

# ACERCA DE LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA: ¿SALIENDO DE LA “CAVERNA”?\*

**Guillermo Arribas I.\*\***  
Director de la Comisión de Contenido de THEMIS

**Erick Lau G.\*\*\***  
Miembro de la Comisión de Contenido de THEMIS

*Una de las más importantes modificaciones que plantea la Comisión Reformadora es la relativa al artículo 952 del Código Civil, mediante la cual se da solución al polémico conflicto entre el tercero adquirente de buena fe y aquel que adquiere por prescripción adquisitiva. La Comisión Reformadora ha preferido al primero de ellos, en la búsqueda de mayor seguridad en el tráfico jurídico.*

*En el presente artículo, los autores analizan la institución jurídica de la prescripción adquisitiva de dominio, en base a un estudio comparativo con la regulación que a ella se ha dado en distintos sistemas jurídicos. Se aborda el conflicto que se presenta entre esta institución y aquélla que protege al tercero adquirente de buena fe, con miras a identificar el real fundamento del proyecto de reforma del artículo 952 y los efectos que generaría esta solución.*

---

\* Los autores agradecen de modo especial a los doctores Luis Felipe del Risco Sotil y Hugo Alonzo Navarro por las críticas y comentarios realizados al presente ensayo.

\*\* Alumno de décimo ciclo de la facultad de derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asistente del curso de Derechos Reales.

\*\*\* Alumno de décimo ciclo de la facultad de derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

## I. INTRODUCCIÓN

Hace más de 25 siglos un filósofo griego nos propuso un mito<sup>1</sup> en donde unos hombres encadenados se encontraban dentro de una caverna y solo podían ver la pared de su prisión, tras ellos se había colocado una gran hoguera que creaba sombras al combinarse con figuras estratégicamente situadas. Los prisioneros no tenían ningún conocimiento más allá que las sombras; por lo que no podían ver la pequeñez de su reducido mundo. No conocían la inmensidad del mundo real que existía tras ellos.

El presente ensayo pretende abordar una controversia jurídica centenaria en nuestro país: la pugna entre la prescripción adquisitiva de dominio y la adquisición amparada en la fe registral. Tal como el caso de los prisioneros de la caverna, consideramos que gran parte de la comunidad jurídica ha vivido por mucho tiempo encadenada a la tradición, pudiendo ver solo una parte del problema. Fruto de ello tenemos hoy un sistema de transferencia de propiedad poco coherente en aspectos fundamentales; a pesar de esto, la tradición y el contexto político impiden la reforma. No se logra pues salir de la “caverna”.

El artículo 952 de la Comisión Reformadora del Código Civil pretende darnos un poco de ese conocimiento del cual se nos ha privado por tanto tiempo. Ahora debemos romper las cadenas de la caverna para poder ver la institución jurídica en su plenitud, en el derecho comparado y en los antecedentes peruanos: ¿El sujeto que adquiere por prescripción adquisitiva de dominio un inmueble prima sobre el tercero adquirente de buena fe?, ¿a

dónde nos lleva la modificación del artículo 952 y cuál es el siguiente paso para salir de la caverna?<sup>2</sup>

## II. LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA: FUNDAMENTOS DE SU EXISTENCIA EN EL DERECHO COMPARADO Y EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

Antes de pasar al análisis de la modificación que propone la Comisión Reformadora del Código Civil en materia de prescripción adquisitiva, creemos conveniente iniciar el presente trabajo detallando los fundamentos para la existencia de esta figura en los sistemas jurídicos en donde se ha desarrollado esta institución.

### A. Fundamentos en el Derecho Francés

Si queremos encontrar los fundamentos de la prescripción adquisitiva en el sistema del Derecho Civil, no podemos dejar de mencionar lo establecido en el Derecho Francés, el que ha repercutido notoriamente en el sistema jurídico peruano<sup>3</sup>.

Sobre la prescripción adquisitiva<sup>4</sup> se ha dicho que es un modo de adquisición de propiedad por medio de la posesión por un espacio de tiempo determinado. Los Mazeaud la han definido como “la adquisición, por el poseedor de una cosa, del derecho de propiedad o de otro derecho real sobre esa cosa, por efecto de la posesión prolongada durante cierto plazo.”<sup>5</sup>

Al igual que en nuestro ordenamiento, el sistema francés también contempla dos clases de prescripción adquisitiva<sup>6</sup>, una prescripción larga y una abreviada, a esta última se accede

<sup>1</sup> PLATON. “El mito de la caverna”. En: La República. Libro VII. pp. 514a–521b.

<sup>2</sup> Debemos señalar que el presente trabajo se centra en el análisis de la figura de la prescripción adquisitiva de dominio sobre bienes inmuebles. Ello es así pues consideramos que, si bien existe un registro de bienes muebles, con lo cual el análisis de la reforma que se intenta implantar cobraría eficacia respecto a ellos, la mayor relevancia en la sociedad se daría con respecto a los bienes inmuebles, en donde el tema de la inscripción registral tiene mayor acogida. Así, cuando nos refiramos a la prescripción adquisitiva, deberá entenderse como la que opera sobre bienes inmuebles.

<sup>3</sup> Se debe tomar en cuenta que el Código Napoleónico, aún vigente en Francia, fue la principal influencia en la elaboración del Código Civil peruano de 1852. Asimismo, en los posteriores Códigos Civiles peruanos aún es notoria la presencia del derecho francés.

<sup>4</sup> En el Código Civil Francés, encontramos esta figura regulada junto a la prescripción extintiva. La prescripción adquisitiva de dominio se refiere a obtención de la propiedad de un bien por cumplir ciertos requisitos, mientras la prescripción extintiva se refiere a la inexigibilidad de un derecho crediticio por el paso del tiempo, sin embargo, ambas figuras obedecen a reglas comunes. Ver: MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León y Jean MAZEAUD. “Lecciones de Derecho Civil”. Parte segunda. Vol. IV. Buenos Aires: EJE. 1960. p. 196.

<sup>5</sup> Ibidem.

<sup>6</sup> La regulación de esta institución se encuentra en el Código Civil Francés de los artículos 2219 al 2281.

en virtud de un justo título y buena fe<sup>7</sup>. En ambos casos se requiere que el poseedor se comporte como propietario<sup>8</sup>. Aquí se puede ver la influencia del clásico Friedrich Karl von Savigny en el derecho francés, quien se dedicó a estudiar las figuras jurídicas del antiguo derecho romano. Así, los conceptos de *animus possidendi* y *animus domini* que, en palabras de Valencia Zea, son conceptos idénticos que suponen la intención de ejercer el derecho de propiedad a nombre propio. De este modo, para que la posesión sea útil para adquirir por prescripción adquisitiva, el poseedor debe pretender disponer de un bien tal y como un propietario podría hacerlo en virtud de su derecho<sup>9</sup>.

Además de ello, se señala que esta posesión debe estar exenta de vicios<sup>10</sup>.

Ahora bien, el efecto de la prescripción adquisitiva es poder adquirir la propiedad, ya sea por medio de una posesión de buena o mala fe. Sin embargo, los Mazeaud y otros autores señalan que ésta no es la función principal de la institución, sino que encuentra su real destino en la prueba del derecho de propiedad.

Así, señala “[e]xiste en ello para el adquirente regular, por lo tanto, para el legítimo propietario, una seguridad muy grande; cuando puede demostrar que, por sí y por sus causantes, posee hace más de treinta años, está seguro de no poder ser inquietado, ya que presenta una prueba irrefutable de su derecho”<sup>11</sup>. De esta manera, a modo de ejemplo se plantea: “Yo no habría podido adquirir la propiedad si mi autor no la hubiese tenido. La misma cuestión se plantea en los mismos términos para todos los poseedores sucesivos de la cosa, y si uno solo de la serie no fue propietario, todo los que lo siguieron tampoco lo han sido. La prescripción suprime esa dificultad que sería insoluble (...)”<sup>12</sup>.

Sin embargo, consciente del doble matiz que la figura de la prescripción adquisitiva conlleva, los Mazeaud agregan “(...) en ocasiones, la usucapión se vuelve contra el verdadero propietario, que se encuentra despojado. Esta consecuencia es inevitable. Es plenamente conforme con el interés social; el propietario no merece la protección de la ley más que si usa su bien (...)”<sup>13</sup>.

En ese mismo sentido se han pronunciado Ripert y Boulanger, al explicar la función de la usucapión en los siguientes términos:

“La usucapión desempeña, pues, una función social considerable. Es cierto que puede favorecer a un poseedor sin título y de mala fe; amparará en ese caso una expoliación. Pero éste es un caso raro y será más raro todavía que el propietario despojado por efecto de la usucapión no haya pecado de negligencia. Se le concede un plazo suficiente para enterarse de la usucapión cometida contra él para protestar (...)”<sup>14</sup>.

