

LA USUCAPIÓN SIEMPRE VENCE AL TERCERO DE LA FE PÚBLICA REGISTRAL. EL INEXISTENTE PROBLEMA DE LA “USUCAPIÓN CONTRA TABULAS”

Gunther Hernán Gonzales Barrón (*)

Fecha de publicación: 01/07/2012

1. FUNDAMENTOS DE LA USUCAPIÓN

La prescripción adquisitiva de dominio o usucapión se justifica, **normalmente**, como un mecanismo probatorio absoluto de la propiedad, que busca poner punto final a los debates interminables sobre el dominio de un bien. Ante la dificultad de la prueba diabólica, esto es, que se acredite la condición de propietario lo cual exige probar esa misma condición del transmitente y así hasta el infinito, es decir, hasta el origen mismo del derecho. Esa pretensión es imposible, razón por la cual **el ordenamiento jurídico establece un mecanismo dogmático de prueba de la propiedad: la usucapión**. Por tanto, su verdadera función no es facilitarle las cosas al usurpador, sino servir de prueba definitiva de la propiedad, pues ya no importa que el transmitente no sea domino, en tanto que finalmente cualquier vicio de los sucesivos títulos queda subsanado con la posesión y el paso del tiempo.

(*) Doctor en Derecho, Magíster en Derecho Civil y Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Diplomado en Economía y Derecho del Consumo por la Universidad Castilla La Mancha y la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Civil y Derecho Registral de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de San Martín de Porres, Universidad Inca Garcilaso de la Vega y Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Actualmente es Juez Superior Titular de la Corte de Justicia de Lima. Ha sido Registrador, Notario de Lima, Presidente y Vocal Titular del Tribunal Administrativo de la Propiedad de la Organización de Formalización de la Propiedad (COFOPRI) y Presidente de una Sala del Tribunal Registral. Ha escrito múltiples libros de su especialidad tales como “Introducción al Derecho Registral y Notarial”, “La Usucapión. Fundamentos de la Prescripción Adquisitiva de Dominio”, “El nuevo Derecho Registral. Jurisprudencia de la Sala Transitoria del Tribunal Registral”, “Derechos Reales”, “Tratado de Derecho Registral Inmobiliario”, “Tratado de Derecho Registral Mercantil”, entre otros. Además tiene gran cantidad de artículos, ensayos, ponencias, notas a jurisprudencia, partícipe en conferencias y seminarios nacionales y extranjeros.

Es de primera importancia que las distintas titularidades sobre los derechos se definan en forma incontrovertible y definitiva, tanto para lograr consecuencias relevantes de orden social, como económico. En efecto, el ser humano no puede vivir en angustia permanente, y es necesario que los debates se resuelvan en algún momento. Aun cuando la solución sea intrínsecamente injusta, el solo hecho de que se produzca la conclusión de ese problema ya es un acto de justicia. Por otro lado, es bien conocido que el uso y disfrute sobre las cosas se potencia cuando los derechos están claramente determinados, por lo que cerrar la discusión propietaria incentiva la creación de riqueza, la circulación de los bienes y, con ello, los actos económicos de inversión, siempre favorables al bienestar general.

La usucapión es una **solución de “seguridad jurídica”**, por la cual se cierra o cancela el debate sobre la propiedad. Es decir, llegado un punto en el tiempo, ya no importa el origen de la propiedad ni la validez y legalidad de los actos sucesivos de transmisión, ni la capacidad de los otorgantes o la formalidad de los títulos. Todo ello se reemplaza con un mecanismo dogmático y absoluto de prueba de la propiedad. La Sentencia del Segundo Pleno Casatorio de nuestra Corte Suprema apunta claramente en tal sentido, pues siguiendo a Albaladejo dice: *“En suma, la usucapión viene a ser el instituto por el cual el poseedor adquiere el derecho real que corresponde a su relación con la cosa (propiedad, usufructo), por la continuación de la posesión durante todo el tiempo fijado por ley. Sirve además, a la seguridad jurídica del derecho y sin ella nadie estaría cubierto de pretensiones sin fundamento o extinguidas de antiguo, lo que exige que se ponga un límite a las pretensiones jurídicas envejecidas”* (considerando 43).

En el Derecho alemán se introduce un interesante concepto de “pacificación de la situación jurídica”, que corre paralelo a la satisfacción de seguridad y estabilidad. Así se dice que: *“Finalidad de la usucapión es dificultar situaciones duraderas de contradicción entre la situación posesoria y de propiedad y, con ello, simplificar la situación jurídica y pacificarla y, a la vez, completar la protección del tráfico. En este aspecto, usucapión y prescripción se asemejan”*¹.

Algunos dirán que la usucapión permite que los invasores terminen como titulares legales de un bien; y de hecho así ocurre en muchos casos. Sin embargo, la otra salida, consistente en eliminar la prescripción adquisitiva, resulta claramente inconveniente y anti-económica. Es uno de los casos en

¹ WESTERMANN, Harry y otros. *Derechos Reales*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid 2007, 7º Edición, traducción del alemán de José María Miquel González y otros, Volumen I, pág. 698.

donde el remedio sería peor que la enfermedad. Así, por ejemplo, en un mundo sin usucapión todas las adquisiciones (o casi todas) deberían producirse por modo derivativo, es decir, el nacimiento del derecho de propiedad estaría condicionado obligatoriamente a tres requisitos fundamentales; primero, que el transmitente sea propietario; segundo, que otorgue un acto válido de transmisión; tercero, que se refiera a un objeto determinado.

Por tanto, en todas las situaciones conflictivas de falta de titularidad, doble cadena de transmisiones, posesión contradictoria al dominio, vicios del negocio jurídico, indeterminación del objeto, confusión de linderos, superposición de áreas o cabida, doble inmatriculación registral, entre otras, no se tendría una solución definitiva y, en consecuencia, la indefinición de los derechos quedaría latente. Bien puede decirse que es preferible la mala solución de un litigio, pero que solucione el tema en forma definitiva, antes que una buena salida que nunca llega. La definición es un bien por sí mismo, y la controversia eterna siempre es un mal social.

En efecto, tal escenario tendría gravísimos efectos sociales y económicos, pues muchos ciudadanos quedarían imposibilitados de acceder al dominio a pesar de contar con una posesión largamente consolidada; y ante ello no habría fórmula alguna que permita titularlos. La propiedad quedaría absorbida en pocas manos y no habría distribución de la riqueza; único mecanismo para que la sociedad organizada a través de un Estado sea viable. En efecto, si la inmensa mayoría no tiene nada, entonces tampoco tiene motivación para defender ese orden social, y más bien los disturbios y revoluciones se vuelven cosa común con grave peligro para la estabilidad. No es posible sostener un Estado en donde la riqueza se encuentra concentrada en pocas manos, pues allí falta la necesaria legitimación del sistema establecido, y ello necesariamente da lugar a la desobediencia de la ley. En tal situación, pues, nadie se siente identificado con dicho orden y éste es desacatado en forma explícita e impune.

Es conocido que los recursos se sub-utilizan cuando no existe definición jurídica sobre éstos. Ello trae aparejado que los bienes solo tengan valor de uso, una escasa inversión en los mismos, así como bajo precio del recurso por la inseguridad y dificultad en su circulación. En tal contexto, la ausencia de una figura jurídica como la usucapión genera propietarios ausentes o meramente rentistas, quienes se sienten inmunes frente a cualquier intromisión de tercero, por lo que no tienen incentivos en usar y disfrutar de la riqueza.

La prescripción adquisitiva, además de la seguridad jurídica que otorga, **debe contar con una suficiente base de justicia que la haga viable**, a efecto que las soluciones no se reduzcan a buscar la certeza por encima de todo, y terminemos privilegiando una justicia de menor entidad. Recuérdese que en las controversias propietarias siempre hay uno a quien el Derecho prefiere, pero también hay otro que es necesariamente perjudicado. Por tanto, decídase lo que se decida habrá alguien que se verá privado en su interés, y a quien el ordenamiento lo dejará con las manos vacías. El conflicto se presenta entre el propietario que desea conservar su derecho, mientras en el otro lado se encuentra un poseedor que pretende confirmar su adquisición por efecto de un largo aprovechamiento de la cosa. Pues bien, para hallar una solución armoniosa es necesario pensar en las razones de ambos contradictores, y no dejarse seducir por una solución facilista en aras de la simple seguridad jurídica. Si bien existe un “interés del propietario” por mantener el derecho, también existe un legítimo “interés del poseedor” por extinguir las situaciones del pasado, conflictivas, inciertas y abstencionistas.

En tal sentido, llega un momento en que el legislador de cualquier época (pasada, presente y futura) se pregunta si podrá seguir protegiendo al propietario ausente -aunque el mejor término sería el del legislador “encubridor-”, o si alcanzado un punto temporal ya es preferible tutelar al poseedor e investirlo como domino. El tema tiene implicancias de todo orden, desde filosóficas hasta políticas. ¿La regla legal dura e inflexible debe ceder ante la fuerza de los hechos? La respuesta siempre ha sido afirmativa, y la usucapión es un ejemplo más de que el derecho se compone finalmente de hechos, sucesos reales y de vida en relación, actuante y dinámica.

En este sentido, pensamos que la prescripción adquisitiva tiene una razón de ser, tal vez de igual o mayor importancia que la seguridad jurídica, que hunde sus raíces en la racionalidad económica. ¿Por qué el Estado –suma y síntesis de las voluntades individuales- reconoce distintas titularidades privadas sobre los bienes? ¿Cuál es su fundamento? La razón es simple: **la atribución de la riqueza solo se justifica si se la utiliza y disfruta para el logro del bienestar colectivo**. De nada sirve conceder titularidades con nulo contenido económico y que más bien representan una carga para la sociedad. La usucapión constituye un mecanismo que en forma indirecta obliga a que los bienes sean puestos en movimiento, produzcan y circulen para beneficio general².

² “El orden jurídico protege a quienes con su actividad logran que los bienes cumplan la función social de productividad a que están destinados, porque no solo redundan en provecho individual, sino también en beneficio de la sociedad, y le brinda seguridad que –transcurridos los plazos legales- no será molestado en

La usucapión, por tanto, tiene un fundamento “positivo”, pues se incentiva una acción productiva en la utilización de los recursos que el ordenamiento juzga como valiosa objetivamente; y un fundamento “negativo”, pues se basa en rechazar la inacción que se considera inconveniente. Por el primero, se premia la actividad del poseedor que incorpora un bien al circuito económico, posee, explota, produce, crea riqueza y genera un beneficio general, al margen de la titularidad formal. Por el segundo se castiga una conducta abstencionista y negligente de un propietario que no actúa el contenido económico del derecho, y cuya inactividad simplemente perjudica a todos.

Incluso para el **razonado Análisis Económico del Derecho**³, la usucapión (o *adverse possession*, cómo se le llama en inglés) tiene un claro sustento económico que la justifica, pues de esa manera, según opinan, se “elimina las nubes del título”, es decir, las imperfecciones, dudas o confusiones respecto a la legalidad de las sucesivas transmisiones dominicales operadas en el pasado. Por otro lado, la prescripción adquisitiva impide que los recursos valiosos queden ociosos o improductivos por mucho tiempo. La regla legal busca, entonces, desplazar los bienes de la inactividad a los usos productivos⁴. Nótese que estas dos razones económicas de la usucapión son las mismas que nosotros hemos mencionado como fundamentos “positivo” y “negativo” de la misma. Es decir, el análisis económico no descubre nada nuevo frente a la teoría jurídica tradicional; y esa es la mayor crítica que se le puede hacer, pues expone “verdades” que ya son conocidas, pero las disfrazas como novedosas mediante el uso de una terminología pseudo científica.

En suma, nuestro instituto hunde sus raíces en el ámbito social y colectivo, por lo cual se identifica con la propiedad misma. Así, la prescripción adquisitiva responde a la eterna necesidad moral de justificar la titularidad

el ejercicio de esas facultades, porque habrá consolidado su situación, adquiriendo definitivamente el derecho correspondiente”: MOISSET DE ESPANÉS, Luis. *Prescripción*, Editorial Advocatus, 2^o Edición, Córdoba 2006, pág. 87.

³ Por nuestra parte distinguimos entre el “razonado” AED y el “irreflexivo”. El primero es aquel realizado por economistas o juristas con base económica y en el cual hay congruencia entre sus postulados y la finalidad de defensa de los postulados del liberalismo. El segundo, que es el predominante en nuestro país, se realiza sin ninguna base económica, por mero empirismo y sin coherencia alguna con los principios liberales. En caso contrario, ¿cómo se explica que los economicistas jurídicos peruanos sean partidarios del registro constitutivo para la transferencia de bienes inmuebles? Ello implica que el Estado es el señor que dilucida quién es propietario de las cosas y, por tanto, el dominio ya no se origina por la relación entre los particulares y su contacto con la riqueza, sino por la injerencia estatal cada vez más asfixiante. Un liberal no puede entregarle alegremente al Estado el poder de decisión de las relaciones privadas, salvo incoherencia flagrante.

⁴ COOTER, Robert y ULEN, Thomas. *Derecho y Economía*, Fondo de Cultura Económica, México 1999, pág. 186-187.

de unos y el despojo de los otros, lo cual se basa en el trabajo y esfuerzo individual. La posesión es trabajo, y el desarrollo personal, familiar, social y nacional se funda en ello. La obligación de producir y explotar la riqueza es un imperativo que surge de la colectividad misma para evitar que los recursos sean desperdiciados y abandonados. Por su parte, la posesión representa la situación dada, el *statu quo*, la estabilidad de las relaciones sociales y económicas que llegado un punto en el tiempo dan lugar al mejor título adquisitivo⁵.

2. NATURALEZA DE LA USUCAPIÓN

La usucapión puede catalogarse como HECHO JURÍDICO PRECLUSIVO, esto es, que pone fin a los debates interminables sobre la legalidad de las adquisiciones, pues **dentro de un razonable marco de tiempo transcurrido** el Derecho legítimamente deduce que del pasado remoto no sobrevive ningún interés jurídico que solicite su garantía (el del antiguo dueño); y mas bien se manifiesta como preferente el interés encarnado por la situación de hecho presente (el del poseedor). Para superar este conflicto, el ordenamiento crea un mecanismo de prueba absoluta de la propiedad por la que todos los debates potenciales o reales sobre la titularidad de los bienes quedan concluidos⁶.

De la misma opinión, aunque más coloquial, es Albaladejo: *“El fundamento de la usucapión se halla en la idea (acertada o no, pero acogida por nuestra ley) de que, en aras de la seguridad del tráfico, es, en principio, aconsejable que, al cabo de determinado tiempo, se convierta en titular de ciertos derechos quien, aunque no le pertenezcan, los ostenta*

⁵ Con inmejorables palabras: “La ontología de la propiedad es social y colectiva. La propiedad –el territorio y las cosas- son realidades ontológicamente comunes, que parten de la apropiación colectiva de un territorio (soberanía). La propiedad privada procede del reparto (es redistributiva). Por eso la usucapión puede considerarse de esencia en la definición de la propiedad privada, porque define la propiedad como lo dado, del cual debemos partir, la esencia misma del orden, el substrato inamovible definitorio de lo jurídico en sí”: ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio. *Curso de Derechos Reales*, Editorial Comares, Granada 2005, pág. 92.

