

¿La declaración de propiedad por usucapión levanta las cargas y los gravámenes existentes en el bien?



RÓMULO MUÑOZ SÁNCHEZ

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

AUTORES NACIONALES



SUMARIO:

- I. Estado de la cuestión.
- II. El rol probatorio de la usucapión.
- III. Las cargas y los gravámenes.
- IV. Crítica a la teoría del rol atributivo de la usucapión.
- V. Solución al problema.

DERECHO INMOBILIARIO

ADVOCATUS 133

RESUMEN:

El presente artículo cuestiona el hecho de que, en el marco de una Economía Social de Mercado, la prescripción adquisitiva de dominio tenga un efecto cancelatorio respecto a las cargas y gravámenes que existen sobre el bien. Asimismo, se enfatiza la importancia de la no aplicación de la analogía al momento de interpretar las normas que restringen derechos. Busca en ese sentido determinar la oponibilidad de los derechos una vez operada la usucapión y proporciona una solución creativa a la presente cuestión.

Palabras clave: Copropiedad, usucapión, imprescriptibilidad, bien común, Código Civil.

ABSTRACT:

This article questions the fact that, in a Social Market Economy context, it would be reasonable that the acquisitive prescription had a cancelative effect on the charges and encumbrances that rely on the property. Likewise, it remarks the importance of not applying the analogy on rules that may restrict rights. Finally, it looks to determine the opposition of rights once the usucaption has operated and concludes providing a creative legal solution.

Keywords: Co-ownership, usucaption, imprescriptibility, common thing, Civil Code.

I. ESTADO DE LA CUESTIÓN

En el presente trabajo analizaremos si la prescripción adquisitiva de dominio, dentro de una economía social de mercado, permite levantar las cargas y los gravámenes existentes en el bien. Se entiende que estos derechos no han sido concedidos por el poseedor, por lo que se debe determinar si serán oponibles una vez operada la usucapión.

El Código Civil ha previsto que el adquirente por usucapión puede entablar juicio para que se le declare propietario, siendo la sentencia que accede a dicha petición título suficiente para cancelar el asiento del antiguo dueño (artículo 952). La norma señala que se cancela la propiedad, sin establecer régimen alguno para las cargas y los gravámenes. La omisión no permite sostener que estos derechos se extinguen automáticamente.

Se podría argumentar que si la usucapión cancela la propiedad, con igual o mayor razón debería cancelar las cargas y los gravámenes, pues se trata de derechos de menor jerarquía frente al dominio, que es uno de naturaleza constitucional.

Nosotros no estamos de acuerdo con esta interpretación, pues promueve una aplicación analógica del artículo 952 del Código Civil, concretamente de su efecto cancelatorio. En efecto, según el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil, se prohíbe aplicar la analogía en normas que restringen derechos, como es el caso del artículo 952 que sólo cancela la propiedad y no otras situaciones jurídicas¹.

Por cierto, no se ha previsto como causal de extinción de las cargas (usufructo, uso, habitación, superficie y/o servidumbre) ni de los gravámenes (hipoteca, anticresis y/o de la garantía mobiliaria) la verificación de la prescripción adquisitiva (artículos 1021, 1026, 1050, 1096 y 1122 del Código Civil y el artículo 41 de la Ley 28677, Ley de la Garantía Mobiliaria), por lo que cumplida esta última no debería afectarse la existencia de los primeros.

Teniendo en cuenta la ausencia de una base legal que resuelva el problema, debemos construir una solución con base en los diversos formantes existentes en nuestro sistema.

1. Lo mismo aplica para el caso del artículo 927 del Código Civil, que sólo establece que la reivindicación –acción que plantea únicamente el propietario– no procede contra el prescribiente, sin decir nada con relación a las pretensiones que puedan plantear los titulares de las cargas y los gravámenes.

II. EL ROL PROBATORIO DE LA USUCAPIÓN

Según el artículo 950 del Código Civil, se adquiere la propiedad de un inmueble por prescripción mediante la posesión pacífica, pública, continua y como propietario durante cierto plazo (posesión *ad usucapionem*). Son diez años si el poseedor sabe que no es dueño (mala fe) y cinco, si creía que contaba con la propiedad (buena fe). Lo importante en esta materia es la posesión y la manera como se prueba. Quien alega la prescripción tiene que demostrar haber poseído del modo y por el plazo antes indicado.

Según la redacción y ubicación sistemática del artículo 950, la usucapión es un modo de adquirir la propiedad. La figura está recogida dentro del Capítulo II denominado: "Adquisición de la propiedad". Se la denomina como "prescripción adquisitiva" y su contenido se desarrolla como un supuesto de hecho atributivo: "*La propiedad inmueble se adquiere por prescripción (...) y la adquisición por prescripción de un bien mueble*

requiere (...)". Por ello se dice que la usucapión es un modo de adquirir, prevista para hacer propietario al poseedor².