Definido ello, debemos señalar que el tratamiento de la prescripción adquisitiva en el Derecho Francés tiene una estrecha vinculación con el modo de transferencia de propiedad que en este sistema se emplea, y, en especial, con la función que la inscripción registral cumple al respecto de ello. Así, podemos señalar que, al igual que en nuestro ordenamiento, el sistema francés posee un registro declarativo, que no constituye derechos, sino que sirve para la publicidad y oponibilidad de derechos.

A partir de ello, creemos importante señalar que en el sistema francés, a diferencia del sistema adoptado por el Código Civil peruano, no se cuenta con un artículo que proponga una protección especial a quien adquiere

<sup>7</sup> Mazeaud nos señala que en el caso de la prescripción adquisitiva larga el plazo que tendría que transcurrir es de 30 años, mientras que para la corta, dependiendo de la situación del propietario, podrá ser de 10 o 20 años. Ver: MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León y Jean MAZEAUD. Op. cit. Loc. cit.

<sup>8</sup> PLANIOL, Marcel y Georges RIPERT. “Tratado práctico de Derecho Civil Francés”. Tomo III. La Habana: Cultural S.A. 1940. p. 594.

<sup>9</sup> VALENCIA ZEA, Arturo. “La posesión”. Bogotá: Temis. 1968. p. 67.

<sup>10</sup> Debemos señalar que, a diferencia de nuestro Código Civil, el sistema francés contiene una definición de la posesión viciosa, resultante de la discontinuidad, violencia, clandestinidad y lo equivoco de la posesión.

<sup>11</sup> MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León y Jean MAZEAUD. Op. cit. p. 226

<sup>12</sup> RIPERT, Georges y Jean BOULANGER. “Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol”. Tomo VI: Los Derechos Reales. Buenos Aires: La Ley. p. 331.

<sup>13</sup> MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León y Jean MAZEAUD. Loc. cit.

<sup>14</sup> RIPERT, Georges y Jean BOULANGER. Op. cit. p. 332.

derechos según la confianza en el Registro<sup>15</sup>. Por tanto, ante un conflicto entre quien adquiere confiando en la información registral y quien adquiere por usucapión; siempre se da preferencia al segundo de ellos.

De este modo, en el sistema francés, al igual que en el peruano, podemos hablar tanto de una prescripción *secundum tabulas* como una *contra tabulas*. La primera de ellas sirve para probar la propiedad del titular del inmueble. El plazo de la prescripción funciona como un límite temporal en el cual se deberá verificar que el tracto sucesivo de los anteriores titulares a la fecha se ha dado sin vicios en sus títulos, es decir se busca reafirmar la información de Registros. De este modo se evita la conocida “prueba diabólica” cuando es necesario demostrar la titularidad de un propietario. La prescripción *secundum tabulas* cobra especial relevancia al momento que el propietario pretende transferir su derecho. Así, en principio<sup>16</sup>, el comprador sólo deberá hacer el estudio de títulos por el plazo de prescripción indicado en la norma para comprar bien.

Por otro lado la prescripción *contra tabulas* supone una situación radicalmente opuesta. A diferencia de la *secundum tabulas* en donde se reafirma el derecho del propietario, la prescripción *contra tabulas* la contradice, despoja al propietario del bien de su derecho. Cuando un sujeto posee un inmueble ajeno por el periodo y los requisitos establecidos en la norma, éste adquiere originariamente el derecho de propiedad sobre el bien sin importar la información que se tiene del bien en Registros, así el propietario registral pierde su derecho.

## **B. Fundamentos de la Posesión Adversa en el Derecho Anglosajón**

Tal como se indicó en el punto anterior, la prescripción adquisitiva de dominio tiene una presencia importante en el sistema civil

romano en general, siendo este quizás el sistema donde mayor ingerencia ha tenido. Sin embargo, en el sistema angloamericano se encuentra una institución jurídica muy cercana a la prescripción adquisitiva de dominio, conocida bajo el concepto de “posesión adversa”.

Posner define la posesión adversa de la siguiente manera:

“Si durante un cierto número de años (aunque diferente en diversos estados, siete es un número común) usted posee la propiedad en oposición al dueño verdadero (es decir, no como inquilino, agente, etc), la reclama como suya y el dueño no demanda para reclamar su derecho, la propiedad pasará a manos de usted (...)”<sup>17</sup>.

En la misma línea, Cooter y Ulen manifiestan:

“La doctrina legal relevante es la de la posesión adversa. Esa frase se refiere al hecho de la posesión de la tierra por parte de un invasor es adversa al interés del dueño. Alguien puede adquirir la propiedad de la tierra de otro ocupándola durante cierto periodo especificado en un estatuto, siempre que la ocupación sea adversa a los intereses del dueño y el dueño original no proteste o ejercite una acción legal”<sup>18</sup>.

Como se ve, lo fundamental en esta figura jurídica es que el poseedor no propietario, al momento de ejercer de hecho el control sobre el bien, debe poseer un interés que se contraponga al del propietario. Este interés, consideramos, no puede ser otro que el de reputarse a sí mismo como propietario<sup>19</sup>.

Si bien, como se explicará al momento de analizar la codificación de la prescripción adquisitiva de dominio en el Perú, la doctrina de la posesión adversa así expuesta no exige todos los requisitos previstos en nuestro

<sup>15</sup> Lo que en Perú, vendría a ser el contenido regulado en el artículo 2014, sobre buena fe pública registral.

<sup>16</sup> Más adelante se explicará porque es “en principio”.

<sup>17</sup> POSNER, Richard. “Problemas en la transferencia del derecho de propiedad”. En: El Análisis Económico del Derecho. México DF: Fondo de cultura económica. 2007. p. 82.

<sup>18</sup> COOTER, Robert y Thomas ULEN. “¿Cómo se establecen y verifican los derechos de propiedad?”. México DF: Fondo de cultura económica. 2008. p. 186.

<sup>19</sup> En esta misma línea Posner indica: “Conviene hacer hincapié en el requisito de la adversidad en la doctrina de la posesión adversa. Debe ser evidente que alguien está ocupando la propiedad del dueño nominal por un efecto no derivable de ese dueño” En: POSNER, Richard. “Problemas en la transferencia del derecho de propiedad”. Op. cit. p. 83.

Código Civil<sup>20</sup>, sí hay un punto común entre estas instituciones, que consideramos innegable: el poseer como propietario. Aunque de un sistema distinto, encontramos gran similitud, al igual que en el caso francés, con la doctrina del *animus possidendi* y *animus domini* de Savigny, que desarrollamos en el punto anterior.

Pero si bien ésta es la doctrina de la posesión adversa, ¿cuál es su fundamento?, ¿por qué un no propietario puede despojar de su derecho al legítimo titular? Aquí encontramos también grandes similitudes con el sistema civil romano. Cooter y Ulen responden a estas interrogantes señalando:

“La ventaja económica de la posesión adversa reside en el hecho de que elimina las nubes del título (...). En general, una regla para la adquisición del título mediante la posesión adversa reduce el costo de la determinación de los derechos de propiedad legítimos al eliminar el riesgo de que la propiedad sea disputada en la base de un pasado distante.”<sup>21</sup>

Los mismos autores continúan:

“Otra justificación de eficiencia para la posesión adversa se destacó en el pasado: la posesión adversa impide que recursos valiosos permanezcan ociosos durante largos periodos, especificando procedimientos para que un usuario productivo arrebatase el título del usuario improductivo.”<sup>22</sup>

Se puede estar o no de acuerdo con el fundamento de la posesión adversa, en especial con la segunda razón<sup>23</sup>, pero es innegable el parecido con la fundamentación de la prescripción adquisitiva de dominio expuesta por la doctrina francesa sobre el tema de la prueba de la propiedad. El objetivo en ambos sistemas es el mismo,

eliminar la prueba diabólica, puesto que la transferencia de propiedad en estos casos no se da por un dato objetivo como el registro, esto es, el registro no constituye el derecho, solo lo publicita. Esta intención conlleva dos consecuencias: (i) la primera es que en algunos casos se dará la propiedad a quien en realidad no era propietario, es decir, el saneamiento de los títulos no será propiamente un saneamiento, sino un título nuevo<sup>24</sup>; y, (ii) la segunda es que la información en el Registro no será necesariamente correcta. Estas dos conclusiones, que además consideramos asimilables al caso peruano, se pueden inferir de la siguiente afirmación hecha por Posner:

“Por otra parte, los registros ya no son un índice completo de la propiedad, porque un poseedor adverso (una vez transcurrido el plazo de prescripción) es un propietario sin registro”<sup>25</sup>.

Es decir, en principio en el derecho anglosajón puede existir también una especie de prescripción *secundum tabulas* como de prescripción *contra tabulas*.

### C. Fundamentos en el Derecho peruano

Tal como se ha expuesto, tanto en la doctrina francesa como en la anglosajona, la prescripción adquisitiva de dominio supone el reconocimiento de una situación de hecho. La mayor parte de las veces, este reconocimiento estará dirigido a facilitar la prueba del derecho propiedad de los titulares; sin embargo, en algunas ocasiones despojará al legítimo titular de su derecho de propiedad. Si bien el segundo efecto se puede dar, ambos sistemas consideran que no es el fundamento principal de la institución.