⁶ “En presencia de una situación de hecho que expresa un interés real y actual, y a falta de hechos que, **dentro de un razonable marco de tiempo transcurrido**, demuestran la real vigencia de una situación jurídica incompatible, el Derecho legítimamente deduce que del pasado remoto no sobrevive algún interés jurídico el cual exija y amerite su garantía, en preferencia del interés manifestado por la situación de hecho presente. Para superar el eventual conflicto entre la situación jurídica nueva y el estado jurídico preexistente y, al mismo tiempo, **para tener en cuenta la hipótesis opuesta de total coincidencia entre ellos**, el Derecho se vale de efectos jurídicos que cubren la alternativa de la innovación y de la conservación y que por su eficacia se diferencian sea de los hechos exclusivamente constitutivos, sea de aquellos exclusivamente declarativos”: FALZEA, Ángelo. *Voci di Teoria Generale del Diritto*, (Voz: Efficacia Giuridica), Giuffrè Editore, Milán 1985, pág. 410.

como suyos, sin contradicción del interesado. Todo lo demás, que se diga sobre el fundamento de la usucapión, son músicas”⁷.

Por tanto, la usucapión busca poner punto final, cierre y clausura a los debates sobre la titularidad de los derechos; por tal razón, se le considera un hecho jurídico preclusivo, que agota la controversia sobre el dominio.

La ventaja de todo ello es doble: se eliminan situaciones dudosas o litigiosas, que siempre son inconvenientes, y al mismo tiempo se incentivan los actos de inversión y de explotación económica del bien, pero una vez que ha cesado la incertidumbre⁸. Por ese motivo los fundamentos que explican la usucapión normalmente son dos, y tienen directa relación con la naturaleza de este instituto jurídico, cuál es, una situación activa que encarna el aprovechamiento efectivo de la riqueza, la del poseedor, y otra situación abstencionista, emanada del propietario, de quien no hace nada por recuperar la posesión del bien y sin plantear, siquiera, la reclamación judicial por la cosa. Así, se dice que la usucapión se justifica como premio a quien usa y disfruta de los bienes, explotándolos y aprovechándolos pues esa es la razón última que subyace tras el reconocimiento de los derechos reales (motivo objetivo). Por otro lado se dice que la usucapión es un castigo al propietario inactivo y cuya conducta produce daño a la economía en general pues deja que la riqueza se mantenga improductiva (motivo subjetivo).

3. ELEMENTOS GENERALES QUE DEFINEN LA USUCAPIÓN: POSESIÓN, TIEMPO E INACCIÓN

La exigencia de soluciones razonables, alejada de dogmatismos, obliga a reconocer la usucapión como el último mecanismo de certeza de las relaciones patrimoniales sobre las cosas. Siempre se requiere un instituto de cierre o de clausura que impida continuar con los debates interminables. El fin de las discusiones es ya, de por sí, un bien que el ordenamiento jurídico alienta y necesita para lograr sus objetivos de paz, estabilidad, mantenimiento del orden, incentivo del trabajo y esfuerzo, entre otros no menos valiosos. Ahora bien, para que se constituya la prescripción adquisitiva se requiere de la posesión como **elemento de justicia**, y de un

⁷ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *La Usucapión*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, Madrid 2004, Pág. 14.

⁸ El padre de la antropología moderna, el eminente jurista inglés, profesor de Oxford, Henry Sumner MAINE (*El Derecho Antiguo*, Tomo II, pág. 65), ha dicho que la usucapión es una regla de oro legada para siempre por la jurisprudencia romana, y por medio del cual la falta de regularidad del título de propiedad queda siempre salvada, por lo que la propiedad y la posesión pueden volver a reunirse en una sola mano; luego agrega que por algo este instituto ha subsistido y se mantiene incólume en el Derecho comparado.

largo período de tiempo como **elemento de seguridad**. Por último, también debe presentarse la inacción del propietario, quien no reclama jurídicamente la devolución del bien poseído por un tercero, y que constituye un **elemento de sanción**, pues la actitud negligente, abstencionista e improductiva del dueño justifica la pérdida del dominio aun en contra de su voluntad. Es la causa dogmática por la cual se entiende y comprende la expoliación que sufre el titular; y siendo ello así, existe una cuestión de justicia material implicado en ese hecho.

¿Y por qué se escoge la posesión como base de justicia para la usucapión o elemento característico? La razón es muy simple: la posesión es la realidad misma y efectiva del derecho; por eso la mejor doctrina señala que **la propiedad se justifica gracias a la posesión**, ya que el título formal es solo un medio para lograr la finalidad intrínseca de cualquier derecho real, cuál es, el aprovechamiento y disfrute máximo de los bienes, lo cual significa poseerlos. Por tanto, si desde una perspectiva axiológica el fin se encuentra en grado superior al medio, entonces es evidente que la posesión se encuentra en situación de primacía sobre la propiedad, ya que ésta existe y se reconoce para hacer efectiva a la segunda⁹. El art. 923 CC define la propiedad como el poder jurídico que confiere las facultades de uso y disfrute, entre otras. Por tanto, la propiedad permite poseer en forma legítima; por lo que la primera es el medio para lograr la segunda, que viene a ser su finalidad. De esta manera, además, se eliminan los propietarios meramente abstencionistas, que no dan contenido social o económico a los bienes y los dejan improductivos. **La riqueza material tiene como finalidad que el sujeto la aproveche para crear más riqueza en beneficio general; pero si alguien abdica de ejercer el contenido mismo de la propiedad, y peor aún, un tercero posee ese bien, entonces debe considerarse que la situación preferente es la del poseedor.**

Por tal motivo, resulta evidente que la usucapión o adquisición por posesión no puede ser erradicada del Derecho, ya que en ella está la ontología misma, la razón de ser de la propiedad, por encima del formalismo¹⁰.

Por otro lado, la usucapión requiere de un tiempo bastante extendido, pues de esa manera se permite que el propietario pueda equilibrar nuevamente

⁹ SACCO, Rodolfo y CATERINA, Raffaele. *Il Possesso*, Giuffrè, Milán 2000, pág. 9.

¹⁰ Algunos sostienen que la usucapión debe ser removida totalmente a favor del Registro, pues “no se puede admitir el despojo”. La idea es simplemente absurda, pues la propiedad toda está llena de guerras de conquista, invasiones, usurpaciones, fraudes, abusos, despojos, abandonos, olvidos, etc. Es muy difícil pensar que un solo pedazo de tierra no haya pasado por alguna de estas patologías. Para eso surge la usucapión como hecho jurídico calificado de PRECLUSIVO, esto es, que pone fin a los debates interminables sobre la legalidad de las adquisiciones

las cosas a través del ejercicio de las acciones de recuperación de la posesión (reivindicación). Si luego de todo ese tiempo se mantiene la tensión entre el titular formal desprovisto de iniciativa económica frente al poseedor que invierte y produce, entonces la solución a favor de este último se impone por sí misma¹¹. La usucapión reconoce en el tiempo a su más poderoso aliado. En palabras del jurista alemán WINDSCHEID: *“el tiempo es un poder al cual ningún ser humano puede sustraerse; lo que ha existido largo tiempo nos aparece, sólo por eso, como algo firme e inmovible y es un mal defraudar las expectativas que crea”*¹².

El tercer elemento de la usucapión lo constituye la inactividad del titular, cuya conducta improductiva y negligente merece una sanción del ordenamiento, cuál es, la extinción de dominio cuando ello vaya unido a la posesión de un tercero. De esta manera no estamos ante una solución de pura seguridad, sin que existan consideraciones de justicia material implicadas en el hecho. Por el contrario, la inactividad es una sanción en contra del titular que se debe a él mismo y su desidia; por tanto, el ordenamiento se siente tranquilo cuando expolia a un sujeto por sus propios actos que se hallan en contradicción con los principios que inspiran la regulación jurídica de los bienes y la riqueza en general. En consecuencia, el tercer elemento es el fiel de la balanza que la inclina a favor del poseedor.

Desde nuestra perspectiva, no es posible imponer soluciones de “justicia formal” a rajatabla, esto es, proclamar la verdad dogmática de las adquisiciones derivativas (y del registro, por ejemplo) y olvidarse de las situaciones contradictorias, los estados de hecho, el cierre definitivo de los debates, la seguridad jurídica, etc.

Nótese que los elementos definatorios de la prescripción adquisitiva se encuentran vinculados con los propios fundamentos que la justifican. En efecto, se dice que la usucapión premia la conducta económicamente valiosa del poseedor pues un bien entra del circuito de uso, disfrute y producción; lo cual está vinculado con los requisitos de posesión por un tiempo determinado. Por otro lado, la usucapión se justifica, también, como sanción al propietario descuidado, lo que se encuentra relacionado con el

¹¹ Sin embargo, en opinión nuestra, lo que sí puede ser criticable en nuestro ordenamiento es el plazo legal extraordinario de diez años para que opere la usucapión, el cual es REDUCIDO según un análisis comparativo con los sistemas jurídicos nacionales más representativos, y lo que permite sospechar, obviamente, que en ese tiempo se puedan mantener las contradicciones entre el interés de quien pretende conservar el derecho y el interés del que busca la preclusión del debate. Sobre este punto, el del plazo, sí merece pensarse en serio una reforma legal.

¹² DÍEZ PICAZO, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Ed. Civitas. Madrid 1995. Tomo III, pág. 699.

requisito de inactividad del propietario en la reclamación jurídica de la cosa¹³.

4. BASE CONSTITUCIONAL DE LA USUCAPIÓN

Ha surgido hace poco una posición singular sobre los fundamentos de la usucapión, y por la cual se pone en entredicho la constitucionalidad de esta figura cuando sirve para que un sujeto se convierta en domino por efecto de la posesión durante el tiempo legalmente establecido. En todo caso, la prescripción adquisitiva solo podría admitirse si el usucapiente es el verdadero propietario con problemas de titulación o de falta de pruebas acreditativas de su derecho, pero nunca podría utilizarla el poseedor en contra del titular. El citado autor se pronuncia de la siguiente manera en distintas partes de su polémico trabajo¹⁴:

- *“Emocionadas afirmaciones sobre la usucapión provienen, al decir de las citas a pie de página, de igualmente emocionados españoles ochenteros. Ellos comentaron su sistema legal cuando el Muro de Berlín aun cortaba los vientos del Este. ¿Tiene la usucapión el mismo fundamento ahora que en los años setenta u ochenta? ¿Los fines de una figura que sustrae la propiedad de su dueño, son los mismos ahora que en tiempos de la Constitución de 1979 o cuando regía el Estatuto Revolucionario del General Velazco? Opino que no. Las figuras del Derecho Patrimonial están en constante movimiento. De ellas menos que de ninguna se puede exigir universalidad y permanencia”.*
- *El fundamento o fines de una figura tan grave como la usucapión no puede prescindir del régimen constitucional en el cual se ubica. La*

¹³ La usucapión tiene plena vida en el *Common Law*, aunque con el nombre de *adverse possession*, que bien puede traducirse como “posesión contradictoria”, lo cual implica que se trata de una posesión en contradicción al título del propietario. Eso seguramente provocará angustia y asombro en nuestros economicistas, acostumbrados a denigrar de la prescripción adquisitiva, aun cuando sean fervientes admiradores de la tradición jurídica anglosajona.

En el Derecho inglés, por ejemplo, se admite la usucapión contra el registro luego de doce años según la LAND REGISTRATION ACT de 2002, aunque el sistema es bastante detallista y complicado, de acuerdo a la conocida complejidad del régimen de propiedad en ese país, el que tiene un origen histórico feudal. Sobre el particular puede verse: RIDALL, J.G. *Land Law*, 7º edición, Lexis Nexos UK. Londres 2003. pág. 587 ss.

Por su parte, en el Derecho de Irlanda, fuertemente inspirado por el sistema inglés, el plazo de la *adverse possession* es también de doce años a favor del poseedor en concepto de dueño (*squatter*), según el STATUTE OF LIMITATIONS (Ley de Restricciones) de 1957: COUGHLAN, Paul. *Property Law*, 2º edición, Gill & McMillan Ltd. Dublín 1998. pág. 212 ss.

¹⁴ MEJORADA CHAUCA, Martín. “Fundamento de la usucapión, a propósito del Pleno Casatorio No. 2229-2008-Lambayeque”. EN: *Diálogo con la Jurisprudencia*, Gaceta Jurídica, Número 132, Septiembre 2009, pág. 53- 54.

usucapión, cuando realmente se produce es una excepción a la protección de la propiedad. Este derecho tiene el alcance que señala la Constitución vigente del Perú, no el que dicen los respetados profesores españoles sobre su propio sistema y Constitución de los ochenta”.

- *“En la Constitución actual el tratamiento de la propiedad es radicalmente diferente al pasado. El artículo 70 de la Carta Magna describe una protección especial y contundente. La propiedad es inviolable. A nadie puede privarse de ella sino exclusivamente por expropiación pagada y previa calificación del Congreso. Es la garantía del régimen económico que se sustenta en el incentivo de la actividad privada”.*
- *“La Constitución ni siquiera la menciona y ciertamente no es un caso de expropiación. En esta circunstancia la usucapión es una figura en permanente sospecha. Su deseable legitimidad solo se sustenta en lo excepcional del efecto traslativo. No es admisible que el sistema legal utilice la usucapión como la fórmula legal de adquirir el dominio, por más posesión que exhiba el usucapiente. Lo contrario es relajar la protección de la propiedad”.*
- *“Si el sistema legal quisiera un régimen de circulación basado en el hecho de la explotación de los bienes y en la sanción de los dueños desatentos, lo podría hacer pero necesitaría un marco constitucional diferente”.*
- *“En la práctica el fundamento equivocado de la prescripción conduce a una actitud permisiva hacia la figura, cuando ésta es invocada por poseedores que ocupan bienes originalmente ajenos. Además, se puede convertir peligrosamente en una vía ordinaria para adquirir propiedad, lo cual es a todas luces inconstitucional. Por el contrario, entender la usucapión en los términos que planteo obliga a ser muy riguroso en la prueba de la posesión, siendo restrictivo con usurpadores y sinvergüenzas (sic) que pretenden hacerse de lo ajeno”.*

No puedo compartir ninguna de las consideraciones antes expuestas. En principio, la propiedad dejó de ser, hace mucho, el símbolo del individualismo a ultranza, por lo cual solo era de esperar la tutela del propietario. Todos los otros intereses, incluso los de alcance general o social, simplemente no importaban. La propiedad sigue siendo un derecho individual, que garantiza una rentabilidad mínima al titular de acuerdo a la

naturaleza del bien, pero ahora, y desde hace bastante tiempo, se exige e impone que tenga proyección social, esto es, que atiende a los fines generales y sociales de la colectividad. La propiedad no es una isla fuera del contexto social, ni sirve para los objetivos individualistas y egoístas de un propietario encerrado en su mundo de acumulación de riquezas.