La usucapión conlleva a "*la adquisición del derecho de propiedad mediante el uso de la cosa como si fuese propia; siendo el modo de adquirir el dominio y los derechos reales susceptibles de posesión por la continuación de ésta durante el plazo de tiempo y los demás requisitos que exige la ley*"³.

La doctrina, en general, define a la usucapión como un modo de adquirir el dominio. "*El efecto directo de la usucapión es, como se ha visto, la adquisición de la propiedad por parte del usucapiente*"⁴. Se hace dueño quien en los hechos se comporta como si fuese uno.

No obstante lo anterior y pese a la literalidad de su regulación jurídica, creemos que la usucapión ha sido pensada para probar la propiedad y no para adquirirla⁵.

- Artículo 950 del Código Civil: "*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*". Asimismo, el artículo 951 del Código Civil: "*La adquisición por prescripción de un bien mueble requiere la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante dos años si hay buena fe, y por cuatro si no la hay*".
- Esta función está recogida en la doctrina jurisprudencial, concretamente en el Segundo Pleno Casatorio: "*En suma, la usucapión viene a ser el instituto por el cual el poseedor adquiere el derecho real que corresponde a su relación con la cosa (propiedad, usufructo), por la continuación de la posesión durante todo el tiempo fijado por ley. Sirve además, a la seguridad jurídica del derecho y sin ella nadie estaría cubierto de pretensiones sin fundamento o extinguidas de antiguo, lo que exige que se ponga un límite a las pretensiones jurídicas envejecidas*". (Casación N° 2229-2008-Lambayeque, emitida por la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, publicada el 28 de agosto de 2009 en el Diario Oficial El Peruano).
- ALBALADEJO, Manuel. *Compendio de Derecho Civil*, Octava Edición. Barcelona: Editorial José M. Bosch, 1991, p. 312.
- MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Tomo III (traducción de SENTIS MELENDO, Santiago). Buenos Aires, Ediciones jurídicas Europa-América "EJEA", 1971, p. 324. Asimismo, BARBERO, Domenico. *Sistema del Derecho Privado*, Tomo I (traducción de SENTIS MELENDO, Santiago). Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América "EJEA", 1967, p. 417. "*L'usucapione, infatti, è un fatto giuridico duratura, la cui fattispecie consiste nella permanenza della situazione possessoria per un tempo determinato. Decorso tale periodo, il possessore acquista la proprietà o un diritto reale sulla cosa, oggetto del possesso, ma prima del decorso del termine stabilito dalla legge, egli ha soltanto la speranza di acquistare il diritto*". (Cfr.: PUGLIATTI, Salvatore. *Il trasferimento delle situazioni soggettive*. Milán: A. Giuffrè Editore, 1964, p. 60.). Ello en base al artículo 1158 del Código Civil italiano: "*Usucapión de los bienes inmuebles y de los derechos reales inmobiliarios. - La propiedad de los bienes inmuebles y los otros derechos reales de goce sobre dichos bienes se adquieren en virtud de la posesión continuada por veinte años*".
- "*La usucapión desempeña un papel considerable en el juicio de reivindicación. Gracias a la usucapión, el propietario presentará fácilmente la prueba de su derecho. Tal es el papel normal de la usucapión: no el de amparar una usurpación, sino el de facilitar al propietario la prueba de su derecho. El propietario se limitará a demostrar que ha poseído, por sí o por su causantes, durante el plazo requerido para usucapir; habría hecho, por eso solo, la prueba de su derecho*".

"En efecto la doctrina clásica concibió la prescripción como un modo de adquirir la propiedad, es decir de convertir al poseedor ilegítimo en propietario. Actualmente sin embargo se le considera como un medio de prueba de la propiedad. Su verdadera naturaleza jurídica es esta última porque así se utiliza en prácticamente todos los casos. Muy excepcionalmente la prescripción convierte al poseedor en propietario. Lo usual y frecuente es que sirva para que el propietario pruebe o acredite su derecho de propiedad. Si no hubiese la prescripción adquisitiva, la prueba del derecho de propiedad de los inmuebles sería imposible. Estaríamos frente a la famosa prueba diabólica de la que hablaban los romanos".

El rol de la usucapión no es atribuir el dominio, sino probarlo. La figura sirve para que el dueño acredite su derecho, que ante la ausencia de un título que lo sustente, corre el riesgo de ser desconocido. La norma reputa propietario al prescribiente, gracias a la posesión *ad usucapionem* que ha mantenido sobre el bien, liberándolo de probar el origen remoto de su derecho⁸. De esta manera también se garantiza la circulación de los bienes, pues el dueño acredita que es titular con base en su posesión.

"Ante la falta de información confiable sobre las titularidades, la usucapión resuelve el inconveniente a través de un mecanismo sencillo y objetivo como es la evaluación de la posesión. Sólo basta comprobar la posesión con los requisitos del artículo 950 del Código Civil para concluir que estamos ante el verdadero dueño".

