país y de las zonas para uso urbano, desde los años cincuenta el país, en especial su capital Lima, experimentó un fuerte proceso migratorio de las provincias hacia la capital, lo cual generó el rápido crecimiento de la ciudad hacia la periferia generando nuevos distritos, los cuales muchas veces crecieron desordenadamente y con problemas de titulación de la propiedad informal.

Hoy, pese a los esfuerzos que se han realizado respecto a la titulación de la propiedad informal, existe un sector que no cuenta con acceso a la propiedad y en consecuencia un acceso a condiciones dignas de vivienda unidas a tal derecho.

CUADRO N° 2.38
PERÚ: VIVIENDAS PARTICULARES, SEGÚN TIPO DE VIVIENDA, 2007 Y 2017
(Absoluto y porcentaje)

Tipo de vivienda	2007		2017		Variación intercensal 2007-2017		Incremento anual	Tasa de crecimiento promedio anual
	Absoluto	%	Absoluto	%	Absoluto	%		
Total	7 566 142	100,0	10 102 849	100,0	2 536 707	33,5	253 671	2,9
Casa independiente	6 477 401	85,6	8 763 360	86,7	2 285 959	35,3	228 596	3,1
Departamento en edificio	378 926	5,0	820 605	8,1	441 679	116,6	44 168	8,0
Vivienda en quinta	135 245	1,8	126 308	1,3	-8 937	-6,6	- 894	-0,7
Vivienda en casa de vecindad	111 693	1,5	85 780	0,8	-25 913	-23,2	- 2 591	-2,6
Choza o cabaña	332 288	4,4	166 374	1,6	-165 914	-49,9	- 16 591	-6,7
Vivienda improvisada	111 180	1,5	130 932	1,3	19 752	17,8	1 975	1,6
Local no destinado para habitación humana	10 311	0,1	9 474	0,1	-837	-8,1	- 84	-0,8
Otro tipo ¹⁾	9 098	0,1	16	0,0	-9 082	-99,8	- 908	-47,0

¹⁾ Incluye e cualquier estructura no destinada para habitación humana como cueva, vehículo abandonado o refugio natural.

Fuente: INEI - Censos Nacionales de Población y Vivienda 2007 y 2017.

Como muestra el último censo nacional 1,6% de las personas del país viven en chozas o cabañas, 1.3% en casas improvisadas y 0.1% viven en locales no destinados a zonas de habilitación urbana. El 1.3% de personas viven en casas de vecindad y 0.8 en casas en quinta.

La forma de distribución de la población en la tierra urbana en Lima ha cambiado mucho, ya no nos encontramos en la urbe centralizada con un par de distritos de origen colonial, el presente siglo es el de la revolución urbana. Con dicho cambio urbano debe transformarse la forma en la que vemos a la propiedad y a la copropiedad en específico.

Nos referimos a esto pues al momento de estudiar las razones que “supuestamente” fundamentan el artículo 985 del Código Civil nos encontramos con, no pocas, opiniones que sostenía que dicha norma tiene como objetivo evitar conflictos entre coherederos. De hecho, si imaginamos un supuesto típico de copropiedad en conflicto solemos pensar en los hermanos que no se han puesto de acuerdo en la partición del bien, **esta forma reduccionista de concebir el problema de la copropiedad debe ser superada.**

Si recordamos lo analizado con relación al Código Civil de 1852 podremos apreciar que dicha norma no establece, al menos no expresamente, una prohibición de usucapir a los “**copropietarios**” sino que establece que “los coherederos no pueden usucapir el bien indiviso”, el Código Civil francés de 1804 establece lo mismo. Esto es un claro síntoma de que **las normas en mención fueron pensadas en la copropiedad hereditaria como el típico caso de copropiedad**, y pese a que ambas normas permitieron que el copropietario pudiese adquirir el bien si lo poseía exclusivamente reflejan la sociedad de la época donde la mayor cantidad de casos de copropiedad nacía del bien indiviso a causa de la apertura de la herencia.

Entonces, la identificación entre copropietario y coheredero es una forma de concebir la copropiedad de no reciente data, lo que justificaba [en ese entonces] la prohibición de usucapir entre copropietarios, pero incluso hace doscientos años se reconocía que esa prohibición no era absoluta.

Lamentablemente, **en la actualidad no notamos nuestra propia realidad donde el mayor número de casos de copropiedad no se encuentra en la copropiedad hereditaria, sino en los asentamientos humanos, en los pueblos jóvenes, en las quintas y en los conglomerados comerciales, así, cuando el artículo 985 del Código Civil impide adquirir un bien por prescripción no “protege” a un hermano respecto a otro sino impide y vulnera el derecho a la propiedad de las personas que viven en situaciones de informalidad por no tener títulos saneados.**

Todos estos casos se rigen bajo las reglas de la copropiedad y para disponer de sus derechos y acceder a registros públicos deben recurrir a la venta de “acciones y derechos” pese a que en la práctica poseen una porción física bien delimitada de un predio, el porcentaje de participación en la copropiedad es tan ínfimo que muchas veces se adquiere un micro porcentaje de las acciones y derechos del predio.

En estos casos existen tantos copropietarios que pensar en una partición es simplemente impensable, piénsese en hacer una partición en un asentamiento humano donde existen miles de titulares, los costos para ubicarlos a todos serían altísimos, lo mismo ocurre con los conglomerados comerciales que existen en Lima, ¿podría pensarse una partición en dicho caso? Debería emplazarse a todos los titulares y aun cuando se logre basta que uno de los cientos o miles se oponga para impedir la partición, lo cual implicaría un proceso judicial con los costos, tiempos y recursos que ello demandaría.

Es evidente que si seguimos pensando que la copropiedad solo atañe a los coherederos de un bien indiviso solo disociaremos al derecho de la realidad, **esta idea debe ser desterrada.**

2. Sobre la interversión del título

La interversión del título posesorio es un supuesto de adquisición originaria de la posesión mediante despojo, esta adquisición opera cuando un detentador o un poseedor, mediante actos de oposición hacia el titular o mediante la celebración de

algún negocio jurídico con un tercero modifican la causa de su control con el bien y pasa a constituirse como poseedor del mismo.

Dicha institución se originó en el derecho francés donde el detentador que había obtenido un bien en una relación jurídica o social se encontraba impedido de adquirirlo por usucapión, a menos que haya operado la interversión del título posesorio, deviniendo en poseedor precario pero apto para adquirir el bien por prescripción.

La doctrina de la interversión del título posesorio fue elaborada pensando en la modificación de la condición del detentador a poseedor más no en los casos en los cuales un copropietario adquiere el bien indiviso, en dichos casos ha sostenido la doctrina y la jurisprudencia comparada que no opera una verdadera interversión, no obstante, para efectos de la usucapión del copropietario deben existir actos inequívocos que demuestren su intención de empezar a poseer como propietario exclusivo, de lo contrario se presumirá que sigue ejerciendo su posesión como copropietario, lo cual no lo hace apto para consumir la usucapión.

Así, por ejemplo la profesora Visintini ha destacado que la Corte de Casación italiana ha señalado que en los casos de usucapión del copropietario no se requiere del fenómeno de la interversión⁴⁰¹.

Dicha institución no resultaría aplicable los casos bajo análisis puesto que en la copropiedad ya existe un derecho real (propiedad compartida) en cabeza del usucapiente, sin embargo, para efectos de evaluar el requisito de la posesión como propietario si es importante evaluar la voluntad al momento de ejercer la posesión.

Por último, debe precisarse que la interversión del título posesorio ya cuenta con un reconocimiento en la jurisprudencia nacional, no obstante, el importar una categoría del derecho francés a nuestra legislación debe tener presentes las diferencias existentes en el desarrollo de cada una de las categorías, por ejemplo, la noción de poseedor precario, mientras que en el derecho francés presenta una connotación

⁴⁰¹ VISINTINI, Giovanna y PETRELLI, Patrizia. *“La proprietà immobiliare. Guida alla lettura della giurisprudenza”*. Ibídem, p. 258.

en el marco de una relación de posesión mediata e inmediata en el derecho nacional es precario todo aquel que no tiene título o teniéndolo ha vencido. Así, si se afirma en el derecho francés que la interversión está pensada para el poseedor precario debemos preguntarnos antes, qué se entiende por poseedor precario a la luz de cada una de las legislaciones bajo estudio.

3. *Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Registral y de la Corte Suprema*

En presente acápite, a diferencia del resto de esta investigación es un análisis de *lege data*, es decir, más que recoger una propuesta de modificación o abrogación del artículo 985 del Código Civil implica un análisis de cómo la Corte Suprema y el Tribunal Registral vienen aplicando el artículo en mención, de tal manera, **los comentarios en esta sección se limitarán a señalar si se aplicó o no correctamente la normativa vigente.**

a) Sobre los pronunciamientos del Tribunal Registral

En pronunciamientos del Tribunal Registral (**Resolución N° 997-2007-SUNARP-TR-L** y **Resolución N° 144-2009-SUNARP-TR-L**) se ha admitido la inscripción de la usucapión notarial de una porción del bien registrado como copropiedad por uno de los miembros de la copropiedad.

Sin embargo, en dichos casos se admite la inscripción pues se había efectuado de manera previa una partición convencional entre los copropietarios, más nunca se inscribió en registros la independización del predio sujeto a copropiedad, por lo que en dichos casos era más correcto hablar de una usucapión de bien propio para acceder al registro que de usucapión entre copropietarios.

Esta línea jurisprudencia ha seguido el precedente del **CXIV PLENO DEL TRIBUNAL REGISTRAL** (Sesión extraordinaria modalidad no presencial realizada el día 06 de noviembre de 2013) en el cual se ha indicado lo siguiente:

"No es materia de calificación la aplicación del artículo 985 del Código Civil en los procedimientos de prescripción adquisitiva notarial, ya que ello constituye la motivación o el fondo de la declaración notarial".

Consideramos que en los casos en los cuales haya existido una partición previa entre los copropietarios, pero que no se llegó a inscribir, y en virtud a dicho documento un notario declara fundada la prescripción adquisitiva sobre una porción del predio ya dividido no se aplican las reglas de la copropiedad ni la prohibición del artículo 985 al haber fenecido por la partición. Sin embargo, esto de ninguna manera puede implicar quitarle valor a la labor de los registradores en el cumplimiento del principio de legalidad, como parece hacerlo el precedente citado, que excluye completamente al registrador de la evaluación de la motivación o el fondo de la decisión notarial, **¿qué sucede si, pese a no existir partición y mantenerse vigente la copropiedad, el notario admite la prescripción a favor de un condómino, el registrador debería aceptarlo e inscribirlo pese a una flagrante contravención a la norma?** Consideramos que **no**, el rol de los registradores, en tanto garantes de la legalidad, no puede ser aminorado con precedentes como el indicado.

En ese sentido, en un acertado criterio, el profesor Huerta Ayala, comentando casos de inscripciones registrales que contravienen el artículo 985 señala lo siguiente:

“En el caso que un notario que no es juez ni funcionario público solicite la prescripción adquisitiva de un bien sujeto al régimen de copropiedad a favor de un copropietario, es pasible de una observación registral conforme al artículo 985 del Código Civil, siendo un caso de aplicación normativa, por lo que el argumento que dicha comprobación corresponde al notario y no al registrador es una renuncia del registrador a su facultad de guardián de la legalidad de las inscripciones registrales, debiendo cumplirse lo dispuesto con el principio de legalidad contemplado en la norma V del Título Preliminar y el artículo 32 del Reglamento General de los Registros Públicos”⁴⁰².

Nos mostramos de acuerdo a lo señalado por el profesor pues **el rol de los Registros Públicos es garantizar la seguridad jurídica, lo cual se logra mediante un adecuado control de la legalidad de los documentos ingresados,**

⁴⁰² HUERTA AYALA, Oscar. “*Inscripción registral de la prescripción adquisitiva de dominio notarial*”. Lima: Grijley. 2020, p. 106.

dotando a los registradores de los medios necesarios para poder observar y tachar los títulos que contravengan el artículo 985 de acuerdo a nuestra normativa actual, y continuar con la inscripción en los casos en los cuales no se infringe el artículo (como en aquellos en los que no se ha inscrito la partición, donde corresponde registrar dicho acto primero y luego la prescripción adquisitiva).

Por otro lado, Casanova Ríos sostiene, analizando tales pronunciamientos (**Resolución N° 997-2007-SUNARP-TR-L y Resolución N° 144-2009-SUNARP-TR-L**) que: “si un copropietario solicita la prescripción adquisitiva de dominio (tal como se ha podido observar de las Resoluciones comentadas) sobre las acciones y derechos del otro copropietario, a pesar de que con el Notario haya procedido tal solicitud, el título respectivo no debería tener acceso al Registro, por violar una norma prohibitiva”⁴⁰³.