La opinión transcrita nos transporta al tiempo del liberalismo salvaje, en donde solo se protegía la situación del propietario y su voluntad omnipotente. En efecto, las sociedades burguesas del siglo XIX construyeron un derecho privado basado en la igualdad formal, la libertad de contratación y la inviolabilidad de la propiedad. Es decir, un liberalismo en lo económico, sin correlato en lo político, pues se trataba de Estados con democracias de fachada, o simplemente autoritarios. La economía avanzaba, aunque la política no; y por esa razón los Códigos Civiles ultra-liberales resultan más importantes que la Constitución¹⁵. Con el reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona, de la igualdad de oportunidades, de un Estado centrado en brindar servicios generales para el bienestar de sus ciudadanos, entonces la relación se invierte y la Constitución pasa a un puesto de centralidad que antes no tuvo.

Siendo ello así, resulta insólito que en plena época de constitucionalismo, y de primacía de los valores fundamentales, se pretenda regresar a concepciones liberales ya superadas. La Constitución no podría tolerar que la defensa del sujeto propietario arruine a un país entero, solo por defender la etiqueta formal de que “la propiedad es inviolable”. La libertad de los Códigos decimonónicos es una que reconoce un espacio de soberanía, y de abusos, a los individuos, ya que veta la intromisión estatal. Por el contrario, las libertades en las Constituciones modernas tienen contenido social, pues no permite autarquías individualistas ni desapego al interés general. Por tanto, no se entiende como la usucapión era perfectamente válida en la concepción liberal extremista de los Códigos Civiles del XIX, pero en las Constituciones sociales modernas resulta sospechosa¹⁶. Cuando hubo mayor libertad de actuación para el propietario la prescripción adquisitiva no tenía problemas en ser admitida, pero resulta contradictorio sostener que cuando esa libertad está hoy sumamente restringida, entonces la figura tenga problemas de validez.

¹⁵ HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Editorial Civitas, traducción del alemán de Ignacio Gutiérrez, Madrid 2001, pág. 38-39.

¹⁶ PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*, revisado y puesto al día por Manuel Carrasco Durán, Marcial Pons, 11ª edición, Madrid 2007, pág. 73 ss.

Nuestros críticos seguramente dirán que, con la imposición de un deber de disfrute de los bienes y la necesaria exigencia de custodia para evitar las usurpaciones, se genera inseguridad jurídica, se desincentiva la inversión, se paraliza el circuito económico y se frustran operaciones que serían ventajosas. Ello implicará que la propiedad de la tierra aumente significativamente de precio, por lo que finalmente serán perjudicados todos aquellos que desean adquirir legalmente una parcela. Esta contradicción, antelada, no nos convence. En primer lugar, no existe ningún estudio empírico, ni dato de la realidad, que muestre con cifras en la mano que el reconocimiento de la usucapión es contraproducente con la economía liberal.

Mas bien, debe sostenerse lo contrario, ya que la prescripción adquisitiva permite regularizar posesiones largamente consolidadas y otorga seguridad jurídica a los derechos de propiedad; todo ello es muy conveniente a la economía de mercado. En segundo lugar, la reducción de costos “para beneficiar a los consumidores” no puede ser el modesto fin que guía todas las decisiones económicas. Si ello fuera así, entonces habría que generalizar la explotación laboral infantil o en régimen de semi-esclavitud, o simplemente eliminar todos los beneficios laborales y reducir las remuneraciones hasta el nivel de estricta subsistencia, que es precisamente lo que observó Marx en la Inglaterra del siglo XIX, y que fue la causa de la degradación vital de una serie de generaciones¹⁷. Por tanto, es necesario evitar el reduccionismo que sufren hoy la economía, y también el derecho, la moral y la política, en la pretensión de reducir los costos para “beneficio del consumidor”. Solo reducir costos para lograr una vida miserable, sin valores ni dignidad, no puede justificarse.

El mundo creado a partir de la ficción de que la libertad absoluta lleva al bienestar, y que los mercados se regulan por sí solos, sin ninguna intervención estatal, es una fantasía derrumbada ante nuestros propios ojos por virtud de la crisis financiera internacional del año 2008 y de la que todavía sentimos sus efectos. La realidad nos muestra que los mercados simplemente no pueden autorregularse, pues el desmedido afán de lucro de sus actores destruye todo, incluso la lealtad y la honestidad; y sin esos valores, que deben nacer de la regulación estatal cuya función es garantizar

¹⁷ La constatación de que el liberalismo decimonónico degradó al ser humano no merece ni siquiera discusión. “En definitiva, la sociedad capitalista era, para Marx, la sociedad del hombre alienado, de la dominación del objeto sobre el sujeto. Se trataba de un estadio de la sociedad en la que el hombre no era verdaderamente humano y, por tanto, todas las conquistas que tenían lugar aquí, por importantes que fueran, tenían un carácter limitado, insuficiente”: ATIENZA, Manuel. *Marx y los Derechos Humanos*, Palestra Editores, Lima 2008, pág. 168.

el bien común, no se puede construir ningún sistema institucional sólido y confiable¹⁸.

El propietario no vive solo, ni su riqueza se origina por esfuerzo exclusivamente suyo. Esa circunstancia sí justificaría la omnímoda voluntad del titular para hacer y deshacer. Pero ello no es cierto, por lo que el absolutismo del dominio no puede mantenerse. El propietario disfruta de bienes económicos por obra de muchos factores ajenos a él, tales como la protección del Estado, la actuación reguladora y controladora de la Administración; las obras y construcciones realizadas por la comunidad; el esfuerzo conjunto de las generaciones pasadas y de la presente, etc. Es correcto sostener, entonces, que la propiedad está afecta a una hipoteca social pues la riqueza debe aprovecharse de una u otra manera a todos los individuos, y no a unos pocos. De esta forma quedan descartadas las opciones ideológicas que buscan defender una propiedad exclusivamente individualista y sin la raíz social sobre la que necesariamente se asienta y justifica.

En efecto, la riqueza material se reparte entre los ciudadanos para satisfacer necesidades que van desde el orden moral hasta el económico. Pero esa atribución de bienes solo se justifica en tanto y en cuanto se haga un efectivo uso y disfrute sobre los mismos. La propiedad improductiva no tiene razón alguna para merecer protección ni defensa, pues no solo carece de interés para el dominio, sino además constituye un atentado contra el interés general de aprovechar los bienes, crear riqueza y aumentar el beneficio de todos. ¿Quién gana con un titular ausente? El propietario, no. La sociedad, tampoco. El Estado, menos, pues hay menos impuestos por recaudar y redistribuir. Por tanto, ¿cuál es la razón política, jurídica o moral para mantener una situación de ese tipo? La respuesta es que no existe ninguna razón, por lo cual **resulta una manifiesta inmoralidad que un titular conserve la propiedad a pesar de su continuada renuncia al goce del bien**. Así, mientras unos muchos se mueren de hambre (y aunque parezca increíble, en pleno siglo XXI, todavía millones de seres humanos simplemente mueren por esa causa terrible e inicua; sin contar aquellos que lo hacen por enfermedades perfectamente curables o por accidentes producto del lucro desmedido), otros pocos quieren “mantener el dominio”

¹⁸ Uno de los patriarcas de la Nación Americana, Thomas Jefferson, opinó en 1802 sobre el exceso de poder de las entidades privadas, específicamente las bancarias: “Pienso que las instituciones bancarias son más peligrosas para nuestra libertad que ejércitos enteros listos para el combate. Si el pueblo americano permite un día que los Bancos privados controlen su moneda, los Bancos y todas las instituciones que florecerán en torno a ellos, privarán a la gente de toda posesión, primero por medio de la inflación, luego por la recesión, hasta el día en que sus hijos se despertarán sin casa y sin techo, sobre la tierra que sus padres conquistaron”.

Luego de más de dos siglos la profecía se cumplió. La Banca sin límites ni restricciones, fue la causante directa de una crisis económica global casi sin precedentes, solo comparable con la de 1929.

a pesar que no les interesa su uso, y probablemente estén más dedicados a seguir con la acumulación de riquezas¹⁹.

El art. 70 de la Constitución de 1993 dice claramente que la propiedad “se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley”. Nótese, por tanto, que la propiedad está sujeta al “deber de ejercicio”, esto es, de usar, disfrutar, aprovechar y explotarse. En consecuencia, el domino no tiene libertad absoluta para ejercer o no su derecho, pues claramente la norma fundamental lo condiciona a que se respete el bien común. La propiedad se reconoce para usarse (véase la definición del art. 923 CC), y quien no lo hace entonces incumple el presupuesto que justifica la admisión de este derecho. La propiedad sirve para satisfacer el interés del domino en el aprovechamiento de la riqueza, pero la inactividad o ausentismo de éste no puede ser protegida en forma indefinida, pues en la práctica ello significaría extraer un bien del circuito económico, tal vez por desidia, negligencia o indolencia, pero siempre con grave daño a la economía y al interés general.

En tales circunstancias, pues, el domino no ejerce la propiedad en armonía con el bien común, sino en daño de la propia sociedad que en su momento le reconoció el derecho. Por ello, queda habilitada la sanción que la ley contempla expresamente por la infracción del deber constitucional, y que no es otra que la extinción del dominio. En resumen, la riqueza material es para usarse y producir el disfrute individual con el consiguiente beneficio colectivo; mas no para acumularse o coleccionarse en contravención del bien común.

Si la propiedad es un derecho individual, ello no obsta a reconocerle su proyección social. Como dice HERNÁNDEZ GIL, la “función social” de la propiedad, más que un concepto, es una idea o una intuición²⁰. En tal sentido, la teoría busca subrayar el aspecto social del hombre por encima del egoísmo abusivo e inhumano, pero desde un punto de vista estrictamente jurídico el concepto de “función social” no presenta matices claros por su excesiva generalidad, y muestra más un aspecto programático y emotivo²¹. Esa emotividad que sin dudas sustenta el concepto de “función

¹⁹ “A pesar del gran progreso material que prácticamente definió el siglo XX, seguimos viviendo en un mundo de desigualdades espectaculares. Si definimos el bienestar material en términos relativos, que se corresponden con la manera en que la gente suele evaluar su situación económica, las cosas no han cambiado mucho en los últimos cien años. Los ingresos y la riqueza, como a finales del siglo XIX, están altamente concentrados en unos pocos países, y en grupos pequeños de elite en casi todos los otros países. Lo que es más, con algunas excepciones notables, la lista de países ricos a finales de siglo era muy parecida a la de principios de siglo (..) La falta de cambio llama ciertamente la atención”: McEWAN, Arthur. *¿Neoliberalismo o Democracia?*, Intermón Oxfam, Barcelona 2001, pág. 15.

²⁰ HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Obras Completas*, Espasa Calpe, Madrid 1987, Tomo IV, pág.48.

²¹ ALVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio. *Curso de Derechos Reales*, Op. Cit., Tomo I, pág. 40.

social” no es ajena al Derecho, y en eso también discrepamos de la opinión comentada. En efecto, el discurso jurídico esconde una ideología. Es el caso evidente del Análisis Económico del Derecho en donde se privilegia en forma clara y explícita los valores del liberalismo y de la eficiencia económica²². Se trata, por tanto, de una doctrina confesadamente sin moral y sin valores superiores al del simple cálculo costo-beneficio. En palabras de Ihering, con respecto a su histórica polémica sobre la patrimonialidad de la obligación, solo son relevantes “los intereses del bolsillo”. El Derecho es mucho más que “un conjunto de normas”, en donde los fines no interesan y la Moral hay que mandarla a la Religión. Es decir, se trata de un positivismo ahistórico, cuando en realidad se impone hablar de los valores fundamentales de la sociedad. En este punto, **el discurso del derecho no puede prescindir de la moral y de otras cuestiones**; y hasta quienes lo critican lo terminan utilizando. Por eso, los críticos de la usucapción terminan usando consideraciones morales en defensa del capitalismo y la economía de mercado²³.

La usucapción o prescripción adquisitiva tiene perfecto asiento constitucional, en cuanto se trata de un instituto que armoniza el interés individual con el bien común. Una cosa es que la figura jurídica no sea mencionada textualmente por su nombre en la norma fundamental, y otra muy distinta es que los fines de dicha institución sí se encuentren contemplados en la Constitución, y que por ello exista la necesidad de una ley que la desarrolle con profusión.

La cláusula del bien común autoriza a que el Estado intervenga en la propiedad privada con el fin de adecuarla a los intereses colectivos y sociales; pero también permite limitar el absolutismo propietario respecto de las distintas formas y modos de ejercer el dominio. Por ello, es perfectamente legítimo y constitucional que la ley imponga implícitamente el deber de usar los bienes, ya que de esa manera se armoniza el interés privado con el bien común. En efecto, así se satisface la necesidad colectiva de reconocer la riqueza a quien la aprovecha, y que en base a ello

²² Para ellos, si en una sociedad se ha producido una ganancia neta de 200 entonces hay más eficiencia y el resultado es beneficioso. No interesa que los pobres hayan perdido (-100) y un solo rico lo haya ganado todo (300), pues la diferencia siempre es favorable para la creación de riqueza y eso es lo único que cuenta en la sociedad.

²³ Incluso los filósofos del derecho partidarios de la separación entre derecho y moral están conformes en rechazar la alternativa de Hans Kelsen, negativa de las normas morales universalmente aceptables, por ser demasiado radical y relativista. Cabe siempre la posibilidad de aceptar un objetivismo ético cuyo punto de partida se encuentra en el deber de satisfacer las necesidades básicas (naturales y derivadas) dentro de un marco de libertad individual. En todo caso, *“las posiciones que postulan una separación entre derecho y moral se ven enfrentadas con serios problemas, tanto a nivel conceptual como práctico. Además, sobre el juspositivismo, entendido como ideología de la justicia, pesan todos los inconvenientes vinculados con un relativismo ético radical”*: GARZÓN VALDÉS, Ernesto. “Algo más sobre la relación entre derecho y moral”. EN: VÁSQUEZ, Rodolfo (Comp.) *Derecho y Moral*, Ed. Gedisa, Barcelona 2003, pág. 158.

da lugar a un beneficio individual lícito y produce, además, un beneficio social materializado en la puesta en producción de un bien que genera más riqueza a la sociedad en su conjunto. Además del art. 70° de la Constitución, tenemos **los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por el Perú**, los cuales sirven como criterio interpretativo o complementario de las disposiciones de nuestro texto fundamental referido a los derechos y libertades (cuarta disposición final y transitoria de la Constitución de 1993). Siendo ello así, **debe recordarse que el art. 21.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José de Costa Rica, 1969), establece que la ley puede subordinar el uso y goce de los bienes al interés social**²⁴.

