

Principios sobre Prescripción Inmobiliaria

1.—Legislación anterior al código civil de 1852. 2.—Elaboración del código civil vigente. 3.—La prescripción extintiva y la caducidad. 4.—Fundamento de la usucapión. 5.—Capacidad para adquirir por prescripción. 6.—Bienes susceptibles de ser adquiridos por prescripción. 7.—Prescripción contra el patrimonio del Estado. 8.—Bienes destinados al culto. 9.—Los bienes de comunidades de indígenas. 10.—Prescripción de las universalidades de bienes. 11.—No todos los inmuebles son prescriptibles.

N. B.—En países de reciente formación como el Perú, en los que el derecho de propiedad no es firme, es siempre trascendente el estudio de la usucapión. Por lo mismo que existen propietarios no poseedores y poseedores no propietarios, más éstos que aquéllos, conviene el análisis de este instituto que convierte ese estado precario e irresoluble, que es la posesión, en un estado jurídico permanente, inatacable, que es el derecho de propiedad.

1.—*Legislación anterior al Código Civil de 1852.*—En nuestro país, la independencia no significó la abolición de las leyes españolas; éstas continuaron rigiendo, por lo que con respecto a prescripción estuvieron en vigencia las leyes XVIII, XIX, XX, XXI, tit. XIX, Part. 3; ley I, tit. VIII, lib. XI Nov. Rec. De acuerdo con sus textos, a los 10 años entre presentes y 20 entre ausentes, habiendo buena fé, justo título, posesión continuada y capacidad del que prescribe y de la cosa prescrita, se adquiría la misma. Había también una prescripción extraordinaria, por la que se adquiría el dominio de los inmuebles por la posesión inmemorial, que era de 40 años, aunque no hubieren concurrido la buena fé y el justo título.

Debe consultarse asimismo la ley VI, tit. XIX, Part. 3, por la que las cosas sagradas, santas o religiosas, no se ganaban por prescripción. V. también leyes I, II, VI, tit. VIII, lib. XI Nov. Rec.

2.—*Elaboración del Código Civil Vigente.*—La materia de la prescripción adquisitiva como, en general, el libro de los derechos reales, ha sido redactada por el señor doctor A. Solf y Muro (1). Sólo seis dispositivos (arts. 871 a 876) regulan la usucapión de inmuebles, remitiendo el último de ellos a las reglas de la prescripción extintiva en lo que fueren aplicables. Esta carencia legislativa impone al abogado como al intérprete, la necesidad de acudir a la doctrina más generalmente aceptada, a fin de cubrir y salvar el silencio de la ley.

(1) V. ACTAS, V, p. 246. El primer Anteproyecto sobre usucapión fué redactado así:

Art. 38.—Se adquieren los inmuebles por prescripción por quien los ha poseído a título de propietario de modo continuo en los dos casos siguientes:

1.º—Durante 10 años entre presentes o 20 entre ausentes, teniendo justo título y buena fe.

2.º—Durante 40 años sin necesidad de responder ni de título ni de la buena fe.

Art. 39.—No son adquiribles por prescripción ordinaria las cosas indivisas por ninguno de los copartícipes, ni las cosas de una sociedad por los socios, ni las cosas depositadas, arrendadas y entregadas en administración por quienes entraron a poseerlas por alguno de esos actos.

Art. 40.—No tendrá lugar la prescripción ordinaria contra un título inscrito en el Registro de Inmuebles, y en perjuicio de tercero, si no es a mérito de otro título inscrito, debiendo contarse el tiempo sólo desde la fecha de la inscripción de este último.

Art. 41.—Los que poseen para otro adquieren por prescripción en favor de la persona para quien poseen.

Art. 42.—El que ha ganado un bien por prescripción puede iniciar juicio para que se le declare dueño, y rechazar la acción reivindicatoria que contra él se interponga.

La sentencia que en tales casos acceda a la prescripción servirá de título para inscribir la propiedad en el Registro y para cancelar la inscripción que en él hubiere a favor del antiguo dueño.

Este Anteproyecto estaba precedido de un memorandum del doctor Solf y Muro, que en la parte pertinente decía:

“En materia de prescripción el Anteproyecto se limita a establecer los plazos de la ordinaria y de la extraordinaria, y dispone además la aplicación de las reglas consignadas en los Títulos De la posesión y De la prescripción de los actos jurídicos; los preceptos consignados en el artículo 38 son los de los artículos 536, 543, y 545 del Código Civil, sintetizados.

“El artículo 40 del Anteproyecto está tomado de los códigos español (art. 1949) y panameño (art. 1686), y descansa en los principios de la legislación del Registro.

“Como el precepto del artículo 99 del Reglamento del Registro de la Propiedad ofrece dificultades en su aplicación, y no está muy justificado al subordinar el hecho de la posesión a la inscripción del título de ésta, lo he omitido intencionalmente en el Anteproyecto”, (ACTAS, V, p. 244).

En el Segundo Anteproyecto del Libro IV del cód. civ. (Lima, ed. 1926), se consignaban los siguientes artículos sobre prescripción inmobiliaria:

103.—Se adquieren los inmuebles por prescripción, por quien los ha poseído a título de propietario de modo continuo en los dos casos siguientes:

1.º—Durante 10 años entre presentes o 20 entre ausentes, teniendo justo título y buena fe.

2.º—Durante 40 años sin necesidad de responder ni del título ni de la buena fe.

104.—No son adquiribles por prescripción ordinaria las cosas indivisas por ninguno de los copartícipes, ni las cosas de una sociedad por los socios, ni las cosas de

Si aceptamos que la prescripción adquisitiva y la extintiva son institutos disímiles - y así parece haberlo entendido el legislador cuando los instaló en diferentes libros - resulta ilógico e incongruente el art. 876, al declarar que rigen para la usucapión las reglas de la prescripción extintiva. Por lo demás, de ésta trata el título X de la sección 1a. del libro V del cód. - arts. 1150 a 1170.