En concordancia con lo indicado reafirmamos que corresponde al registrador poder advertir, caso por caso, la aplicación del artículo 985 del Código Civil.

b) Sobre los pronunciamientos de Corte Suprema

• **CASACIÓN N° 3323-2013-LIMA**

Resumen: *No resulta de aplicación el artículo 985 del Código Civil si el usucapiente nunca fue copropietario del bien al haber celebrado un contrato de compraventa ineficaz con un sujeto que no cuenta con poder de disposición del bien.*

Los señores Máximo Salazar Barrientos y Biviana Quispe de Salazar interpusieron una demanda de prescripción adquisitiva a fin de que se les declare propietarios de un lote de terreno ubicado en el Centro Poblado Menor de Santa María de Huachipa. Sostienen que adquirieron el lote de terreno en virtud a una compraventa verbal con los señores Miguel Nakahodo Miyasato y Nieri Nakahodo de Nakahodo que posteriormente fue formalizada mediante la

⁴⁰³ CASANOVA RÍOS, Ricardo. “*Críticas a la Jurisprudencia del Tribunal Registral. Trabajo Académico para optar el grado de segunda especialidad en Derecho Registral de la Pontificia Universidad Católica del Perú*”. Lima, p. 35.

suscripción de una minuta de compraventa en 1997 que no fue elevada a escritura pública ni inscrita.

La demanda fue contestada por Aurelio Atachagua Bernui y Nanci Fernández Meza, quienes indicaron ser copropietarios del predio, contando con un 81.93 % de acciones y derechos del bien, lo cual fue adquirido de sus anteriores propietarios, los señores Nakahodo. Agregan que los demandantes han adquirido el 18.07 % de las acciones y derechos del bien, siendo también copropietarios y estando impedidos de adquirir por prescripción en virtud al artículo 985 del Código Civil.

Sentencia de Primera Instancia

El ad quo declaró improcedente la demanda sosteniendo que al ser los demandantes copropietarios del bien, al haber adquirido el 18.07 % de las acciones y derechos del mismo de los señores Nakahodo se encontraban impedidos de adquirir el bien por prescripción adquisitiva, siendo esto una pretensión jurídica imposible.

Sentencia de Segunda Instancia

La Sala Superior confirmó la sentencia pero afirmando, sorprendentemente, que no existe coherencia en lo sostenido por los demandantes pues “mediante prescripción adquisitiva no se puede otorgar el derecho de propiedad a quien ha sostenido ser propietario del inmueble”. Decimos que resulta sorprendente pues la usucapión no solo tiene la función adquisitiva de derecho reales sino que también es un instrumento saneador de títulos por lo que, afortunadamente, se ha formado una línea jurisprudencial en nuestro país que reconoce que los propietarios pueden sanear sus títulos mediante la usucapión.

Sentencia de Casación

La Corte Suprema decidió casar la sentencia de vista y declarar fundado el recurso interpuesto por los demandantes ya que sostuvo que al momento de la venta a favor de los demandantes el vendedor no era el único propietario del

bien, ya que había celebrado una transferencia con los señores Aurelio Atachagua Bernui y Nanci Fernández Meza, por un 81.93 % de acciones y derechos del bien. En virtud a ello, la Corte Suprema consideró que el contrato exhibido por los demandantes era válido pero ineficaz al no ser el disponente el único titular. En ese sentido, y al no haberse producido un efecto traslativo los demandante nunca llegaron a ser copropietarios de los señores Aurelio Atachagua Bernui y Nanci Fernández Meza ni se encontraban impedidos de usucapir el bien. Consideramos que en el presente caso se ha realizado una adecuada evaluación de los hechos y de la normativa aplicable.

- **CASACIÓN N° 697-2015-HUARA**

Resumen: *No corresponde la aplicación de la prohibición de usucapión entre copropietarios si el usucapiente adquirió las acciones y derechos de los demás titulares extinguiéndose la copropiedad.*

En el presente caso la señora Elsa Cadillo Árias interpuso una demanda en contra del señor Carlos Conde Salinas y otros solicitando se declare la nulidad de la escritura pública donde consta la prescripción adquisitiva de un predio ubicado en la avenida Grau N° 471 en Huacho y como pretensión accesoria la nulidad del asiento de inscripción de dicha escritura.

Indicó que luego de la muerte de su padre Juan Cadillo Medrano se ha mantenido en posesión del bien, desde mediados de 1999. Asimismo, el bien se encuentra sujeto a copropiedad y ninguno de los copropietarios ha cuestionado su posesión ni la de su padre, existiendo incluso tratativas con los mismos para adquirir el bien. Señaló además que los demandados no habría podido adquirir por prescripción adquisitiva la propiedad del bien al ser la misma copropietaria del bien y al no haber poseído nunca el bien ya que en la escritura pública consta que el notaria inspeccionó las características externas del predio pero no la posesión del mismo al encontrarse la demandante dentro del bien.

Sentencia de Primera Instancia

Mediante Sentencia de Primera Instancia se declaró fundada la demanda indicando que los codemandados son copropietarios del bien, por lo que se encuentran impedidos de adquirir por prescripción en virtud al artículo 985 del Código Civil.

Sentencia de Segunda Instancia

Mediante Sentencia de Segunda Instancia se decidió revocar el pronunciamiento de primera instancia declarándolo infundado puesto que a su consideración la demandante no ha acreditado la existencia de copropiedad.

Sentencia de Casación

La Corte Suprema decidió no casar el recurso interpuesto por la demandante pues no advirtió una aplicación errónea del artículo 985 del Código Civil al demostrarse que uno de los copropietarios había transferido su cuota del bien a los demandados extinguiéndose así la copropiedad, además, con relación a la posesión del inmueble la Corte consideró que los demandados habían adquirido mucho antes la propiedad que al ingreso de la demandante por lo que no existe contradicción en dicho punto.

- **CASACIÓN N° 831-2015-LIMA**

Resumen: *El juez de segunda instancia debe evaluar los agravios expuestos en el recurso, y en el presente caso emitir pronunciamiento sobre la pertinencia de usucapir una porción de un predio sujeto a copropiedad.*

El señor Renán Lucar Fernández solicitó se le declare propietario de un bien ubicado en Santiago de Surco, indicando encontrarse en posesión en un área correspondiente al 67.5 % del predio en mención, además de haber cumplido con los requisitos para la usucapión. Asimismo, solicitó la cancelación del 20 % de acciones y derechos correspondientes al señor José Eduardo Rodríguez Zamora y 47.50 % de las acciones y derechos correspondientes a la señora Beatriz Marina Pomareda.

Señaló que se encuentra en posesión del bien en virtud a un contrato de compraventa respecto del 67.5 % del predio suscrito con Juan Manuel Maldonado Blume y Lucy Angélica Rodríguez de Maldonado, propietarios primigenios de dicho porcentaje de participación del predio. Sostiene además que los demandados nunca han tenido la posesión del bien y tampoco las demás copropietarias Pilar Isabel Rodríguez Zamora, Silvia Rodríguez Zamora y José Luis Ronceros Díaz.

Sentencia de Primera Instancia

En primera instancia se declaró improcedente la demanda al considerar que el demandante tenía la calidad de copropietario del bien, lo que implicaría un petitorio jurídicamente imposible dada la imposibilidad de los copropietarios de adquirir por prescripción un bien no sujeto a partición. Además precisó que no resulta posible la existencia de una posesión de acciones y derechos sobre un predio.

Sentencia de Segunda Instancia

En la segunda instancia se confirmó la decisión antes indicada y se indicó que al ser el demandante copropietario del bien no puede solicitar la prescripción adquisitiva del bien.

Sentencia de Casación

La Corte Suprema declaró fundado el recurso de Casación ya que la segunda instancia no se pronunció sobre los puntos materia del recurso de apelación.

Sobre este caso se pueden extraer las siguientes consideraciones:

No es posible que exista una posesión sobre “acciones y derechos” de un bien, ya que estas cuotas no son proporciones físicas del bien sino el nivel de participación que tiene un comunero sobre el bien, lo que el demandante ostentaba en todo caso era una posesión del bien que, en todo caso, podía representar un porcentaje del total del bien pero para efectos del caso no resultaba relevante pues el demandante no era propietario del bien ya que el

sujeto de quien adquirió la posesión no era el titular exclusivo lo que hacía ineficaz al contrato. Bastaba con sostener que se deseaba usucapir un área determinada del bien sin mencionar a la copropiedad.

- **CASACIÓN N° 3168-2016-HUAURA**

Resumen: *El artículo 985 del Código Civil no resulta de aplicación cuando el usucapiente adquirió previamente el bien por lo que el mismo nunca llegó a conformar un bien de la herencia.*

En dicho caso Donata Castro Tiburcio interpuso una demanda de nulidad de acto jurídico en contra de la escritura pública que admitió la prescripción adquisitiva a favor de Nemecio Castro Triburcio y Angelina Arellano Beteta.

Argumentó que posee el bien hace veinticinco años y que es hermana del demandado por lo que el bien pertenece a la masa hereditaria dejada por sus padres. Así, al ser un bien indiviso y sujeto a copropiedad no pudo ser pasible de usucapición por un copropietario, razón por la cual considera que debe declararse la nulidad de la escritura.

Los demandados indicaron que adquirieron la propiedad del bien antes del fallecimiento de los padres de la demandante por lo que el bien, al no pertenecer a la masa hereditaria, es pasible de usucapirse.

Sentencia de Primera Instancia

En primera instancia se declaró fundada la demanda pues, si bien los demandados afirman haber adquirido el bien a título oneroso en el proceso de sucesión intestada y de petición de herencia no hicieron valer su derecho. Así, al ser un bien bajo copropiedad procede la aplicación del artículo 985 del Código Civil.

Sentencia de Segunda Instancia

En segunda instancia revocó la sentencia antes indicada y declaró infundada la demanda, sostuvo que según consta en el acta de transferencia del 06 de mayo de 1962 Ismael Castro Bravo y su esposa Aniceta Tiburcio Bustamante enajenan

el bien a favor del demandado, documento que fue celebrado ante una autoridad judicial que hacía las veces de notario público. De tal modo, al no considerarse un bien en copropiedad era procedente la prescripción por parte del demandado.

Sentencia de Casación

La Corte Suprema declaró infundado el recurso de casación interpuesto por la demandante pues consideró que se encuentra acreditada la transferencia del bien, el cual no pasó a formar parte de la masa hereditaria.

De la revisión de las sentencias de la Corte Suprema apreciamos dos criterios preponderantes:

Se declara que nuestra legislación no permite la usucapión entre copropietarios.

Se fijan los criterios para determinar cuando no nos encontramos a un supuesto de copropiedad y por tanto no resulta aplicable el artículo 985 del Código Civil, **así se puede apreciar que en los casos en los cuales el usucapiante: (i) ha adquirido todas las acciones y derechos del bien, (ii) cuando ha existido una partición previa y (iii) cuando el acto en virtud al cual “adquirió” el bien es ineficaz el usucapiante puede adquirir por prescripción el bien al no ser copropietario.**

4. Legislación comparada

Podemos notar que la mayoría de ordenamientos jurídicos, tanto de América Latina como los de Europa existe una tendencia a reconocer la usucapión del copropietario, lo cual no solo demuestra una recepción completa del modelo francés de donde esta prerrogativa es heredada sino que implica un reconocimiento a la realidad sobre los formalismos, a la función social de la propiedad y al derecho fundamental a la vivienda:

a) Francia

Como se ha indicado anteriormente, el Código Civil francés de 1804, pese a lo conservadora de la sociedad francesa de ese tiempo y a la antigüedad de la norma, reconocía la imprescriptibilidad de la partición de la comunidad, ya que se

consideraba que el estado de indivisión podía resultar molesto e incluso generar problemas sociales por lo que era importante reconocer el derecho de los comuneros de pedir la partición en cualquier momento, sin embargo, esta partición también tiene límites y son precisamente los que impone la **realidad**, así si uno de los copropietarios ha poseído el bien con los requisitos para ganar el bien por usucapión no procederá la partición.

El artículo 816 del Código en mención prescribe lo siguiente:

“Artículo 816.-

Podrá pedirse la partición, incluso cuando uno de los coherederos haya disfrutado separadamente de parte de los bienes de la herencia, siempre que no haya habido acto de partición o posesión suficiente para ganar la prescripción”.

Entonces notamos que se reafirma la indivisión de la copropiedad (el Código francés lo regula en la sección de la copropiedad hereditaria) pero sin negar la realidad de los hechos, esto es, que si un copropietario posee a título exclusivo podrá ganar el bien por usucapión. Esta es la preocupación expresada en la Exposición de Motivos del Código Civil francés, tal como vemos a continuación:

“La partición es necesaria, porque usualmente la indivisión no conviene a nadie, en todo caso, es suficiente que esta disguste a una sola persona, para que él tenga el derecho de finalizarla.

Ni siquiera el pacto puede obligar a permanecer siempre en una indivisión. Una copropiedad eterna no es compatible con la movilidad de nuestros intereses. El Código limita sabiamente en cinco años el pacto de suspender la indivisión. Después de ese plazo, este queda sin efectos, este necesitará ser renovado.

Nunca ha habido partición por un solo hecho, siempre debe haber un acto que la regule, **a menos que la posesión separada que hubiéramos tenido haya sido transformada en título por la prescripción**⁴⁰⁴.

(El subrayado y énfasis son añadidos)

Sobre el mismo punto, la doctrina francesa ha señalado que es posible, en aplicación del artículo 816 la usucapión de bienes indivisos por parte de los copropietarios siempre que exista posesión exclusiva:

“Un copropietario no es detentador con respecto a la cosa salvo que sus condueños le hayan conferido un título – el de arrendamiento por ejemplo – que lo constituya en detentador y que le impida entonces a la posesión, a razón de su precariedad, producir efecto. La Corte de Casación ha juzgado que el copropietario que ejerza de manera exclusiva actos de dueño sobre la cosa, o sea, que se comporte como si fuera el único propietario, es poseedor y se beneficia de las acciones posesorias, incluso contra sus condóminos.