Hay que salir del causalismo económico que cree ver en la usucapión un incentivo a las invasiones. En realidad, la causa de la informalidad en la posesión de la tierra está en la existencia de amplios sectores sociales que viven en la pobreza extrema, y a los que el Estado simplemente ha olvidado pues no les brindó atención²⁵. No basta decir en forma rutinaria, y hasta inmoral, que la propiedad se respeta por sí misma y que las otras condiciones sociales no interesan en absoluto. La Constitución no solo protege el derecho subjetivo de propiedad, sino también la garantía institucional de acceder a ella. De esta forma se impone a los gobiernos de turno la obligación de establecer políticas que alienten de manera ordenada y no-abusiva el acceso de amplios sectores a la propiedad privada²⁶.

En tal sentido, el gran responsable de la situación de desorden creada es el Estado Peruano, que poco o nada ha hecho por establecer políticas públicas consistentes y duraderas para propiciar que amplios sectores de la población, especialmente los de menores recursos, cuenten con la

²⁴ Art. 21.- DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA:

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. **La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.**
2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.
3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.

²⁵ “Los pobladores usualmente pertenecen a sectores socioeconómicos pobres y no cuentan con una significativa cantidad de ahorros ni acceso seguro al crédito a través de instituciones financieras privadas. El muy bajo costo de acceso es uno de los principales fundamentos económicos en los que se sustentan las barriadas informales, dado que los pobladores no suelen disponer de suficiente capital para construir viviendas adecuadas a través del sector formal”: CARIA, Antonio Stefano. *Títulos sin desarrollo. Los efectos de la titulación de tierras en los nuevos barrios de Lima*, DESCO, Lima 2008, pág. 17.

²⁶ “Ha sido en efecto observado que la promoción de la adquisición de la propiedad entra en la más general obligación del Estado de realizar la igualdad sustancial de los ciudadanos. Ciertamente es, sin embargo, que esta obligación se especifica en relación a la adquisición de bienes de particular valor social (como la casa y la tierra) y la intervención puede ser realizado mediante intervenciones favorecedoras (financiamientos, exenciones fiscales, etc.)”: BIANCA, Massimo. *Diritto Civile 6. La Proprietà*, Giuffrè Editore, Milán 2005, pág. 184.

posibilidad de acceder a una vivienda de bajo costo. Aquí existe una desatención estatal sobre la que los sectores neoliberales no dicen una sola palabra, a pesar que la potestad de urbanizar, o crear ciudades, siempre correspondió al Estado, y no al propietario individual.

En el derecho decimonónico, la ideología liberal hace prevalecer una concepción sacrosanta de la propiedad, por virtud de la cual el propietario era un coto cerrado de atribuciones absolutas sobre el bien, entre lo que se incluía la urbanización y edificación. No extraña que en tal ambiente se considere legítimo que el propietario privado se apropie de las inmensas plusvalías producidas por el fenómeno del urbanismo, y a pesar que el Estado era quien afrontaba los gastos de equipamiento urbano, de dotación de viales y parques, de custodiar la salud pública, de instalar alcantarillados y otros elementos propios de la ciudad. Pues bien, mientras el Estado gastaba, el particular era quien acumulaba inmensas fortunas gracias al esfuerzo y trabajo de todos los ciudadanos que habían financiado el crecimiento de la ciudad y la necesidad de su ampliación.

No obstante, en Europa se reconoce comúnmente que la actividad de urbanización constituye una potestad pública, pues implica construir una malla urbana funcional y ecológicamente adecuada, con fines de interés general, por lo que rebasa las facultades del propietario individual. Es el caso de Alemania, Francia, Italia, Holanda y España, entre otras legislaciones, en donde se distingue la potestad de urbanizar, que corresponde propiamente al Estado, y la facultad de edificar en terrenos ya urbanizados.

Ni qué decir de los Estados Unidos, en donde se admite una acentuada intervención estatal sobre el suelo, a pesar de la ideología liberal. Hay un caso emblemático: Una ciudadana promedio, de raza negra, separada y con hijos, de escaso poder adquisitivo, no podía encontrar una vivienda adecuada en el Municipio de Mont Laurel, lugar de residencia de la familia desde hace siete generaciones, pues la zonificación nada había previsto respecto a viviendas de bajo costo. Pues bien, el tema llegó al Tribunal Supremo de Nueva Jersey, dando lugar a los famosos casos Mont Laurel I y II (1975 y 1983), en el cual se impone a las autoridades estatales y locales el establecimiento de las garantías del derecho a una oportunidad realista de vivienda asequible²⁷. ¿Qué dirán ante ello nuestros neo-liberales?

En el Perú, sin embargo, tenemos aún una legislación en la cual el propietario privado es el gestor de la urbanización, y es obvio que su

²⁷ LÓPEZ RAMÓN, Fernando. *Introducción al Derecho Urbanístico*, Marcial Pons, 2ª edición, Madrid 2007, pág. 82

principal interés es potenciar la especulación sobre la tierra, y no satisfacer el interés general en el crecimiento armónico del entorno urbano. Por tal razón, en nuestro caso la plusvalía de la urbanización va a parar en manos del propietario, a pesar que él no ha participado en los costos que significan el crecimiento de la ciudad y su necesidad de expansión.

Por tanto, un solo individuo, en contra del bien común, recoge los beneficios que toda la sociedad ha pagado, sin que asuma ningún riesgo o inversión que justifique el lucro obtenido. En tal sentido, hay grandes extensiones de suelo que no se urbanizan, pues se espera el mejor momento para la especulación. Lamentablemente mientras se siga privilegiando regular procedimientos administrativos, y no la función social de la propiedad en materia urbanística, esto es, privilegiar la forma por sobre el fondo, entonces seguiremos con una legislación liberal superada en casi todo sistema legislativo moderno. En efecto, el Derecho urbanístico, que estudia la regulación de los espacios habitables, se basa en la ordenación y planificación del territorio, lo que no puede quedar librado a la arbitrariedad de cada propietario, sino a la síntesis de las voluntades individuales representado por el Estado y sus distintos órganos²⁸.

Téngase en cuenta que el fenómeno de las invasiones de terrenos privados o públicos no se debe a que los peruanos sean “intrínsecamente informales” o “no les guste pagar, sino invadir”, pues ellas son explicaciones ingenuas o interesadas por ciertas ideologías ultraliberales. En realidad, a nadie le gusta invadir, ni pagar un cupo por acceder al asentamiento humano y luego abonar una cuota indefinida por protección o mantenerse en la asociación; ni vivir en situaciones de absoluta precariedad. Lo que ocurre es que la privatización del urbanismo, en contra del bien común, ha llevado a una especulación creciente e inmoral sobre un recurso escaso como el suelo, razón por la cual las ciudades han crecido en forma desordenada, ya que existían lotes y urbanizaciones para clases adineradas, pero no para los sectores más vulnerables. La salida a este problema pasa porque el Estado asuma su potestad urbanizadora con terrenos de su propiedad, o por expropiación, a bajo costo, sin interés lucrativo, y dando la posibilidad a que muchos peruanos accedan a la vivienda a un precio asequible. Si los pobladores advierten que no hay salida a su necesidad de contar con un lote de terreno formal, pero barato por interés social, entonces se empuja a la invasión.

Por tanto, el fenómeno de la informalidad de la tierra no se da porque el Estado permita las invasiones con la expedición de ciertas normas, sino que

²⁸ Véase: ASSINI, Nicola y MANTINI, Pierluigi. *Manuale di Diritto Urbanistico*, Giuffrè Editore, 3º edición, Milán 2007, pág. 73 ss.

el problema es anterior, e imputable al Estado, pues no se dio ninguna política general o consistente para asumir la potestad urbanizadora, y todo se entregó a la discrecionalidad de los propietarios privados y a su afán de lucro. El resultado es que ahora se dice que los pobres son los culpables de erosionar la propiedad privada, cuando en realidad el Estado nunca hizo nada para que esos pobres accedan a la propiedad en condiciones socialmente justas, y ahora se insiste en que ellos deben quedarse con las manos vacías a favor de un propietario ausente en el mejor de los casos, o muchas veces simplemente egoísta o especulador.

Las invasiones, o usurpaciones colectivas de terrenos públicos o privados, se producen a partir de los años cincuenta del siglo pasado, pero el tema ya estaba flotando en el ambiente desde mucho antes. Lo que ocurre es que nuestro Estado no tuvo la capacidad ni la visión de atajar el problema. Así lo demuestra el hecho, comprobadamente cierto, que en los años treinta se volvió frecuente el fenómeno de tugarizar las casas mediante su división en múltiples secciones, siendo que cada una de ellas era una simple habitación, sin embargo, ésta se lograba vender y existía un mercado para ello. Los propietarios de casonas encontraron un nuevo negocio de altísima rentabilidad, consistente en sub-dividir sus predios en múltiples partes, normalmente cada una de ellas era una habitación, y venderlo. Imagínense la necesidad de vivienda que debió existir en Lima, y en otras grandes ciudades, para llegar al extremo de que una persona pueda aceptar la indignidad de convivir con toda su familia en una habitación de 10 o 15 m², sin espacio, sin ventilación, sin privacidad, con falta de sanidad y de cualquier otro elemento que justifique una mínima calidad de vida²⁹.

Es clara la relación de causa-efecto que existe entre las independizaciones indignas de los años treinta con las invasiones de los cincuenta. Una persona que necesita un bien solo tiene dos mecanismos legales para obtenerlo: o lo compra o lo arrienda. No hay más. Pues bien, si los ciudadanos de la época se contentaban con la adquisición de habitaciones insalubres, eso demuestra la gran demanda que existía por cualquier espacio de suelo disponible. La explosión demográfica, aunado a la migración del campo a la ciudad, dio como resultado que las unidades de vivienda disponibles, sean las formales o las tugarizadas, no alcanzasen a cubrir la demanda. Ello empujó directamente a que se produzcan las

²⁹ Este hecho se puede constatar con una simple revisión de los Boletines Oficiales de Registros Públicos, de aquella época, en los cuales se da cuenta del problema social y urbanístico que surge con la independización hasta el infinito de los predios existentes. Por eso se pide la intervención del legislador para impedir que las llamadas independizaciones se realicen a sola voluntad del propietario. Si bien la Institución Registral advierte del tema desde su particular visión de las cosas, ello no puede dejar de significar el gravísimo problema humano que se estaba gestando en nuestro país por falta de una política de viviendas a bajo costo.

invasiones, ya que los pobladores, luego de una generación, ya no podían seguir habitando en un dormitorio, o simplemente ya no habían espacios para comprar o arrendar a costos acordes con la pobreza.

Esta situación compleja es la que no quiere ver el neo-liberalismo, encerrado en fomentar la inversión y la riqueza (de unos pocos) o en reducir los costos de transacción. El Estado, como principal responsable de la desatención inveterada de los desposeídos, tiene hoy, cómo lo tuvo en el pasado, la deuda moral de brindar una solución adecuada a un problema que él creó por su ceguera; y que los sectores de la época, y que eran quienes gestionaban ese mismo Estado, tampoco dieron atención.

En suma, **la prescripción adquisitiva de dominio tiene plena legitimación constitucional, pues se sustenta en la cláusula de “función social de la propiedad”, o la del “bien común” como le llama nuestro texto fundamental.** Esta cláusula permite la intervención del legislador ordinario sobre el derecho de propiedad, ya sea para moldearlo, configurarlo, reglamentarlo, restringirlo y también extinguirlo cuando se produzcan hipótesis que atentan contra el interés general. Si el bien común propende que la riqueza alcance a todos, mediante políticas redistributivas y de justicia social, entonces resulta intolerable que se deba proteger la situación de un propietario ausente y negligente, quien no solo renuncia a obtener provecho económico de la titularidad que el ordenamiento le ha reconocido, sino que además causa un daño general a la sociedad, pues permite que un bien no produzca lo que normalmente no debiera. En otras palabras, no puede tolerarse bajo ningún concepto que un propietario perjudique a todos por su desidia. Ello significaría que el interés individual, sin ninguna motivación legítima, se impone al interés general.

El Código Civil se limita a concretar y dar forma segura a una de esas modulaciones de la propiedad privada, cuál es, aquella que establece el deber implícito de disfrutar la riqueza material, y que recae en cabeza de los titulares del derecho. No es posible pensar, y en realidad nunca lo fue, en una propiedad individualista desconectada de su proyección o dimensión social³⁰. Sin embargo, en nuestro país, influenciado por un neoliberalismo ingenuo, todavía algunos se resisten a suscribir la anterior afirmación³¹. Por

³⁰ “El derecho de propiedad, como cualquier derecho subjetivo, presenta una vertiente individual y otra social. Esto es de Perogrullo. Nadie es Robinson Crusoe. Por tanto, siempre hay un proceso de ajustamiento con otras personas o con la colectividad (bien común/interés social/función social). Este ajustamiento da lugar a limitaciones en la propiedad con la consiguiente secuela de obligaciones y deberes. Entre ellos, en el caso de la propiedad del suelo, los deberes urbanísticos”. MARTÍNEZ VÁSQUEZ DE CASTRO, Luis. *La Propiedad en las Leyes del Suelo*, Thomson-Civitas, Madrid 2004, pág. 53.

³¹ Un ejemplo es la siguiente opinión: “Una empresa quería hacer una inversión inmobiliaria importante. Tenía que escoger dónde hacer esta inversión entre varios países de Latinoamérica y redujo sus opciones

ello se arguye toscamente que “la usucapión es inconstitucional pues la propiedad es inviolable”, cuando en realidad esa frase no pasa de una metáfora repetida desde la época superada del individualismo. ¿Cómo puede tomarse en serio que la Constitución sancione que la propiedad es inviolable, mientras que el derecho a la vida no lo es?³². En consecuencia, esa nefasta redacción debe concordarse con el art. 21 de la Convención Interamericana de los Derechos Humanos con el fin de llegar a un resultado acorde con las concepciones modernas del derecho: la propiedad es solamente un derecho patrimonial, económico, subordinado a la dignidad del hombre, y sujeto a grandes limitaciones para efecto de lograr una sociedad más justa e igualitaria, en la cual se protejan otros valores e intereses de mayor jerarquía. No puede aceptarse que todavía se siga utilizando la frase cliché contenida en el art. 70 de la Constitución para, en base a ella, arribar a conclusiones absurdas desde la perspectiva del Estado Constitucional y Social de Derecho.