En principio en el ámbito nacional se ha aceptado de manera pacífica tales fundamentos. La mayoría de autores postulan que la función

<sup>20</sup> El artículo 950 del Código Civil de 1984 requiere que la posesión sea continua, pacífica, pública y como propietario.

<sup>21</sup> COOTER, Robert y Thomas ULEN. Op. cit. p. 187.

<sup>22</sup> Ibidem.

<sup>23</sup> No profundizaremos sobre este fundamento por cuestión de espacio; sin embargo, cabe decir que éste se ha visto deslegitimado a través de los años. Esto se dice, entre otras razones, porque parte del derecho de disposición del propietario es el no utilizar el bien, el no uso también configura un ejercicio del derecho de disposición. Así, puede suceder que para el legítimo propietario el no usar el bien tenga un valor económico mayor a que el sujeto que pretende prescribir el bien siendo un sin sentido el preferir al segundo.

<sup>24</sup> Esto se ve con toda claridad cuando estamos ante una prescripción *contra tabulas*.

<sup>25</sup> POSNER, Richard. Op. cit. p. 83.

principal de la prescripción adquisitiva de dominio es la prueba del derecho de propiedad, postura que compartimos. Sin embargo, en el año 2008 se desarrolló un pleno casatorio acerca de esta materia, en el cual se definió el fundamento de la prescripción adquisitiva en los siguientes términos:

“Se considera que el real fundamento de la usucapión es el significado constituyente de la apariencia como única realidad del derecho y de la propiedad. La usucapión es algo más que un medio de prueba de la propiedad o un instrumento de seguridad del tráfico, es la realidad misma (la única realidad) de la propiedad. El substrato dogmático de un orden social patrimonial.”<sup>26</sup>

El Pleno Casatorio genera ciertas dudas. La posición que se asume considera a la prescripción adquisitiva como el modo en que se consolida una situación de hecho (“real”). Sin embargo, al indicar que se trata de reconocer la realidad misma sin más, consideramos que enfatiza a la prescripción como medio de adquisición de propiedad, dejando relegado en un segundo plano la función probatoria de dominio. Como hemos visto, la adquisición de propiedad de un *non domino* es si se quiere una patología de la figura, no el fundamento de la institución.

Antes de pasar al análisis del conflicto entre el tercero adquirente de buena fe y aquél que adquiere por prescripción adquisitiva, así como de la modificación que se plantea con la Propuesta de Reforma del Código Civil, revisaremos la evolución de nuestro ordenamiento en torno a la prescripción adquisitiva y el conflicto, lo cual nos dará una mejor visión sobre la controversia.

### III. LA EVOLUCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA EN EL PERÚ

Para poder identificar las reales implicancias de la modificación del artículo 952 en el proyecto de Reforma del Código Civil, creemos necesario ver su codificación en nuestro país a través del tiempo. Nos pronunciaremos brevemente sobre el Código Civil de 1852, el de 1936 y el de 1984.

#### A. Código Civil de 1852

En el Código Civil de 1852 la prescripción adquisitiva de dominio y la prescripción extintiva estaban reguladas bajo el mismo título<sup>27</sup>, habiendo una sección de disposiciones generales y luego, por separado, las normas especiales para cada tipología. Dentro de las normas especiales sobre prescripción adquisitiva, se indicaba que el poseedor de buena y mala fe podía hacerse propietario del bien inmueble. En el caso del poseedor de buena fe, se debía tener 10 años de posesión<sup>28</sup>; mientras que el poseedor de mala fe debía poseer el bien por 40 años<sup>29</sup>. Para la prescripción corta, se necesitaba tener, además, posesión continua y justo título<sup>30</sup>; mientras que para la larga solo era necesario la posesión continua por el plazo señalado.

A pesar de ya encontrarse regulada la institución bajo comentario, todavía no existía un Registro Público unificado. Como se desprende del articulado, cada escribano público tenía su propio registro de escrituras públicas<sup>31</sup>. Siendo así, aún no se presentaba el problema de la prescripción adquisitiva de dominio *contra tabulas per se*, ni el conflicto con el adquirente registral de buena fe.

<sup>26</sup> Sentencia del Pleno Casatorio. Casación 2229-2008-Lambayeque. Publicada en El Peruano el 22 de agosto de 2008.

<sup>27</sup> “Artículo 526.- Prescripción es un modo civil de adquirir la propiedad de una cosa ajena, ó de libertarse de una obligación, mediante el transcurso de un tiempo determinado, y bajo las condiciones señaladas por este código. **La primera es prescripción de dominio, y la segunda da prescripción de acción**”. [El énfasis es nuestro].

<sup>28</sup> “Artículo 543.- Debe durar la posesión para prescribir el dominio:  
(...)

2. Diez años entre presente y veinte entre ausentes, cuando es inmueble”.

<sup>29</sup> “Artículo. 545.- El que posea una cosa por cuarenta años no estará obligado á presentar título, ni á responder sobre su buena fe”.

<sup>30</sup> “Artículo 536.- Para adquirir por prescripción el dominio de una cosa, es necesario que concurren:

1. Posesión;  
2. Justo título;  
3. Buena fe;  
4. Transcurso del tiempo señalado por este código”.

<sup>31</sup> “Artículo 1410.- El comprador de bienes inmuebles, o de derechos o acciones sobre ellos, aunque se le haya entregado la cosa, puede retener el precio o la parte que debiere, mientras el vendedor le demore el otorgamiento de escritura en registro público. En este caso, no debe el comprador intereses convencionales ni legales de la cantidad retenida”.

Solo a partir de 1888, con la creación de los Registros Públicos, nace el problema. En este primer momento, el derecho preponderante era el de aquél que adquiría por prescripción, pues aún no existía protección para el tercero adquirente apoyado en la información registral. En este momento aún no había mayores dudas sobre el tema.

## B. Código Civil de 1936

Para adquirir por prescripción adquisitiva, el Código Civil de 1936 requería poseer por 10 años si se tenía justo título y buena fe<sup>32</sup>, al igual que el Código Civil de 1852; pero en el caso de la prescripción larga o de mala fe, donde no es necesario el justo título, se redujo el plazo de 40 a 30 años.

El gran cambio legislativo aquí estuvo en incluir<sup>33</sup> en el Código Civil el Registro Público tal como lo conocemos hoy en día. Este sistema se incluyó en la Sección Quinta del Libro de los Derechos Reales, y con este elemento nació la controversia entre el tercero que adquiere del propietario registral y aquél que lo hace por prescripción. Esta disyuntiva parte entonces del antecedente de los artículos 952 y 2014 del Código Civil vigente. El artículo 872<sup>34</sup> del Código Civil de 1936, al igual que el actual artículo 952, daba al sujeto que adquiría por prescripción la facultad de recurrir al juez a pedir que se declare y se inscriba su derecho. La inscripción, además, cancelaría los asientos del antiguo propietario registral.

El artículo 1052<sup>35</sup>, equivalente al actual 2014, por su parte, manifestaba que aquél que

adquiriera derecho fiándose de la información del Registro, mantendría su derecho aunque se anulare el derecho del enajenante por título anterior no inscrito o por inexactitud imperceptible de la información registral. Este artículo introducía en el sistema peruano la figura de la fe pública registral, tal como manifiesta Romero Romaña:

“(…) que da garantía al tercero que contrata amparado bajo la fe del registro, lo que confirma este artículo, desde que el tercero no tiene por qué sufrir las consecuencias si ha contratado de buena fe sobre la base de lo que aparece en registro.”<sup>36</sup>

Nuestro problema, como se verá en detalle más adelante, es quién deberá mantener la propiedad cuando se genera un conflicto entre un tercero adquirente de buena fe con derecho inscrito en el Registro y aquel que adquiere por prescripción y solicita que se inscriba su derecho, cancelándose el título del anterior propietario. Parecería que el que debe primar, solo por aplicación normativa, es el que adquiere por prescripción, pues el artículo 872 da la facultad de cancelar el derecho de los antiguos propietarios. Como veremos en el siguiente apartado, esta controversia no fue resuelta por el Código Civil de 1984.

## C. Código Civil de 1984

La prescripción en el Código Civil de 1984 siguió en mucho los pasos dejados por el Código Civil de 1936; si bien hubieron mejoras, muy a pesar de la Comisión Reformadora de aquel entonces<sup>37</sup>, el conflicto entre el sujeto

“Artículo 2051. Habrá en cada capital de departamento y a cargo de un escribano público, un oficio de hipotecas para el registro de todas las que se constituyan sobre bienes ciertos y determinados. Por las leyes especiales y según lo permitan las circunstancias de los pueblos, se determinará el establecimiento del oficio de hipotecas, en los lugares que no sean capitales de departamento”.

<sup>32</sup> “Artículo 871.- Adquieren inmuebles por prescripción quienes los han poseído como propietarios de modo continuo durante diez años, con justo título y buena fe, o durante treinta años sin estos dos últimos requisitos”.