Para obtener una concepción total del instituto, debe estudiarse también la doctrina del art. 1833 cód. civ.

3.—*La Prescripción Extintiva y la Caducidad.*—Existen en el cód. civ. vigentes numerosos dispositivos que contienen reglas de caducidad y no de prescripción. Por lo mismo, conviene distinguir netamente cuando existe caducidad y cuando prescripción.

Para algunos autores (2), tanto la caducidad como la prescripción producen la extinción de derechos. Otros, por el contrario, afirman que la prescripción extingue directamente la acción y sólo indirectamente el derecho, en tanto que la caducidad extingue inmediata y definitivamente el derecho, el que ya no sobrevivirá ni como obligación natural (3).

En la caducidad se predetermina el tiempo en que un derecho puede ser ejercitado útilmente; en la prescripción se toma en cuenta la razón subjetiva del no ejercicio del derecho. En la caducidad se atiende al hecho objetivo del no ejercicio tan solamente y se prescinde de las razones subjetivas como son la negligencia del titular o la imposibilidad de hecho.

positadas, arrendadas y entregadas en administración por quienes entraron a poseerlas por alguno de esos actos.

105.—No tendrá lugar la prescripción ordinaria contra un título inscrito en el Registro de Inmuebles, y en perjuicio de tercero, si no es a mérito de otro título inscrito, debiendo contarse el tiempo sólo desde la fecha de la inscripción de este último.

106.—Los que poseen para otros adquieren por prescripción en favor de la persona para quien poseen.

107.—El que ha ganado un bien por prescripción puede iniciar juicio para que se le declare dueño, y rechazar la acción reivindicatoria que contra él se interponga.

La sentencia que en tales casos acceda a la prescripción servirá de título para inscribir la propiedad en el Registro y para cancelar la inscripción que en él hubiere del antiguo dueño.

EL PROYECTO DE CODIGO CIVIL, Lima, Lib. e Imp. Gil S. A., ed. 1936, contiene bajo los números 865 a 870 los mismos dispositivos que el código civil vigente en los arts. 871 a 876.

(2) COVIELLO, N.º 150, p. 520 ss.

(3) V. el ensayo denominado "Caducidad y prescripción", de Eduardo G. Rodríguez, publicado en "La Ley", t. 11, p. 65, que contiene conceptos agudos sobre esta materia.

Sólo el transcurso del tiempo es suficiente en la caducidad, para extinguir el derecho. Por lo mismo, las causas de suspensión y de interrupción de la prescripción ninguna influencia tienen en la caducidad. Es verdad, sin embargo, que algún acto que interrumpe la prescripción, hace también cesar la caducidad; así, la citación judicial; pero si nos fijamos bien, la citación con la demanda no importa realmente interrupción, sino ejercicio del derecho mismo, lo que impide la caducidad (4).

Se dice, asimismo, que al igual que la prescripción no cabe renuncia anticipada a oponer la caducidad y que no puede ser aplicada de oficio por el juzgador, salvo que la ley disponga otra cosa (como ocurre entre nosotros con la acción ejecutiva - art. 600 cód. proc. civ. -, que se refiere erróneamente a la prescripción y no a la caducidad de la acción ejecutiva.)

Así, por ejemplo, son plazos de caducidad los que la ley señala para el retracto legal y para el convencional (arts. 1432, 1446 y 1449 cód. civ.); para renunciar una herencia (art. 672 cód. civ.); para impugnar la paternidad (art. 302 cód. civ.); para el protesto de letras y otros documentos mercantiles (arts. 491 cód. com. y 591 incs. 4°, 5°, 6°, 7°, 8°, y 9° cód. proc. civ.); para la reclamación al vendedor sobre los vicios internos de la cosa (art. 337 cód. com.).

Es lo común que en las caducidades se acepte la doctrina de la interrupción pero no la de la suspensión. Ellas se producen de pleno derecho; corren contra todos los incapaces y también entre los cónyuges.

También se ha considerado que no sólo nace, como la prescripción, de la ley. Puede derivar la caducidad del convenio, de decisión judicial o de disposición de última voluntad.

4.—*Fundamento de la Usucapión.*—La prescripción adquisitiva otorga estabilidad a los derechos reales mobiliarios e inmobiliarios, consolida situaciones jurídicas.

Estas conclusiones han sido discutidas, aunque vale consignar que sólo excepcionalmente, expresándose que constituía la prescripción una expoliación de la propiedad privada, la protección de la mala fé. Es incuestionable, sin embargo, la seguridad que la prescripción concede, sobre todo en países como el Perú en que la inscripción en el registro carece de valor absoluto para comprobar el dominio.

(4) COVIELLO, N.º 150, p. 521.

Fundamento de la prescripción es la posesión, la que también es fundamento de la propiedad. Existe la necesidad de asegurar la estabilidad del derecho de propiedad, de que el dominio no se mantenga permanentemente incierto. La prescripción sólo es la presunción legal de una causa legítima y anterior de adquisición (5).

La posesión prueba el dominio con más intensidad cuando recae sobre bienes muebles (arts. 827 y 890 cód. civ.). Esta probanza no es, sin embargo, absoluta, porque se admite y es posible probar lo contrario, o sea que el derecho de propiedad corresponde a persona distinta del poseedor. La prescripción viene, empero, a consolidar este estado precario y vacilante en que se encuentra quien posee el bien, transformándolo en dueño; en consecuencia, un estado de hecho se transforma en un estado de derecho.

En algunos supuestos, la afirmación de que se es propietario por haberse operado la prescripción resulta improbadada, sin que aquello pueda significar que quien no demuestra que ha prescrito la cosa tenga que ser desposeído. Para que la reivindicación prospere no basta que el prescribente no hubiere podido probar que ha poseído la cosa por el tiempo requerido por la ley; es necesario que el reivindicante acredite su dominio. Si no lo hiciere, el derecho de posesión del usucapiente tendrá que prevalecer, no sólo por aplicación del aforismo *in pari causa melior est possidentis*, sino porque la ley presume que el poseedor es dueño (art. 827 cód. civ.).