La jurisprudencia resuelve asimismo que ese copropietario puede usucapir la totalidad del bien⁴⁰⁵.

b) Italia

En el Código Civil italiano de 1942, heredero del modelo francés y del modelo alemán, se regula la usucapión entre comuneros en el artículo 714 del Código Civil, referido a las reglas de la partición de la herencia (tal cual lo hace el Código Civil francés) y en el artículo 1164 relativo a la partición de la comunidad de bienes, recordemos que el mencionado Código no regula a la copropiedad sino a la *comunione*:

“Artículo 714 del Código Civil italiano:

⁴⁰⁴ CODE CIVIL FRANCAIS. DISCOURS ET EXPOSÉ DES MOTIFS. T. II. Bruselas. 1803, p. 72.

⁴⁰⁵ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León y MAZEAUD, Jean. “Lecciones de Derecho Civil. Parte Segunda. Vol. IV”. Buenos Aires: 1976, p. 204.

Puede demandarse la división incluso cuando uno o más coherederos han gozado separadamente de parte de los bienes heredados, salvo que se haya verificado la usucapión por efecto de la posesión exclusiva”.

“Artículo 1102 del Código Civil italiano:

Cualquier copartícipe puede servirse de la cosa común, siempre que no altere su destino y no impida a los otros participantes de hacerlo según su derecho. Para tal fin, puede realizar por cuenta propia las modificaciones necesarias para el mejor goce de la cosa.

El copartícipe no puede extender su derecho sobre la cosa común en perjuicio de los otros participantes, se no cumple actos idóneos para mutar el título de su posesión”.

Dada la claridad de la normativa no se han generado mayores debates respecto a la admisibilidad de la prescripción entre comuneros, no obstante, es preciso traer a colación la exposición de motivos del Código en mención para entender el sentido del artículo 1102 (el artículo 714 no cuenta con explicación):

“En la regulación del uso de la cosa común por parte de cualquier copartícipe, el artículo 1102 prevé la hipótesis que este pretenda realizar obras para el mejor goce de la cosa les da la facultad de realizarlas por cuenta propia, siempre que no alteren el destino y no perjudiquen el uso por parte de los demás participantes. En tal modo, siguiendo el largo camino trazado por la jurisprudencia se permite al particular copartícipe de darle a la cosa el mejor uso posible, dentro de los límites inderogables fijados por la ley.

En el mismo artículo (según párrafo) está regulada la usucapión en las relaciones entre copartícipes. No es necesario que el participante haga oposición contra los otros participantes, sino que basta que realiza actos idóneos, inequívocamente, para revelar la mutación de su título posesorio”⁴⁰⁶.

⁴⁰⁶ RELAZIONE AL CODICE CIVILE ITALIANO DE 1942, p. 107.

En ese sentido, la exposición de motivos, lo cual ha sido seguido por la jurisprudencia, se limita a precisar que no es necesaria la realización de una interversión posesoria por oposición al titular o por actos de terceros sino que basta que se realicen actos inequívocos que demuestren la posesión exclusiva.

Aclarando los límites del término “actos idóneos” una importante doctrina italiana señala lo siguiente a manera de ejemplo comentando el artículo 1102:

“Esta facultad encuentra por tanto dos importantes limitaciones: Siempre que no altere el destino del bien y no impida a los demás participante de hacer igual uso según su derecho (artículo 1102, primer párrafo, cc.); la posibilidad de uso debe ser evaluada en concreto y no en vía meramente hipotética; el copartícipe puede por tanto utilizar libremente el bien, siempre que cambie su destino económico; si se trata de un campo cultivado como prado podrá hacer pastar a sus animales, pero no podrá ararlo o sembrarlo de grano sin el consentimiento de los demás participante, del mismo modo, el uso de un único participante no podrá ser tal que impida a los demás usar del modo correspondiente; se excluye así la posibilidad de realizar un local técnico unido al muro común.

(...)

Obviamente en la comunidad es posible que un único participante extienda su poder a costa de los otros copartícipes; esto si es acompañado de circunstancias inequívocas de tal manera que evidencien que el cambio del poder de hecho pueda conducir a la usucapión del bien entero, sin que para estos fines ocurran verdaderos actos de interversión de la posesión; no ocurre en otras palabras que el copartícipe cumpla verdaderos y propios actos de oposición en el sentido del artículo 1164 del Código Civil en confrontación con los otros titulares”⁴⁰⁷.

⁴⁰⁷ GALLO, Paolo. “*Trattato di diritto civile. III. La proprietà, i diritti reali limitati, il possesso*”. Turín: Giappichelli Editore. 2019., p. 539.

Nótese que en a nivel doctrinal, jurisprudencial y legislativo en el derecho italiano se distingue a la usucapión del copropietario de la interversión del poseedor, al no exigirle los requisitos del artículo 1164 del Código Civil.

c) España

En España no existe una disposición normativa expresa que permita a los comuneros adquirir por prescripción la totalidad del bien común, sin embargo, al no existir, tampoco, una prohibición esta tesis ha sido acogida favorablemente por la doctrina que ha sostenido que sí resulta posible al haberse intervertido el título del copropietario a uno de poseedor a título exclusivo, así, los profesores Diez Picasso y Gullón, citados por Bautista Alderete indican lo siguiente:

“Si el comunero posee no para la comunidad sino para sí en concepto de dueño, estamos ante una interversión de su posesión que le habilitaría para usucapir para si y no para la comunidad”⁴⁰⁸.

d) Chile

El caso de Chile es bastante importante pues al ser un país de la región comparte una problemática social semejante a la peruana. En el caso chileno no se permitió la usucapión entre copropietarios hasta el año 1979 cuando se publicó el Decreto Ley N° 2695 que dispuso un régimen de saneamiento de la propiedad informar a fin de permitir a las personas de escasos recursos acceder a la propiedad, esta norma permitió al Estado otorgar títulos de propiedad teniendo como base la efectiva posesión efectuadas sobre un predio.

Asimismo, el trámite de titulación podrá contar con una oposición realizada por los comuneros siempre que se haya iniciado el proceso en el cual hayan solicitado la partición del bien. Así, notamos que la normativa chilena permite conciliar la realidad, esto es quien efectivamente posee el bien, con los derechos de los

⁴⁰⁸ DIEZ PICASSO, Luis y GULLÓN, Antonio. “*Sistema de Derecho Civil. Tomo II: Derecho de Cosas y Derecho Inmobiliario Registral*”, citado por BAUTISTA ALDERETE, Jesús. Copropiedad y usucapión ¿Los copropietarios pueden adquirir por prescripción adquisitiva los bienes comunes. En: “*Advocatus N° 33*”. Ibídem, p. 125.

comuneros, sin desprotegerlos pues se permite que los mismos puedan adquirir oponerse en caso hayan demandado la partición.

El espíritu de esta norma ha sido formalizar la propiedad, un tema de agenda aún pendiente en América Latina, de hecho, el Barrientos Zamorano ha indicado que, según declaraciones de la Ministra de Bienes Nacionales de Chile la implementación de la norma indicada ha permitido que personas de escasos recursos (un 80 % de personas de zonas rurales) puedan acceder a la propiedad.

En Perú un experimento semejante se intentó con la versión original de la Ley N° 27157, Ley de Regularización de Edificaciones, del Procedimiento para la Declaratoria de Fábrica y del Régimen de Unidades Inmobiliarias de Propiedad Exclusiva y de Propiedad Común, que dispuso la inaplicación del artículo 985 del Código Civil para efectos de la regularización dispuesta por dicha ley, sin embargo, un año después, sin ninguna explicación se derogó.

e) Argentina

El Código Civil y Comercial de la Nación argentina regula la usucapión del copropietario en el libro referido a la partición de la copropiedad hereditaria, así, y al igual que hemos vistos en otros Códigos se regula la regla general de la imprescriptibilidad y como excepción la posibilidad de que un coheredero pueda adquirir la totalidad del bien vía usucapión.

Así, el artículo 2368 del Código en mención dispone lo siguiente:

“Artículo 2368.-

La acción de partición de herencia es imprescriptible mientras continúe la indivisión, pero hay prescripción adquisitiva larga de los bienes individuales si la indivisión ha cesado de hecho porque alguno de los copartícipes ha intervertido su título poseyéndolos como único propietario, durante el lapso que establece la ley”.

Comentando el presente artículo, los comentarios oficiales del Código mencionan que una vez solicitada la partición el heredero que ha poseído a título exclusivo el bien y que ha consumado la usucapión puede oponerse a dicha partición oponiendo su propiedad:

“Cuando se pretenda efectuar la partición, el heredero que ha poseído en forma exclusiva un bien singular, podrá oponerse al requerimiento de división, argumentando que ya ha adquirido el bien, por prescripción adquisitiva. Esto significa que la acción de partición se ha “extinguido” —claramente—, si se acredita tal circunstancia, porque hay un nuevo derecho sobre un bien determinado, por efecto de la interversión y posterior prescripción adquisitiva. La acción de partición no ha prescrito, solo se ve impedida de incluir ese bien singular o determinado que se ha adquirido por prescripción adquisitiva”⁴⁰⁹.

Notamos que la mayor cantidad de legislaciones civiles de América Latina regulan la posibilidad de que un copropietario pueda adquirir por prescripción el bien común, esto no solo es una discusión teórica es una alternativa al problema de la titulación informal, tema presente en toda la región.

f) Colombia

En Colombia no existe una prohibición a los copropietarios semejante a nuestra legislación, sin embargo, este vacío ha sido colmado por la judicatura que ha señalado que sí resulta posible y admisible en la legislación colombiana la usucapión entre copropietarios, siempre que exista una mutación en la posesión del comunero a fin de que la misma se constituya en posesión personal, autónoma o independiente de manera que se excluya a la comunidad de tal posesión. Así lo indica la Corte Suprema de Justicia – Sala

⁴⁰⁹ LLOVERAS, Nora; ORLANDI, Olga y FARAONI, Fabian. Comentario al artículo 2368 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. En: HERRERA, Marisa, CARAMELO, Gustavo y PICASSO, Sebastian. *“Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo VI”*. Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. 2015, p. 114.

de Casación Civil y Agraria, en sentencia de octubre 29 de 2001, expediente 5800⁴¹⁰.

Solo corresponde precisar, respecto a lo señalado por la Corte, que cuando un comunero posee el bien común no se entiende que existe coposesión, es decir, no puede admitirse una posesión ficta, la posesión es un control efectivo, sin embargo, en la copropiedad los comuneros se benefician de la posesión realizada por uno solo de los titulares.

II. EL FUNDAMENTO ECONÓMICO DE LA USUCAPIÓN POR PARTE DE LOS CONDÓMINOS

El Centro Comercial Camino Real es un conglomerado de tiendas bastante recordado de los años 80, junto al Centro Comercial Plaza San Miguel dieron inicio a la historia de estos establecimientos en nuestro país, sin embargo, a la fecha, el Centro Comercial Plaza Comercial se ha consolidado como uno de los más importantes establecimientos del sector retail, mientras que Camino Real se encuentra en un fuerte declive del que parecería no recuperarse, ¿Cuál es la diferencia los dos Centros Comerciales, porque uno ha alcanzado un óptimo posicionamiento económico mientras que el otro está cerca a cerrar? Las respuestas pueden ser múltiples, los tipos de establecimientos, los productos y servicios que se ofertan, se podría considerar la ubicación (aunque ambos se ubican en zonas de alta demanda de productos), sin embargo, solución a esta pregunta implica cuestionarnos la forma en la que se articulan las relaciones jurídicas en cada uno de estos Centros Comerciales, nos explicamos.

Mientras que el Centro Comercial Plaza San Miguel posee un solo propietario, la empresa Mall Service S.A.C el Centro Comercial Camino Real eligió una

⁴¹⁰ DIAZ VÁSQUEZ, Donald. ¿Puede un copropietario adquirir por prescripción adquisitiva de dominio las cuotas ideales de su copropietario? Recuperado de: <https://lpderecho.pe/puede-copropietario-adquirir-prescripcion-adquisitiva-dominio-cuotas-ideales-copropietario/>.

organización distinta y a la fecha tiene más de doscientos propietarios, cada uno de estos doscientos propietarios tiene bajo su titularidad una o dos tiendas.

¿Es esto realmente importante? Para responder ello nos permitimos formular una nueva pregunta: ¿Qué es más fácil, que un propietario tome una decisión o que doscientas personas se pongan de acuerdo respecto a la misma decisión?

La respuesta es incluso obvia, a mayor cantidad de propietarios y decisiones involucradas se elevan los costos de transacción relativos a la toma de decisiones, que dos personas decidan implica costos de tiempo, recursos y dinero, que doscientas personas decidan algo es mucho más costoso, suponiendo claro que esa decisión pueda llevarse a cabo y que no será sabotada por ninguno de los propietarios.