Por lo demás, pensar que “eliminando a los usurpadores y sinvergüenzas” (sic) se logra proteger a la propiedad, no pasa de ser un discurso demagógico y, por tal motivo, falso. En efecto, en su larga historia todos los bienes han sido usurpados, invadidos, conquistados, objetos de estafa, etc., y si se derogase la usucapión, entonces habría que investigar los títulos hasta sus orígenes, por lo que ningún propietario estaría seguro³³. En algún

finalmente a Chile, Argentina y Perú. Los abogados peruanos trataron de explicarle qué quiere decir el artículo 923 del Código Civil. Según este artículo, la propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien, poder que debe ejercerse en armonía con el interés social. Cuando el inversionista pidió que le explicaran qué cosa quiere decir el <interés social>, la explicación no fue muy clara y la interpretación en la jurisprudencia nacional sobre cuáles eran los alcances de dicho término era virtualmente inexistente. No se le podía explicar a qué límites quedaba sujeto el ejercicio de su propiedad. El resultado fue que invirtió en Chile”: BULLARD, Alfredo. “Sobre el Código Civil y los dinosaurios”. EN: VVAA. *¿Por qué hay que cambiar el Código Civil?*, UPC, Lima 2001.

Sin embargo, el citado autor no dice que en Chile se consagra a nivel constitucional la cláusula de la “función social de la propiedad”, la cual se define en la propia Carta como aquella que “comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación” (art. 19). Véase: PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. *La Expropiación ante el Derecho Civil*, Editorial Jurídica de Chile, 2º edición, Santiago 1995, pág. 14.

Es decir, la supuesta empresa no entiende qué significa el “interés social” en el Perú, pero sí comprende perfectamente el significado de los “intereses generales de la Nación” en Chile. Al margen de lo anecdótico del ejemplo, y de su probable carácter especulativo, lo concreto es que en todos los países, incluso en los más liberales, siempre la propiedad privada está sujeta al bien común, al interés social o la función social, o como quiera llamársele.

³² “El exacerbado individualismo reinante en el siglo XIX y en la primera mitad del siglo XX que, como se sabe, es expresión de un momento histórico, condujo, como era natural, a una concepción predominantemente patrimonialista del Derecho. Lo que interesaba primordialmente al legislador, hombre de su tiempo, era la protección normativa de la propiedad individual, privada. Esta se erigió como el centro de atención de los sistemas jurídicos positivos. Baste recordar, como penosa anécdota, que en las Constituciones Peruanas de 1979 y 1993 se sigue aún considerando al derecho de propiedad como <inviolable>, situación que, paradójicamente, no se menciona tratándose de los derechos fundamentales de la persona, como son los derechos a su vida o a su libertad”: FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Los 25 años del Código Civil Peruano de 1984*, Motivensa Editora Jurídica, Lima 2009, pág. 137.

³³ Léase este bello pasaje de doctrina jurídica: “Las consideraciones sobre la inmoralidad de la prescripción se fundan en una fe dogmática en la existencia de la propiedad como ser en sí. Parte de una

momento la propiedad se originó, o transmitió, por medio de abusos o fraudes. Para satisfacer esta necesidad de seguridad jurídica es que nace la usucapión³⁴, y por eso cumple una importante función social en orden a las relaciones de tráfico patrimonial.

5. EL PROBLEMA DEL USUCAPIENTE CONTRA EL TERCERO REGISTRAL

El Registro establece y publica una presunción de titularidad, pero la realidad puede ser distinta en cuanto es otro quien posee la finca por un tiempo suficiente para ganar por usucapión. ¿Qué tiene más fuerza, el Registro con sus declaraciones formales, o la realidad de una posesión continuada? Aquí es necesario distinguir varias hipótesis³⁵:

- Si el conflicto se plantea entre el poseedor y el titular registral³⁶, prevalece sin dudas la usucapión.
- Si el conflicto se plantea entre el poseedor y el tercer adquirente³⁷, entonces algunos autores, especialmente españoles, han considerado que el respeto por la posesión se modera con la necesidad de amparar la seguridad del tráfico, por lo que resultaría vencedor quien se ampara en el principio de fe pública registral (art. 2014 CC).

La usucapión *contra tabulas* se produce cuando entran en conflicto dos derechos contradictorios: el primero, el de un tercer adquirente confiado en la exactitud del Registro y que sustenta su derecho en la transmisión producida a su favor por el titular registral. Además, para ser protegido este

creencia en la tradición universal de la propiedad desde un origen verdadero e incuestionado (¿el testamento de Adán?, ¿una ocupación primera de lo que no tiene dueño?, ¿la donación de la tierra por Dios a un pueblo elegido?). Pero para tener fe en la propiedad como ser en sí, no solo hay que definir unos orígenes incuestionados, también hay que definir una transmisión incuestionada. Así desde unos orígenes ciertos la transmisión de la propiedad se pretende fundar después en la sola voluntad del propietario como causa de transmisión de la propiedad. Pero luego resulta que el derecho civil ni define unos orígenes seguros, ni ofrece un instrumento incuestionado de garantía de la titularidad en las transmisiones. Por eso la usucapión se convierte en el gran principio de certeza de un derecho civil de orígenes e instrumentos inciertos”: ÁLVAREZ CAPROCHIPI, José Antonio. *Curso de Derechos Reales*, Editorial Comares, Granada 2005, pág. 92.

³⁴ CALEGARI DE GROSSO, Lydia. *Usucapión*, Rubinzal-Culzoni Editores, 2º Edición, Santa Fe 2006, pág. 36.

³⁵ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, Op. Cit., Tomo II, pág. 138-140.

³⁶ La hipótesis es la siguiente: A es propietario inscrito, y antes o posteriormente a su inscripción B empieza a poseer. No hay tercero porque es el mismo A quien permite o tolera la posesión ajena.

³⁷ La hipótesis es la siguiente: A es propietario inscrito, y luego de ello B comienza a poseer hasta llegado un punto en que deviene adquirente por usucapión o está a punto de lograrlo, pero de eso no consta manifestación alguna en el Registro. En este momento A vende a C quien inscribe. Aquí queda planteado el problema de este acápite: por un lado tenemos al usucapiante (o casi tal) B, y por el otro lado está el tercero C que adquiere confiado en el registro.

tercero debe contar con un título oneroso y actuar de buena fe, siendo que en el Registro no debe constar causal alguna de resolución, rescisión o invalidez. El segundo derecho en conflicto es el del usucapiente que ha cumplido los requisitos legales para adquirir por prescripción, pero que obviamente no ha inscrito su derecho. En este caso, el usucapiente es un poseedor cuya posesión es continua, pacífica, pública y como propietario por el término de diez años.

Conforme se puede apreciar, el usucapiente es un adquirente extrarregistral, cuyo derecho no aparece en los libros del registro, y de esta forma la usucapición consumada convierte en INEXACTA la información registral, pues se ha producido el decaimiento del derecho de propiedad del titular registral a favor del usucapiente. Si éste consigue inscribir su derecho en el Registro, el contenido de exactitud e integridad de los asientos se habrá subsanado. En cambio, cuando este usucapiente no inscriba su adquisición, podrá ocurrir que un tercero confíe en los asientos registrales y adquiera de quien aparece como titular en los libros, con lo cual se producirá el conflicto de dos adquirentes: uno, tabular, que buscará ampararse en la fe pública del Registro de cumplirse los requisitos señalados por el artículo 2014 del Código Civil; y el otro, extrarregistral, pero amparado en una larga posesión.

La usucapición es un hecho que permite el goce y disfrute de la cosa, sin necesidad de un título formal que ampare la posesión. En esa perspectiva es más fuerte que el derecho mismo, pues luego de un prolongado período de tiempo el poseedor deviene en propietario.

En tal sentido, *“el hecho de la posesión representa una realidad social innegable, y el comportarse como el verdadero propietario durante un largo período, tiene consecuencias que el derecho no puede silenciar. Ya Dn. Antonio Hernández Gil ha señalado que la posesión cumple una verdadera <función social>, y el derecho no puede estar ajeno a esa realidad, por lo que deberá terminar admitiendo la usucapición de automotores, incluso por aquellas personas que no figuran como titulares inscritos”*³⁸.

Enseguida veremos un conjunto de razones por las cuales siempre deberá imponerse la usucapición.

³⁸ MOISSET DE ESPANÉS, Luis. *Prescripción*, Op. Cit., pág. 110 ss.

Nótese que el registro de automotores argentino es constitutivo, pero aun así se impone la prudencia en esta materia, pues se permite sin dudas la usucapición contra tabulas.

5.1 EL ART. 952 CC ES APLICABLE PARA SOLUCIONAR ESTE CONFLICTO, Y NO EL ART. 2014 CC

El principio de fe pública se presenta cuando el título del transmitente se halla afectado por alguna causal de nulidad o ineficacia **contractual o negocial** que puede originar un efecto de nulidad en “cadena” respecto a los actos sucesivos. Por ejemplo, A (titular inscrito) vende a B. Luego, B vende a C, y ambos adquirentes inscriben sucesivamente sus títulos. En tal caso, la eventual nulidad de la venta entre A-B, aunque se declare judicialmente, no producirá el efecto de privar a C de su adquisición, si la causa de nulidad (por ejemplo: falta total de consentimiento o ilicitud de la causa del contrato) no constaba en el Registro. Otro ejemplo sencillo: A vende a B una finca estableciéndose como condición resolutoria que si B no edifica en el plazo de cinco años el contrato quedará resuelto y volverá la finca a poder de A (lo cual obviamente implica también que éste devuelva el precio a B). Si este pacto figuró en el documento privado de venta, pero no se incorporó por acuerdo de las partes a la correspondiente escritura, a pesar de que A y B quisieron mantener su vigencia, entonces el Registro se limitará a inscribir la escritura sin el pacto resolutorio. Si en estas circunstancias B vende la finca a C, éste no se verá afectado por una eventual resolución del contrato de compraventa entre A y B, ya que no se le permitió conocer la existencia de dicha condición, la cual quedó oculta.

En general, estos conflictos se resuelven teniendo en cuenta la confianza en el contenido del Registro, reputándola como verdad presunta, de tal suerte que nadie podrá ser privado del derecho adquirido aunque luego se compruebe que el título del transmitente adolecía de algún vicio invalidante, o aunque dicho título, válido en un principio, quede más tarde sin valor³⁹. Conforme ya lo hemos señalado, nuestro sistema jurídico contempla en forma expresa esta figura en el artículo 2014 del Código Civil.

El artículo 2014 establece los requisitos necesarios de protección para el tercero “cualificado” de la fe pública⁴⁰:

³⁹ ANGEL YAGÜEZ, Ricardo de. *Apariencia jurídica, posesión y publicidad inmobiliaria registral*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao 1982, pág. 119-120.

⁴⁰ La Corte Suprema ha exigido reiteradamente el cumplimiento de estos requisitos para otorgar la protección legal. En una sentencia expedida con motivo de la Casación No. 695-99 se dijo lo siguiente: “... Para la aplicación del principio de buena fe registral deben concurrir copulativamente los siguientes requisitos: a) que el adquirente lo haga a título oneroso; b) que el adquirente actúe de buena fe tanto al momento de la celebración del acto jurídico del que nace su derecho, como al momento de la inscripción del mismo; buena fe que se presumirá mientras no se acredite que tenía conocimiento de la inexactitud del registro, es decir, se trata de una presunción iuris tantum; c) que el otorgante aparezca registralmente con capacidad para otorgar el derecho del que se tratase; d) que el adquirente inscriba su derecho; e) que ni de los asientos registrales ni de los títulos inscritos resulten causas que anulen, rescindan resuelvan el

- a) Adquisición válida a título oneroso (elemento negocial).
- b) Confianza en el Registro (elemento de regularidad en la cadena de transmisiones).
- c) Buena fe (elemento subjetivo).
- d) No debe constar en el Registro las causales de nulidad o ineficacia (elemento objetivo).
- e) Inscripción de su propio título (elemento de cierre).

Nótese que el principio de fe pública se aplica exclusivamente a favor de un tercero que adquiere en virtud de un negocio jurídico oneroso y al cual se protege frente a la nulidad, anulabilidad, rescisión o resolución que sufra el acto previo. Es decir, se trata de un mecanismo de seguridad jurídica que solo juega cuando se trata de adquisiciones contractuales o derivativas, las cuales pueden sufrir cuando el transferente no resulta ser propietario por nulidad de su acto adquisitivo. Este problema, sin embargo, no se aplica en la usucapión, pues se trata de un modo originario de adquisición en el cual no tiene relevancia alguna la nulidad, anulabilidad, rescisión o resolución.

Por ejemplo, tenemos un tercero inscrito en el registro frente a un usucapiente. ¿Quién vence? Los partidarios del extremismo registral quieren invocar el art. 2014, pero esta norma tiene un ámbito estricto de aplicación que no se cruza para nada con la prescripción adquisitiva. En efecto, el propietario inscrito está protegido frente a la nulidad y demás patologías contractuales que pudiera haber sufrido su transmitente; pero el usucapiente no es su transmitente ni tiene relación jurídica con él. La usucapión es un fenómeno jurídico ajeno al mundo contractual o negocial, y diverso a los modos derivados de adquisición, por lo que sus efectos no pueden ser mediatizados o anulados por el principio de fe pública.

En conclusión, el art. 2014 simplemente **no regula** la hipótesis de conflicto entre el usucapiente y el tercero inscrito, por lo que de allí nada puede obtenerse. Por el contrario, el art. 952 CC sí resulta aplicable, y en virtud de ella claramente es preferida la posición jurídica del prescribiente. En tal sentido, la sentencia que declara la usucapión es título suficiente para cancelar el asiento del antiguo dueño, cualquiera que éste sea, inscrito o no, pues la norma no distingue ni podría distinguir.

derecho del otorgante. El principio de buena fe registral (sic) persigue proteger al tercero que ha adquirido un derecho de quien finalmente carecía de capacidad para otorgarlo, lo que implica buscar la seguridad en el tráfico inmobiliario, sin embargo ello puede implicar un sacrificio de la seguridad del derecho, por ello es que para morigerar tal sacrificio el legislador ha dificultado el acceso al principio de buena fe registral (sic)...”.

El tema aparece claro, por ejemplo, en una muy reciente decisión de la Sala Transitoria del Tribunal Registral, en la cual se discutió la inscripción de una sentencia de prescripción adquisitiva cuando ya existían terceros inscritos. El tema quedó rápidamente resuelto con la revisión de la partida registral, pues en ella constaba la respectiva anotación de la demanda, en virtud de la que se afectaban a los adquirentes sucesivos. Sin embargo, el verdadero problema se hubiera presentado de no producirse la anotación, pues la sentencia llegaría al registro cuando ya existiese el derecho de un tercero adquirido supuestamente bajo el amparo del principio de fe pública.

Una visión simplista de las cosas, propia del extremismo registral, hubiera rechazado tal inscripción; empero, con mejor criterio habría que observar que el art. 2014 CC es simplemente inaplicable en la hipótesis estudiada. En efecto, el tercero de la fe pública es protegido contra ineficacias contractuales en el título del transmitente, pero en la usucapición no hay transmisión, ni patologías contractuales, ni contrato; razones por las que fácilmente se deduce que esa norma no regula el conflicto entre usucapiente y tercero inscrito. Siendo ello así, este último no puede constituirse en sujeto protegido por la fe pública y, en consecuencia, el Registro nada puede oponer para impedir la inscripción del usucapiente. ¿Podrá decir que se afecta a un tercero del 2014? La norma no juega en este ámbito. ¿Podrá decir que el nuevo propietario inscrito (comprador) no fue demandado? No es necesario, ya que la cosa juzgada se expande a los sucesores del derecho discutido según lo manda el art. 123 del Código Procesal Civil, esto es, la sentencia vincula a las partes y a quienes de ellos derivan sus derechos, como es el caso del comprador. En conclusión, el Registro debe inscribir en virtud de las normas sustantivas y procesales.