En nuestros tiempos, no hay duda que la usucapión está pensada para solucionar un problema económico de gran importancia: La escasez y onerosidad de la información. No siempre se conoce al dueño de un bien, por lo que se debe hacer averiguaciones complejas para dar con él. La prescripción ayuda en esta tarea, reputando propietario al poseedor con fines de usucapión.

Lo anterior se refuerza con el hecho de que en el país la mayoría de los inmuebles están siendo poseídos¹⁰ y dicha posesión no es confusa ni mucho menos inadvertida. Es una posesión consolidada en el tiempo, es pública, pacífica, continua y como propietario (posesión *ad usucapionem*). Esta posesión es una fuente de información que debe ser consultada siempre, pues una adquisición segura así lo demanda¹¹.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD León y MAZEAUD, Jean. *Lecciones de Derecho Civil*, Vol. IV, Parte Segunda. Derechos reales principales: El derecho de propiedad y sus desmembraciones (traducción de ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Luis). Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América "EJEA", 1960, p. 354.

7. AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. "El Registro Predial y la Seguridad Jurídica en los Predios Rústicos". En: *Themis*, N° 26. Lima: 1993, p. 65.
8. BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Estudios de Análisis Económico del Derecho*, Primera Edición. Lima: ARA Editores E.I.R.L., 1996, p. 38. BERASTAIN QUEVEDO, Claudio. "Comentarios a los artículos 950 y 951 del Código Civil". En: *El Código Civil Comentado*, Lima: 2010, Gaceta Jurídica, p. 238. CUADROS VILLENA, Carlos Ferdinand. *Derechos Reales*, Tomo II, Primera Edición. Lima: Cultural Cuzco, 1995 pp. 406 y ss.
9. "La usucapión permite que los adquirentes estén seguros de sus operaciones a partir de la posesión del enajenante. Como en el Perú no existen fuentes de información confiables sobre las titularidades, la comprobación del derecho a adquirir puede ser muy costosa. Este problema es resuelto con la usucapión porque la comprobación posesoria es tarea más sencilla y objetiva que la evaluación de títulos." MEJORADA CHAUCA, Martín. "Fundamento de la Usucapión, a propósito del Pleno Casatorio N° 2229-2008-Lambayeque". En: *Diálogo con la Jurisprudencia, Análisis y crítica jurisprudencial*, N° 132. Lima: 2009, p. 53.
10. Según el Informe Perfil Socio-Demográfico del Perú (INEI) – Censos Nacionales 2007: XI Poblacional y VI de Vivienda, publicado en agosto de 2008.
11. LAMA MORE, Héctor. "La Posesión en la propiedad y en el Registro". En: *Defensa de la posesión* (obra colectiva). Lima: Instituto Pacífico S.A.C., 2015, p. 58.

En virtud de lo anterior, la finalidad de la usucapión es probar un derecho y no arrebatarlo¹². La figura sirve para sustentar que se es propietario.

III. LAS CARGAS Y GRAVÁMENES

Para efectos de este artículo, llamaremos "cargas" a aquellos derechos que permiten usar¹³ y disfrutar¹⁴ un bien. El usufructo, uso, superficie, servidumbre y demás derechos de goce, son cargas. Por su parte, llamaremos "gravámenes" a aquellos derechos que sólo garantizan el cumplimiento de un crédito, sin permitir el uso o disfrute de los bienes afectados. Son gravámenes

la hipoteca, el embargo, la garantía mobiliaria, entre otras afectaciones¹⁵.

Las cargas y los gravámenes gozan de oponibilidad *erga omnes* y persecutoriedad, básicamente porque se tratan de derechos reales. Tanto el usufructo, uso, habitación, superficie y las servidumbres, así como la hipoteca, anticresis y la garantía mobiliaria, son oponibles a todos por tratarse de derechos que recaen sobre bienes ciertos¹⁶.

La doctrina también los llama "derechos absolutos", justamente por ser ejercitables frente a la generalidad de sujetos. A diferencia de los dere-