<sup>33</sup> Se dice incluir porque el Registro Público fue creado por Ley el 2 de enero de 1888 ante la iniciativa de los Doctores Alejandro Arenas y Mariano Nicolás Valcárcel.

<sup>34</sup> “Artículo 872.- Quien adquiere un inmueble por prescripción puede entablar juicio para que se le declare dueño. La sentencia que acceda a la petición es título para la inscripción de la propiedad en el registro y para cancelar el asiento a favor del antiguo dueño”.

<sup>35</sup> “Artículo 1052.- Los actos que se ejecuten o los contratos que se otorguen por persona que en el registro aparezca con derecho para ello, una vez inscritos, no se invalidarán en cuanto a los que con ella hubiesen contratado por título oneroso aunque se anule el derecho del otorgante en virtud de título anterior no inscrito o de causas que no resulten claramente del mismo registro”.

<sup>36</sup> ROMERO ROMAÑA, Eleodoro. “Derecho Civil. Derechos Reales.”. Lima: PTCM. 1947. p. 429.

<sup>37</sup> Se indica esto porque, en realidad, el Dr. Jorge Avendaño, ponente del Libro de Reales del Código Civil de 1984, ofreció una solución al problema, pero el miedo de los juristas clásicos y la presión política no permitieron que el cambio y las soluciones pudieran ser plasmadas en la norma. Esta solución recaía en la clasificación entre bienes registrados y no registrados, sobre esto volveremos más adelante.

que adquiere por prescripción y el tercero adquirente de buena fe se mantuvo inconcluso.

La prescripción adquisitiva de dominio para los bienes inmuebles está regulada en el artículo 950 del Código Civil vigente<sup>38</sup>. Los plazos fueron recortados ampliamente, cambio concordante con la función esbozada al inicio de este ensayo referente al saneamiento de títulos y prueba de propiedad. La prescripción de mala fe, o larga, requiere la posesión continua, pacífica, pública y como propietario por diez años. En el caso de la prescripción de buena fe, o corta, operará a los 5 años; se necesitan los mismos elementos que la larga, pero se agrega la exigencia de la buena fe y el justo título. Como se ve, se mantiene la tesis del *animus domini* en la posesión, expuesta por Savigny; concordante también, como vimos, con la doctrina angloamericana.

Brevemente, pasaremos a describir los requisitos esenciales para que se pueda adquirir la propiedad de un inmueble por prescripción adquisitiva cuando no existe justo título ni buena fe:

- Posesión continua por diez años: Para que se cumpla este requisito no es necesario que el poseedor tenga un ejercicio permanente de la posesión, sino que se comporte como cualquier otro propietario lo haría. Por ello, de acuerdo al artículo 904 de Código Civil<sup>39</sup>, la posesión se conserva aunque su ejercicio esté impedido por hechos pasajeros. Asimismo, el artículo 915 del Código Civil<sup>40</sup> establece que la prueba de la posesión actual y la de un momento anterior genera que se presuma, *iuris tantum*, que durante ese lapso existió posesión.

De otro lado, de acuerdo al artículo 953 de Código Civil<sup>41</sup>, se interrumpirá el término

de la prescripción si el poseedor pierde la posesión o es privado de ella, a menos que la interrupción sea menor a un año o que se restituya por sentencia. Esta interrupción puede producirse por dos vías, una natural y otra civil<sup>42</sup>. Existirá interrupción natural cuando se abandone el bien o se pierda la posesión por intervención de un tercero (la interrupción contemplada en el artículo 953 antes citado) y, por su parte, existirá interrupción civil cuando la posesión del inmueble sea reclamada jurídicamente (aplicación analógica del artículo 1996 del Código Civil)<sup>43</sup>.

- Posesión pacífica: Se refiere a aquella posesión libre o exenta de violencia. En caso la posesión se haya obtenido de manera violenta, el plazo para invocar la prescripción adquisitiva se contabilizará desde el momento en que cese el estado de violencia o el conflicto.

De otro lado, como señala Berastain<sup>44</sup> existe jurisprudencia que establece que el reclamo judicial por el cual se solicite al poseedor la restitución del bien, implica que la posesión deje de ser pacífica. Así, la Corte Suprema ha indicado que:

“La pacificidad, como presupuesto para acreditar la presente acción, significa que la posesión de quien pretende ser declarado propietario por prescripción debe transcurrir sin generar ningún conflicto con los derechos de los demás; siendo de considerar que dicho precepto legal se vulnera cuando aparece de autos que la posesión ha sido cuestionada a través de algún proceso judicial que se haya instaurado en su contra y en la cual se discuta respecto del bien sub litis”<sup>45</sup>.

<sup>38</sup> “Artículo 950.- La propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años.

Se adquiere a los cinco años cuando median justo título y buena fe”.

<sup>39</sup> “Artículo 904.- Se conserva la posesión aunque su ejercicio esté impedido por hechos de naturaleza pasajera”.

<sup>40</sup> “Artículo 915.- Si el poseedor actual prueba haber poseído anteriormente, se presume que poseyó en el tiempo intermedio, salvo prueba en contrario”.

<sup>41</sup> “Artículo 953.- Se interrumpe el término de la prescripción si el poseedor pierde la posesión o es privado de ella, pero cesa ese efecto si la recupera antes de un año o si por sentencia se le restituye”.

<sup>42</sup> HERNÁNDEZ GIL, Antonio. “Obras Completas”. Tomo II. Madrid: Espasa-Calpe. 1987. p. 406.

<sup>43</sup> GONZÁLEZ BARRÓN, Gunther. “Curso de Derechos Reales”. Lima: Jurista Editores. 2003. p. 529.

<sup>44</sup> BERASTAÍN QUEVEDO, Claudio. “Requisitos de la prescripción adquisitiva”. En: Código Civil Comentado. Tomo V. Lima: Gaceta Jurídica. 2003. p. 320.

<sup>45</sup> Casación No. 1298-01-Ucayali. Publicada en El Peruano el 2 de mayo de 2002. p. 8657.

En el mismo sentido, ha señalado:

“Para que se adquiriera la propiedad por prescripción adquisitiva, se requiere, entre otros requisitos, que la posesión sea pacífica, entendiéndose por esta que no se adquirió por la fuerza, que no está afectada por violencia y que no es objetada judicialmente en su origen. No es pacífica la posesión cuando el poseedor es demandado en vía de acción reivindicatoria”<sup>46</sup>.

Sin embargo, el Pleno Jurisdiccional Civil llevado a cabo el 27 de marzo de 2010 ha establecido que, para que este reclamo judicial interrumpa la pacificidad y, por tanto, el plazo de prescripción, debe darse antes de haber transcurrido el plazo exigido para la adquisición de la propiedad por medio de la prescripción adquisitiva. De esta manera el Pleno Jurisdiccional manifiesta:

“No se interrumpe la posesión pacífica dado que el requisito de pacificidad o posesión pacífica, se habría configurado al cumplirse el plazo señalado por ley para adquirir el bien mediante la usucapión, sea ordinaria o extraordinaria. Por tanto, una acción posterior no configura la perturbación de la posesión”<sup>47</sup>.

- Posesión pública: Es la posesión conocida socialmente. El poseedor debe conducir su posesión de forma tal que sea conocida por todos y, además, debe conducirse con la naturalidad que le daría tener un derecho legítimo. Esta publicidad es necesaria para que el verdadero propietario del bien pueda darse cuenta de que el tercero está ejerciendo sobre él un acto de propiedad y

ejercer oposición.

- Como propietario: Hablar de posesión como propietario significa que debe ser en nombre propio y a título de dueño, el poseedor conserva el bien solo en interés propio. No es necesario que posea en virtud de un título que lo legitime.

El poseedor mediato, como un arrendador no propietario, y el poseedor pleno, como un invasor, pueden prescribir legítimamente un bien; sin embargo, el poseedor inmediato, como un arrendatario, y el servidor de la posesión, por ejemplo el guardián, no lo pueden hacer. Ello en virtud de lo señalado en los artículos 897<sup>48</sup> y 905<sup>49</sup> del Código Civil. De esta manera aquellos que posean como arrendatarios, comodatarios, depositarios, etc. no podrán adquirir la propiedad por prescripción, puesto que no tienen *animus domini*.

Se agrega que éste requisito es una “actitud del poseedor que trasciende al exterior en su comportamiento, consistente en tener la cosa o derecho conservándola o disfrutándola como suya propia”<sup>50</sup>.

Por otro lado, el Código Civil de 1984 recoge el artículo 952<sup>51</sup> sobre la sentencia de prescripción que, como se indicó, recoge casi el mismo texto que el artículo 872 del Código Civil de 1936. Lo mismo se puede decir respecto del artículo 2014<sup>52</sup>, sobre tercero adquirente de buena fe, en relación al artículo 1052 del Código Civil de 1936. En el caso del 2014, el cambio se dio en una redacción más clara del supuesto de hecho y una mención expresa a la necesidad de tener también buena fe subjetiva (no conocer la inexactitud del registro).

<sup>46</sup> Casación No. 1676-96-Lima. En: El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria. p. 324.