Supongamos que se desea realizar una remodelación de los pasillos de cada uno de los Centros Comerciales a fin de instalar zonas de publicidad que beneficiarán al centro comercial; mientras que en el Centro Comercial Plaza San Miguel bastará la decisión del dueño, Mall Service S.A.C, en Camino Real deberá realizarse una reunión de los doscientos propietarios debiendo alcanzarse la unanimidad en caso se desee arrendar los espacios a una empresa encargada de publicidad y si uno de los propietarios se opone no podrá llevarse a cabo la operación pese a que los otros ciento noventa y nueve hayan manifestado su conformidad, respecto a la remodelación es posible que un copropietario efectúe mejoras en el bien común (en este caso los pasillos) pero esto también beneficiará (gratis) a eventuales propietarios que no hicieron ningún gasto en la remodelación, lo cual desincentiva a los demás a invertir, es decir, crea un incentivo perverso a no hacerlo, pues, ¿Para qué invertir si uno puede beneficiarse gratis al igual que los demás?

De este ejemplo podemos extraer algunas importantes enseñanzas, la existencia de muchos derechos de propiedad sobre un mismo bien:

- a) Genera incentivos para no invertir en el bien y;
- b) Los costos de transacción al momento de la adopción de acuerdos.

Veamos la primera conclusión, tal como se ha visto en el acápite destinado a la copropiedad la existencia de muchos derechos de propiedad sobre un mismo bien genera un fenómeno conocido como “tragedia de anticomunes”, así, se presenta “cuando los derechos de exclusión pueden llevar asociado un efecto de veto sobre el uso conjunto del recurso. En este caso, puede impedirse el desarrollo de actividades, lo que supone la subexplotación de los recursos”⁴¹¹.

La subexplotación del bien es quizá la consecuencia más importante de la tragedia de los anticomunes que a su vez se relaciona con la segunda conclusión indicada, pues es precisamente la dificultad en la adopción de acuerdo y el veto existente en cada uno de los titulares los que dificultan las inversiones ya sea porque no se puede arribar a una decisión o porque nadie desea invertir y beneficiar a los demás gratuitamente.

Tal como ya hemos indicado anteriormente, la copropiedad se encuentra íntimamente asociada con la tragedia de los anticomunes, así se ha indicado lo siguiente:

“Un ejemplo claro de este tipo de anticomunes es el derecho de copropiedad en nuestro sistema. El artículo 971 del Código Civil manda que para poder disponer de un bien que se mantiene en copropiedad, deberán estar de acuerdo todos los copropietarios; es necesaria la unanimidad. Si se tiene un número considerable de copropietarios, o, lo que es común, existen pugnas familiares entre ellos, el bien sujeto a copropiedad quedará inmovilizado. Por esta vía, cada uno de los copropietarios tendrá poder de veto respecto a la disposición del bien”⁴¹².

Hemos señalado también que **la doctrina nacional es unánime en sostener que la copropiedad constituye un régimen interino al ser un tránsito hacia la propiedad exclusiva previa división del bien**, asimismo, este parecer es común

⁴¹¹ PACHECO COELHO, Manuel; FILIPE, José Antonio y FERREIRA, Manuel Alberto. “Sobre el surgimiento de tragedias de anticomunes. Acuicultura en Portugal: El caso Acuinova”. En: *Revista Galega de Economía Volumen 23*. Santiago de Compostela. 2014, p. 77.

⁴¹² ARRIBAS IRAZOLA, Guillermo. “Macondo: Propiedad y tragedias”. En: *Themis. N° 66*. Lima. 2014, p. 191.

a todas las legislaciones, las cuales con la intención de reducir los problemas que genera la copropiedad y maximizar el uso del bien disponen la imprescriptibilidad del bien (recuérdese la Exposición de Motivos del Código Civil francés de 1804).

En ese sentido, la copropiedad al constituir un supuesto que potencialmente genera la tragedia de anticomunes tiende a desincentivar la inversión en el bien por lo que el legislador peruano ha sostenido lo siguiente al referirse a la imprescriptibilidad de la acción de partición:

“La razón de este precepto es clara, **la copropiedad es una forma anormal y en, consecuencia, transitoria de la propiedad** y aunque transcurran muchos años el copropietario puede ejercer cuando lo desee el derecho a solicitar la partición, además no sería lógico condenarlo a una indivisión perpetua”⁴¹³.

(El subrayado y énfasis es añadido)

Este comentario es revelador, el legislador peruano, no considera adecuada la existencia de una indivisión perpetua del bien y ofrece las vías necesarias para la terminación de ese régimen, en palabras del propio legislador, “anormal y transitorio” de propiedad; sin embargo, **es sorprendente que en el mismo artículo en el que se intenta desincentivar la permanencia de la copropiedad se disponga que esta no puede extinguirse mediante la usucapión**, más aún cuando ya se ha señalado que **la usucapión no solo permite alcanzar la función social de la propiedad, sino que, desde un punto de vista económico fomenta la inversión en los bienes asignándolos a quienes realmente producen riqueza con ellos**.

Con esto presente podemos sostener que el artículo 985 del Código Civil no solo es contradictorio con la intención del legislador de poner fin al régimen interino de

⁴¹³ MAISH VON HUMBOLT, Lucrecia y AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. “Exposición de motivos y cometarios del libro de Derechos Reales del Código Civil”. *Ibíd.*, p. 272.

copropiedad sino que es antieconómico al contribuir a la preservación de un régimen que puede ocasionar una eventual infraexplotación de los bienes.

III. EL FUNDAMENTO SOCIOLÓGICO DE LA USUCAPIÓN POR PARTE DE LOS CONDÓMINOS

Respecto a este punto cabe señalar que la doctrina nacional justifica el artículo 985 del Código Civil con argumentos estrictamente jurídicos (los copropietarios no pueden poseer como propietarios exclusivos) y con argumentos que soslayan nuestra realidad (el único caso de copropiedad es el de copropiedad hereditaria).

Respecto a los argumentos jurídicos ya se han brindado las razones por las cuales no se puede compartir los planteamientos de la doctrina mayoritaria, sin embargo, **es preocupante que un problema de carácter social sea justificado únicamente con formalidades sin recurrir a lo realmente sucede en nuestra sociedad**, lo cual nos lleva al segundo tipo de argumentos, esto es que se mantiene aún la visión parcial que el único tipo de copropiedad es la hereditaria.

Sobre este punto basta con volver a citar las opiniones de dos conocidos profesores:

El profesor Mejorada refiriéndose al artículo 985 del Código Civil sostiene lo siguiente:

“Pero no olvidemos que la norma que prohíbe la prescripción entre copropietarios se explica justamente en el Derecho Sucesorio. Los autores del Libro de Reales no pusieron esa norma porque se les ocurrió, sino que lo pusieron a pedido de los autores del Libro de Sucesiones porque entre los sucesores hay una relación de confianza, ya que normalmente son familia, y eso hace que uno que es familia de otro deje que se ocupe y se quede con el bien por un tiempo, entonces esta entrega basada en la confianza no puede ser traicionada con la prescripción”⁴¹⁴.

⁴¹⁴ MEJORADA CHAUCA, Martín. Todo lo que tienes que saber sobre la prescripción adquisitiva de dominio. En: “*Gaceta Civil & Procesal Civil N° 84*”. Ibídem, pp. 147 y 148.

Adicionalmente, el profesor Avendaño sostiene lo siguiente, aunque nótese no se mencionan datos o fuentes que respalden tamaña afirmación: **La mayor cantidad de situaciones de copropiedad se originan por supuestos sucesorios por lo que se protege a la confianza otorgada por los copropietarios no poseedores al copropietario poseedor**⁴¹⁵. Sobre la afirmación del profesor Avendaño podríamos preguntarnos si, solo en Lima, existirán más casos de copropiedad por falta de partición entre coherederos o entre titulares de predios en zonas no independizadas, sobre todo en asentamientos humanos y áreas que aún no cuentan con habilitación urbana e independización.

Así, la prohibición del artículo 985 del Código Civil se basó en la copropiedad hereditaria, pero se distancia de la realidad nacional respecto a los asentamientos humanos donde los derechos se regulan por las reglas de la copropiedad. Al respecto, la profesora Alviar sostiene que la noción clásica (liberal) de propiedad es insuficiente para poder describir la complejidad de la realidad de América Latina:

“La noción liberal clásica de propiedad, es insuficiente para describir y abordar las diferentes formas en las que se accede a la tierra de facto y consecuentemente, no permite incorporar la diversidad de formas por medio de las cuales la población rural y urbana marginalizada se relaciona con la tierra. Por ejemplo, la noción clásica de propiedad ignora fenómenos comunes en muchos lugares de América Latina y Colombia como el traspaso informal de títulos de posesión”⁴¹⁶.

Por años se ha olvidado que los derechos reales se hayan profundamente unidos a la realidad de la tierra, **la prohibición del artículo 985 del Código Civil no es una problemática civilista únicamente, es un problema del acceso a la tierra y la vivienda en América Latina**, un problema que hunde sus raíces en una inexacta división de la tierra de origen colonial y que imposibilita a miles de personas a

⁴¹⁵ AVENDAÑO ARANA, Francisco. Sobre si los copropietarios pueden o no adquirir por prescripción los bienes comunes. En: “*Dialogo con la Jurisprudencia N° 88*”. Lima. 2006.

⁴¹⁶ ALVIAR, Helena (2010). “*La redistribución de la propiedad en América Latina: ¿Debemos perder la fe en el derecho?*”. En: Revista Internacional de Pensamiento Político – I Época Volumen 5. 2010. Bogotá, pp. 104 y 105.

acceder en igualdad de condiciones a la propiedad, a una vivienda y derecho al hábitat dignos. Por el contrario, sin mayores argumentos, sin justificación y soslayando nuestra realidad se desprotege a los miles de ciudadanos que no pueden acceder a la propiedad pese a generar riqueza social mediante la explotación del bien. La derogación de la prohibición a los copropietarios desde un nivel sociológico no se encuentra justificada y no puede postergarse más.

3. HIPÓTESIS

a) HIPÓTESIS PRINCIPAL

La prohibición a los copropietarios de adquirir el bien sujeto a copropiedad vía prescripción adquisitiva regulada en el Código Civil peruano de 1984 no cuenta con fundamentos jurídicos, económicos y sociológicos.

b) HIPÓTESIS SECUNDARIAS

La posesión exclusiva legitimaría a los copropietarios a adquirir la totalidad del bien sujeto a copropiedad.

Actualmente la usucapión por parte de copropietarios se encuentra permitida por las legislaciones italiana, francesa, española y argentina, no obstante, ello no está permitido en nuestro país.

CAPÍTULO III: MARCO METODOLÓGICO

La presente investigación buscará analizar la prohibición que el Código Civil de 1984 establece a los copropietarios para usucapir la totalidad del bien que poseen, a la luz de su articulado. Asimismo, analizará la naturaleza jurídica de diversas instituciones del Derecho Civil como la posesión, la copropiedad, la usucapión y la interversión del título posesorio, para lo cual será pertinente la realización de un estudio de la doctrina nacional y comparada acerca de las instituciones antes mencionadas. Finalmente, y teniendo en cuenta que la finalidad de la doctrina jurídica es brindar soluciones a los problemas que afronta la sociedad no podemos dejar de lado los pronunciamientos judiciales y registrales sobre nuestro objeto de estudio, a fin de constatar la situación actual de la problemática indicada. Por tanto, puede concluirse que esta investigación se basa en tres métodos de investigación jurídica: el exegético, histórico, el dogmático y el funcional.

I. Método exegético

El método exegético se manifiesta en el análisis y comentario de las normas prescritas en el Código Civil y demás leyes relativas a nuestro tema de investigación, a fin de estar conscientes del marco normativo vigente.

II. Método histórico

El método histórico se centrará en el análisis de los antecedentes normativos, doctrinarios y jurisprudenciales que justificaron la regulación actual de la prohibición del artículo 985 del Código Civil.

III. Método dogmático

El método dogmático se presenta ante la insuficiencia del análisis exegético para explicar la complejidad del tema bajo estudio, por ello, recurriremos al desarrollo doctrinario de las instituciones bajo estudio. Finalmente, debemos tener en cuenta que las instituciones jurídicas encuentran su razón de ser en su aplicación práctica diaria, razón por la cual este trabajo se complementará con las diversas decisiones de la Corte Suprema en materia civil, así como del Tribunal Registral.

CAPÍTULO IV: RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

I. Prueba de hipótesis – hipótesis principal

“La prohibición a los copropietarios de adquirir el bien sujeto a copropiedad vía prescripción adquisitiva regulada en el Código Civil peruano de 1984 no cuenta con fundamentos jurídicos, económicos y sociológicos”.

Desde los tiempos del derecho romano clásico ha perdurado el brocardo que señalaba que nadie puede modificar por sí mismo la causa de su posesión lo que ha justificado la prohibición de usucapir a quienes tienen la posesión de una cosa que les fue entregada en una relación de mediación posesoria (arrendamiento, depósito, secuestro, comodato, servidores de la posesión y copropietarios).

De esta manera se protegía la confianza de las personas que habían entregado dichos bienes, no obstante, desde la codificación francesa en 1804 se ha reconocido que las personas antes mencionadas pueden adquirir por prescripción el bien entregado por intervención de su título posesorio o por actos que demuestren de manera indubitable su intención de poseer como propietario.