12. "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 expropiación. Pero éste es un caso raro y será más raro todavía que el propietario despojada por efecto de la usucapión no haya pecado de negligente". RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil: Según el Tratado de Planiol*, Primera Edición. Buenos Aires: Editorial La Ley, p. 331. Asimismo, "la prescripción adquisitiva ha sido introducida para asegurar la victoria no del expoliador, sino del legítimo propietario; *ne dominia in perpetuum incerta maneant*; La obra del tiempo es una obra de consolidación no de expropiación; la prolongación del estado de hecho denuncia, descubre el derecho, pero no está en modo alguno destinado a desconocerlo ni a ahogarlo". JOSSELAND, Louis. *Derecho Civil, La propiedad y los otros derechos reales y principales*, Vol. III, Tomo I (traducido por CUNCHILLOS Y MANTEROLA, Santiago). Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América "EJEA", 1950, p. 177.
13. El uso se materializa en la sujeción física de todos los bienes al libre albedrío de sus titulares. Este *agere licere* o *facultas agendi* se define como la posibilidad de obrar sobre un bien en aras de lograr la satisfacción de un interés. "El uso es la utilización de la cosa, esto es, el aprovechamiento de su utilidad con vista a cierto fin". Cfr.: MORALES HERVIAS, Rómulo. "Situaciones jurídicas subjetivas". En: Revista **ADVOCATUS**, N° 19. Lima: 2009, p. 350. Asimismo, ESCOBAR ROZAS, Freddy. "Mitos en torno al contenido del derecho de Propiedad". En: *Ius et Veritas*, N° 22. Lima: 2001, p. 117 y ss.
14. El disfrute es esa posibilidad de aprovecharse económicamente de un bien mediante la obtención de sus frutos. Estos últimos se definen como aquellas utilidades derivadas tanto del uso directo del bien, como indirecto mediante la celebración de negocios jurídicos. NOVOA MONREAL, Eduardo. *El derecho de Propiedad Privada, concepto, evolución y crítica*, Segunda Edición. Caracas: Centros de Estudios Políticos Latinoamericanos, 1989, p. 36. Asimismo, AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. "Atributos y caracteres del derecho de Propiedad". En: *Para leer el Código Civil*, Segunda Edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1984, pp. 137 y ss.
15. Es cierto que esta clasificación no se condice necesariamente con la regulación contenida en nuestro Código Civil, pues existen derechos de goce que son llamados "gravámenes" (como la servidumbre).
16. "Los derechos reales son los poderes que tienen las personas sobre los bienes. Constituyen una relación jurídica entre una persona titular de un derecho sobre un bien (propietario, usufructuario, acreedor hipotecario, etc.) y todas las otras personas no titulares que se encuentran en el deber de no perturbar al titular en el ejercicio de su derecho. Estos derechos son absolutos por ser oponibles *erga omnes* a fin de que el titular no sea perturbado. Son derechos reales: la propiedad, copropiedad, multipropiedad, posesión, usufructo, servidumbre, el derecho de uso, de habitación, de superficie, la prenda, hipoteca, anticresis, retención, *warrant*". TORRES VÁSQUEZ, Anibal. *Derechos Reales*. Lima: Editorial IDEMSA, 2006, p. 29. "Siendo el hombre un complejo de necesidades vitales que para que sean satisfechas requieren la utilización y el consumo de los bienes, resulta obvia la importancia que tienen los derechos reales, que en nuestras leyes están expresados en el patrimonio a través de la posesión, el dominio, el condominio o copropiedad, el usufructo, uso y habitación, las servidumbres activas y pasivas, la superficie, la prenda, la hipoteca, las anticresis y la retención". ARIAS-SCHEREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*, Tomo IV, *Derechos Reales*, Tercera Edición. Lima: Gaceta Jurídica Editores S.R.L., 2001, pp. 19 y 20.

chos de crédito, que son relativos¹⁷, los derechos reales son capaces de vincular al constituyente y a cualquier otro con interés en la cosa.

“Se ponen de manifiesto así los caracteres de la realidad, cuyo dato calificante (una vez excluido el que absolutismo sea un rasgo fisonómico de tales derechos) se hace consistir a más de la ya mencionada elasticidad- en la inherencia, esto es, en la persistencia del derecho sobre el bien, que se tiene por el solo hecho de su surgimiento, dando además lugar a la oponibilidad erga omnes del mismo. Característica esta que debiendo subrayar la (tendencial) idoneidad intrínseca del derecho para imponerse a los terceros, se traduce luego en la posibilidad de hacerlo valer frente a cualquier poseedor del bien”¹⁸.

En fin, siendo que las cargas y los gravámenes son oponibles erga omnes¹⁹, corresponde determinar si serán igualmente preferidos en caso de toparse con la usucapión.

IV. CRÍTICA A LA TEORÍA DEL ROL ATRIBUTIVO DE LA USUCAPIÓN

Muchos autores sostienen que la usucapión es un modo de adquirir la propiedad, capaz de levantar las limitaciones existentes en el bien,

pues se trata de un modo originario. A este punto, es importante indicar que la propiedad se puede adquirir de diversos modos, los cuales pueden distinguirse en originarios y derivados.

“Con la expresión ‘modos de adquisición de la propiedad’ se pretende indicar todo ‘hecho privado’ cuyo efecto sea la atribución de un derecho de propiedad a un sujeto determinado. Tales hechos pueden ser de distinta índole y naturaleza, y por no hacer más que algunas indicaciones de ellos, intencionales (negociales) y no intencionales (meros hechos), de título derivativo (contratos) y originario (usucapión), entre vivos y mortis causa (herencia, legado), libres y coactivos (planes de reordenamiento territorial, de bonificación, etc.)”²⁰.

“Se tiene adquisición a título originario de un derecho real, cuando aquélla no encuentra su fundamento en la situación precedente de otro sujeto, sino que se constituye ex novo en virtud de un hecho, ante cuya ocurrencia surge el interés que conforma el objeto de la calificación normativa. En tal caso, el momento de la adquisición coincide con el del nacimiento del derecho y viceversa”²¹.