<sup>47</sup> Conclusiones del Pleno Jurisdiccional Nacional Civil. Lima, 27 de marzo de 2010.

<sup>48</sup> “Artículo 897.- No es poseedor quien, encontrándose en relación de dependencia respecto a otro, conserva la posesión en nombre de éste y en cumplimiento de órdenes e instrucciones suyas”.

<sup>49</sup> “Artículo 905.- Es poseedor inmediato el poseedor temporal en virtud de un título. Corresponde la posesión mediata a quien confirió el título”.

<sup>50</sup> SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier. Op. cit. pp. 61-62.

<sup>51</sup> “Artículo 952.- Quien adquiere un bien por prescripción puede entablar juicio para que se le declare propietario.

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

<sup>52</sup> “Artículo 2014.- El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos.

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

Es decir, el problema ya presente en el Código Civil anterior fue transcrito al nuevo Código. No se vinculó la adquisición del tercero adquirente de buena fe con el adquirente por prescripción.

#### IV. IDENTIFICANDO EL PROBLEMA: LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA VS. LA BUENA FE REGISTRAL

Como ya hemos adelantado, nuestro problema surge cuando colisiona al derecho de quien obtiene la propiedad en base a la confianza de la información contenida en Registros Públicos contra el derecho del adquirente que adquirió el derecho por prescripción<sup>53</sup>. La jurisprudencia ha sido muy variada al analizar este problema, dándole la razón a uno u otro sin seguir una línea cierta, lo cual cobra sentido toda vez que el mismo Código Civil no es claro respecto a esta circunstancia.

Un ejemplo de ello lo encontramos en la Casación No. 865-2007 Cajamarca, en el cual la Corte Suprema planteó la necesidad de que la demanda de prescripción adquisitiva sea inscrita en el registro correspondiente, a efectos de dar la publicidad debida:

**“Sexto.-** (...) En tal sentido, el artículo 2014 ab initio del Código Civil prescribe que el tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparece con facultades para hacerlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por, virtud de causas que no consten en los registros públicos, por lo que dicha norma es igualmente pertinente para solucionar este conflicto.

**Séptimo.-** En efecto, para enervar la buena fe del tercero adquirente, Eustaquia Cema Hernández debió haber anotado su demanda de prescripción adquisitiva de dominio en los Registros Públicos, cosa que no hizo (...)

**Octavo.-** Asimismo, Eustaquia Cema Hernández no inscribió el dominio que alega sobre el predio en controversia, motivo por el cual, de haberse aplicado el artículo 2022 ab initio del Código Civil otro hubiese sido el sentido de la decisión, y la sentencia en que sustenta su derecho es de fecha posterior al título de

adquisición del actor”<sup>54</sup>.

Asimismo, podemos citar la Casación 2185-2008 Lima, en el cual la Corte Suprema prefirió la buena fe registral con la que actuó el adquirente frente a quien quería oponer su derecho de propiedad por haberlo obtenido de acuerdo a la prescripción adquisitiva.

En ese sentido, la corte estableció:

**“Quinto.-** De lo expuesto, se arriba a la conclusión que tratándose de derechos de igual naturaleza, resulta de aplicación las normas en comentario y especialmente la última norma en mención, que da solución al conflicto surgido en autos (...) Por lo demás, el artículo 2014 del Código Civil, al regular el principio de buena fe registral, es claro en señalar que el tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos. Siendo que en el caso de autos, no existe ningún elemento de juicio que destruya la buena fe con que procedió la accionante al adquirir el bien sub iudice (...)”<sup>55</sup>.

Por su parte, y siguiendo un razonamiento contrario al de la anterior casación reseñada, tenemos la Casación No. 750-2008 Cajamarca, en la que se estableció que, aún en ausencia de sentencia declarativa, el solo paso del tiempo y el cumplimiento de los requisitos para la prescripción transforma en propietario al poseedor, siendo que, acaecido estos requisitos, el titular registral perdía la propiedad y, en ese sentido, quien adquiriría los bienes de este último, estaba adquiriendo los bienes de un *non domino* y, de manera muy criticable, declaró la nulidad de la transferencia realizada por el titular registral.

Expresamente, esta casación señaló:

**“Noveno.-** Ahora bien, establecido que la usucapión opera de pleno derecho, es decir, que el efecto de la adquisición del derecho de propiedad sobre un bien en virtud a una

<sup>53</sup> Posea éste o no, una sentencia judicial que lo declare propietario, cuya naturaleza, bien constitutiva o declarativa, también ha sido materia de diversas interpretaciones dentro de la jurisprudencia nacional.

<sup>54</sup> Casación No. 865-2007 Cajamarca. Publicada en El Peruano el 30 de enero de 2008. p. 21456.

<sup>55</sup> Casación 2185-2008 Lima. Publicada en El Peruano el 02 de febrero de 2009.

posesión cualificada y por el término legal opera por la satisfacción y comprobación de tales requisitos corresponde ahora determinar cuáles son sus efectos en el tiempo, esto es, si se es propietario recién a partir del cumplimiento de los diez años o cinco años de posesión, junto con los demás requisitos, o se retrotrae al momento en que se inició la posesión; al respecto esta Sala de Casación se inclina por la posición de estimar que una vez configurada la usucapión, esto es, cumplidos todos los requisitos establecidos en el artículo 950º del Código Civil, ésta nos coloca en la situación de considerar la existencia de una ficción legal en virtud de la cual los efectos de la usucapión deben retrotraerse al momento en que se inició la posesión, dado que es en base a la realidad de dicha posesión durante un lapso de diez años o ya de cinco años que se adquirió el derecho de propiedad; (...)

**Décimo Tercero.-** En tal virtud, tanto los donantes como el donatario sabían perfectamente que el inmueble sub-judice era ajeno, por consiguiente, estando a lo normado en los artículos 70º de la Constitución política del Estado, el cual protege el derecho de propiedad; y el artículo 923º del Código Civil, que regula los atributos de dicho derecho, entre ellos, el de disponer, está reñida contra nuestro ordenamiento jurídico la enajenación de bienes, invocando la condición de propietario, cuando se carece de dicho derecho, precepto que constituye norma de orden público, lo que hace aplicable el artículo 219º, inciso 8, del Código Civil, el mismo que prescribe: ‘él acto jurídico es nulo en el caso del artículo V del Título Preliminar’<sup>56</sup>.

Aun en doctrina, no es pacífica la sustentación de cuál de estos adquirentes debería primar. En esta línea de ideas, Arata Solís comentando la posición de Bullard afirma que la doctrina se ha ocupado del caso específico en que se enfrenten el poseedor que ya logró cumplir el plazo exigido por la ley para la prescripción adquisitiva, pero que aún no ha logrado su emplazamiento registral como nuevo titular del bien (supuesto conocido como prescripción contra tabulas) y el titular registral que puede invocar a su favor la protección que brinda el

artículo 2014 del Código Civil. Se ha considerado que, por aplicación de lo previsto en el segundo párrafo del artículo 952 del Código Civil, “el efecto final es que el Registro puede oponerse a todos menos al poseedor actual que ha sumado (...) diez años. Curiosamente la posesión se convierte en nuestro sistema en un signo de cognoscibilidad, oponible incluso a la inscripción registral, a pesar de que resulta obvio que el último es un signo mucho más perfecto y cierto”<sup>57</sup>.

Sin embargo, postura contraria asume Roca Trías analizando la usucapión *contra tabulas* en los sistemas latinoamericanos, utilizando, a manera de paradigma, el artículo 2014 del Código Civil peruano:

“En este sentido se razona que, en caso de que se diera preferencia a la usucapión sobre el derecho del tercer adquirente protegido, se estaría introduciendo una nueva excepción al principio de fe pública pues dicha preferencia no resultaría de la nulidad del negocio jurídico por causa que constara en el Registro y que, dado que esta excepción no aparece expresamente sancionada en ninguna ley, rige la regla general de su interpretación restrictiva y falta de presunción”<sup>58</sup>.

Ahora bien, esta divergencia de postulados tiene un acerbo dogmático muy importante; así, un análisis de las distintas posturas nos permitirá observar cuáles son las contingencias que ambas poseen y, a su vez, demostrar que la decisión entre optar por una u otra de ellas dependerá de la labor legislativa, no debiendo dejarse ello a criterio judicial con el riesgo de que, como se ha observado, surjan decisiones contradictorias.

A este punto, reconocer que el adquirente por prescripción puede oponer su derecho aun contra aquél que adquiriera el bien de acuerdo a su confianza en registros traería un problema de seguridad jurídica y un aumento en los costos de transacción. A decir de Bullard, ello se daría pues, quien desee adquirir un bien, ya no solo deberá ser lo suficientemente diligente de observar el estado del bien en los Registros

<sup>56</sup> Casación 750-2008 Lima. Publicada en El Peruano el 30 de noviembre de 2010.

<sup>57</sup> ARATA SOLÍS, Moisés. “Comentario al Artículo 2022 del Civil”. En: Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas. Tomo X. Lima: Gaceta Jurídica. p. 470.