La aludida decisión de la Sala Transitoria dice lo siguiente:

“Sin embargo, de la revisión de los antecedentes registrales se advierte que consta anotada la demanda de prescripción adquisitiva de dominio entablada por la Asociación de Vivienda Santa Mercedes contra José Oliveira Lawezzari, según asiento D-1 de la partida No. 11051483 del Registro de Predios de Lima, con fecha 27 de junio de 2002. Por tanto, los titulares posteriores resultan necesariamente vinculados y obligados por el resultado del proceso, ya que la inscripción definitiva, en este caso la sentencia, genera eficacia retroactiva desde la fecha de la anotación de demanda, según el art. 2020 del Código Civil concordante con el art. 68 del Reglamento General de los Registros Públicos; razón por la cual los propietarios sucesivos quedan afectados por las

consecuencias de la sentencia firme, aun cuando no hayan sido emplazados, pues el momento de su adquisición ya tenían conocimiento legal de la situación jurídica litigiosa. Por lo demás, el art. 123 del Código Procesal Civil señala que la cosa juzgada alcanza a las partes del proceso y a quienes de ellos deriven su derecho, incluso sin anotación registral” (Resolución No. 755-2009-SUNARP-TR-L de 03 de junio de 2009; firmada en mayoría por los Señores Vocales: Gunther Gonzales Barrón y Oscar Escate Cabrel)⁴¹.

5.2 POR DEFINICIÓN, LOS MODOS DE ADQUISICIÓN ORIGINARIOS SON MÁS PODEROSOS QUE LOS DERIVADOS

El sistema legal reconoce que los derechos o situaciones jurídicas de ventaja, cómo quiera llamárseles, circulan de mano en mano a través de distintos hechos jurídicos que la ley reconoce con ese efecto. Entre esos hechos, denominados “modos de adquisición de la propiedad”, se encuentra el contrato de transmisión (no todos los contratos producen ese efecto), la sucesión hereditaria, la accesión, la apropiación y la usucapión, entre muchos otros.

Los **modos derivados** son aquellos en los cuales se produce un acto de transmisión del derecho, es decir, dos sujetos están causalmente vinculados de tal suerte que uno da y el otro recibe. En tal caso, la adquisición de la propiedad, por ejemplo, está sujeta y condicionada a que el transmitente sea titular del derecho; en caso contrario, nada transfiere y el otro nada recibe. El principio general que rige los modos derivados es el *nemo plus iuris*, esto es, nadie da más derecho del que tiene.

Los **modos originarios** son aquellos en donde el sujeto se convierte en titular por encontrarse en la hipótesis que la norma reconoce como causante del efecto adquisitivo, sin que el anterior propietario preste su voluntad favorable a la transferencia, o sin que se produzca un fenómeno legal de transmisión (dar y recibir). El caso más frecuente de modo originario, pero no único, lo constituye la usucapión o prescripción adquisitiva de dominio, pues en ella el nuevo titular adquiere por sí mismo, por el solo hecho de poseer durante un plazo y bajo ciertas condiciones; sin que el antiguo dueño preste consentimiento o autorice la transmisión.

⁴¹ La decisión a texto completo puede verse en: GONZALES BARRÓN, Gunther Hernán. *La nueva doctrina del Derecho Registral. Jurisprudencia de la Sala Transitoria del Tribunal Registral*, Jurista Editores, Lima 2010, pág. 135-136.

Las adquisiciones originarias operan “ex novo”, ya que el titular estrena el derecho o lo recibe novedosamente, sin vinculación alguna con el anterior propietario. En tal sentido, aquí no interesa la regla *nemo plus iuris*, pues no existe acto de transmisión del primigenio hacia el nuevo titular, sino que éste adquiere por sí solo y sin vinculación causal con el anterior. Por tanto, en esta hipótesis se produce un claro rompimiento del dominio, una especie de línea divisoria por la cual el titular primigenio termina su historial, mientras el nuevo lo comienza sin vinculación con el pasado.

En las adquisiciones originarias no interesa dilucidar quien es el propietario primigenio, pues el dominio igual se pierde cualquiera que éste fuese; de allí que por definición teórica la adquisición derivada cede o es vencida por la originaria. Si en la primera el derecho está supeditado a la titularidad del transmitente, y en la segunda no, entonces esta última es superior porque opera en forma absoluta e irremediable. Por tanto, **la usucapión es más poderosa que el registro** y su tracto sucesivo (publicidad de actos de transmisión y adquisición derivativas)⁴².

El art. 950 CC es bastante elocuente: “*La sentencia que declara la prescripción adquisitiva es título suficiente para cancelar el asiento del antiguo dueño*”. De esta norma se deduce inequívocamente el carácter originario de la usucapión, pues el nuevo propietario no recibe el bien por transmisión del anterior titular, sino que lo adquiere por sí mismo y, en tal condición, rompe la historia de dominio. Por tanto, resulta correcto decir que la sentencia declarativa cancela el asiento del antiguo dueño, pues termina la situación del propietario anterior y nace una nueva, pero sin relación causal entre una y otra.

5.3 LA POSESIÓN CONSOLIDADA ES MEJOR TÍTULO QUE EL MERO FORMALISMO

Nuestra doctrina adolece, hoy, de profundas desviaciones y confusiones que la hacen perder la perspectiva de las cosas. Esto podemos ejemplificarlo con un autor que sostiene la necesidad de que la usucapión

⁴² Por tal razón, debe tomarse como palabrería hueca la siguiente opinión: “El Registro elimina los costos indirectos generados por la posesión, toda vez que permite la constitución de varios derechos compatibles, todos ellos a ser publicitados vía su inscripción”: CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. “La función económica del Derecho: a propósito de los derechos de prenda e hipoteca”, EN: *El Derecho Civil peruano. Perspectivas y problemas actuales*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 1993, pág. 71-72.

La pregunta que surge de esa opinión es la siguiente: ¿y qué puede hacer el Registro con su información desactualizada y errónea? ¿La mantenemos pese a todo? ¿O seguimos con la milonga de que se trata de una “verdad oficial” y debemos creerle porque lo dice el Estado y cualquier otra consideración sale sobrando? Graves contradicciones en las que incurren, cuándo no, los cultores del neo-liberalismo.

requiera la sentencia del juez y la inscripción constitutiva, pues de esa manera se logra oponibilidad y seguridad jurídica⁴³. El argumento es insostenible de acuerdo con dos ideas-fuerza que aquí exponemos:

La primera idea está relacionada con admitir que la usucapión es un hecho y, como tal, debe reconocérsele y regularse, bajo pena de vaciar de contenido a la figura. Justamente la prescripción tiene como principal característica ser un suceso real, visible, notorio, que vive en el mundo fáctico, y que más bien se opone a los títulos formales o solemnes de adquisición. Por tal motivo, no puede exigirse que la existencia de un hecho deba cumplir los requisitos de un título formal (sentencia e inscripción), ya que eso lo desnaturaliza.

Supongamos que se dijese que la unión de hecho solo se reconoce si se produce una inscripción en la municipalidad, previo un trámite formal que culmina con una resolución administrativa. Entonces, el hecho simplemente se habría convertido en título solemne, y ninguna diferencia tendría ya con el matrimonio. Por tanto, la regulación de esta unión perdería su sentido, pues los múltiples hechos convivenciales que se presentarían en la realidad terminarían siendo negados por el Derecho, olvidando que la función de la normativa de la unión de hecho es reconocerla como tal, sin requisitos burocráticos.

En buena cuenta, pues, los hechos jurídicos que la ley reconoce, tal como la usucapión o la unión de hecho, no pueden estar subordinados a documentos formales o títulos solemnes, pues en tal caso su regulación carece de razón de ser. Por último, tendríamos un sistema jurídico que terminaría regulando solamente los formalismos y no la realidad material de la vida. Ello traería el grave problema de un ordenamiento basado en simples ficciones, que a propósito se venda los ojos con el fin de negar los hechos, y por lo que el resultado no sería otro que la inmediata deslegitimación del orden jurídico por basarse en meras apariencias o etiquetas.

La segunda idea, que viene en relación al tema de este acápite, está referida a que, llegado un punto en el tiempo, no basta la titularidad hierática para recibir protección. En tal punto es preferible la realidad vital. Por tanto, **la atribución de la riqueza material solo se justifica si se la utiliza y disfruta**; para nada sirve conceder titularidades con nulo contenido económico y que más bien representan una carga para la sociedad. La usucapión constituye un mecanismo que en forma indirecta obliga a que los

⁴³ En ese sentido: LOZANO LOZANO, Moisés Elías. “La oponibilidad en la prescripción adquisitiva”. EN: *Actualidad Jurídica*, Gaceta Jurídica, Tomo 191, Lima Octubre 2009, pág. 72 ss.

bienes sean puestos en movimiento, produzcan y circulen para beneficio general.

La usucapión, entonces, tiene un fundamento “positivo”, pues se basa en una acción que el ordenamiento juzga como valiosa objetivamente; y un fundamento “negativo”, pues rechaza una inacción que se considera inconveniente. Por el primero, se premia la acción del poseedor que incorpora un bien al circuito económico, posee, explota, produce, crea riqueza y genera un beneficio general, al margen de la titularidad formal. Por el segundo se castiga una conducta abstencionista y negligente de un propietario que no actúa el contenido económico del derecho.

La posesión se encuentra en una situación teleológica superior a la propiedad, pues si reconocemos que el fin está en primacía sobre los medios, entonces debe tenerse en cuenta que el dominio se tutela para permitir que el propietario posea (véase la definición del art. 923 CC), lo cual indica que la propiedad es un medio para lograr el fin de la posesión. Siendo así, la posesión continuada y vestida por el tiempo (en frase afortunada de Savigny) es mejor título que el simple formalismo.

La riqueza material tiene como finalidad que el sujeto la aproveche para crear más riqueza en beneficio general; pero si alguien abdica de ejercer el contenido mismo de la propiedad y, peor aún, un tercero posee ese bien, entonces debe considerarse que la situación preferente es la del poseedor, frente a las conductas negativas del titular improductivo que se limitó a mantener una titularidad vacía de todo contenido económico o sentido social.

En tal situación, el ordenamiento jurídico abandona la titularidad formal, meramente simbólica y sin correlato económico, a efecto de preferir la titularidad fáctica que, a diferencia de la anterior, produce riqueza y beneficio colectivo. La propiedad individualista y egoísta no puede ser protegida indefinidamente, y por ese motivo se prefiere al hecho que tiene implicancia social. Se advierte, entonces, que los derechos individuales no pueden ser “individualistas”, sino que deben contar con una proyección social o mirar al “bien común”, cómo dice nuestra Constitución de 1993.

5.4 ESA ES LA OPINIÓN COMÚN EN LOS SISTEMAS DE REGISTRO DECLARATIVO COMO EL NUESTRO

En el Derecho francés o italiano, paradigmáticos de la transmisión por solo consenso y del registro declarativo, nadie duda que la usucapión vence al

propietario inscrito. La razón es muy simple y ya la hemos manifestado en el acápite anterior: los modos de adquisición originarios son más poderosos que los derivados, ya que arrasan con toda la historia anterior del bien; por tanto, no importa quien sea el titular antiguo pues igual éste termina perdiendo el derecho en forma irremediable. Por tanto, no es relevante si el propietario estaba inscrito o no, pues el usucapiente siempre resulta preferido.

El Registro declarativo francés se basa en el principio de “inoponibilidad de lo no-inscrito”, es decir, el título inscrito, aunque sea posterior, prevalece sobre el título no-inscrito, pero ello presupone que ambos títulos provienen del mismo autor o causante. ¿Y cómo sabemos que este último es el propietario? Para llegar a tal conclusión se requiere inexorablemente de la usucapión. *“Ha de tenerse en cuenta que ambas instituciones se complementan perfectamente bien (registro y prescripción adquisitiva). Gracias a la usucapión de treinta años, sabe el comprador que trata con un individuo que ha tenido, en cierto momento, la propiedad del inmueble; gracias a la trascipción, sabe que este individuo ha guardado la propiedad, que no la ha enajenado, que es un propietario actual”*⁴⁴. En buena cuenta, la usucapión siempre vence, sin excepción, y en tal circunstancia quien aparece con un título registrado nada puede oponer.

El mismo criterio, y generalizado, existe en la doctrina y jurisprudencia italiana. En efecto, está claramente establecido que la preferencia de la inscripción solo aplica para los casos de actos de doble disposición respecto de un titular común, y en consecuencia propietario indiscutible, pero no en otras hipótesis, como aquellas en las que el conflicto se plantea con un usucapiente. *“Porque es necesario adquirir del autor común, no es concebible un conflicto entre causahabiente a título derivativo y adquirente a título originario por usucapión (...). El conflicto en estos casos se resolverá en base a las reglas propias de la usucapión”*⁴⁵. Por tanto, nadie considera posible que exista un conflicto entre adquirente inscrito y usucapiente, ya que este último siempre cuenta con un título superior, sin importar si el título contractual fue inscrito con anterioridad a la usucapión⁴⁶.

La jurisprudencia de esos países ha establecido un principio de preferencia de los modos originarios sobre los derivados, incluso cuando el sujeto que inscribe lo hace por decisión judicial producto de subasta. En tal caso igual

⁴⁴ JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*, EJEA – Bosch, Buenos Aires 1950, traducción del francés de Santiago Chinchillos, Tomo I, Volumen III, pág. 285.

⁴⁵ GAZZONI, Francesco. *Manuale di diritto privato*, ESI, Nápoles 1998, pág. 284.

⁴⁶ BIANCA, Massimo. *Diritto Civile 6. La Proprietà*, Op. Cit., pág. 824.

prevalece la usucapión sobre el remate judicial, ya que este último es un modo de adquisición derivado. La jurisprudencia italiana ha acogido este principio en forma uniforme y reiterada: *“El principio según el cual el conflicto entre la adquisición a título derivativo y la adquisición por usucapión es siempre resuelto a favor del segundo, independientemente de la transcripción (en el registro) de la sentencia que constata la usucapión y de la anterioridad de la transcripción de ella o de la relativa demanda referida a la transcripción del título derivativo, encuentra aplicación incluso en relación a la adquisición de un bien por adjudicación en sede de ejecución forzosa, siendo este último una adquisición que no es a título originario, sino a título derivativo, en cuanto transmisión del mismo derecho del deudor ejecutado por este último al adquirente”* (Corte de Casación, número 15503 de 06 de diciembre de 2000)⁴⁷.