En cambio, una adquisición derivada es aquella que surge como consecuencia de la voluntad

17. Sobre la oponibilidad en sí de todos los derechos reales, como derechos subjetivos absolutos, léase a DABIN, Jean. *El derecho subjetivo*, Primera Edición (traducido por OSSET, Francisco Javier). Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, p. 224. Asimismo, COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henri. *Curso elemental de Derecho Civil*, (con notas de DE BUEN, Demófilo), Tomo I. Madrid: Editorial REUS S.A., 1924, pp. 297 y ss. Asimismo, BONNECASE, Julien. *Elementos de Derecho Civil*. Puebla: Editorial José M. Cajica, 1945, pp. 39 y ss.
18. BRECCIA, Umberto; BIGLIAZZI GERI, Lina; NATOLI, Ugo y BUSNELLI, Francesco D. *Derecho civil*, Vol. I, Tomo I. Santa Fe de Bogotá: Editorial de la Universidad Externado de Colombia, 1992, p. 397. Asimismo, “Una útil distinción es aquella entre derechos absolutos y derechos relativos. Los primeros son aquellos que se pueden hacer valer contra cualquiera (como se decía en latín, erga omnes, es decir contra todos); derechos relativos, en cambio, son aquellos que se hacen valer solo frente a determinados sujetos. No se necesita entender mal la palabra “absoluto” y “relativo”. En este uso, los dos adjetivos indican, como frecuentemente sucede en el lenguaje de todos los días, derechos que son absolutamente respetados y otros en cambio tiene menor fuerza. El derecho es relativo en el sentido que el poder subsiste en relación a un determinado o determinados sujetos pasivos, es absoluto, en el sentido que goza de tutela contra la generalidad de los sujetos”. Cfr.: ZATTI, Paolo y COLUSSI, Vittorio. *Lineamenti di Diritto Privato*, Novena Edición. Padua: Casa Editrice Dottor Antonio Milani “CEDAM”, 2003, p. 19.
19. DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Tomo III. Madrid: Editorial Thomson, 2008, p.82.
20. BARBERO, Doménico. *Op. Cit.*, Tomo II, p. 275.
21. “En cambio, puede darse el caso de que un sujeto entre en posesión de una cosa (mueble o inmueble) de propiedad ajena. Con el transcurso de un determinado tiempo, el poseedor puede adquirir la propiedad o, según la figura de su

del titular. La operación está supeditada a que éste tenga el derecho y lo disponga válida y eficazmente. La transmisión se hace con las limitaciones y demás condiciones impuestas por el concedente.

“La adquisición a título derivado significa, por el contrario, que el derecho del adquirente tiene la fuente en el derecho del anterior titular, y por eso su existencia y sus limitaciones dependen de la existencia y de los límites de éste. La adquisición a título derivativo sigue dos principios bases: (i) Nadie puede transmitir a otra persona más de aquello que tiene: Si mi derecho es limitado, los mismos límites corresponderán al adquirente. (ii) Se extingue el derecho del enajenante, se extingue también el (título del) derecho adquirente”²².

Si la usucapión fuese un modo adquirir la propiedad, ciertamente sería un modo originario, pues la atribución del derecho no se basa en la legitimidad del enajenante. En realidad, no siempre hay un vendedor o una persona que conceda el derecho. Es por lo que se dice que la usucapión traslada la propiedad sin la cooperación de su titular y hasta en contradicción de su situación. La propiedad nace recién en cabeza del prescribiente, por un acto unilateral de éste. Su fuente es la ley, no la voluntad del anterior dueño.

Al ser la prescripción un modo originario, su eficacia opera por imperio de la norma. Se ha-

bla así de una eficacia automática. “Los modos originarios de la propiedad operan ipso iure, sin necesidad de que sean hechos valer, o de que sean opuestos en juicio”²³.

La doctrina nacional ha hecho suya esta reflexión y considera que la atribución de la propiedad por usucapión es originaria y, como tal, capaz de borrar todo lo que recaiga sobre el bien usucapido, pues opera *ex novo*. La cosa pasa al nuevo dueño sin ninguna vinculación con el anterior titular, por lo que los derechos otorgados por éste no se transmiten. “Las adquisiciones originarias operan *ex novo*, ya que el titular estrena el derecho o lo recibe novedosamente, sin vinculación alguna con el anterior propietario”²⁴.

Bajo este enfoque, el poseedor se hace dueño libre de cualquier carga o gravamen. El usufructo, uso, habitación, superficie, servidumbre, hipoteca, anticresis y demás gravámenes que puedan limitar la propiedad, quedarán sin efecto con ocasión de la prescripción.