En el caso de la codificación peruana de 1852 se permitió la usucapión entre copropietarios como imitación del Código civil francés, el mismo criterio siguió la propuesta de la Comisión reformadora del Código Civil presidida por Juan José Calle, no obstante, la Comisión revisora formada por el Ejecutivo en 1936 decidió no acoger la propuesta de Calle. Dicha decisión no fue sustentada e implicó una mutilación y recepción incompleta de la norma importada, además, ignoró la realidad pues permitió los copropietarios que poseen como propietarios nunca puedan prescribir el bien.

El Código Civil de 1984 siguiendo la propuesta planteada por los profesores Maish Von Humboldt y Avendaño Valdez dispuso que se prohíba la usucapión a los copropietarios, esto se sustentó en que al ser copropietarios no tenían ánimo de propietario al poseer en nombre de todos los titulares, pero este sustento no explicaba qué sucedía cuando un copropietario ejerce actos de posesión exclusiva.

La codificación civil peruana ha tomado como ejemplo paradigmático de la copropiedad a la copropiedad hereditaria y no toma en cuenta que existen otros casos de copropiedad como los nacidos de la propiedad informal en los asentamiento humanos donde existen múltiples transferencias de acciones y derechos que no se logran inscribir en registros públicos por la prohibición del artículo 985 del Código Civil.

A nivel jurídico, sostener que el copropietario que posee un bien de manera exclusiva posee en nombre de todos va en contra de la realidad pues se niega reconocimiento a una situación que ocurre en la realidad, esto es, un copropietario que explota económicamente el bien de manera exclusiva ante la inacción de los demás.

Además, el propio legislador en la exposición de motivos del Código Civil que la copropiedad es un régimen interino por lo que es conveniente su paso a la propiedad exclusiva mediante la partición, no obstante, es incongruente que si se reconoce su interinidad se impida su fenecimiento mediante usucapión por los mismos copropietarios.

La usucapión del copropietario permitirá solucionar muchos problemas de formalización de la propiedad, pues a la fecha en múltiples asentamientos humanos se realizan transferencias de propiedad mediante la modalidad de acciones y derechos pero en la práctica cada titular posee una porción delimitada del predio, no obstante, no se convierten en propietarios exclusivos pues tendrían que practicar una partición, que debido a la cantidad de copropietarios es inviable, convirtiéndose ello en un verdadero problema social que el derecho civil debe solucionar.

La prohibición a los copropietarios de usucapir el bien común regulada en el artículo 985 del Código Civil es **insostenible** desde un punto de vista jurídico, económico y sociológico por lo que urge su inmediata derogación. Por lo expuesto, **se concluye que la hipótesis principal ha sido corroborada.**

II. Prueba de hipótesis – Primera hipótesis secundaria

“La posesión exclusiva legitimaría a los copropietarios a adquirir la totalidad del bien sujeto a copropiedad”.

Si el fundamento de la usucapión es garantizar el aprovechamiento económico de los bienes entonces no se debería distinguir entre un copropietario y un tercero invasor que ocupa ilegalmente el bien, mientras que el primero está impedido de usucapir el segundo no, esto es incongruente. Sin embargo, no cualquier situación puede tomarse como posesión exclusiva de un copropietario, debe evaluarse en cada situación en concreto cuando ocurre un cambio de la condición posesoria del copropietario. Por lo expuesto, **se concluye que la hipótesis secundaria ha sido corroborada.**

III. Prueba de hipótesis – Segunda hipótesis secundaria

“Actualmente la usucapión por parte de copropietarios se encuentra permitida por las legislaciones italiana, francesa, española y argentina, no obstante, ello no está permitido en nuestro país”.

En las Codificaciones francesa e italiana se distingue a la intervención posesoria de la usucapión del copropietario, mientras que la primera solo opera para los casos de poseedores no propietarios (arrendador, comodatario, servidor de la posesión) el copropietario no requiere intervertir su título pero si demostrar actos indubitables que permitan concluir su intención de poseer como propietario.

La distinción entre interversión del título y los actos indubitables que el copropietario debe demostrar para usucapir carece de relevancia práctica pues en ambos casos se debe acreditar la intención de poseer como propietario y de manera exclusiva, en ese sentido, la codificación argentina prescribe que el copropietario que desee usucapir el bien común debe intervertir su título. Por lo expuesto, **se concluye que la hipótesis secundaria ha sido corroborada.**

IV. Propuesta normativa

Regulación de la interversión como forma de adquisición de la posesión

Artículo 904 – A.- No se puede cambiar la condición posesoria por la mera voluntad del poseedor o por mero transcurso del tiempo. Sin embargo, el poseedor puede cambiar su condición posesoria por actos de oposición concretos y fehacientes al propietario del bien que manifiesten la indubitable intención de privarle del bien.

Abrogación parcial del artículo 985 del Código Civil:

Artículo 985.- La acción de partición es imprescriptible.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

PRIMERA CONCLUSIÓN

El artículo 985 del Código Civil es el resultado de una importación normativa incompleta de las disposiciones francesas que inspiran a nuestro Código, las cuales reconocen que los copropietarios puedan adquirir la totalidad del bien común mediante la prescripción adquisitiva.

SEGUNDA CONCLUSIÓN

Los fundamentos que, a consideración del legislador peruano de 1984, sustentarían la prohibición del artículo 985 del Código Civil se desvirtúan fácilmente si se considera que la realidad permite apreciar casos en los que un copropietario posee el bien común en oposición a sus congéneres y no en virtud a una autorización o permiso expreso o tácito.

TERCERA CONCLUSIÓN

A nivel económico el artículo 985 del Código Civil se opone a los fundamentos de la usucapión, pues impide que quien explota económicamente un predio pueda adquirir su propiedad mediante dicha institución.

CUARTA CONCLUSIÓN

El artículo 985 del Código Civil solo contempla a los supuestos de copropiedad hereditaria, sin embargo, no contempla los casos de copropiedad de zonas urbanas populares donde las barreras de acceso a la propiedad ocasionan que personas con edificaciones concretas y poseídas por años solo sean titulares de un porcentaje de titularidad de una partida matriz.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

1. AGUILAR GORRONDONA, José Luis. “*Cosas, bienes y derechos reales. Derecho Civil T.II*”. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2006.
2. ALBALADEJO, Manuel. “*Derecho Civil. Vol. I. Introducción y parte general*”. Madrid: EDISOFER. 2004.
3. ALBALADEJO, Manuel. “*Derecho Civil. Vol. III. Derecho de bienes*”. Madrid: EDISOFER. 2004.
4. ÁLVAREZ – CAPEROCHIPI, José. “*Curso de derechos reales. Tomo I. Propiedad y posesión*”. Primera Edición. Madrid: Editorial Civitas. 1986
5. ÁLVAREZ – CAPEROCHIPI, José Antonio. “*Derecho inmobiliario registral*”. Granada: Comares. 2006.
6. ARIAS SCHEREIBER PEZET, Max. “*Exégesis del Código Civil de 1984. Tomo III. Derechos Reales*”. Segunda Edición. Lima: Gaceta Jurídica. 2011.
7. ARISTOTELES. “*Ética a Nicómaco*”. Madrid: Alianza Editorial: 2005.
8. ARISTOTELES. “*Retórica*”. Madrid: Editorial Gredos. 1999.
9. ATANASIO FUENTES, Manuel. “*Diccionario de Jurisprudencia y de Legislación Peruana. Tomo I*”. Lima: Imprenta del Estado. 1877.
10. AVENDAÑO VALDEZ, Jorge y AVENDAÑO ARANA, Francisco. “*Derechos Reales*”. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2017.

11. BERNAD MAINAR, Rafael. "*Curso de derecho privado Romano*". Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2006.
12. BETTI, Emilio. "*Teoría general del negocio jurídico*". Traducción y concordancias con el derecho español por A. Martín Pérez y Estudio Preliminar a cargo de José Luis Monereo Pérez. Granada: Editorial Comares; 2000
13. BIANCA, Massimo. "*Diritto Civile. La proprietà*". Vol. 6. Milán: Giuffrè. 1999.
14. BIONDI, Biondo. "*Los bienes*". Bosh: Barcelona. 2003.
15. BLOCH, Marc. "*Introducción a la historia*". Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1982.
16. BLOCH, Marc. "*La sociedad feudal*". 2002, Madrid: Ediciones Akal.
17. BRECCIA, Umberto; BIGLIAZZI GERI, Lina; NATOLI, Ugo y BUSNELLI, Francesco. "*Derecho Civil. Normas, sujetos y relación jurídica. Tomo I, Vol. I*". Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1995.
18. BRECCIA, Umberto; BIGLIAZZI GERI, Lina; NATOLI, Ugo y BUSNELLI, Francesco. "*Derecho Civil. Hechos y actos jurídicos. Tomo I, Vol. II*". Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1995.
19. BORDA, Guillermo. "*Tratado de Derecho Civil. Los Derechos Reales. Vol. I*". Tercera edición actualizada. Buenos Aires: Editorial Perrot. 1984.
20. BULLARD GONZALEZ, Alfredo. "*Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*". Segunda Edición. Lima: Palestra. 2006.

21. CALLE, Juan José. *“Código Civil del Perú anotado con las modificaciones que contendrá el proyecto de nuevo código que en breve presentará al Poder Ejecutivo la Comisión Reformadora creada por Supremo Decreto de 26 de agosto de 1922”*. Lima: Librería e Imprenta Gil. 1928.
22. CANNATA, Carlo. *“Historia de la Ciencia Jurídica Europea”*. Madrid: Tecnos, 1996.
23. CLAVERO, Bartolomé. *“Historia del Derecho: Derecho común”*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca. 2011
24. CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *“Instituciones de Derecho Civil”*. Lima: Castrillón Silva. 1952.
25. CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *“Código Civil. Disposiciones legales complementarias, concordancias y jurisprudencia de la Corte Suprema, con notas”*. Lima: Librería Mejía Baca. 1955.
26. CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *“El negocio jurídico”*. Lima: Instituto Pacífico. 2015.
27. COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henri. *“Curso elemental de derecho civil. Tomo I”*. Madrid: Editorial Reus. 1941.
28. COOTER, Robert y ULEN, Thomas. *“Derecho y economía”*. México D.F: Fondo de Cultura Económica. 1998.
29. COVIELLO, Nicola. *“Doctrina General del Derecho Civil”*. Traducción al castellano de la cuarta edición italiana por Felipe J. Tena y revisada por el profesor Leonardo Coviello. Lima: Ara editores. 2007.

30. CUADROS VILLENA, Carlos Ferdinand. "*Derechos Reales. T. II*". Primera edición. Lima: Cultural Cusco. 1995.
31. DE AQUINO, Tomas. "*Suma de Teología. Parte I*". Madrid: Biblioteca de autores cristianos. 2001. Cuarta reimpresión.
32. DE COULANGES, Fustel. "*La ciudad antigua. Estudio sobre el culto, el derecho y las instituciones de Grecia y Roma*", México D.F: Editorial Porrúa, 2003.
33. DE LA LAMA, Antonio. "*Código Civil del Perú con citas, concordancias y un apéndice*". Lima: Imprenta Gil, 1893.
34. DE LA LAMA, Antonio. "*Código Civil de 1852. Juicio crítico y apéndice*". Lima: Instituto Pacífico. 2016.
35. DE LA PASTORA Y NIETO, Isidro. "*Diccionario de derecho canónico. T.III*". 1848. Madrid: Imprenta de D. José G. de la Peña.
36. DE SOTO, Hernando, GHERSI SILVA, Enrique, GHIBELLINI, Mario e INSTITUTO LIBERTAD Y DEMOCRACIA. "*El otro sendero*". Lima: Editorial El Barranco. 1986.
37. DIEZ – PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. "*Sistema de Derecho Civil. Vol. I*". Décima Edición. Madrid: Tecnos. 2002.
38. DIEZ – PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. "*Sistema de Derecho Civil. Vol. III*". Décima Edición. Madrid: Tecnos. 2002.

39. DIEZ – PICAZO, Luis. *“Fundamentos del derecho civil patrimonial. Volumen Tercero. Las relaciones jurídico – reales. El registro de propiedad. La posesión”*. Sexta edición. Madrid: Civitas. 2007.
40. ENGELS, Friedrich. *“El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado”*. Madrid: Fundación Federico Engels.
41. ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. *“Tratado de Derecho civil”*, Traducción de la 39ª Edición alemana, decimotercera revisión por Hans Carl Nipperdey, estudios de comparación y adaptación a la jurisprudencia española por Blas Pérez Gonzales y José Alguer .Barcelona: Editorial BOSH, 1953, Segunda Edición al cuidado de José Puig Brutau T. I Vol. I.
42. ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. *“Tratado de Derecho civil”*, Traducción de la 39ª Edición alemana, decimotercera revisión por Hans Carl Nipperdey, estudios de comparación y adaptación a la jurisprudencia española por Blas Pérez Gonzales y José Alguer .Barcelona: Editorial BOSH, 1953, Segunda Edición al cuidado de José Puig Brutau T. I Vol. II. Primera parte.
43. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *“Los principios contenidos en el título preliminar del Código Civil peruano de 1984. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial”*. Lima: Grijley. 2011.
44. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *“Acto jurídico negocial”*. Lima: Rodhas. Tercera Edición. 2012.
45. FLUME, Werner. *“El negocio jurídico”*. Madrid: Fundación cultural del notariado. 1998. Primera edición española. Traducción de José María Miquel Gonzales y Esther Gómez Calle.