La prescripción se justifica porque la experiencia demuestra que si un estado, una situación de hecho se prolonga en el tiempo, resulta inconveniente alterarlo. Además, la prescripción cumplida siempre es reveladora de la existencia de propietarios negligentes. La inacción del propietario por todo el tiempo requerido está demostrando que no se desempeña como tal propietario; por otro lado, quien ha poseído la cosa por un espacio prolongado de tiempo, ha incorporado a ésta valores y riqueza social (6).

Quien se abstiene de toda relación con la cosa, debe perderla. En la prescripción existe una presunción de abandono del propietario anterior. Quien adquiere el bien que ha poseído, lo hace porque lo ha trabajado; su posesión exterioriza la voluntad y el

(5) RICCI, XII, N.º 142 ss., p. 2 ss. El interés social exige el mantenimiento del instituto.

(6) SALVAT, I, N.º 913, p. 465.

señorío (7). El propietario contra quien se ha prescrito ha demostrado su negligencia y olvido, por lo que en beneficio de la estabilidad y seguridad del orden jurídico es racional que pierda su derecho. Es en beneficio del interés social que la prescripción funciona (8).

Es incuestionable que la *usucapio* estabiliza las relaciones jurídicas; las torna inatacables; les concede firmeza, solidez. Por ella, se convierte en titular del derecho aquel que por muchos años se desenvolvió como si realmente lo fuera; se otorga valor al hecho porque éste representa trabajo. De otro lado, se castiga la inacción del que fué dueño del bien, que se abstuvo de hacerlo producir, con daño no sólo del mismo, sino de la colectividad (9).

La prescripción es un factor de armonía social, porque ha contribuido y contribuye a evitar no pocos litigios, sirviendo de elemento moderador y de control en las relaciones sociales.

Se agrega también que la prescripción hace buenos los títulos que sin ella estarían plagados de deficiencias.

Hemos afirmado que es un modo originario de adquirir el dominio (10); pero también es un modo de probarlo. Nada se consigue con producir un título de transferencia del derecho de propiedad, porque habrá también que demostrar la existencia de dicho derecho en aquel que hizo la transferencia y en los que le antecedieron (11). La prescripción elimina esta prueba de la propiedad - ¡*Probatio diabólica*!; y sólo exige que se haga el examen retrospectivo, hacia el pasado, por el término de treinta años. Hemos de comprobar, sin embargo, que esta indagación puede resultar inocua si se produjeron causales de suspensión o de interrupción. He allí entonces el fundamento más importante: hacer posible la prueba de un derecho; hacer desaparecer las dificultades que tal prueba presenta. ".....La usucapión tiene por finalidad poner fin al divorcio entre la posesión y la propiedad, transformando al poseedor en propietario. Conformando los hechos al derecho, impidiendo de este modo la destrucción de situaciones respetables por su duración" (12). De allí la importancia social que tiene, que es considerable; quien poseyó por deter-

(7) RUGGIERO, I, § 56, p. 651 ss.

(8) Contra HUC, 14, N.º 311, p. 378.

(9) LAFAILLE, III, N.º 765, p. 581.

(10) Supra N.º 7.

(11) HUC, 14, N.º 309, p. 376; JOSSERAND, I, Nos. 1567 s., p. 867 ss.; SALVAT, I, N.º 913, p. 465. También en el derecho romano, SOHM, p. 270 ss., § II.

(12) PLANIOL-RIPERT-PICARD, III, N.º 688, p. 589 ss.

minado plazo no sólo adquirió el dominio sino que si demuestra que su posesión se desenvolvió por cierto término, lo que hace es demostrar que es propietario.

Es incuestionable que atenta la naturaleza del instituto en estudio, evita toda una serie de reclamaciones que de otro modo no podrían destruirse, al resultar imposible probar el dominio; estimula el trabajo, que es tan necesario para el derecho, desde que si éste no se ejercita conspira contra fines sociales superiores (13).

En conclusión, la *usucapio* es de orden público; se le ha creado para dar firmeza a los negocios, borrando todo rastro de indecisión y de incertidumbre. De no ser así, lo que no tuviera término crearía un inconveniente estado de alarma y de intranquilidad en la vida civil.

Conviene también decir que si bien es cierto que en no pocos casos evita la demostración de que los sucesivos trasmitentes eran dueños hasta llegar al origen y fundamento del derecho de propiedad, en otros sólo tiene un valor relativo, por cuanto pueden haberse producido continuadas suspensiones o interrupciones que hagan inútil cualquier período de tiempo, por más dilatado que fuere.

La prescripción tiene un valor imperativo, por cuanto tutela intereses sociales valiosos.

Todos los defectos o lagunas anteriores a los plazos legales de prescripción quedan convalidados. Es también evidente que un período de 30 años de posesión continua, pública y pacífica, concede un derecho de propiedad más firme que el que se obtiene a los 10 años. La falta de dominio en el enajenante, aún cuando se compruebe, es irrelevante si se ha producido en época anterior a los treinta años de antigüedad. La prescripción hará buenos los títulos que sin ella serían objetables y suprimirá esa labor de investigación en el pasado, no sólo improba sino a menudo infructuosa, como cuando quien realiza la indagación se encuentra con una solución de continuidad en la cadena de transferencias, que le es imposible colmar.

Toda titulación, a pesar de que comprenda un largo período de posesión - v. g., que duplique el plazo que la ley exige para la prescripción treintenaria - puede acreditar tan sólo la posesión misma y no el derecho de propiedad, caso de que se hubieren pro-

(13) DE DIEGO, I, p. 347.

ducido suspensiones o interrupciones. Por el contrario, el único título que exhiba el tercero del registro de la propiedad inmueble es bastante para otorgarle el dominio.