Como se puede advertir, esta teoría tiene como defecto relativizar la eficacia *erga omnes* de todos los derechos reales. Se supone que éstos gravan y persiguen el bien con independencia de quien sea su actual titular. No interesa saber quién es el propietario final. Si el derecho se otorgó válida y eficazmente, éste debería ser oponible frente a quien adquiera luego el dominio, ya sea de modo originario o derivativo.

posesión, otro derecho real de goce sobre la res en virtud de la usucapión. Empero, también en tal caso la adquisición es a título originario, dado que es la ley la que asigna a los hechos indicados (posesión + transcurso de determinado tiempo) un efecto adquisitivo a favor del tercer poseedor, del que se sigue la extinción (en caso de adquisición de la propiedad) o la limitación (en caso de adquisición de un derecho menor) y, por consiguiente, un efecto extintivo o modificativo del derecho ajeno. De manera que se puede afirmar que es dicha adquisición la que, al determinar el surgimiento de una situación nueva, constituye la causa de la pérdida o limitación de la originaria”. BRECCIA, Umberto; BIGLIAZZI GERI, Lina; NATOLI, Ugo y BUSNELLI, Francesco D. Op. Cit., p. 463.

22. ZATTI, Paolo; COLUSSI, Vittoria. Op. Cit., p. 26.

23. MESSINEO, Francesco. Op. Cit., p. 308.

24. GONZALES BARRÓN, Gunther Hernán. *La Usucapión*, Primera Edición. Lima: Jurista Editores E.I.R.L., 2010. p. 227. Ello en base al artículo 952 del Código Civil: “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”; rompiendo así, con la cadena de transferencias por él sostenida. En sentido contrario a una eficacia purgatoria. “La adquisición de la propiedad por prescripción es originaria por cuanto no existe ninguna relación jurídica por la que el antiguo dueño transfiera la propiedad al nuevo dueño”.

Si con la usucapión estos derechos son eliminados, se genera un impacto negativo en muchos negocios inmobiliarios. La amenaza es aún más grave en el caso del financiamiento hipotecario.

En efecto, una eficacia *ex novo* afecta a aquellos derechos que no requieren de la posesión para surgir, existir y/o extinguirse, como la hipoteca. Este derecho no requiere de la ocupación para cumplir su rol de asegurar el retorno de un crédito. Los acreedores hipotecarios prescinden de ella para conceder los recursos solicitados. Por cierto, la utilidad de la hipoteca es justamente permitir un financiamiento sin la desposesión.

De aceptarse que la usucapión levanta las cargas y los gravámenes, incluida las hipotecas, se genera un cambio en el sistema. Ahora los acreedores requerirán que los constituyentes no se descuiden de la posesión del bien o exigirían que se asuman especiales cuidados con ella, pues se debe evitar ahora que existan usucapios que cancelen el derecho. Otra manera de defenderse es castigando el financiamiento con altas tasas de interés o exigiendo la contratación de seguros que reduzcan el riesgo de que haya poseedores no deseados, etc.

En fin, si se afirma que la usucapión levanta los gravámenes se puede encarecer el financiamiento obtenido al amparo de las hipotecas y demás garantías no posesorias. Creemos que este efecto se debe evitar.

Debido a lo anterior, la doctrina no ha vacilado en relativizar el rol atributivo y de eficacia *ex novo* de la usucapión. Algunos autores sostienen que en realidad la figura no es un modo originario, fundamentado en la ley, sino uno derivado, sustentado en la voluntad de las personas involucradas en ella. "Se entiende que son derivados, cuando se transmite la propiedad de una persona a otra cuando hay concurso de dos voluntades; y así, aun en la prescripción, hay la voluntad expresa del que prescribe, y la táctica o presunta del que deja de prescribir"²⁵. Siendo que es derivada, la propiedad se transfiere con cargas y gravámenes.

Otros, con mejor acierto, sostienen que no toda adquisición originaria es *ex novo*, como se piensa, sino que la misma también puede recaer sobre un derecho preexistente que se transfiere por "suplantación" o "sustitución" a un tercero, con todas las limitaciones o condiciones fijadas por el anterior titular, tal como si fuese una adquisición derivada²⁶.

En estos casos, como no se trata de un nuevo derecho, sino de la transferencia de uno anterior, los gravámenes no quedan eliminados, sino que se transmiten por suplantación al tercero. "Con el transcurso del plazo de usucapión, el poseedor se convierte automáticamente en propietario. Se puede decir que la propiedad se transmite, no así que la propiedad anterior se extingue y constituye una nueva. A pesar de que se trata naturalmente de un caso de adquisición originaria"²⁷.