46. GALGANO, Francesco. *“Il diritto civile in 27 lezioni”*. Giuffrè Editore: Milán. 2007.
47. GALLO, Paolo. *“Derecho Privado”*. Lima: ARA Editores. Primera Edición. 2012.
48. GALLO, Paolo. *“Trattato di diritto civile. III. La proprietà, i diritti reali limitati, il possesso”*. Turín: Giappichelli Editore. 2019.
49. GARCÍA CALDERÓN, Francisco. *“Diccionario de Legislación Peruana”*. Lima: Depósitos y agencias de Francisco García Calderón. 1877.
50. GAZZONI, Francesco. *“Manuale di Diritto Privato”*. Nápoles: ESI. 1998.
51. GATTI, Edmundo y ALTERINI, Jorge. *“El derecho real. Elemento para una teoría general”*. Buenos Aires: Abeledo – Perrot. 1988.
52. GIORGIANNI, Michele. *“La obligación”*. Casa Editorial Bosh: Barcelona. 1958.
53. GONZALES BARRÓN, Gunther. *“Los Derechos Reales y su inscripción registral”*. Lima: Gaceta Jurídica. 2013.
54. GONZALES BARRÓN, Gunther. *“Tratado de Derechos Reales. T. I”*. Lima: 2013.
55. GONZALES BARRÓN, Gunther. *“Tratado de Derechos Reales. T. II”*. Lima: 2013.

56. GROCIO, Hugo. *“Del Derecho de la guerra y la paz. T. I”*. Madrid: Editorial Reus. 1925.
57. GROCIO, Hugo. *“Del Derecho de la guerra y la paz. T. II”*. Madrid: Editorial Reus. 1925.
58. GUZMAN FERRER, Fernando. *“Código Civil. Exposición de Motivos, comentarios, jurisprudencia y concordancias. Tomo II”*. Lima: Imprenta del Colegio Militar Leoncio Prado. 1954.
59. HEINECIO, Johann. *“Elementos del Derecho Romano según el orden de las Instituciones”*. Traducida del latín al castellano por José Vicente. Madrid: Imprenta de Don Pedro Sanz y Sanz. 1842.
60. HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *“La posesión”*. Primera edición. Madrid: Editorial Civitas. 1980.
61. HUEBNER, Rudolf. *“A history of Germanic private law”*. Traducido por PHILBRICK, Francis. 2007. New Jersey: The Lawbook Exchange.
62. HUERTA AYALA, Oscar. *“Inscripción registral de la prescripción adquisitiva de dominio notarial”*. Lima: Grijley. 2020.
63. JOSSERAND, Louis. *“Derecho Civil. Teorías Generales del Derecho y de los derechos. Las personas. Tomo I. Vol. I”*. Traducción de Santiago Cunchillos y Manterola. Revisado y completado por André Brun. Buenos Aires: Bosh. 1950.
64. LACRUZ BERDEJO, José Luis. *“Elementos de Derecho civil, T. III, vol. 1”*, Barcelona: BOSH. 1998.

65. LAQUIS, Manuel Antonio. "*Derechos Reales. Tomo III. Adquisición y pérdida del dominio (cont.) Usucapión y Expropiación*". Buenos Aires: DEPALMA. 1983.
66. LARENZ, Karl. "*Derecho Civil. Parte General*". Editorial Revista de Derecho Privado: Jaen. 1978.
67. LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. "*Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo. Tomo III*". Quinta edición. Lima: Gaceta Jurídica. 2015.
68. LEVY, Ernst. "*Derecho Romano vulgar de Occidente. Derecho de Bienes*". Filadelfia: American Philosophical Society Independence Square Philadelphia. 2003.
69. LEÓN BARANDIARÁN. José. "*Curso del acto jurídico. Con referencia al proyecto del Código Civil peruano. Lima*". 1983. Primera edición.
70. LEÓN BARANDIARÁN. José. "*Acto jurídico*". 1999. Lima: Gaceta Jurídica. Tercera Edición.
71. LEON HILARIO, Leysser. "*Derecho de las relaciones jurídicas obligatorias*". Lima. Jurista Editores. 2007.
72. LEON HILARIO, Leysser. "*El sentido de la codificación civil. Estudios sobre la circulación de modelos jurídicos y su influencia en el Código Civil Peruano*". Lima: Palestra Editores. 2008.
73. LEÓN HILARIO, Leysser. "*Derecho privado. Parte general. Negocios, actos y hechos jurídicos*". Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. 2019.

74. LOCKE, John. "*Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*". Madrid: Tecnos. 2008.
75. LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. "*El negocio jurídico*". Lima: Librerías Studium. 1986. Primera edición.
76. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando. "*Derechos reales. T. I*". Buenos Aires: ZAVALIA. 1989.
77. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando. "*Derechos reales. T. II*". Buenos Aires: ZAVALIA. 1989.
78. LOSANO, Mario. "*Los Grandes Sistemas Jurídicos. Introducción al Derecho Europeo y Extranjero*". Buenos Aires: Ediciones Olejnik, 2018.
79. MACKELDEY, Ferdinand. "*Elementos del Derecho Romano que contienen la teoría de la Instituta*". Madrid: Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica. 1845.
80. MAISH VON HUMBOLT, Lucrecia. "*De los Derechos Reales. Proyecto para un nuevo libro cuarto del Código Civil y Exposición de motivos*". Lima: Editorial Desarrollo. 1983.
81. MAISH VON HUMBOLT, Lucrecia. "*Los derechos reales*". Lima: Instituto Pacífico. 2015.
82. MARX, Karl. "*Manuscritos de economía y filosofía*". Madrid: Alianza Editorial. 1980.

83. MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León y MAZEAUD, Jean. "*Lecciones de Derecho Civil. Parte Primera. Vol. I*". Buenos Aires: 1976.
84. MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León y MAZEAUD, Jean. "*Lecciones de Derecho Civil. Parte Segunda. Vol. IV*". Buenos Aires: 1976.
85. MESSINEO, Francesco. "*Manual de derecho civil y comercial. T. II*". Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa – América. 1954.
86. MESSINEO, Francesco. "*Manual de derecho civil y comercial. T. III*". Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa – América. 1954.
87. MUSTO, Nestor Jorge. "*Derechos Reales. Tomo I*". Buenos Aires: Editorial Astrea. 2000.
88. NAVARRO ZAMORANO, Ruperto; De Lara, Rafael y De Zafra, José. "*Curso completo elemental de Derecho Romano. T. III*". Madrid: Imprenta del Colegio de Sordo-Mudos. 1842.
89. OSTROM, Elinor. "*El gobierno de los bienes comunes. La evolución de las instituciones de acción colectiva*". Traducción de Corina de Iturbe Calvo y Adriana Sandoval, México D.F: Fondo de Cultura Económica, 2000.
90. PACHECO Y RIVERO, Toribio. "*Tratado de Derecho Civil. Tomo II*". Lima: Imprenta de la Calle de la rifa. 1872.
91. PALACIO PIMENTEL, Gustavo. "*Manual de Derecho Civil. Tomo I*". Lima: Editorial Huallaga. 1987.
92. PASCO ARAUCO, Alan. "*Derechos Reales. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema*". Lima: Gaceta Jurídica. 2017.

93. PETIT, Eugene. *“Tratado Elemental de Derecho Romano”*. Buenos Aires: Editorial Albatros. 1985.
94. PERLINGIERI, Pietro. *“El derecho civil en la legalidad constitucional según el sistema ítalo comunitario de las fuentes”*. Madrid: DYKINSON. 2008.
95. PIPES, Richard. *“Propiedad y Libertad: La piedra angular de la sociedad”*. Madrid: Turner publicaciones/Fondo de Cultura Económica, 2002.
96. PLANIOL, Marcel y RIPERT, George. *“Tratado práctico de Derecho Civil Francés. T.III.”* La Habana: Cultural. 1946.
97. PORTALIS, Jean. *“Discurso preliminar del proyecto de Código Civil Francés”*, Valparaíso: EDEVAL. 1978.
98. PROUDHON, Pierre. *“¿Qué es la propiedad?”*. Buenos Aires: Libros de Anarres. 2005.
99. PUIG BRUTAU, José. *“Compendio de Derecho Civil. Volumen III”*. Barcelona: BOSH. 1989.
100. RAMIREZ CRUZ, Eugenio María. *“Derechos reales y propiedad”*. Segunda Edición. Lima: Editorial San Marcos. 1994.
101. RODRIGUEZ LLERENA, Dario. *“Código Civil. Concordancias, motivos, notas críticas y explicativas”*. Chiclayo: Librería e imprenta Mendoza. 1937.
102. ROMERO ROMANA, Eleodoro. *“Derecho Civil. Los Derechos Reales”*. Lima: Editorial PTCM. 1947.

- 103.ROMERO ROMAÑA, Eleodoro. "*Derecho Civil. Los Derechos Reales. Tomo II*". Segunda Edición aumentada. Lima: Talleres Gráficos San Marcos. 1950.
- 104.ROPPO, Vincenzo. "*El Contrato*". Traducción a cargo de Nelvar Carreteros. Lima: Gaceta Jurídica.
- 105.SACCO, Rodolfo. "*Introduzione al diritto comparato*". Quinta edición. Torino: UTET. 1992.
- 106.SACCO, Rodolfo y CATERINA, Raffaele. "*Il possesso*". Milán: Giuffré Editore. 2014.
- 107.SAMANAMÚ, Francisco. "*Instituciones de Derecho Civil Peruano. Tomo II*". Segunda edición. Lima: Imprenta y librería de San Pedro. 1917.
- 108.SAMANAMÚ, Francisco. "*Instituciones de derecho civil peruano. Con referencia al Código Civil de 1852*". Segunda edición. Lima: Instituto Pacifico. 2017.
- 109.SCHACHT, Joseph. "*Introduzione al diritto musulmano*". Torino: Fondazione Giovanni Agnelli. 1995.
- 110.SCONAMIGLIO, Renato. "*Contribución a la teoría del negocio jurídico*". Edición, traducción y notas de Leysser León. Lima: Grijley. 2004.
- 111.SILVA SANTISTEVAN, José. "*Derecho peruano. Parte Civil. Compendio escrito*". Lima: Imprenta de Eusebio Aranda. Segunda Edición. 1853.
- 112.SILVA SANTISTEVAN, José. "*Curso de derecho peruano*". Lima: Imprenta del autor. 1860.

113. SOHM, Rodolfo. *“Instituciones de Derecho Privado Romano”*, Roces, W.; décimo sexta edición, Madrid-España, Editorial Revista de Derecho Privado, 1928.
114. SOMMA, Alessandro. *“Introducción crítica al Derecho Comparado”*. Lima: ARA, 2010.
115. STRAUMANN, Benjamin. *“Roman Law in the State of Nature. The classical foundations of Hugo Grotius’ Natural Law”*. Cambridge: Cambridge University Press. 2015.
116. TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *“Acto jurídico, negocio jurídico y contrato”*. Segunda edición. Lima: Grijley. 2013.
117. TRIMARCHI, Pietro. *“Instituzioni di diritto privato”*. 2009. Décimo Octava edición. Milán: Giuffre.
118. TOMMASINI, María. *“La quota di possesso a non domino. Alla radice della giuridicità del comproprietario”*. Milán: Giuffre Editore. 2012.
119. TORRENTE, Andrea y SCHLESINGER, Piero. *“Manuale di Diritto Privato”*. A cura de Franco Anelli y Carlo Granelli. Vigésima edición. Milán: Giuffre Editore. 2019.
120. TORRES VASQUEZ, Aníbal. *“Acto jurídico”*. Cuarta Edición. Lima: Idemsa. 2010.
121. TORRES VASQUEZ, Aníbal. *“Código Civil comentado. T. I”*. Séptima Edición. Lima: IDEMSA. 2011.

122. TOUZENIS, Kristina. “*Appunti di diritto Musulmano*”. 2010. Pisa: Facolta di Giurisprudenza dell’Universita di Pisa.
123. VARSÌ ROSPIGLIOSI, Enrique. “*Tratado de Derechos Reales. Tomo 1: Parte General*”. Lima: Fondo Editorial de la Universidad de Lima. 2017.
124. VARSÌ ROSPIGLIOSI, Enrique. “*Tratado de Derechos Reales. Tomo 2: Posesión y propiedad*”. Lima: Fondo Editorial de la Universidad de Lima. 2019.
125. VIDAL RAMIREZ, Fernando. “*Teoría general del acto jurídico*”. Lima: Editorial Cusco. 1984. Primera edición.
126. VISINTINI, Giovanna y PETRELLI, Patrizia. “*La proprietà immobiliare. Guida alla lettura della giurisprudenza*”. Milano: Giuffrè. 2001.
127. VON HAYEK, Friedrich. “*Derecho, legislación y libertad*”. Madrid: Unión Editorial. 2014.
128. VON MISES, Ludwig. “*La acción humana. Tratado de economía*”. Madrid: Alianza Editorial.
129. VON IHERING, Rudolf. “*Teoría de la posesión. El fundamento de la protección posesoria*”. Versión Española por Adolfo Posada. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación. 1892.
130. VON IHERING, Rudolf. “*La voluntad en la posesión. Con la crítica del método jurídico reinante*”. Versión Española por Adolfo Posada. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación. 1896.