<sup>58</sup> ROCA TRIAS, Encarnación. “La usucapión contra tabulas: una visión general”. En: [http://www.cinder.info/wp-content/uploads/file/DocumentosPeru/Encarna%20Roca%20\\_%20USUCAPACI%C3%93N%20CONTRA%20TABULAS.pdf](http://www.cinder.info/wp-content/uploads/file/DocumentosPeru/Encarna%20Roca%20_%20USUCAPACI%C3%93N%20CONTRA%20TABULAS.pdf).

Públicos (extendiéndose esta diligencia a los títulos archivados), sino que deberá tener la diligencia suficiente para realizar un examen o “cateo” del predio con la finalidad de identificar que no haya un poseedor que busque beneficiarse de la prescripción adquisitiva<sup>59</sup>.

Sin embargo, darle primacía a la publicidad registral por sobre la usucapión lleva a la aplicación de una inconsistencia en el sistema adoptado, pues, al no suponer la inscripción registral un supuesto de interrupción o suspensión del plazo para que opere la prescripción adquisitiva, lo que en realidad sucedería es que el prescribiente podría hacer valer su prescripción ganada tanto antes o después de haberse producido la inscripción del tercero que adquirió de acuerdo a la confianza en Registros Públicos, pues, en cualquiera de los dos supuestos habría cumplido con el plazo requerido por la ley para que opere esta prescripción<sup>60</sup>.

## V. PASO PREVIO: TRATAMIENTO LEGISLATIVO DEL CONFLICTO EN EL DERECHO COMPARADO

### A. Experiencia Alemana

Al momento de analizar el tratamiento alemán que se ha dado al conflicto entre el tercero adquirente de buena fe y el adquirente por prescripción adquisitiva, debemos hacer mención a su particular sistema de transferencia de propiedad y el modo en que éste afecta a la figura de la prescripción adquisitiva.

Dado que no es nuestro tema de análisis, nos limitaremos a señalar que el sistema alemán de transferencia de la propiedad se inscribe dentro de un sistema registral constitutivo convalidante<sup>61</sup>; por el cual, con referencia a los bienes inmuebles, se produce la traslación de la propiedad por medio del acuerdo de

transmisión sumado a la inscripción registral, siendo el requisito de inscripción uno constitutivo del derecho de propiedad. Así lo ha expresado Wolff al señalar que: “La transmisión sólo produce el tránsito de la propiedad en unión con la inscripción (...) Por consiguiente, la posición jurídica del que recibe la transmisión no está aún del todo libre de riesgos, antes de haberse efectuado la inscripción”<sup>62</sup>. Es decir, el título será el contrato de compraventa, por ejemplo; y el modo será la inscripción en Registros Públicos.

Entendida la existencia de la necesidad de inscripción para que surja el derecho de propiedad, se puede observar la irrelevancia del conflicto entre la prescripción y la buena fe registral<sup>63</sup>, toda vez que no habría propiamente una adquisición por prescripción adquisitiva sin la correspondiente inscripción registral. Quedaría, entonces, por el paso del plazo establecido legalmente, solo una expectativa de adquirir la propiedad, más no la adquisición en sí. No será necesario el solo paso del tiempo bajo ciertos requisitos, sino que la adquisición de la propiedad solo se produciría luego de la inscripción en el registro correspondiente.

Así, se ha señalado que: “[c]uando hay bienes sujetos a un régimen de matrícula, la usucapión puede perder su razón de ser. Así ocurre todas las veces que los enunciados de los registros tienen una fuerza probatoria absoluta. Es propietario aquel que está inscripto como tal en los registros; una posesión que no concordara con el título oficial no podría ser transformada en propiedad. Sin embargo, las legislaciones que han organizado el régimen de los registros inmobiliarios han dejado algún lugar a la usucapión”<sup>64</sup>.

De ahí que en la BGB se regule la usucapión *secundum tabulas*, dejando la usucapión *contra tabulas* un marco muy reducido de aplicación,

<sup>59</sup> BULLARD GONZÁLES, Alfredo. “La prescripción adquisitiva y la prueba de la propiedad inmueble” En: THEMIS 7. Lima: THEMIS. p. 78.

<sup>60</sup> Con mayor razón si es que el tercero adquirente no inscribe su adquisición, en tanto, al amparo del artículo 952, el prescribiente, simplemente, inscribiría su adquisición desplazando a quien era titular registral.

<sup>61</sup> El cual es un subsistema del sistema traslativo de causa abstracta, perteneciente, a su vez, al sistema de separación del contrato. Para mayor información, ver: WOOLCOT, Javier. “Ventajas de tener un registro constitutivo para la transferencia de propiedad”. En: GACETA JURÍDICA. Artículos Publicados. Lima. 2011. [http://www.gacetajuridica.com.pe/informes/arch\\_infor/articulo\\_julio.pdf](http://www.gacetajuridica.com.pe/informes/arch_infor/articulo_julio.pdf)

<sup>62</sup> WOLFF, Martín. “Derecho de Cosas”. En: ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; y, WOLFF, Martín, “Tratado de Derecho Civil”, Tercer tomo, Volumen I. Tercera Edición. Barcelona: Bosch. 1971. pp. 397-398.

<sup>63</sup> Y, en algún sentido, salvo contados casos, se podría hablar de la irrelevancia de la existencia de la prescripción adquisitiva.

<sup>64</sup> RIPERT, Georges y Jean BOULANGER. Op. cit. p. 332.

siendo esta, excepcional; de igual manera se entiende que la BGB reduzca los requisitos para la usucapión al paso del tiempo y una indebida inscripción registral.

Así lo ha señalado Wolff al tratar sobre esta figura:

“El adquirente por usucapión tiene que haber estado indebidamente inscrito como titular, durante treinta años; por ejemplo, si adquirió en virtud de un acuerdo nulo (...) Efecto de la usucapión inscrita es la adquisición del derecho inscrito”<sup>65</sup>.

Añade el mismo autor:

“La posesión en nombre propio junto con la inscripción en el registro por treinta años rompe la propiedad. La inscripción, por antigua que sea, sin posesión no produce nunca este efecto. La posesión en nombre propio por muchos años sin inscripción, no trae como efecto inmediato la extinción de la propiedad (con transmisión correlativa), pero puede ser base de una intimación conducente a la supresión (...)”<sup>66 67</sup>.

De lo expuesto podemos señalar que la BGB establece, guardando coherencia con la finalidad que el sistema alemán le da al registro y a la usucapión, que el titular que se ve afectado por la inscripción distinta en el registro puede impugnar la misma durante un plazo establecido. De lo contrario, prima lo que se encuentre establecido en los registros, el titular pierde su derecho por la omisión en la actuación, “la apariencia se convierte en realidad”<sup>68</sup>. De esta manera, mientras que el usucapiante posee una inscripción registral que lo respalda (presunción de legitimidad); quien es titular, no cuenta con ella. Así, el segundo de estos posee una carga de hacer valer su título frente a la inexactitud registral, durante un periodo establecido, a costa de que la inscripción registral surta efectos en la realidad y pierda el derecho (el cual, en realidad, no supera la mera facultad de contradecir lo dispuesto en el

asiento registral, a fin de que se rectifique). A manera de ejemplo, esta situación se daría en el caso de existir un adquirente cuyo título es nulo, pero que logró la inscripción en registros, frente al segundo adquirente con título válido. Este último podría contradecir lo dispuesto en la segunda inscripción, mientras que el primero solo deberá esperar el transcurso del tiempo para poder subsanar la diferencia registral con la realidad.

Como observamos, la función que cumple la usucapión en el marco de la BGB, es la subsanación de la inexactitud del Registro, tendiente a que una posesión prolongada, como situación de hecho, se ajuste al estado jurídico ya reconocido en el contenido inscrito en los asientos registrales; y no de manera contraria, por ello se ha señalado que en el derecho alemán existe una “inmunización” del derecho que se encuentre inscrito, contra los efectos que acarrea la usucapión.

Esta primacía registral rígida, ha hecho que la figura de la usucapión en el sistema alemán sea utilizada con muy poca frecuencia en la práctica, sin embargo, el sistema consigue que exista una mayor seguridad jurídica en el tráfico de bienes, dada la necesidad de acudir a los registros a efectos de que se constituya el derecho de propiedad.

## B. Experiencia Española

En España se ha regulado el conflicto entre el tercero adquirente de buena fe y aquél que adquiere la propiedad por el Registro. En este sistema se dan dos soluciones distintas a la usucapión *contra tabulas*. El autor español Bernaldo de Quiroz enuncia en este sentido:

“¿Quién tiene más fuerza, el registro o la posesión? Vemos aquí en lucha dos instituciones. Nuestro Derecho hace una distinción fundamental en materia de usucapión.

1° Si el conflicto se plantea entre el poseedor y el titular registral, prevalece la usucapión.

<sup>65</sup> WOLFF, Martín. “Derecho de Cosas”. Op. cit. p. 314.

<sup>66</sup> Ibid. p. 399.