5.—*Capacidad para adquirir por Prescripción.*—Constituyendo la *usucapio* un modo supletorio o subsidiario de adquirir, porque purga o subsana los defectos que tienen lugar con la adquisición, se requiere tener capacidad (14).

Toda persona individual o colectiva, puede adquirir por prescripción (15). Se requiere la capacidad para adquirir (16), por lo que quien la tiene es capaz de consolidar su adquisición mediante la *praescriptio* (17).

Deben observarse las reglas sobre capacidad que contiene el nuevo cód. civ. (arts. 9 y 10); empero, la capacidad sólo deberá exigirse al tiempo en que la usucapción se inicia: la incapacidad sobreviniente carece de influencia para invalidar el plazo cumplido. Asimismo, el que adolece de enfermedad mental (incapaz absoluto; art. 9, inc. 2º cód. civ.), puede adquirir la posesión en un intervalo lúcido, conclusión contraria a la establecida para el matrimonio en el inc. 2º del art. 82 cód. civ.; por lo que la prescripción podría cumplirse en favor del incapaz (18). El menor y el mayor incapaz adquieren la posesión y poseen el bien por intermedio de su tutor o de su curador; el mandante a través de su mandatario; el dueño por medio del arrendatario o del administrador. Por lo mismo, estos representantes, adquieren para sus representados, sea la posesión o la prescripción misma; así, el art. 553 del cód. abrogado preceptuaba “los que administran bienes de otro por ministerio de la ley o por encargo particular, no podrán adquirirlos por prescripción, sino a favor de la persona a quien representan”.

No contiene nuestro cód. vigente una fórmula como la que incluye el cód. civ. de España en su art. 1931: “Pueden adquirir bienes o derechos por medio de la prescripción las personas capaces para adquirirlos por los demás modos legítimos”; no era

(14) DE DIEGO, I, p. 348.

(15) PACHECO, III, p. 19.

(16) SALVAT, I, N.º 915, p. 468; CASTAN, II, p. 172, § A.

(17) ZACHARIAE, V, § 844, p. 289.

(18) POTHIER, IV, N.º 18, p. 16, consigna que Paulo decía que si un hombre, después de haber adquirido la posesión, pierde el uso de la razón y viene a ser, por consiguiente, incapaz de una voluntad positiva de poseer la cosa, el tiempo de prescripción no deja por esto de correr y de cumplirse a su favor: “*Furiosus quod ante furem possideri coepit, usucapit*” (1. 4, § 3, D. de usucap.).

tampoco necesaria, por cuanto esta doctrina fluye claramente de las disposiciones sobre capacidad.

Nuestro Proyecto de 1891 prevenía, en su art. 681: "No pueden adquirir por prescripción: 1° Los que no pueden adquirir el dominio conforme a este código".

Aún cuando la prescripción constituye un modo de adquirir a título gratuito, por lo que parece que sería aplicable la doctrina que resplandece en el art. 511 cód. civ., el menor capaz de discernimiento no puede ganar por sí mismo un inmueble por prescripción, desde que ésta requiere la ejecución de actos posesorios que sólo los plenamente capaces pueden realizarlos.

6.—*Bienes susceptibles de ser adquiridos por Prescripción.*—

Autores contemporáneos coinciden en afirmar que sólo se adquiere por *usucapio* aquello que puede ser objeto de posesión (19); la prescripción funciona sobre lo que se posee. Ha quedado eliminada la regla de que no se pueden prescribir las cosas que no están en el comercio, ya que existen bienes fuera de él - relativamente inalienables - que pueden ganarse por prescripción: así, el hogar de familia (art. 471 cód. civ.); los inmuebles dotales (art. 232 cód. civ.) (20).

El código español en su art. 1956, declara que son prescriptibles todas las cosas que están en el comercio de los hombres. Esta declaración, anota DE DIEGO (21), es demasiado genérica, porque existen cosas *nullius* (en el derecho peruano sólo hay muebles sin dueño, inc. 4° art. 822 cód. civ.) como las fieras, que no pueden adquirirse por prescripción, sino por ocupación. En verdad, esta forma de razonar no es exacta, aún cuando la afirmación si lo es, ya que pueden existir hipótesis en que el dominio sobre los animales salvajes se adquiera mediante prescripción.

PACHECO, dentro de la buena doctrina, decía que las cosas prescriptibles son aquellas que pueden ser objeto de propiedad privada (22); por lo que se expresaba: *alienabile, ergo praescriptibile; inalienabili, ergo impraescriptibile*. Advertía que la inalienabilidad no está reñida en muchos supuestos con la prescriptibilidad, como ocurría con los bienes dotales, cuya enajenación se autoriza en ciertos casos.

(19) JOSSEERAND, I, N.º 1573, p. 871; PLANIOL-RIPERT-PICARD, III, N.º 691, p. 591 s.; LAFAILLE, III, N.º 770, p. 584.

(20) HUC, 14, N.º 339, p. 421, opina que sólo se prescriben las cosas que están en el comercio.

(21) DE DIEGO, I, p. 349.

(22) PACHECO, III, p. 56 ss.

También se afirma que se prescriben las cosas que pueden adquirirse (23), lo que no es otra cosa sino una derivación del extremo enunciado inicialmente, o sea de que se prescribe lo que se posee. Resulta entonces imprescriptible lo que no puede ser de propiedad privada.

Parece estar en lo cierto la doctrina que expresa que todas las cosas son susceptibles de adquirirse por prescripción; sólo excepcionalmente existen cosas imprescriptibles.

7.—*Prescripción contra el Patrimonio del Estado.*—Los bienes de uso público son imprescriptibles, previene el art. 823 cód. civ. Empero, no sólo sobre los bienes de esta naturaleza incide la imprescriptibilidad, sino también sobre otros que pertenecen al Estado; así, por ejemplo, la zona anexa al mar territorial de que se ocupa el inc. 2º del art. 822 cód. civ., que determina la ley No. 4940, de 13 de febrero de 1924, es imprescriptible; también lo son los monumentos históricos y objetos arqueológicos (inc. 5º, art. 822 cód. civ.); etc.