131. VON SAVIGNY, Friedrich. “*De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del Derecho*”. Madrid: Editorial La España Moderna.
132. VON SAVIGNY, Friedrich. “*Tratado de la posesión. Según los principios del Derecho Romano*”. Madrid: Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica. 1845.
133. WESTERMAN, Harry; WESTERMAN, Harm Peter; GURSKY, Karl-Heinz; EICKMANN, Dieter; Derechos reales, Cañizares Iaso, Ana; Miquel González, José María; Rodríguez Tapia, José Miguel; Rodríguez-Rosado, Bruno; séptima edición, Madrid-España, Fondo Cultural del Notariado, 2007.
134. WOLFF, Martin. “*Derecho de cosas. Vol. I*”. Décima revisión por Martin Wolff y Ludwig Raiser. Traducción española con anotaciones de Blas Pérez Gonzales y José Alguer. Tercera Edición al cuidado de José Puig Brutau. Barcelona: Bosch.1971.
135. ZIMMERMAN, Reinhard. “*Derecho Romano, derecho contemporáneo, derecho europeo. La Tradición del derecho civil en la actualidad*”. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

REVISTAS Y ARTÍCULOS EN OBRAS COLECTIVAS

1. ALDEA CORREA, Vládik. Obligación de saneamiento por vicios ocultos. En: VVAA. “*Código Civil Comentado. Comentan 209 especialistas en las diversas materias del Derecho Civil. Tomo VII*”. Lima: Gaceta Jurídica. 2010.
2. ALVIAR, Helena (2010). “*La redistribución de la propiedad en América Latina: ¿Debemos perder la fe en el derecho?*”. En: Revista Internacional de Pensamiento Político – I Época Volumen 5. 2010. Bogotá.

3. ANGELINI, Michele; Mario y BATTISTINI, Mario. Della comunione in generale. En: CENDON, Paolo (coordinador). *“Commentario al Codice Civile. Comunione y Condominio”*. Milano: Giuffrè Editore. 2009.
4. ANDRADES RIVAS, Eduardo. El significado histórico jurídico de las leyes Teodoricianas. 2016. *“Revista de Estudios Histórico Jurídicos”*, Valparaíso.
5. ANDRUET, Armando. Consentimiento presunto en la Ley de Trasplante de Órganos. En: VEGA MERE, Yuri y GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *“La responsabilidad civil y la persona en el Siglo XXI. Libro homenaje a Carlos Fernández Sessarego. Tomo I”*. Lima: Idemsa. 2010.
6. ARATA SOLIS, Moisés. Definición de copropiedad. En: VVAA. *“Código Civil Comentado. Comentan 209 especialistas en las diversas materias del Derecho Civil”*. Lima: Gaceta Jurídica. 2010.
7. ARATA SOLIS, Moisés. Indemnización por uso total o parcial del bien común. En: VVAA. *“Código Civil Comentado. Comentan 209 especialistas en las diversas materias del Derecho Civil”*. Lima: Gaceta Jurídica. 2010.
8. ARATA SOLIS, Moisés. Imprescriptibilidad de la acción de partición. En: VVAA. *“Código Civil Comentado. Comentan 209 especialistas en las diversas materias del Derecho Civil”*. Lima: Gaceta Jurídica. 2010.
9. ARATA SOLIS, Moisés. Imprescriptibilidad de la acción de partición. En: VVAA. *“Código Civil Comentado. Comentan más de 200 especialistas en las diversas materias del Derecho Civil. T. V”*. Lima: Gaceta Jurídica. 2020.
10. ARIANO DEHO, Eugenia. Sobre la “imposibilidad” de pretender la declaración de usucapión del bien adquirido previamente por compraventa. En: *Documentos de trabajo del Pleno Jurisdiccional Regional Civil*.

11. ARRIBAS, Guillermo y LAU, Erick. Acerca de la prescripción adquisitiva: ¿Saliendo de la caverna? En "*Themis. Revista de Derecho N° 60*". Lima. 2011.
12. ARRIBAS IRAZOLA, Guillermo. "Macondo: Propiedad y tragedias". En: *Themis. Revista de Derecho N° 66*. Lima. 2014.
13. AVENDAÑO ARANA, Francisco. Sobre si los copropietarios pueden o no adquirir por prescripción los bienes comunes. En: "*Dialogo con la Jurisprudencia N° 88*". Lima. 2006.
14. AVENDAÑO ARANA, Francisco. Aspectos grises de la coposesión y la prescripción adquisitiva. A propósito de la sentencia del reciente Pleno Casatorio. En: "*Dialogo con la Jurisprudencia N° 133*". Lima. 2009.
15. AVENDAÑO VALDEZ, Jorge, De los Derechos Reales. Anteproyecto del Doctor Jorge Avendaño Valdez. En: VVAA. "Proyectos y anteproyectos de la reforma del Código Civil". Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1980.
16. AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. Definición de posesión". En: VVAA. "*Código Civil comentado. T. V. Derechos Reales*". Tercera Edición. Lima: Gaceta Jurídica. 2010.
17. AVENDAÑO VALDEZ, Jorge (2016). "*Derechos Reales*". En: Themis, Revista de Derecho N° 60. Lima.
18. BALESTRA, Lorenzo; DISTEFANO, Francesco; ESCHER, Massimo; MAGRI, Matteo y VALAZZI, María Eugenia. En: CENDON, Paolo

(coordinador). *“Commentario al Códice Civile. Possesso”*. Milano: Giuffrè Editore. 2009.

19. BARBOZA DE LAS CASAS, Gerson. La posesión como comunicación. Reflexiones en torno a la admisión de la interversión del título posesorio. En: *Dialogo con la Jurisprudencia N° 256*. Enero. 2020.
20. BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo. “En torno a la prescripción entre comuneros, por aplicación del Decreto Ley N° 2695, en la jurisprudencia reciente”. En: *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte. Año 20 N° 02*, 2013.
21. BASADRE AYULO, Jorge. Notas sobre el proceso de codificación civil en el Perú en el siglo XIX. El código civil de 1852. Las transformaciones del derecho civil peruano a partir de 1852. En: *“Revista Chilena de Historia del Derecho N° 17”*. Santiago de Chile. 1992.
22. BAUTISTA ALDERETE, Jesús. Copropiedad y usucapión ¿Los copropietarios pueden adquirir por prescripción adquisitiva los bienes comunes. En: *“Advocatus N° 33”*. Lima. 2016.
23. BAYLY LETTS, Andrés y PASQUEL RODRÍGUEZ, Enrique. “Privaticemos las vicuñas: Cómo eliminar el peligro de extinción y aprovechar su potencial económico”. En: *Revista de Economía y Derecho UPC*. N° 03. Lima. 2006.
24. BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA, Javier. Régimen legal de las personas jurídicas. En: VVAA. *“Código Civil comentado. T. I. Título preliminar, Derecho de las personas, Acto Jurídico”*. Tercera Edición. Lima: Gaceta Jurídica. 2010.

25. BIANCA, Massimo. El interés. En: *"Ius et Veritas"*. Traducción de Gastón Fernández Cruz. N° 09. Lima. 1994.
26. BULLARD GONZALES, Alfredo y MC LEAN, Ana Cecilia. La enseñanza del derecho: ¿Cofradía o Archicofradía? En: *Academia. Revista sobre enseñanza del derecho*. Año 7. N° 13. Buenos Aires.
27. CABRILLAC, Remy. "El Derecho Civil Francés desde el Código Civil" En: *Revista de Derecho Vol. XXII-N° 2*, Valdivia 2009.
28. CALOGERO, Mario Pio. La disciplina positiva. En: GAMBARO, Antonio y MORELLO, Umberto. *"Tratatto dei diritti reali. Proprietà e possesso. Vol. I"*. Milán: Giuffrè. 2012.
29. CAUSSE, Federico y PETTIS, Christina. Comentario al artículo 1901 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. En: HERRERA, Marisa, CAMELO, Gustavo y PICASSO, Sebastian. *"Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo V"*. Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. 2015.
30. CAUSSE, Federico y PETTIS, Christina. Comentario al artículo 1998 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. En: HERRERA, Marisa, CAMELO, Gustavo y PICASSO, Sebastian. *"Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo V"*. Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. 2015.
31. CATERINA, Raffaele. Il possesso. En: GAMBARO, Antonio y MORELLO, Umberto. *"Tratatto dei diritti reali. Proprietà e possesso. Vol. I"*. Milán: Giuffrè. 2008.

32. CATERINA, Raffaele. The Evolution of Possessory Actions in France and Italy. En: DESCHEEMAER, Eric. *"The Consequences of possession"*. Edinburgh: EDINBURGH UNIVERSITY PRESS, 2014.
33. DE REINA TARTIERE, Gabriel. El derecho real de posesión: Nociones generales. En: DE REINA TARTIERE, Gabriel (Coordinador). *"Derechos reales: Principios, elementos y tendencias"*. Primera edición. Buenos Aires: Heliasta. 2008
34. ESCOBAR ROZAS, Freddy. El derecho subjetivo. Consideraciones en torno a su esencia y estructura. En: *"Ius et Veritas"*. N° 16. Lima. 2006.
35. FALZEA, Angelo; Voz: Efficacia Giuridica. En: *"Voci di Teoria Generale del diritto"*. Milán: Giuffrè Editore, 1985.
36. FERNANDEZ CRUZ, Gastón. "La obligación: apuntes para una dogmática jurídica del concepto". En: *Themis*. N° 27- 28. 1994.
37. FLORES ALFARO, Carlos. Saneamiento por evicción. En: VVAA. *"Código Civil Comentado. Comentan 209 especialistas en las diversas materias del Derecho Civil. Tomo VII"*. Lima: Gaceta Jurídica. 2010.
38. FRANZONI, Massimo. El debate actual sobre el negocio jurídico en Italia. En: *Ius et Veritas*. N° 48. 2014.
39. GALGANO, Francesco. "Negocio jurídico y contrato". En: GALGANO, Francesco. *Atlas de derecho privado comparado*. Madrid: Fundación cultural del notariado. 2000. Primera edición española. Traducción de Juan Antonio Fernández Campos y Rafael Verdura Server.

40. GALGANO, Francesco. El crepúsculo del negocio jurídico. En: LEÓN HILARIO, Leysser. *“Teoría General del Negocio Jurídico. Cuatro Estudios Fundamentales”*. Lima: Ara Editores. 2001. Primera Edición.
41. GALLO, Paolo. Le categorie del diritto privato. En: VINCIGUERRA, Sergio y DASSANO, Francesco. *“Scritti in memoria di Giuliano Marini”*. Edizioni Scientifiche Italiane.
42. GELDRES CAMPOS, Ricardo. La prescripción adquisitiva de dominio del propietario. A propósito de la Casación N° 3247-2014, Junín. En: *“Diálogo con la Jurisprudencia N° 221”*. Lima. 2017.
43. GILI SALDAÑA, Miriam y GÓMEZ POMAR, Fernando. “El futuro instrumento opcional del Derecho contractual europeo: una breve introducción a las cuestiones de formación, interpretación y contenido” En: *InDret Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, 2012.
44. GUERINONI, E. “L’usucapione”. En: GAMBARO, Antonio y MORELLO, Umberto. *“Tratatto dei diritti reali. Proprietà e possesso. Vol. I”*. Milán: Giuffrè. 2012.
45. JIMÉNEZ SALAS, Joao. “¿Un nicho es pasible de reivindicación? Sobre la condición jurídica de los nichos, mausoleos y sepulturas”. En: *Dialogo con la Jurisprudencia N° 256*. Lima. 2020.
46. JIMÉNEZ SALAS, Joao. La usucapión del copropietario: Apuntes a favor de la abrogación de un régimen antieconómico. En: *Actualidad Civil y Procesal Civil N° 282*. Lima. 2017.
47. JIMÉNEZ SALAS, Joao. “¿Se encuentra la *acción publiciana*, o “mejor derecho a la posesión”, reconocida en nuestro ordenamiento jurídico?

Comentarios a propósito de la Casación N° 1284-2018-Ucayali”. En: *Dialogo con la Jurisprudencia N° 258*. Lima. 2020.

48. JIMÉNEZ SALAS, Joao Alfredo. “Copropiedad y usucapión: Comentarios a la Casación N° 1521-2017-LIMA y un análisis de lege ferenda del artículo 985 del Código Civil”. En: *Dialogo con la jurisprudencia N° 265*. Lima. 2020.

49. LAMA MORE, Héctor. El título posesorio en el derecho civil peruano. En: *Revista Oficial del Poder Judicial 2/1*. 2008.

50. LAU DEZA, Ana Patricia. Sucedáneos de la tradición. VVAA. “*Código Civil Comentado. Comentan 209 especialistas en las diversas materias del Derecho Civil. Tomo V*”. Tercera Edición. Lima: Gaceta Jurídica. 2010.