<sup>67</sup> Para entender mejor lo expuesto, debemos referirnos a la figura que complementa en el sistema alemán de la usucapión; la prescripción extintiva registral. Esta se entiende como la extinción, por el solo transcurso del tiempo, de los derechos que existen en la realidad con toda validez, pero que no tienen un correlato en los registros, pues no han sido inscritos. Ver: HEDEMANN, Justus. “Tratado de Derecho Civil”. Volumen II. Madrid: Editorial Revista de Derecho privado. 1955. p. 134.

<sup>68</sup> WOLFF, Martín. “Derecho de cosas”. Op. cit. 317

2° Si el conflicto se plantea entre el poseedor y el tercero adquirente, entonces el respeto a la posesión se modera con la necesidad de amparar la seguridad del tráfico.”<sup>69</sup>

Es decir, cuando compite el derecho del usucapiente con el titular registral primará el primero; en cambio, cuando concurra el derecho del usucapiente con el tercero adquirente de buena fe<sup>70</sup>, se dan los instrumentos al tercero para hacer primar su derecho. Roca Sastre y Roca-Sastre Muncunill precisan:

“Aun en el caso de tratarse de un tercero adquirente propiamente protegido por la fe pública registral, **esta protección se desvanece frente a una usucapación consumada o que pueda consumarse dentro del año siguiente a la adquisición si el tercero hipotecario** conoció o tuvo medios racionales y motivos suficientes antes de perfeccionarse su adquisición, que la finca o derecho estaba poseída de hecho y a título de dueño por persona distinta del transmitente,

o bien, cuando sin haber conocido o podido conocer, en la forma dicha, tal posesión de hecho contraria, al tiempo de la adquisición, el adquirente inscrito la consiente, expresa o tácitamente durante todo el año siguiente a su adquisición.”<sup>71</sup> [El énfasis es nuestro]

Asimismo la jurisprudencia española ha señalado:

“En el caso de la *usucapación contra tabulas* respecto del tercero protegido por la fe pública registral, el artículo 36, párrafo primero, establece que “sólo prevalecerá la prescripción adquisitiva o consumada, o la que pueda consumarse dentro del año siguiente a su adquisición, en los dos supuestos siguientes: a) Cuando se demuestre que el adquirente conoció o tuvo medios racionales para conocer, antes de perfeccionar su adquisición, que la finca o derecho estaba poseída de hecho y a título de dueño por persona distinta de su trasmitente”; y “b) siempre que, no habiendo conocido ni podido conocer

<sup>69</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIROZ, Manuel. “Derechos Reales. Derecho Hipotecario”. Madrid: Agisa. 1986. p. 63.

<sup>70</sup> El tercero adquirente de buena fe está regulado en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria española: “Artículo 34.- El tercero que de buena fe adquiriera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro.

La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro. Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente”.

Asimismo, el artículo 36 de dicha Ley señala:

“Artículo 36.- Frente a titulares inscritos que tengan la condición de terceros con arreglo al artículo 34 sólo prevalecerá la prescripción adquisitiva consumada o la que pueda consumarse dentro del año siguiente a su adquisición, en los dos supuestos siguientes:

- a. Cuando se demuestre que el adquirente conoció o tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer, antes de perfeccionar su adquisición, que la finca o derecho estaba poseída de hecho y a título de dueño por persona distinta de su transmitente.
- b. Siempre que, no habiendo conocido ni podido conocer, según las normas anteriores, tal posesión de hecho al tiempo que la adquisición, el adquirente inscrito la consiente, expresa o tácitamente, durante todo el año siguiente a la adquisición. Cuando la prescripción afecte a una servidumbre negativa o no aparente, y ésta pueda adquirirse por prescripción, el plazo del año se contará desde que el titular pudo conocer su existencia en la forma prevenida en el apartado a, o, en su defecto, desde que se produjo un acto obstativo a la libertad del predio sirviente.

La prescripción comenzada perjudicará igualmente al titular inscrito si éste no la interrumpe en la forma y plazo antes indicados y, sin perjuicio de que pueda también interrumpirla antes de su consumación total.

En cuanto al que prescribe y al dueño del inmueble o derecho real que se esté prescribiendo y a sus sucesores, que no tengan la consideración de terceros; se calificará el título y se contará el tiempo con arreglo a la legislación civil.

Los derechos adquiridos a título oneroso y de buena fe que no lleven aneja la facultad de inmediato disfrute del derecho sobre el cual se hubieren constituido, no se extinguirán por usucapación de éste. Tampoco se extinguirán los que impliquen aquella facultad cuando el disfrute de los mismos no fuere incompatible con la posesión causa de la prescripción adquisitiva, o cuando, siéndolo, reúnan sus titulares las circunstancias y procedan en la forma y plazos que determina el párrafo b) de este artículo.

La prescripción extintiva de derechos reales sobre cosa ajena, susceptibles de posesión o de protección posesoria, perjudicará siempre al titular según el Registro, aunque tenga la condición de tercero”.

<sup>71</sup> ROCA SASTRE, Ramón y Luis ROCA-SASTRE MUNCUNILL. “Derecho hipotecario”. Tomo I. Barcelona: Bosch. 1979. p. 785.

según las normas anteriores, tal posesión de hecho al tiempo de la adquisición, el adquirente inscrito la consienta, expresa o tácitamente, durante todo el año siguiente a la adquisición". De lo expuesto se desprende que si concurren estos requisitos el adquirente no queda afectado por la posesión, pero si falta alguno de ellos la usucapión *contra tabulas* despliega su eficacia, ya que nuestro ordenamiento jurídico, en esta materia, sigue un sistema mixto, como el alemán y el suizo, que intenta conciliar las instituciones de la prescripción adquisitiva y el Registro de la Propiedad.<sup>72</sup>

El supuesto que aquí interesa es realmente el segundo, el primero en realidad supone una pérdida de la buena fe *ex ante*, saliendo del supuesto de hecho de la buena fe registral. En el segundo supuesto el sujeto adquiere como tercero adquirente de buena fe y, cuando se acude al predio, se le sorprende con el usucapiente. Lo que aquí hace la Ley española es dar la posibilidad al tercero adquirente amparado en la fe registral de imponer su derecho frente al que adquirió por prescripción adquisitiva durante el plazo de un año desde que se produce la transferencia de propiedad al primero. Lo que la norma española prevé realmente es la disquisición entre el tercero adquirente de buena fe y el titular registral. Transcurrido el año luego de la adquisición del tercero amparado en la fe registral, este tercero deja de ser un tercero para convertirse en un simple titular registral. Así, el usucapiente es preferido.

¿Esto significa que no existirá prescripción *contra tabulas* frente al tercero adquirente de buena fe? Creemos que sí, pero esto sólo bajo el entendido que el adquirente amparado por la fe registral será únicamente aquel que interponga acción durante el año siguiente a su adquisición. De otro modo dejará de ser un tercero amparado por la fe pública registral y se convertirá en un simple titular registral. La regulación española ha sido recogida en parte por la reforma propuesta en el Proyecto de la Comisión Reformadora, como se verá más adelante.

## VI. EL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL Y LA REIVINDICACIÓN DEL TRATAMIENTO DEL CONFLICTO PRESCRIPCIÓN VS. REGISTRO: ¿LA MUERTE DE LA PRESCRIPCIÓN CONTRA TABULAS FRENTE AL TERCERO ADQUIRENTE DE BUENA FE?

La Comisión Reformadora del Código Civil, presidida por el Doctor Jorge Avendaño, quien, a su vez, ha sido el ponente del Libro de Derechos Reales nuevamente en esta ocasión, ha propuesto el artículo 952

"Artículo 952.- Declaración judicial de prescripción adquisitiva

1. Quien adquiere un bien por prescripción puede entablar juicio para que se le declare propietario.
2. La sentencia que accede a la petición es título para la inscripción de la propiedad en el registro respectivo y para cancelar el asiento en favor del antiguo dueño.
3. No puede hacerse valer la prescripción adquisitiva contra el adquirente de buena fe que se acoge a lo dispuesto en el artículo 2014."

Como se ve, después de poco más de 123 años, es decir desde la creación de los Registros Públicos en 1988, se propone, nuevamente<sup>73</sup>, una solución al conflicto entre la concurrencia de derechos del usucapiente y el tercero adquirente de buena fe que inscribe su derecho.

El artículo bajo comentario concluye a favor del tercero adquirente de buena fe. La Comisión Reformadora recoge finalmente la misma disquisición que la legislación española respecto a la prescripción *contra tabulas*. Es decir, se permite la prescripción *contra tabulas* en el caso del titular registral, más no en el caso del tercero adquirente de buena fe. En principio podemos decir que la intención es plausible sin embargo creemos que la norma propuesta presenta un vacío que impide la solución plena.

Si bien se prefiere al tercero adquirente de buena fe subsiste la pregunta de ¿hasta cuándo

<sup>72</sup> Sentencia de la Sección 3ª de la A.P. de Tarragona de 12 de noviembre de 1998 (Rollo 264/97).