Igualmente se dice en Italia que la adquisición por usucapión es oponible a cualquier tercero, incluso si no haya sido transcrita la sentencia de comprobación (Corte de Casación, número 13184 de 1999). El principio según el cual el conflicto entre el adquirente a título derivativo y el adquirente por usucapión es resuelto a favor del segundo, independientemente de la transcripción de la sentencia que constata la usucapión (o de la referida demanda), ya sea anterior o posterior a la transcripción del acto adquisitivo a título derivado (Corte de Casación, número 443 de 1985)⁴⁸.

Distinta es la solución en el Derecho español, en donde sí existe un debate doctrinal respecto a este tema, motivado fundamentalmente por el art. 36 de la Ley Hipotecaria, del que nosotros carecemos y razón por la que no debemos importar un problema ajeno. Según esta norma, el usucapiente vence al tercero inscrito en dos hipótesis: a) cuando se demuestre que el adquirente conoció o tuvo medios racionales para conocer, antes de perfeccionar la adquisición, que el predio estaba poseído en concepto de dueño por tercero; b) no conociendo o no habiendo podido conocer esa posesión contraria, el adquirente inscrito lo consienta expresa o tácitamente durante todo el año siguiente a la adquisición.

Una norma de este tipo parece orillar el debate, en España, a favor del tercero inscrito, ya que excepcionalmente el usucapiente puede obtener primacía en el conflicto. Sin embargo, éste es un clásico ejemplo en donde la forma de redacción lleva a equívocos, pues bien vistas las cosas casi siempre será preferido el usucapiente. En efecto, ¿cómo podrá alegar el propietario inscrito que no conoce la existencia de un poseedor

⁴⁷ POLA, Paola. *L'usucapione*, Op. Cit., pág. 164.

⁴⁸ CIAN, Giorgio. *Commentario Breve al Codice Civile*, 9ª Edición, CEDAM, Padua 2009, pág. 1182

contradictorio cuando éste ocupa el bien por treinta años? Ya así lo ha manifestado Álvarez Caperochipi, para quien la jurisprudencia se inclina en la práctica por el usucapiente.

En efecto, podemos citar una sentencia española, cuya discusión se centró en una cláusula del contrato de compraventa en donde el enajenante especificó que existían unos ocupantes de las fincas vendidas, y el Tribunal Supremo en decisión de 22 de septiembre de 1984 estimó que hubo grave negligencia por parte del comprador en no informarse del hecho posesorio extratabular del que había sido advertido, por lo que prevaleció la usucapión contra tabulas frente al adquirente inscrito⁴⁹. Esta decisión judicial es demostrativa de nuestro aserto: es muy difícil que una posesión consolidada no pueda ser conocida para el adquirente. En este caso, por ejemplo, bastó consignar en el contrato la existencia del hecho posesorio; pues bien, aun cuando ello no se hubiese dado cuenta en el texto negocial, resulta muy difícil explicar cómo un comprador, con un mínimo de diligencia, no pudo advertir la existencia de un poseedor por tan largo período de tiempo, y cuya posesión es notoria y pública.

La mayoría de las sentencias, por uno u otro fundamento, llega a la conclusión de que el usucapiente vence. Por ejemplo, la sentencia de 12 de diciembre de 1994, sanciona que una vez acreditada la ausencia de buena fe del tercer adquirente, entonces se determina la preferencia de la situación del poseedor. La sentencia de 30 de octubre de 1998 niega la protección registral frente a la usucapión de un local en propiedad horizontal, ya que se trataba de circunstancias exhibidas en forma palmaria y notoria. Nótese que este criterio hace casi imposible que pueda ser preferida la posesión jurídica del tercero inscrito, pues será muy difícil que una posesión tan larga no sea manifiesta y notoria.

Por el lado contrario, las sentencias en las cuales prevalece el tercer adquirente registral normalmente se deben a que el poseedor no prueba los requisitos propios de la usucapión. Siendo ello así, con registro o sin registro, que deviene en cuestión superflua, el poseedor jamás podría ser vencedor en la controversia. Así, la sentencia de 8 de abril de 1995 se descarta la usucapión pues el poseedor no acredita el justo título y la buena fe como elementos constitutivos de la prescripción adquisitiva ordinaria que reclamaba. En una sentencia de 2 de diciembre de 1998 se desestima la usucapión, pero no por el registro, sino porque no se prueba la posesión, ya que solo se presentó un certificado catastral. La sentencia de 26 de octubre de 1984 tampoco hace lugar a la usucapión de servidumbre pues no se

⁴⁹ ALBALADEJO, Manuel. *La Usucapión*, Op. Cit., pág. 250.

acreditó la posesión exclusiva, ya que solo existía en el caso concreto una situación de tolerancia o buena vecindad. Sin dudas, nuevamente la posición registral deviene aquí en irrelevante. Según sentencia de 21 de abril de 1997 no procede la usucapión porque no se ha demostrado, y ni siquiera alegado, que el tercero conociera, cuando compró la finca, que era poseída por un tercero. Este caso debe descartarse de plano para efecto de formar un criterio jurisprudencial, pues resulta evidente que el poseedor no podría vencer nunca si es que ni siquiera alega los hechos que podrían sustentar su pretensión⁵⁰.

Tal vez las únicas sentencias que decretan **sin más** la preferencia del adquirente registral son las de 23 de enero de 1989 y 31 de marzo de 1992, por la cual se sienta una doctrina insólita, y por supuesto que no genera jurisprudencia: el usucapiante solo vence cuando posee antes de la adquisición del titular inscrito, pues si empieza a poseer luego entonces no puede aplicarse el requisito de conocer la posesión ajena⁵¹. El argumento debe rechazarse, pues el art. 36 de la Ley Hipotecaria protege al tercero que compra cuando ya existe un poseedor e ignora esa situación (otra cosa es sostener que se ignora un hecho patente y continuado); pero jamás puede proteger cuando luego de la compra se inicia la situación posesoria, ya que en este caso el titular inscrito bien pudo interrumpir la usucapión, y si no lo hace entonces tiene que sufrir las consecuencias de su inactividad. Si dicha doctrina judicial, aislada por cierto, fuera correcta, pues la usucapión simplemente estaría prohibida pues nunca se opondría a un titular registral. Demás está decir que la citada sentencia ha sido objeto de fundadas críticas en su propio país: *“Pero no se puede hablar de terceros si el conflicto nace directamente y desde el principio entre el titular registral y el prescribiente, que es lo que ocurre cuando la posesión del segundo comienza después de haber adquirido el primero. En esa hipótesis, las relaciones entre ambos sujetos deben regirse exclusivamente por las normas generales del Derecho civil”*⁵².

En consecuencia, bien podría decirse que la redacción de la norma inclina la balanza a favor del tercero registral, pero su verdadero texto, sumado a la jurisprudencia, opta en realidad por el usucapiante⁵³.

⁵⁰ GARCÍA GARCÍA, José Manuel. *Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro Mercantil*, Editorial Civitas, Madrid 2001, pág. 89-90.

⁵¹ *Ibid.*, pág. 89.

⁵² PASQUAU LIAÑO, Miguel (Director). *Jurisprudencia Civil Comentada. Código Civil*, Editorial Comares, Granada 2000, Vol. II, pág. 3417 (Comentario del art. 1949 a cargo de Ana López Frías).

⁵³ La doctrina más reflexiva justifica de la siguiente forma el ponderado criterio judicial: “Como principio debe afirmarse que el poseedor inveterado trabajador y honrado de una tierra, no puede ser privado de la misma por un título artificial, creado desde un derecho emanado por el poder, y plasmado en el Registro de la Propiedad, como se pretendió en la reforma de 1909. Y el Registro no puede pretender tampoco, creando un <tercero>, que no sabía nada y confía en la inscripción, lavarse las manos sobre el origen

Por cierto que la doctrina española partidaria del extremismo registral no se rinde ante la poca fortuna que encuentra en la jurisprudencia, y ha tratado de buscar argumentos en contra del usucapiente *contra tabulas* al burlarse de una figura del poseedor avieso y subrepticio que lucra con lo ajeno. A este personaje se le denomina “tío Celedonio”. Así se dice:

“Hoy podemos decir con toda franqueza que el <tío Celedonio> no existe en el campo y que constituye un insulto para nuestros agricultores, que ya no tienen nada que ver con el analfabetismo de los años cuarenta ni con la falta de títulos, pues son los primeros que, salvo en algunas pequeñas zonas de minifundismo exagerado, en vías de corrección por la concentración parcelaria, pretenden la inscripción de sus títulos en el Registro de la Propiedad.

El <tío Celedonio> de algunos miembros de la Comisión redactora de la LH (Ley Hipotecaria), al que ponían como pedestal para, en realidad, desmoronar el edificio hipotecario de 1861, revela una negligencia muy ostensible por parte del mismo, y una desconsideración hacia la publicidad oficial registral de los derechos reales, que en la realidad jurídica y social actual carece de justificación, y no es el supuesto de los agricultores y ganaderos actuales, que procuran arreglar su titulación para una mayor seguridad jurídica de los mismos y del tráfico jurídico inmobiliario y crediticio que tanto les interesa. Actualmente, el <tío Celedonio> es más bien un invasor o perturbador de titulaciones y propiedades abandonadas de propietarios ausentes, y no un representante del nivel medio del hombre del campo.

Y mucho menos existe el <tío Celedonio> en las ciudades, en que la práctica totalidad de las fincas figuran inscritas en el Registro”⁵⁴.

No podemos compartir las afirmaciones del notable jurista español cuando acusa de negligente al poseedor *ad usucapionem*, ya que en tal caso, ¿no sería acaso mucho más descuidado un propietario que abandona la posesión

injusto y violento de una expoliación, afirmación dogmática del art. 34 Ley Hipotecaria (principio de fe pública registral), que sabiamente nuestra jurisprudencia ha sabido también limitar con su justo contrapunto, exigiendo buena fe subjetiva y objetiva e imponiendo en quien pretende valerse de la publicidad registral el deber de conocer la posesión contraria cuando es manifiesta”: ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio. *Derecho Inmobiliario Registral*, Editorial Comares, Granada 2006, pág. 41.

⁵⁴ GARCÍA GARCÍA, José Manuel. *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Editorial Civitas, Madrid 2002, Vol. III, pág. 128-129.

a un tercero por treinta años sin interrumpirla siquiera? El Derecho no puede tutelar *ad infinitum* la posición jurídica del dueño solo porque está inscrita, aun cuando renuncia a la posesión, al disfrute y al contenido económico de la propiedad. Se dice que esta figura constituye “insulto para los agricultores”, pero resulta bien llamativo que alguien que abdica del uso por treinta años pueda llamársele agricultor; en todo caso, es el poseedor el único que explota, invierte, da trabajo, crea riqueza, gestiona económicamente el bien, aumenta el bienestar general, da realismo al dominio y justifica moralmente los derechos, por lo que llegado un punto en el tiempo la balanza tiene que inclinarse decididamente a su favor. Recuérdese que la posesión justifica la propiedad, y no al revés, pues el ordenamiento jurídico reconoce los títulos sobre la riqueza material a efecto de que ésta sea aprovechada y disfrutada, con beneficio colectivo; y no solo para acumular bienes sin producción, por mera especulación y con desprecio por el interés social.

Desde una perspectiva ética, la situación del poseedor, que invierte y produce, se encuentra en grado superior al del propietario meramente abstencionista que se contenta con inscribir una escritura pública en el registro. La realidad de la vida, cuando es tan patente y prolongada, debe vencer al mero formalismo.

Luego la misma doctrina extremista considera que dependerá de cada caso en concreto para determinar si el adquirente registral conocía o pudo haber conocido la situación posesoria en concepto de dueño. Para ilustrar esta opinión se da el siguiente ejemplo: *“En este sentido, no es lo mismo que adquiera un colindante o un vecino próximo, en el que cabe apreciar según las circunstancias, medios racionales y motivos suficientes para conocer la usucapión, que si adquiere una persona o sociedad distante que no ha tenido ocasión de conocer los datos o pormenores de la usucapión”*⁵⁵.

Nuevamente discrepamos de dicha opinión. Si el usucapiente solo vence al tercero inscrito cuando es su vecino, o en casos análogos, entonces ya no se le exigiría la prueba de la negligencia consistente en haber podido conocer la posesión ajena, sino que ahora el estándar requerido sería directamente la **prueba del dolo**, pues de otra manera no puede calificarse que un vecino, luego de conocer por treinta años al poseedor, es decir, por toda una vida, resulte comprándole la finca a un advenedizo a quien nadie conoce en el barrio. Sin embargo, la norma no habla de dolo y basta la culpa del adquirente, la cual normalmente se acredita *in re ipsa*, pues luego de un plazo de tiempo tan extendido ya existe la sospecha de una situación

⁵⁵ Ibid., Vol. III, pág. 140.

anormal, incluso para el comprador “no colindante”, ya que a cualquier sujeto con diligencia mínima le debe resultar extraño la prolongada discordancia que se produce entre la titularidad formal, que se construye en el registro solo con escrituras públicas y sin ningún contacto con la realidad, y la posesión. Puede concluirse con la siguiente frase: “*Es, pues, francamente excepcional que el tercero hipotecario (registral) pueda prevalecer contra el adquirente por usucapión*”⁵⁶.

5.5 ESTA MISMA SITUACIÓN TAMBIÉN SE PRESENTA EN LOS SISTEMAS CON REGISTRO CONSTITUTIVO

Una parte de nuestra doctrina aboga porque NO SE PERMITA LA USUCAPIÓN EN CONTRA DE LA INFORMACIÓN DEL REGISTRO. Es decir, de *lege ferenda* se busca adoptar una solución similar a los sistemas germánicos, en los cuales supuestamente no se puede prescribir en contra del titular registral.

Esta postura extremista no puede compartirse, pues la realidad social nos demuestra a diario que los hechos son muchas veces más poderosos que el mejor derecho. Así pues, eliminar toda posibilidad de prescripción *contra tabulas* significaría que el poseedor con una larguísima posesión no pueda vencer al titular de una propiedad sin contenido real, y que prácticamente hubiese efectuado abandono tácito de ésta. Además, impediría regularizar situaciones de hecho ya largamente consolidadas en virtud a un estado posesorio continuo, público, pacífico y como propietario. Sobre el particular Díez Picazo ha señalado: “*rechazar por completo la usucapión contra tabulas, en aras de la protección de los adquirentes conforme al registro, significa dejar inermes a los poseedores con la posesión largamente continuada*”⁵⁷.

La posibilidad de cancelar o anular una inscripción, no invalida el sistema registral, ni tampoco lo vuelve inútil, como parecieran creer algunos autores. Admitir la prescripción *contra tabulas* no puede llevarnos a concluir que ello debilita seriamente al Registro. No existe dato empírico que sustente esa afirmación. Es más, nuestro país ha requerido, casi como ningún otro, un conjunto normativo cuya característica primera es reconocer la importante función social cumplida por la usucapión en aras de regularizar situaciones de hecho socialmente ventajosas, ya que se

⁵⁶ ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio. *Derecho Inmobiliario Registral*, Editorial Civitas, Madrid 1986, pág. 142.