Nuestra Carta Constitucional declara, en su art. 33, que "no son objeto de propiedad privada las cosas públicas, cuyo uso es de todos, como los ríos, lagos y caminos públicos". Sin embargo, la prescripción contra el patrimonio privado del Estado, sobre aquellos bienes que no están destinados a un servicio público o cuyo uso es de todos, puede funcionar; claramente lo admitía el art. 535 del cód. abrogado, al preceptuar que "el Estado, las iglesias, las corporaciones, los establecimientos públicos, las comunidades, todos pueden adquirir y perder por prescripción como los particulares..." cuando, entre otros requisitos, la cosa puede ser de propiedad privada. Inversamente, el art. 534 del mismo cód., determinaba la imprescriptibilidad de las "cosas públicas, las destinadas al culto y, en general, todas las que no están en el comercio de los hombres". Debemos advertir que el decurso de esta prescripción contra cualesquiera bienes del dominio privado del Estado se detuvo por efecto del art. 41 de la Constitución de 1919, el cual disponía que "los bienes de propiedad del Estado, de instituciones públicas y de comunidades indígenas son imprescriptibles...". Es de extrema importancia decidir si la disposición constitucional importó una suspensión o una inte-

(23) SALVAT, I, N.º 915 ss., p. 470 ss. Para BEVILAQUA, III, p. 91, los bienes de particulares, aunque fueren declarados inalienables, son prescriptibles. Solo que la prescripción exigible es la extraordinaria, porque se afirma que no existe buena fe desde que se presume que se conoce su inalienabilidad.

rrupción de la *usucapio* contra los bienes privados del Estado; en nuestro concepto, sólo es de suspensión, por lo que el usucapien-te puede utilizar en su favor el plazo anterior a ese hecho, desde que las causales por las que se interrumpe la prescripción están taxativamente determinadas en los arts. 875 y 1163 del cód. civ.

Hemos de insistir en que los bienes del dominio privado del Estado son adquiribles por prescripción, no porque éste puede enajenarlos y, por tanto, están en el comercio de los hombres, sino porque son susceptibles de posesión por los particulares.

La imprescriptibilidad de los bienes de uso público no es absoluta, no es perpetua (24). Aquellos bienes que constituyen el dominio público son usucapibles cuando cesan de estar destinados a un servicio público (25). Las calles, las avenidas, los caminos, son evidentemente bienes de uso público, por lo que un subterráneo construido en el subsuelo de estos bienes no concede derecho alguno a quien lo tiene, por remota que sea su construcción. Empero, un nuevo trazo de las mismas, por razones urbanísticas, puede cambiar su carácter.

Dentro de los bienes del Estado deberán comprenderse los bienes de las Municipalidades, de los Concejos departamentales (aún no creados, a pesar de que la Constitución lo ordena - arts. 188 a 206 Const.), de las Beneficencias, de las Universidades, de los colegios nacionales y otras corporaciones oficiales. Todas ellas, igualmente, cuentan con patrimonio público y patrimonio privado. A esta conclusión se llega cuando se examina la doctrina contenida en el párrafo final del art. 822 cód. civ. (26). Por lo mismo, cabe hacer con respecto al patrimonio de estas instituciones o corporaciones oficiales igual distinción con respecto a sus bienes, es decir, si tienen o no la calidad de imprescriptibles.

El inc. 4º del art. 822 cód. civ., comprende dentro de los bienes del Estado, entre otros, a las tierras públicas y agrega: "en-

(24) RICCI, XII, N.º 149, p. 27 ss. Este autor mantiene la doctrina de que los bienes del Estado que se encuentran en el comercio, son usucapibles; SALVAT, I, N.º 922, p. 472.

(25) HUC, 14, N.º 340, p. 423.

(26) V. Exposición de Motivos del cód. civ., en APARICIO, III, p. 369. El expositor indica: "A igual régimen (se refiere al régimen de los bienes de uso público) están sujetos esos bienes aunque pertenezcan a las instituciones y corporaciones oficiales, sin perjuicio de lo que dispongan las leyes de estas instituciones o corporaciones, según se expresa en la parte final del art. 822".—"Las instituciones o corporaciones a que alude el precepto son las Municipalidades y los Consejos Departamentales creados por la Constitución y aún no establecidos. Puede considerarse también en esa categoría a la Iglesia Católica respecto de los templos"; SALVAT, I, Nos. 915-916, p. 468 ss.

tendiéndose por tales las que no han tenido dueño y las que han sido abandonadas por el dueño que tuvieron". Esta declaración legal elimina de nuestro derecho toda esa categoría de inmuebles *res nullius*, que conforme al derecho anterior podía adquirirse su dominio por ocupación. Sin embargo, la no existencia de inmuebles sin dueño no impide que puedan poseerse: o, en otras palabras, estas tierras públicas pertenecen al patrimonio público o al patrimonio privado del Estado? Si lo primero, son imprescriptibles; si lo segundo, son susceptibles de ingresar al patrimonio particular por la usucapión. En nuestro concepto, si dichas tierras - pese a la denominación de "públicas" - pueden ser objeto de posesión por los particulares, resulta incontestable que son prescriptibles (27); y lo son en la realidad, ya que el Estado no ejerce sobre ellas acto de dominio alguno. Las reglamentaciones dictadas para su concesión, sea para las tierras de montaña o las de la costa, no impide que quien omite el cumplimiento de estos trámites se transforme en propietario a virtud de la prescripción (28).

Acerca de los otros bienes del Estado, parece ser la mejor doctrina la que se pronuncia por la imprescriptibilidad de las minas, cuando éstas todavía se encuentran dentro del patrimonio del Estado. Los particulares sólo podrán adquirir la propiedad minera si cumplen las exigencias señaladas en el código de la materia y/o leyes especiales (29) (art. 822, inc. 4.º cód. civ.).