<sup>73</sup> Se dice nuevamente porque, como ya expresamos, el Dr. Jorge Avendaño propuso una solución al momento de realizar el Código Civil de 1984. Luego de esa ocasión, de la misma mano han surgido distintas alternativas. Lamentablemente la política y el tiempo no han permitido solucionar este problema centenario.

se es un tercero adquirente de buena fe?, ¿en qué momento se deja de ser un tercero adquirente de buena fe para transformarse en un simple titular registral?, ¿un día?, ¿un año?, ¿cinco años? Lamentablemente, a diferencia de la regulación española, esta pregunta ha quedado sin respuesta en el proyecto de la Comisión Reformadora.

En nuestra controversia, ya existente desde el Código Civil de 1936, el usucapiente tiene la capacidad de cancelar el derecho del titular registral. Aún en el proyecto de reforma de la Comisión Reformadora es esto posible. Tanto el artículo 952 Código Civil de 1984, como el artículo 872 del Código Civil de 1936, amparaban la prescripción adquisitiva *contra tabulas* frente al titular registral, más no se indicaba nada frente al tercero adquirente de buena fe. Esto de por sí generaba un problema, el vacío legal era subsanado por la doctrina llevándonos a posturas contrapuestas y, como ya hemos visto, a sentencias de la Corte Suprema también contrapuestas. El artículo 952 del proyecto de reforma llena en parte el vacío, sin embargo no soluciona el problema de fondo.

Las posturas de la doctrina nacional aún podrían tener espacio con el proyecto de reforma. Así, una parte de la doctrina ha sostenido que el usucapiente podría sumar a su plazo posesorio una unidad más de tiempo cada vez que fuera necesario para quitar la posibilidad que el tercero amparado en la fe registral de adquirir la propiedad. Así si A adquiría por prescripción larga el 7 de noviembre de 2011 y B adquiría amparado en la fe registral el 8 de noviembre de 2011 a las 6:00 pm, A podría alegar en juicio que adquirió su derecho a las 6:01 del 8 de noviembre despojando a B. Lo que este sector postula no es otra cosa que la transformación perenne del tercero adquirente de buena fe en un simple titular registral, de esta manera, el usucapiente siempre ganaría en la concurrencia sobre el bien.

Otro sector de la doctrina alega la preferencia del tercero adquirente de buena fe sobre aquel que adquirió por prescripción. Se indica que si el primero adquiere luego que se ha cumplido el plazo de prescripción, a pesar de

adquirir de un *non domino* cae en el supuesto del artículo 2014 y prevalece su derecho sobre el del usucapiente. Podemos hacer referencia nuevamente al ejemplo del párrafo anterior, en este caso la inscripción de B despoja a A, pero A no podrá usar su plazo posesorio. Esta postura, al otro extremo de la anterior, considera que el adquirente amparado en la fe registral siempre mantendrá esta calidad, nunca se transformará en un titular registral simple por más que transcurra el tiempo.

Las dos posturas expuestas parten de interpretar que en principio el tercero adquirente de buena fe puede despojar de su derecho al usucapiente, el tema sin embargo está en que no hay concordancia en hasta cuando B será un tercero adquirente de buena fe y no un simple titular registral. El presupuesto de estas posturas es lo que se ha regulado hoy en el proyecto de reforma del artículo 952, sin embargo, caemos en el mismo problema, ¿hasta cuándo se puede considerar que somos un tercero adquirente de buena fe?

Entonces, ¿qué rol subsiste en la prescripción adquisitiva de dominio con el proyecto de reforma?:

Definitivamente la función del saneamiento de la propiedad sigue teniendo plena vigencia. La prescripción *secundum tabulas*, supondrá que el estudio de títulos se limitará al plazo prescriptorio para dar seguridad al adquirente.

También se mantendrá la prescripción *contra tabulas*<sup>74</sup>, cuando colisione el derecho de aquél que adquiere por prescripción con el titular registral, el posesionario seguirá transformándose en el nuevo propietario. Sin embargo, ¿es la muerte de la prescripción *contra tabulas* frente al tercero adquirente de buena fe? Consideramos, con un razonamiento similar al caso español, que la prescripción *contra tabulas* sí morirá respecto al tercero adquirente de buena fe, el problema que subsiste es ¿hasta cuándo se es un tercero amparado en la fe registral?

A pesar de la deficiencia enunciada, consideremos que con esta reforma se ha

<sup>74</sup> Del mismo modo subsistirá la prescripción en el caso de los inmuebles no registrados, donde ciertamente no podría darse una colisión entre el usucapiente y el derecho adquirido por el tercero de buena fe registral, esto último por una razón obvia, el tercero no tendría registro en que ampararse.

buscado delimitar el ámbito de ejercicio de la prescripción adquisitiva de dominio a su principal fundamento, el mismo que enunciamos al inicio de este trabajo: la prueba de la propiedad. Se pretende restringir la prescripción *contra tabulas* dando un paso más hacia un sistema coherente de modo de adquisición de la propiedad. Sin embargo, ¿es esto suficiente?

## VII. LOS ALCANCES DE LA REFORMA DE LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA

### A. Registro constitutivo: Otro problema centenario

Como se indicó, el Doctor Jorge Avendaño propuso, hace más de dos décadas, un modelo que en efecto resolvía el problema; sin embargo, debido al temor al cambio de juristas tradicionales<sup>75</sup>, la modificación quedó solo en intenciones. La propuesta preveía una disquisición entre bienes registrados y no registrados; y, dentro de los no registrados, los registrables y los no registrables. Para los bienes no registrados, se aplicaría el sistema actual; y para los registrados, se aplicaría un sistema similar al alemán, es decir, el registro como modo para la transferencia del derecho de propiedad.

Lo que creemos no entendieron los juristas en ese momento es que este cambio reposaba principalmente en la autonomía privada, no existía una obligación a la inscripción. Era decisión de cada sujeto interesarse en inscribir su predio o no. Es un hecho que los Registros Públicos, junto a muchos beneficios, trae consigo también costos. Es por esto que se quería dar la posibilidad, a quienes quisieran asumir ese costo, de tener un derecho de propiedad más completo, que sea realmente oponible.

En esta ocasión no se ha recogido esta reforma por las propias instrucciones del encargo dado a la Comisión Reformadora. Una vez más, los intentos por hacer el sistema más coherente han fracasado. Así, siguen resonando en los pasillos las casi centenarias palabras del

fencido maestro Elodoro Romero Romaña quien reclama reforma:

“Nuestro sistema establecido por la ley de 1888 era defectuoso. Ha seguido el sistema francés, que es simplemente transcritorio de derecho; sólo mira la publicidad en beneficio de terceros; pero la inscripción no bonifica ni sana el título, lo que obliga a hacer el estudio independientemente de éste.”<sup>76</sup>

### B. La necesidad de una reforma de los registros públicos para el correcto funcionamiento de la reforma del Código Civil.

Como se ha observado, el proyecto de reforma en el Código Civil pone en una situación preponderante al tercero amparado en la fe registral frente a la prescripción adquisitiva; dándole una relevancia incalculable a la inscripción registral.

Tal como hemos señalado en el punto anterior, podemos ver esta reforma como un paso más fuera de la “caverna”; un paso más hacia la conversión a un sistema en donde el registro es constitutivo del derecho. En ese sentido, surge la preocupación respecto a la necesidad de reformar los Registros Públicos para el funcionamiento óptimo del sistema.

Pues bien, el establecimiento de una reforma en materia de prescripción requerirá una innovación en los Registros Públicos que le permita brindar de manera idónea y eficiente el servicio de publicidad registral. La importancia de ello se encuentra en el hecho de que, ante inexactitudes registrales, se estaría dando protección a personas que no merecen la misma, por no ser los verdaderos propietarios y; sin embargo, inmunes a una subsanación de la situación registral vía la prescripción adquisitiva.

## VIII. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Tal como se ha señalado el artículo 952 propuesto pretende solucionar la discusión entre la concurrencia del adquirente por

<sup>75</sup> Entre ellas podremos indicar las clásicas posturas sobre la onerosidad de realizar un sistema constitutivo ante la dificultad de acceso a los registros públicos, así como el contexto nacional en el que un gran porcentaje del territorio no se encuentra inmatriculado.

<sup>76</sup> ROMERO ROMAÑA, Eleodoro. “Derecho Civil. Derechos Reales”. Lima: PTCM. 1947. p. 426.

prescripción adquisitiva de dominio y el tercer adquirente amparado en la fe pública registral, controversia presente desde hace más de un siglo en nuestro ordenamiento jurídico peruano. Sin embargo, al no haber previsto hasta cuando se es un tercero adquirente de buena fe, no se puede afirmar que se ha solucionado el problema completamente. En todo caso, el problema presentado tiene una

vigencia innegable y la necesidad de reforma es definitivamente urgente.

Podemos concluir diciendo que el proyecto presentado por la Comisión Reformadora del Código Civil es un primer paso fuera de la “caverna” pero todavía hay un largo camino antes de contar con un sistema de transferencia de propiedad coherente.