25. PACHECO Y RIVERO, Toribio. *Tratado de Derecho Civil*, Tomo II. Lima: Librería Hispano-Francesa, 1962, p. 230.

26. TUHR, Andreas von. *Derecho Civil, Teoría General del Derecho Civil Alemán*, Vol. I, Primera Edición. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1947, pp. 37 y 38. "En los casos de adquisición de la propiedad por usucapión y del que adquiere de buena fe de persona no facultada, la adquisición de la propiedad por el nuevo adquirente tiene la vez por consecuencia la pérdida de la propiedad respecto al propietario anterior, dado que, como ya hemos expuesto, dos personas no pueden simultáneamente ser propietarios exclusivos de la misma cosa. Von Tuhr designa acertadamente tal suceso como 'desplazamiento de derecho'; El propietario anterior es desplazado de su posición como tal, debido a que otro, en base a un supuesto de hecho al que la ley conecta la adquisición de la propiedad, se convierte en propietario de la cosa. Según una opinión acertada, se trata, no obstante la transferencia del derecho, de una adquisición originaria; el adquirente funda su propiedad, no en la legitimación del propietario desplazado en cuanto causahabiente de éste, sino solamente en el supuesto de hecho de la adquisición. (...) Ciertamente que el adquirente reemplaza en la posición jurídica al anterior propietario, pero no como su causahabiente". Cfr.: LARENZ, Karl. *Derecho Civil*, Cuarta Edición. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, pp. 305 y 306.

27. WESTERMAN, Harry; WESTERMAN, Harm Peter; GURSKY, Karl-Heinz y EICKMANN, Dieter. *Derechos reales*, Séptima Edición. Madrid: Fondo Cultural del Notariado, 2007, p. 706.

"El derecho adquirido no surge ex novo, puesto que el derecho preexistía a favor de otro titular antes de la usucapión, pero la adquisición no se ha verificado en función o causa del derecho precedente; no hay una verdadera relación de causalidad entre el derecho del antiguo titular y del usucapiente; sólo hay una relación cronológica"²⁸.

Por cierto, esta teoría tiene respaldo legal. En nuestro sistema encontramos otros supuestos de adquisición originaria de la propiedad que no implican el levantamiento automático de las cargas y gravámenes. Entre ellos, tenemos la accesión y la especificación o mezcla.

Según nuestro Código Civil, las construcciones levantadas sobre un bien gravado con una hipoteca no cancelan ese derecho en la parte construida. Al contrario, la hipoteca se extiende a ella. Esto es así, pese a que el titular del suelo adquiere de modo originario la propiedad de lo edificado (artículo 1101 del Código Civil). Lo mismo ocurre en el caso de la garantía mobiliaria. Si el bien gravado sufre modificaciones, convirtiéndose incluso en un nuevo bien, la garantía se extiende a este último y no se extingue (artículo 15 de la Ley 28677). Estos ejemplos dan cuenta que no necesariamente un modo originario atribuye la propiedad de manera plena, libre de cargas y gravámenes. Los modos originarios, en realidad, no afectan las cargas ni los gravámenes.

V. SOLUCION AL PROBLEMA

Para determinar si la propiedad probada por la usucapión levanta las cargas y gravámenes existente en el bien, debemos recurrir a las reglas de la oponibilidad de derechos²⁹. Esto es así, pues se trata de determinar si la propiedad del prescribiente es oponible a aquellos que han contratado con el propietario usucapido, adquiriendo una carga o un gravamen. Es un caso de conflicto de derechos y su solución se logra con las reglas de la oponibilidad.

En primer lugar, se debe distinguir si los derechos concedidos por el usucapido se encuentran inscritos o no. La oponibilidad depende de la inscripción o de la posesión, y siendo que la posesión la tiene el prescribiente, las cargas y los gravámenes solamente serán oponibles si están inscritos³⁰. Luego, se debe analizar si el derecho fue concedido antes o después de operada la prescripción adquisitiva. Si se otorgó antes, el derecho habría sido concedido por quien ostentaba la propiedad, pues antes de ese momento no hay prueba del derecho que dice tener el usucapiente. Si fue otorgado después, habría sido concedido por quien ya no tenía el dominio y el título del tercero será cuestionable. Por último, se debe distinguir si los derechos están sometidos a alguna modalidad (condición o plazo) o si se trata de derechos puros y simples.

28. TORRES VÁSQUEZ, Anibal. *Código Civil*, Tomo I, Séptima Edición. Lima: Editorial IDEMSA, 2011, p. 991.

29. "(...) Lo que nos preocupa no es que se nieguen o desconozcan la adquisición ni la propiedad misma (con las potestades que cita el artículo 923 del CC que continúa teniéndolas el propietario no inscrito). Es importante enfatizar que no se discute el derecho de tener o mantener la propiedad, sino que la que efectivamente se tiene no se puede ejercer a plenitud contra todos, porque no está inscrita. Es, por decirlo de alguna manera, una propiedad imperfecta, porque le falta una herramienta para oponerla plenamente. Por tanto, la adquisición del derecho -que no es negada- no es oponible singularmente ante un tercero determinado (acreedor embargante), que es caso similar al de una pretensión de ineficacia pauliana (art. 195 del CC). Es decir, el derecho propiedad no se discute y subsistirá, sino que debido a su no inscripción tiene una limitación: no es oponible a todos". Cfr.: LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. "¿No hay derechos absolutos! El derecho de propiedad no puede merecer protección si antes no es "conocido" vía la inscripción registral". En: *Gaceta Civil*, Tomo 26. Lima: Gaceta Jurídica, 2015, p.18.