(27) Este no es el criterio del legislador, V. Exposición de Motivos en APARICIO, III, p. 369 y, sobre todo ACTAS, IV, p. 264, en las que Solf y Muro decía: "El único problema difícil en este asunto es el de la categoría en que han de colocarse las cosas sin dueño, como son las tierras públicas, las minas y las aguas antes de que sean objeto de propiedad particular. El punto sobre las tierras tiene capital importancia en los países de enorme extensión territorial y de poca población, en que la mayor porción del suelo no se halla aún dentro de la masa de la propiedad privada. Algunos códigos americanos, como el argentino (art. 2342), el chileno (art. 590), el uruguayo (art. 481), el ecuatoriano (art. 579) y el proyecto de 1891 (art. 571) incluyen estas tierras en el dominio privado del Estado. Otros, como el brasileño, guardan silencio al respecto".—"El precepto de aquellos códigos ofrece inconvenientes, y es anticientífico porque coloca dentro de los bienes patrimoniales cosas desconocidas, no poseídas por el Estado, y sobre las cuales, por lo mismo, no se ejerce ninguno de los atributos de la propiedad, circunstancia que impide aplicarles, las reglas dictadas para la propiedad privada".—"El código francés considera los bienes sin dueño entre las cosas pertenecientes al dominio público (art. 539); y el código español (art. 339) y el panameño (art. 329, inc. 2.º) colocan en la misma condición las minas mientras no se otorgue su concesión".

(28) SALVAT, Parte Gral., N.º 1505, p. 683.

(29) La propiedad de las minas se adquiere firmemente, cuando habiéndose obtenido el dominio legalmente, éste se complementa con la posesión pacífica y no interrumpida durante 5 años (art. 86 del cód. de min.).

Todos los ríos, no sólo los no navegables y los flotables, y las demás aguas corrientes y los lagos, así como sus respectivos cauces y álveos, son también imprescriptibles (art. 822, inc. 4° cód. civ.). Empero, cuando se produce la mutación de cauce o álveo se aplicarán las reglas de la accesión (art. 867 cód. civ.; arts. 40 y ss. del cód. de aguas). (V., sin embargo, una ley de 25 febrero de 1947, que altera la accesión). No existen ahora aguas ni cauces de propiedad particular: todas son del Estado. Deberán entonces entenderse derogadas las disposiciones del código de aguas sobre esta materia y así lo hace notar la Exposición de Motivos (30).

8.—*Bienes destinados al Culto.*—Sin lugar a dudas, son bienes del Estado, los destinados al ejercicio del culto de la Religión Católica. La Exposición de Motivos (31) así lo hace notar, pero limitando este carácter a los templos; no a los demás bienes (conventos, casas de oración, bienes de congregaciones o comunidades religiosas, etc. (32). Parece razonable comprender también dentro de los bienes del Estado, no sólo a los templos, sino también a los inmuebles destinados a conventos, ya que son lugares de recogimiento y de oración. Dentro del término "templos" se incluyen las ermitas y también las capillas, si tienen el carácter de públicas.

Desde que, conforme al art. 232 de la Const., el Estado protege la Religión Católica, "respetando los sentimientos de la mayoría nacional", los bienes destinados a las prácticas culturales de ella deberán pertenecer en último término a dicho Estado.

El ejercicio del culto Católico viene a constituir en cierto modo un servicio público, por lo que los inmuebles destinados a dicho ejercicio son imprescriptibles. No ocurre lo mismo con los bienes pertenecientes a otras religiones.

Según el art. 5.º del cód. de min., la propiedad minera, al igual que la propiedad común, es irrevocable y perpetua, siendo la única causa de caducidad la falta de pago del impuesto.

(30) V. APARICIO, III, p. 369.

(31) APARICIO, III, p. 369.

(32) Esta no fué la doctrina inicial del legislador. V. ACTAS, IV, p. 264 ss., en que Solf y Muro anota textualmente: "El Anteproyecto toma como genérica la denominación de bienes del Estado, comprendiendo todos los que no pertenecen a particulares, inclusive los municipales y los de las demás instituciones oficiales, excepto los de la Iglesia. No hay ninguna impropiedad en la expresión, pues las municipalidades, beneficencias y demás institutos especiales son dependencias del Estado".

Atendido el valor histórico y artístico de algunos templos, se les declara inalienables conforme a la ley respectiva (33).
 9.—*Los Bienes de Comunidades de Indígenas.*—La Const. de 1919, en su art. 41, preceptuaba que los bienes de comunidades indígenas no eran susceptibles de prescripción. Esta fórmula subsistió, con otros términos, en el art. 209 de la Const. vigente, que agregó que dichos bienes serían también “inenajenables”; pero circunscribiendo a las “tierras” la imprescriptibilidad e inalienabilidad.

Las comunidades de indígenas son personas jurídicas de derecho privado, de que se ocupa el título IV de la sección tercera del libro primero del cód. civ., en sus arts. 70 y ss. Si se les trata en la actualidad de amparar, deberían ser de derecho público.

El problema que han creado las dos disposiciones constitucionales citadas es el que sigue: Las tierras de comunidades de indígenas ¿son o no, reivindicables? En pro de la reivindicación se invoca que no existen derechos adquiridos contra una disposición como ésta, que es de orden público. Hondas y graves preocupaciones tienen los dueños de fundos rústicos, porque encuentran que su derecho de propiedad no es tan firme e inatacable como suponían, ya que puede existir alguna comunidad de indígenas vecina que puede comprobar que esas tierras le pertenecieron.

Consideramos, empero, que la sana doctrina es la de que si bien desde la Const. del 19 los bienes de comunidades de indígenas son imprescriptibles, esa declaración carece de influencia para enervar las adquisiciones por prescripción de dichos bienes, si esa prescripción quedó consumada antes de la fecha de promulgación de la Const. precitada (34). Si admitimos la tesis opuesta, todo o casi todo el derecho de propiedad rural estaría vacilante y sería impugnabile, porque es fácil comprender que esta reducida área de tierra fértil perteneció en su origen a las comunidades de indígenas.