⁵⁷ DÍEZ PICAZO, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Op. Cit., Tomo III, pág. 750.

prefiere la explotación económica de los bienes antes que una vacua titularidad sin contenido social ni económico.

Estos hechos concretos permiten inferir que la usucapión es una figura a la cual el legislador difícilmente puede renunciar, aun cuando se trate de inmuebles con titularidades inscritas en el Registro. Por lo tanto, no se entiende cómo una parte de nuestra doctrina jurídica pretenda eliminar completamente la prescripción *contra tabulas*, sin tomar en cuenta la realidad social de nuestro país. El Perú es un ejemplo vivo en el cual la usucapión cumple la función social para la cual fue ideada. Y ello, como hemos dicho, supera todas las concepciones meramente teóricas o dogmáticas.

Por lo demás, es bueno mencionar que **ni siquiera en los registros constitutivos más avanzados se prescinde de la usucapión, como a veces se cree en forma ingenua.**

El sistema australiano o **ACTA TORRENS** contiene una serie de excepciones al principio de invulnerabilidad (inscripción constitutiva sanatoria). Entre estas excepciones se encuentra la usucapión contra el registro, admitida desde 1952, y por la cual se permite que un poseedor pueda vencer a un titular registral cuando ha cumplido todos los requisitos legales de la usucapión. En tal sentido, existe una franca corriente de opinión favorable a dar cabida a la realidad extra-registral, pues la posesión por largo tiempo es una realidad material constitutiva de un hecho que no puede desconocerse⁵⁸.

En **Italia rige el sistema tabular** en algunas provincias del norte de la península, las que en algún momento estuvieron bajo la soberanía del Imperio Austro-Húngaro, lo cual significa que existe un registro con base catastral, de folio real y tracto sucesivo, con inscripción constitutiva y calificación por autoridad judicial (Real Decreto número 499, de 28 de marzo de 1929, que incorpora la Ley Territorial del Imperio Austro-Húngaro de 1871). Aquí, como en muchos países con registro constitutivo, la norma dice una cosa pero la realidad otra. Así, el artículo 5° del Real Decreto regula el conflicto entre un derecho extra-tabular, adquirido por usucapión (independientemente de la inscripción), y un derecho tabular, adquirido por acto entre vivos (con el concurso de la inscripción), da preferencia a este último si adquiere sobre la base del registro, o sea haya inscrito con anterioridad a la inscripción de la usucapión.

⁵⁸ MIRANDA, Marcelo. "El sistema Torrens y la transmisión y constitución de derechos reales inmobiliarios en Australia". EN: *Revista de Derecho Notarial*, Número 116, Madrid, abril-junio 1982, pág. 177-178.

Sin embargo, y aquí la excepción se convierte en regla general, la tutela derivada del principio de fe pública no puede extenderse a quien ha registrado de mala fe, esto es, por conocer o por haber debido conocer la existencia de otro derecho real adquirido por tercero. Existen muchas sentencias de la Corte Suprema italiana (números 3605 de 1985, 6024 de 1987 y 12428 de 1997), en las cuales se indica que la usucapión es oponible a quien está en grado de conocer, con las indagaciones impuestas por la normal prudencia, de la sucedida usucapión⁵⁹. Y resulta obvio que es casi imposible que el adquirente a título derivativo no se dé por enterado de la posesión contradictoria cuando ésta se ha extendido por varios años y se encuentra consolidada.

En **Austria**, país germánico siempre influenciado por el derecho alemán, también rige la inscripción constitutiva de los derechos reales sobre fincas, aunque con la diferencia que el registro se hace sobre la base de actos o negocios causales, y no abstractos como en su par de Alemania. Ello no impide, sin embargo, que se admita la usucapión *contra tabulas*, de conformidad con el § 1468 ABGB (Código Civil Austriaco)⁶⁰. Por otro lado, vale mencionar que la fe pública registral en este país no opera con solo inscribir el título del tercero, sino que además se requiere el transcurso de tres años que consolide la situación jurídica.

Por otro lado, en el **sistema alemán** también se admite el ingreso de la posesión para rectificar la información del registro, aunque sí es cierto que en forma limitada. De esta manera este registro sería prácticamente el único en donde la usucapión *contra tabulas* estaría muy restringida, aun cuando ello solo es una opinión desde la perspectiva legislativo, pues habría que ver qué pasa en el “derecho vivo” y en la jurisprudencia de los Tribunales.

El § 927 BGB (Código Civil Alemán)⁶¹ regula dos hipótesis cuando existe un poseedor en concepto de dueño por el plazo de treinta años, y su posesión es contraria al derecho de un titular inscrito:

⁵⁹ CIAN, Giorgio. *Commentario Breve al Codice Civile*, Op. Cit., pág. 1182.

⁶⁰ MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia. “Luces y sombras de la fe pública registral en el Derecho austriaco”. EN: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Número 699, Enero-Febrero 2007, pág. 248.

⁶¹ LAMARCA MARQUÉS, Alberto (Director). *Código Civil Alemán*, traducido por (...), Marcial Pons, Madrid 2008, pág. 258:

§ 927 BGB. Procedimiento de convocatoria edictal

1. El propietario de una finca puede ser excluido de su derecho mediante el procedimiento de convocatoria edictal, si la finca ha sido poseída en concepto de dueño por otro desde hace treinta años. El tiempo de la posesión se computa de la misma forma que el plazo de la usucapión de una cosa mueble. Si el propietario se encuentra inscrito en el registro inmobiliario, el procedimiento de convocatoria edictal solo es admisible si éste ha muerto o ha desaparecido y desde hace treinta años no se ha practicado inscripción alguna en el registro inmobiliario de las que requieren el asentimiento del propietario.

- i) Si estamos ante un propietario no-inscrito de una finca (por ejemplo: en virtud de herencia)⁶², el poseedor puede iniciar un procedimiento de intimación para efecto de excluir al titular formalmente inscrito, pero no propietario. Aquel que ha provocado la sentencia (el poseedor) obtiene la propiedad al hacerse inscribir como tal en el registro inmobiliario.
- ii) Si estamos ante un propietario inscrito de la finca, pero solo en los casos en que se trate de un sujeto fallecido o desaparecido (este último es un término muy amplio y genérico), y en el registro no se haya practicado inscripción alguno en los últimos treinta años de las que requieran el asentimiento del propietario, entonces el poseedor puede iniciar el mismo procedimiento de intimación, siendo que aquel que ha provocado la sentencia obtiene la propiedad al inscribirse.

Nótese que la “exclusión de la propiedad” tiene diferencias formales con la “usucapión contra tabulas”, pero en realidad es lo mismo, aunque restringida en sus efectos. Así pues, la sentencia de exclusión trae como consecuencia que el bien inmueble queda sin dueño o vacante; ante lo que el poseedor, en una especie de acto de apropiación, puede solicitar que él sea inscrito como propietario. Así lo explica la doctrina de ese país: *“Un no propietario que durante treinta años se ha limitado a poseer, sin estar inscrito, sólo tiene la facultad de hacer emplazar por edictos al propietario que lo ha sido hasta entonces, dentro de un procedimiento judicial (regulado en la ZPO., par. 977-981). Si el propietario no comparece, se le tiene por renunciante y se dicta sentencia de exclusión. Con ello se extingue su propiedad, y la finca queda sin dueño. El solicitante puede, sin embargo, obtener la inscripción, y con ello se hace propietario”*⁶³.

-
2. Aquel que ha provocado la sentencia de exclusión obtiene la propiedad al hacerse inscribir como propietario en el registro inmobiliario.
 3. Si antes de dictarse la sentencia de exclusión, ha sido inscrito un tercero como propietario o ha sido practicado un asiento de contradicción contra la exactitud del registro inmobiliario a causa de la propiedad de un tercero, la sentencia no es eficaz frente al tercero.

⁶² Puede citarse el siguiente ejemplo de esta hipótesis: “En 1885 adquiere X de E por compraventa de una finca en la antigua Prusia, la cual le fue entregada de inmediato. Pero la inscripción (en Prusia desde 1872 regía el sistema de Registro) no tiene lugar, ya que V, de quien E heredó el bien, consta inscrito pero las partes no pueden aportar el testamento. Algún tiempo después E emigra a América, X y después sus causahabientes consideran la propiedad como suya. En 1936, cuando quieren gravar el bien, se dan cuenta de que está a nombre de V. Los herederos de X no pueden inscribir el bien a su favor en virtud de la transmisión, pues el bien no consta inscrito a nombre del transmitente”: WESTERMANN, Harry y otros. *Derechos Reales*, 7ª Edición, traducción del alemán de José María Miquel González y otros, Fundación Cultural del Notariado, Madrid 2007, Volumen II, pág. 1091.

⁶³ HEDEMANN, Justus Wilhem. *Derechos Reales*, Op. Cit., pág. 167.

El poseedor en concepto de dueño hace una solicitud basada en hechos fidedignos. El Tribunal competente requiere públicamente a quien es propietario para que dé noticia de su derecho, previniéndole de que en otro caso podrá recaer la exclusión. Si en el plazo declarado en los edictos nadie se presenta, entonces se dicta sentencia de exclusión de todos; ahora bien, los titulares que se presentan mantienen sus derechos, pues frente a ellos no surte efecto la exclusión. Esta sentencia deja a la finca sin propietario. Pero el designado en la sentencia tiene un derecho de apropiación exclusiva, el cual ejercita mediante su inscripción en el registro. Se trata de una hipótesis de inscripción constitutiva pero sin *Auflassung* (negocio jurídico consistente en el acuerdo abstracto de transmisión y adquisición)⁶⁴. Por su parte, los derechos del tercero que gravan la propiedad, no se ven afectados por la sentencia ni por la inscripción. Téngase en cuenta que formalmente la atribución del derecho se causa por la sentencia, y no por la posesión⁶⁵; pero es claro que la sentencia, a su vez, tiene como presupuesto la posesión. Por tanto, se trata de eliminar la usucapión *contra tabulas* mediante un artificio técnico, propio del genio jurídico alemán, por el cual lo que es usucapión se construye de otra forma pero finalmente el resultado es el mismo.

En el *Common Law*, especialmente en el **Derecho de Inglaterra y Gales**, ha habido un curioso tránsito de idas y venidas. Entre 1862 y 1897 los inmuebles registrados no podían ser adquiridos por usucapión (*adverse possession*), pero el escaso porcentaje de predios ingresados en el sistema de registro hacía que la norma sea de escasísima aplicación y, en consecuencia, quedó reservada para un ámbito teórico. En 1897 ese régimen cambió, pues todas las normas de usucapión fueron aplicadas a la propiedad registrada, incluso durante la vigencia de la *Land Registration Act 1925* (Ley del Registro Inmobiliario de 1925).

La norma de 1925 ha quedado sin efecto a partir del 13 de octubre de 2003 cuando entró en vigor la *Land Registration Act 2002*⁶⁶ que estableció el principio por el cual la propiedad inscrita no se encuentra afectada por la usucapión. Nuevamente el tema no pasa de ser ilusión, pues inmediatamente tuvo que reconocerse una excepción: un poseedor que ha estado en posesión por diez años de la finca puede hacer un reclamo para que se le considere propietario, si el titular inscrito no objeta en los tres meses siguientes de haber sido notificado con el reclamo, o falla en su

⁶⁴ Es evidente que en este caso no se produce el *Auflassung*, ya que no hay acuerdo, pues el poseedor actúa en forma unilateral para lograr la apropiación del bien luego que se ha dictado la sentencia judicial de exclusión.

⁶⁵ WESTERMANN, Harry y otros. *Derechos Reales*, Op. Cit., Tomo II, pág. 1096.

⁶⁶ También se aprobó la *Land Registration Rules 2003*, que viene a ser una especie de instructivo o reglamento de aplicación de la ley.

contradicción en los dos años siguientes, entonces deberá ceder su lugar al usucapiente⁶⁷.

El Derecho civil inglés es muy complejo, derivado de su origen feudal, y distingue derechos reales “legales” y de “equidad”, pero estos últimos en algunos casos pueden ser oponibles a los legales, incluso inscritos. Los derechos oponibles, sin inscripción, reciben la denominación de “overriding interest”, y entre los que se encuentran los derechos posesorios actuales y efectivos o que conlleven percibo de rentas (*Land Registration Act 2002*, S. 70). Por tal motivo en la práctica forense se aconseja verificar la posesión del predio, lo que no necesariamente podría deducirse de una simple lectura de los textos legales⁶⁸. Por tal razón se dice que⁶⁹:

“a un adquirente normal lo que más debe preocuparle es la existencia de eventuales poseedores en la finca que, como hemos visto, pueden ostentar una situación inatacable, amén de que pueden existir servidumbres no inscritas o incluso propiedades a término hasta veintiún años. De ahí que la práctica forense aconseje siempre la inspección física del inmueble e incluso la investigación sobre el terreno mediante la inquisición a vecinos con el fin de descubrir cualquiera de las situaciones descritas”.

Entre estos derechos absolutamente oponibles tenemos las situaciones posesorias caracterizadas por el transcurso del tiempo sin oposición del dueño (reguladas por la *Limitation Act* de 1980). En realidad, se trata de una usucapición, aun cuando ésta solo opera plenamente cuando se inscribe la nueva adquisición. En efecto, todo propietario registral lo continúa siendo hasta que es sustituido por otro, de ahí que el contradictor no adquiere el dominio, sino un derecho absolutamente oponible en tanto no obtenga una inscripción a su favor. En el ínterin el titular registral se constituye en fiduciario del usucapiente, pero este último igual ya tiene un derecho protegido frente a cualquier posterior adquirente. El plazo de la usucapición (*adverse possession*) es de doce años⁷⁰.

Está claro, pues, que ni siquiera los sistemas registrales más perfeccionados, y que producen una mayor eficacia sustantiva en favor de la relación jurídica inscrita, pueden darse el lujo de prescindir de una

⁶⁷ WONNACOTT, Mark. *Possession of Land*, Cambridge University Press, Londres 2006, pág. 140-141.

⁶⁸ DE LA PUENTE ALFARO, Fernando. “El Registro de la Propiedad en Inglaterra y Gales”. EN: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Número 670, Marzo-Abril 2002, pág. 629-631.

⁶⁹ *Ibid.*, pág. 631.

⁷⁰ *Ibid.*, pág. 630.

realidad fáctica tan poderosa como es el caso de la posesión continuada. Se dice que el tiempo lo borra todo, y en efecto, el tiempo es el más poderoso aliado del derecho. La función social de la usucapión es evitar controversias sobre la titularidad de los bienes a través de comprobar la posesión por largo tiempo, con lo cual, además, se regularizan las situaciones de hecho socialmente ventajosas (explotación económica de los bienes) frente a las situaciones de vacua titularidad sin contenido social ni económico, y más aún si se trata de la formalidad consistente en un asiento registral.