51. LEÓN HILARIO, Leysser. Los actos jurídicos en sentido estricto. Sus bases históricas y dogmáticas. En: ESCOBAR ROZAS, Freddy; LEÓN HILARIO, Leysser; MORALES HERVIAS, Rómulo y PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. “*Negocio jurídico y Responsabilidad Civil. Estudios en memoria del profesor Lizardo Taboada Córdova*”. Lima: Grijley. 2004.

52. LEÓN ROBAYO, Edgar. La posesión de los bienes inmateriales. En: “*Revista de Derecho Privado N° 36*”. 2006, Bogotá: Universidad de Los Andes.

53. LUNA VICTORIA LEÓN, Cesar. Código civil de 1852: lo nacional y lo importado. En: “*Revista de Derecho PUCP N° 42*”. Lima. 1988.

54. LUPI, Laura. Il potere di fatto sulla cosa. En: CENDON, Paolo. “*Proprietà e diritti reali. Vol. III*”. Turín: UTET. 2012.

55. LLOVERAS, Nora; ORLANDI, Olga y FARAONI, Fabian. Comentario al artículo 2368 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. En:

- HERRERA, Marisa, CAMELO, Gustavo y PICASSO, Sebastian. “*Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo VI*”. Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. 2015.
56. MAISH VON HUMBOLT, Lucrecia. “Exposición de motivos y comentarios del libro de Derechos Reales del Código Civil”. En: REVOREDO DE DEBAKEY, Delia (compiladora). *Código Civil. Exposición de motivos y comentarios. Tomo V*. Lima: 1985.
57. MAISH VON HUMBOLT, Lucrecia y AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. “Exposición de motivos y comentarios del libro de Derechos Reales del Código Civil”. En: REVOREDO DE DEBAKEY, Delia (compiladora). *Código Civil. Exposición de motivos y comentarios. Tercera Parte. Tomo V. Segunda Edición*. Lima: Thomson Reuters. 2015.
58. MANJARREZ SILVA, Javier. *Energética de la territorialidad en vertebrados*. En: “*Ciencia Ergo Sum N° 03*”, 1997.
59. MARELLA, María. “La funzione sociale oltre la proprietà” En ALPA, Guido y ROPPO, Vincenzo. *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, Roma: Laterza. 2013.
60. MERINO ACUÑA, Roger, “Descolonizando los derechos de propiedad. Derechos de propiedad indígena comunales y el paradigma de la propiedad privada” En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XLVII, num. 141, septiembre-diciembre del 2014.
61. MOSQUERA VASQUEZ, Clara. Comentario al artículo 6 del Código Civil. En: VVAA. “*Código Civil Comentado. Comentan 209 especialistas en las diversas materias del Derecho Civil*”. Lima: Gaceta Jurídica. 2010.

62. MONGE TALAVERA, Luz. Comentario al artículo 8 del Código Civil. En: En: VVAA. *“Código Civil Comentado. Comentan 209 especialistas en las diversas materias del Derecho Civil”*. Lima: Gaceta Jurídica. 2010.
63. MONATERI, Pier Giuseppe. Cunning Passages: Comparación e ideología en la historia del derecho y el lenguaje. En: MONATERI, Pier Giuseppe. *“Los límites de la interpretación judicial y el derecho comparado”*. Lima: Ara Editores. 2009.
64. MORALES HERVIAS, Rómulo. “El precario: ¿Es poseedor o tenedor (detentador)?”. A propósito del Cuarto Pleno Casatorio Civil”. En: *Dialogo con la jurisprudencia N° 180*. Lima. 2014.
65. MORALES HERVIAS, Rómulo. Situaciones jurídicas subjetivas. En: *“ADVOCATUS. Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima”*. N° 19. Lima. 2008.
66. MORALES HÉRVIAS, Rómulo. La propiedad en las situaciones jurídicas. En: PRIORI, Giovanni. *“Estudios sobre la propiedad”*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú”. 2012.
67. MORALES HERVIAS, Rómulo. La falta de legitimidad en los contratos inoponibles. En: *“Actualidad Jurídica. Enero N° 230”*. 2013.
68. NAPOLI, Giuseppina. Comunione e condominio. En: RENATO, Clarizia. *“Proprieta e diritti reali”*. Napoles: UTET. 2016.
69. MEJORADA CHAUCA, Martín. Servidor de la posesión. En: VVAA. *“Código Civil comentado. T. V. Derechos Reales”*. Tercera Edición. Lima: Gaceta Jurídica. 2010.

70. MEJORADA CHAUCA, Martín. Todo lo que tienes que saber sobre la prescripción adquisitiva de dominio. En: "*Gaceta Civil & Procesal Civil N° 84*". Lima. 2020.
71. NICOLO Rosario Las situaciones jurídicas subjetivas. En: "*ADVOCATUS. Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima*". Traducción de ZAMUDIO ESPINAL, Carlos y revisada por MORALES HERVIAS, Rómulo. No 12. Lima. 2005.
72. PACHECO COELHO, Manuel; FILIPE, José Antonio y FERREIRA, Manuel Alberto. "Sobre el surgimiento de tragedias de anticomunes. Acuicultura en Portugal: El caso Acuinova". En: *Revista Galega de Economía Volumen 23*. Santiago de Compostela. 2014.
73. PUGLIESE, Giovanni. Dalle "res incorporales" del diritto romano ai beni immateriali di alcuni sistema giuridici odierni. En: "*Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*". Milán. 1982.
74. RAMOS NUÑEZ, Carlos. Juan José Calle: Estudiar, meditar y producir. En: "*Foro Jurídico N° 02*". Lima, 2003.
75. RIOJA BERMÚDEZ, Alexander. "Regulación de la prescripción adquisitiva de dominio en el Derecho peruano". En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*. Número 116. Lima, 2023.
76. ROPPO, Vincenzo. "Sul diritto europeo dei contratti: per un approccio costruttivamente critico" En: "*Cathedra Espiritu del Derecho, Revista de los estudiantes de derecho de la universidad nacional mayor de San Marcos Año VII Vol. 11*", Lima. 2004.

77. SIVERINO BAVÍO, Paula. Cuestiones relativas al derecho a la disposición del propio cuerpo. En: PRIORI, Giovanni. *“Estudios sobre la propiedad”*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú”. 2012.
78. SOTO COAGUILA, Carlos y ALTERINI, Atilio. El proceso de Codificación del Derecho Privado en Perú y Argentina. En: *Revista de Derecho PUCP N° 53*. Lima. 2000.
79. UPEGUI ACEVEDO, Efraín. El concepto Tomista de la propiedad. En: *“Revista de la Universidad Pontificia Bolivariana. Vol. 20, N° 74”* 1955.
80. VEGA MERE, Yuri. Apuntes sobre el denominado abuso del derecho. En Themis N° 21. Lima. 1992.
81. VILLALBA, Carlos. Cultura, derechos de autor y derechos conexos. Evolución de la legislación nacional. Los Tratados Internacionales y el orden constitucional. En: LIPSZYC, Delia (Coordinadora). *“Derecho de autor. Cuestiones actuales”*. Buenos Aires: Abeledo Perrot. 2014.
82. ZAMBRANO CHÁVEZ, Gustavo. “Aproximación a la noción de derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas elaborado a partir de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” En: PRIORI POZADA, Giovanni (Coordinador) *Estudios sobre la propiedad*, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012.
83. ZAPATA LOPEZ, Fernando. “El derecho de autor y la marca”. En: *Revista de la propiedad inmaterial. Revista del Departamento de la propiedad intelectual de la Universidad Externado de Colombia*. N° 02. Bogotá. 2001.
84. ZATTI, Paolo. Las situaciones jurídicas subjetivas. En: *“Revista Jurídica del Perú. Año LV. N° 64”*. Trujillo: Editora normas legales. 2005.

85. ZIMMERMAN, Reinhard. "Derecho Romano y Cultura Europea". En: *Revista de Derecho Privado N° 18*. 2010. Bogotá.
86. ZIMMERMAN, Reinhard. El Código Civil alemán y el desarrollo del derecho privado en Alemania. En: AGURTO GONZALES, Carlos y QUEQUEJANA MAMANI, Sonia. "*Comparación jurídica y teoría del derecho*". Lima. 2014.

TESIS Y TRABAJOS ACADÉMICOS

1. ALIAGA CARPIO, Luis Jimmy y YARASCA POMA, Joseph Jesús. "*La posibilidad de los copropietarios de ejercer la prescripción adquisitiva de dominio en el ordenamiento jurídico peruano*". Tesis para optar por el título de abogado en la Universidad Peruana Los Andes. Lima. 2021.
2. CASANOVA RIOS, Ricardo. "*Críticas a la Jurisprudencia del Tribunal Registral. Trabajo Académico para optar el grado de segunda especialidad en Derecho Registral de la Pontificia Universidad Católica del Perú*". Lima.
3. CRESPO SANTIAGO, Natalia Del Rocío y CARRASCO RAMOS, Guadalupe Yesenhia. "*La imposibilidad del copropietario de adquirir por prescripción adquisitiva los bienes en copropiedad y su influencia en el tráfico de bienes en la ciudad de Huancayo, 2017 – 2018*". Tesis para optar por el título de abogado en la Universidad Peruana Los Andes. Huancayo. 2019.
4. DOMINGUEZ AGUDO, María Isabel. "*Estudio léxico de Iura y Leges en el Derecho Romano vulgar de Occidental*". Memorial para optar el grado de Doctor en filología, Madrid, 2003.
5. GHERSI SILVA, Enrique. "*¿Por qué no se extinguen las gallinas?*". Conferencia dictada el 15 de abril de 2008 en la Universidad Francisco Marroquín, Auditorio F.A. Hayek.

6. GÓMEZ LAURENTE, Pablo. “*Prescripción adquisitiva de dominio entre copropietarios*”. Tesis para optar por el título de abogado en la Universidad César Vallejo. Lima. 2020.
7. MORALES HERVÍAS. Rómulo. “*Las patologías y los remedios del contrato*”. Tesis para optar el grado de Doctor en Derecho. Lima. 2010: Pucp.
8. MUNARRIZ PALOMINO, Rene Jesús. “*Prescripción adquisitiva de dominio de la cuota ideal de su propietario en el Código Civil, 2019*”. Tesis para obtener el título de abogado en la Universidad Las Américas. Lima. 2019.

ARTÍCULOS ELECTRÓNICOS

1. DIAZ VÁSQUEZ, Donald. “*¿Puede un copropietario adquirir por prescripción adquisitiva de dominio las cuotas ideales de su copropietario?*”. Recuperado de: <https://pderecho.pe/puede-copropietario-adquirir-prescripcion-adquisitiva-dominio-cuotas-ideales-copropietario/>.
2. GELDRES CAMPOS, Ricardo. “*Uso del bien común por parte de uno de los copropietarios con exclusión de los demás: ¿indemnización o restitución?*”. Publicado en el portal legal La Ley el 18 de diciembre del 2019. Recuperado el 20 de abril de 2020. <https://laley.pe/art/8963/uso-del-bien-comun-por-parte-de-uno-de-los-copropietarios-con-exclusion-de-los-demas-indemnizacion-o-restitucion>.
3. PASCO ARAUCO, Alan. ¿Puedo prescribir contra mi cónyuge para apropiarme de los bienes sociales? En: *La Ley. El ángulo legal de la noticia*. Recuperado de: <https://laley.pe/art/9388/puedo-prescribir-contra-mi-conyuge-para-apropiarme-de-los-bienes-sociales>. 2020.

4. VEGA MERE, Yuri. La prescripción entre copropietarios. En: “*PULSO LEGAL. Diario Oficial El Peruano*”. Recuperado de: <https://www.elperuano.pe/noticia-la-prescripcion-entre-copropietarios-80692.aspx> .

DOCUMENTOS OFICIALES

5. *CODE CIVIL FRANCAIS. DISCOURS ET EXPOSÉ DES MOTIFS. T. II.* Bruselas. 1803
6. COMISIÓN REFORMADORA DEL CÓDIGO CIVIL. “*Actas de las sesiones de la Comisión Reformadora del Código Civil Peruano creada por el Supremo Decreto de 26 de agosto de 1922. Primer fascículo*”. Lima: Imprenta C.A. Castrillón. Segunda edición, 1923.
7. COMISIÓN REFORMADORA DEL CÓDIGO CIVIL. “*Actas de las sesiones de la Comisión Reformadora del Código Civil Peruano creada por el Supremo Decreto de 26 de agosto de 1922. Tercer fascículo*”. Lima: Imprenta C.A. Castrillón. Segunda edición, 1923.
8. CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. “*ANALES JUDICIALES DEL PERÚ. Tomo II. 1873-1874-1875*”. Lima: Oficina Tipográfica de “La Opinión Nacional”. 1907.
9. RELAZIONE AL CODICE CIVILE ITALIANO DI 1942.

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL REGISTRAL Y SENTENCIAS DE LA CORTE SUPREMA

1. CXIV PLENO DEL TRIBUNAL REGISTRAL.
2. Resolución N° 997-2007-SUNARP-TR-L.

3. Resolución N° 144-2009-SUNARP-TR-L.
4. Casación N° 3323-2013-LIMA.
5. Casación N° 697-2015-HUARA.
6. Casación N° 831-2015-LIMA.
7. Casación N° 3168-2016-HUAURA.
8. Casación N° 1521-2017-LIMA.
9. Casación N° 2261-2017-LA LIBERTAD.