Es evidente que no habiéndose cumplido el plazo legal para prescribir el dominio antes de la dación de la Const. de 1919, está expedita la acción reivindicatoria por los dueños de la comuni-

(33) V. ley N.º 8853, de 9 marzo de 1939 y el Decreto Supremo de 13 de octubre de 1942, reglamentario de dicha ley de creación del Consejo Nacional de Conservación y Restauración de Monumentos Históricos.

(34) Así lo ha declarado ya nuestra jurisprudencia. V. C. Supr., 6 junio 1941 en R. de los T., 1941, p. 165.

dad de indígenas que acredite ser su propietaria (35). Por el contrario, si el período posesorio que requiere la prescripción se cumplió antes de esa fecha, es evidente también que ha nacido un nuevo derecho de propiedad que prevalece sobre el dominio de la comunidad de indígenas que lo tuvo. La imprescriptibilidad que la Const. declara no puede operar retroactivamente, porque expresamente lo prohíbe otro dispositivo constitucional: el art. 25.

10.—*Prescripción de las Universalidades de Bienes.*—No sólo se adquiere por prescripción, la propiedad de los inmuebles individualmente determinados. También se prescriben las herencias (universalidades de bienes) y el plazo de posesión es semejante al que rige para prescribir inmuebles, aunque en estos conjuntos de bienes existan cosas muebles, para las que el cód. ha establecido una prescripción más breve (art. 803).

El heredero aparente adquiere la propiedad de los bienes que ha adquirido en 30 años porque el título *pro herede* no es justo título necesario para prescribir; empero, a los 20 años el heredero verdadero carece de acción (arts. 662 y 1168, inc. 1º cód. civ.), o sea que existe un lapso de 10 años en que todavía el heredero aparente no es dueño, pero en el cual no cabe interponer por el dueño auténtico la acción petitoria de herencia, porque la misma se ha extinguido por prescripción.

Heredero aparente es aquel que ha sido judicialmente declarado tal o designado en un testamento que posteriormente se declara nulo o aparece otro que lo revoca en esa parte. No es entonces cualesquiera persona que se dice tal heredero.

No tratándose del heredero aparente sino de un coheredero negligente o preterido, la acción es imprescriptible (arts. 663 y 902 cód. civ.), porque ninguno de los condóminos puede ganar por prescripción los bienes comunes. Ello no obstante, el heredero del coheredero que está en posesión de la herencia, puede

(35) La doctrina enunciada está condensada en la última gran sentencia que sobre prescripción inmobiliaria ha dictado el Tribunal Supremo. Resplandece en ella el mismo espíritu que animara esos otros fallos pronunciados por aquellos grandes jueces que tuvo el Perú tan sólo hace 25 o 30 años; y es que aún sobrevivía uno de ellos en la Sala que la dictó. V. C. Supr., 7 enero 1941. R. de los T., 1941. p. 13. Esta publicación la ha titulado erróneamente "Reivindicación e imprescriptibilidad de bienes de comunidades de indígenas". La comunidad que demandó la reivindicación, fué amparada en su derecho, no porque en la Const. se declara la imprescriptibilidad de sus bienes sino porque determinados vicios de que se hace relación en la sentencia, habían impedido el cumplimiento de la usucapión. Sin embargo, no pocos de nuestros abogados invocan este fallo como precedente que impide en todo tiempo la prescripción de los bienes de comunidades.

adquirirla para sí en la hipótesis de que trata la frase final del art. 874 cód. civ.; por lo mismo, puede rechazar no sólo la acción de petición de herencia que interponga el coheredero no poseedor, sino también la de división y partición, la que para este caso se considera sin objeto o quizá prescrita.

II.—*No todos los inmuebles son prescriptibles.*—Así, no son usucapibles:

- 1) Los inmuebles denominados "aguas públicas" (art. 812, inc. 1º cód. civ.).
- 2) Las minas aún no concedidas a los particulares (art. 812, inc. 1º cód. civ.).
- 3) Las concesiones y autorizaciones para explotar servicios públicos (art. 812, inc. 7º cód. civ.)
- 4) Las aeronaves (art. 812, inc. 4º cód. civ.).

Las naves son prescriptibles; no de acuerdo con las reglas consignadas en el cód. civ., sino en el cód. de com. (art. 586). Así, el justo título deberá ser registrado para que funcione la prescripción corta; y en cuanto a la prescripción extraordinaria, se da por cumplida a los 10 años. La suspensión y la interrupción opera también para los buques, desde que el art. 953 cód. com. hace referencia sólo a la prescripción de acciones.

Dentro del concepto legal de "nave" o "buque" se deberán comprender, de conformidad con el apartado segundo del art. 201 del Reglamento de las Inscripciones, "no sólo las embarcaciones destinadas a la navegación de cabotaje o altura, sino también a los diques flotantes, pontones, dragas y cualquiera otro aparato flotante destinado a servicios de la industria o del comercio marítimo". No obstante esta disposición, si los muelles y los diques forman parte de los bienes del Estado, son imprescriptibles, atendido el servicio público que prestan.

Son inmuebles, además, los derechos sobre inmuebles inscribibles en el registro de la propiedad (art. 812, inc. 8º cód. civ.). Estos derechos son, entre otros, el de usufructo, cuando recae sobre inmuebles, el de servidumbre, el de uso, el de habitación, el de hipoteca, el de anticresis y el de retención.

El derecho real de usufructo, como también los de uso y habitación, son susceptibles de adquirirse por prescripción (arts. 948 y 951 cód. civ.). Asimismo, lo son ciertas clases de servidumbres; no todas, sino las aparentes y continuas (art. 966 cód. civ.). Idem, el derecho de superficie (art. 958 cód. civ.).

Diversamente, los derechos de hipoteca, de anticresis, de retención no pueden usucapirse. (36) DE BUEN (37) admite que puede ganarse la hipoteca por prescripción; pero esta opinión no ha sido seguida.

JORGE EUGENIO CASTAÑEDA.

Bibliografía

(Obras que se citan abreviadamente o por el nombre del autor)

-
- Actas de las sesiones de la Comisión Reformadora del Código Civil Peruano*, IV fascículo 2.^a ed. Lima.
- Actas de las sesiones de la Comisión Reformadora del Código Civil Peruano*, V fascículo 2.^a ed. Lima.
- Alsina, Hugo*.—Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, tomos II y III, ed. 1942-1943. Buenos Aires.
- Alsina, Atienzo Dalmiro*.—El principio de la buena fe en el proyecto de reforma de 1936, tomos I y II, ed. 1942-1943, Buenos Aires.
- Aparicio y Gómez Sánchez, Germán*.—Código Civil, Concordancias, tomos I, III y VIII, Lima.
- Aubry-Rau*.—Cours de Droit Civil Française....., tomo II, 4.^a ed.
- Baudry-Lacantinerie G. (Tissier)*.—Traité Théorique et Pratique de Droit Civil, tomo XII, 3.^a ed.
- Bevilacqua, Clovis*.—Codigo Civil dos Estados Unidos do Brasil, vol. I, 5.^a ed., 1936.
- Bevilacqua, Clovis*.—Codigo Civil dos Estados Unidos do Brasil, vol. III, ed. 1938.
- Bibiloni, Juan Antonio*.—Reforma del Código Civil, tomo III, ed. 1940, Buenos Aires.
- Bibiloni, Juan Antonio*.—Anteproyecto de Reformas al Código Civil Argentino, tomo VII, ed. 1932, Buenos Aires.
- Brugi Biagio*.—Instituciones de Derecho Civil con aplicación especial a todo el derecho privado, Uteha, México, 1946 (trad. de la 4.^a ed. italiana).
- Castán Tobeñas, José*.—Derecho Civil Español Común y Foral, tomo II, 6.^a ed., Madrid, 1943.
- Colin A. y Capitant H.*—Curso Elemental de Derecho Civil, tomo II, volumen II, ed. 1923.
- Cornejo, Angel Gustavo*.—Código Civil —Exposición Sistemática y Comentario, tomo I, Título Preliminar —Derecho de las Personas —Actos Jurídicos, Lima, Lib. e Imp. Gil S. A., 1937.

(36) BIBILONI, VII, p. 7.

(37) DE BUEN, p. 202.

- Couture, Eduardo J.*—Fundamentos del Derecho Procesal Civil, ed. 1942, Buenos Aires.
- Coviello, Nicolás.*—Doctrina General del Derecho Civil, ed. 1938, Uteha, México.
- De Buen Demófilo.*—Derecho Civil Común, 3.^a ed.
- De Diego, Clemente.*—Instituciones de Derecho Civil Español, tomo I, ed. 1929, Madrid.
- Gómez, Eusebio.*—Tratado de Derecho Penal, tomo IV.
- Gorostiaga, Norberto.*—El Código Civil y su reforma ante el Derecho Civil Comparado, tomos I y II, ed. 1940-1941, Buenos Aires.
- Huc, Théophile.*—Commentaire Théorique et Pratique du Code Civil, tome 14 París, 1902.
- Josserand, Louis.*—Cours de Droit Civil Positif Français, tome I, Lib. du Recueil Sirey, ed. 1938.
- Lafaille, Héctor.*—Derecho Civil tomo III, Tratado de los Derechos Reales, volumen I, ed. 1943, Buenos Aires.
- Laurent, F.*—Principes de Droit Civil Français, tomo XXXII, 2.^a ed.
- León Barandiarán, José.*—Comentarios al Código Civil Peruano, tomo I, ed. 1938, Lima.
- Maynz, Carlos.*—Curso de Derecho Romano, tomo I, ed. 1887, Barcelona.
- Ovejero, Daniel.*—La Posesión, ed. 1942, Buenos Aires.
- Pacheco, Toribio.*—Tratado de Derecho Civil, tomo III, ed. 1864, Lima.
- Planiol-Ripert-Picard.*—Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, tomo III, ed. 1932, Habana.
- Pothier.*—Tratados de la Posesión y Prescripción, tomo IV (versión castellana), ed. 1850.
- Reforma del Código Civil,* tomo I, ed. 1936, Buenos Aires.
- Ricci, Francisco.*—Derecho Civil Teórico y Práctico, tomos XI y XII, Madrid.
- Rocco, Alfredo.*—Principios de Derecho Mercantil, ed. 1931, Madrid.
- Rossel, V.*—Manuel du Droit Fédéral des Obligations, ed. 1920, tomo I.
- Ruggiero, Roberto de.*—Instituciones de Derecho Civil, tomo I, ed. 1944, Madrid.
- Salvat, Raimundo.*—Tratado de Derecho Civil Argentino, Derechos Reales, tomo I, ed. 1927.
- Savigny, M. F. C. de.*—Sistema del Derecho Romano actual, tomos III y IV, ed. 1879.
- Sohm, Rodolfo.*—Instituciones de Derecho Privado Romano. Historia y Sistema (trad. de la 17 ed.), 1936, Madrid.
- Soler, Sebastián.*—Derecho Penal Argentino, tomo IV, ed. 1946.
- Troplong, M.*—Le Droit Civil Expliqué. De la Prescription, tomo 2.^o, 3.^a ed. 1858.
- Wieland, C.*—Les Droits Réels dans le Code Civil Suisse, tomo I, ed. 1913, París.

Windscheid, Bernardo.—Diritto delle Pandette, volumen I, 1.^a trad.

Wolff, Martín.—Derecho de Cosas, tomo III, volumen I (trad. de la 32.^a ed. alemana), 1936, Bosch, Barcelona.

Zachariae, K. S.—Le droit civil français, tomo V, ed. 1860.

N. B.—La bibliografía citada comprende la totalidad del trabajo monográfico, del que sólo se publica una parte.