30. Las cargas no inscritas no son oponibles. Los adquirentes del anterior propietario deberán ser preteridos por su actuación en algún sentido temeraria. Ellos no podrán basarse en la fe registral para buscar tutelar su derecho, si se logra demostrar que tuvieron la posibilidad de conocer el estado real del bien y toparse, por ende, con la pública, continua, pacífica y prolongada posesión del prescribiente.

Según el artículo 926 del Código Civil, las restricciones a la propiedad establecidas por pacto para que surtan efectos frente a terceros, deben inscribirse en el registro respectivo. Asimismo, según el artículo 2022 de la referida norma, para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad.

Las cargas y gravámenes son restricciones a la propiedad³¹ y, además, son derechos reales³², por lo que para que surtan efectos frente a los demás deben inscribirse. Aquí no importa analizar si el derecho fue concedido antes o después de la usucapión o si es un derecho simple o modal, pues basta que no esté inscrito para que el usucapiente y sus acreedores no tenga que observarlo y se cierre toda discusión sobre si es oponible o no.

Por cierto, todo dependerá de que el usucapiente no haya sido notificado que el anterior dueño otorgó tales derechos, pues de serlo, el acto de notificación será interpretado como un caso de interrupción de la prescripción.

Ahora bien, es cierto que en un caso de concurrencia de acreedores, según lo previsto en el

artículo 1135 del Código Civil, no es necesario que un derecho esté inscrito para ser oponible. Basta que éste conste en un documento de fecha cierta para ser preferido, en caso el otro acreedor sólo cuente con un documento privado. Nosotros consideramos que dicha norma no resulta aplicable para el caso del prescribiente, pues se entiende que éste no necesariamente es un acreedor directo del anterior propietario. Es posible que el poseedor haya adquirido tanto de quien lo hizo del anterior dueño, como por otra causa. La falta de certeza sobre el origen de su derecho, hace inaplicable el mecanismo de preferencia previsto en el artículo 1135, que sólo está pensado para solucionar el problema entre el acreedor y el deudor.

Por otro lado, si las cargas y gravámenes inscritas se otorgaron antes de perfeccionada la usucapión, se deberá analizar si los mismos superan el plazo de cinco o diez años de vigencia para ser levantados. En efecto, en estos casos, se debe echar mano de las disposiciones comunes de la prescripción extintiva y caducidad para ver si realmente son oponibles. Según estas normas, las cargas que ameritan posesión efectiva prescriben a los cinco años por su no uso³³. Este plazo es largamente superado por la prescripción extraordinaria, la cual requiere

-
31. "En suma no siendo posible establecer en nuestro sistema jurídico prohibiciones de enajenar y gravar, o sustituciones fideicomisarias, ni pudiéndose tampoco crear voluntariamente derechos reales atípicos o innominados, es obvio y evidente que esta norma incluye dentro de las restricciones de la propiedad solamente a los derechos reales de limitados y de garantías contemplados taxativamente por la ley (usufructo, uso, habitación, superficie, servidumbres, hipoteca, anticresis), así como a los pactos con eficacia real expresamente reconocidos por nuestro ordenamiento (retroventa, reserva de dominio)". GONZALES BARRÓN, Gunther Hernán. *Derechos Reales*, Segunda Edición. Lima: Editorial Legales, 2010, p. 329. Asimismo, que las cargas y gravámenes son limitaciones a la propiedad, véase a BARBERO, Domenico. *Cp. Cív.*, Tomo II, pp. 211 y 229.
32. TORRES VÁSQUEZ, Anibal. *Derechos Reales*, Tomo I. Lima: Editorial IDEMSA, 2006, p. 29. ARIAS-SCHEREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*, Tomo IV, Tercera Edición. Lima: Gaceta Jurídica Editores S.R.L., 2001, pp. 19-20.
33. Artículo 1021 del Código Civil: "El usufructo se extingue por:
1. Cumplimiento de los plazos máximos que prevé el artículo 1001 o del establecido en el acto constitutivo.
 2. Prescripción resultante del no uso del derecho durante cinco años.
 3. Consolidación.
 4. Muerte o renuncia del usufructuario.
 5. Destrucción o pérdida total del bien.
 6. Abuso que el usufructuario haga de su derecho, enajenando o deteriorando los bienes o dejándolos perecer por

de diez años³⁴. Lo mismo sucede con las hipotecas y los otros gravámenes, los cuales serán levantados según las reglas de la caducidad de diez años³⁵.

Si no se ha cumplido con el plazo de prescripción y/o de caducidad, estos derechos resultarán oponibles al usucapiente, ya que se tratan (i) de derechos reales, (ii) otorgados por quien era propietario y que, además, (iii) cuenta con la inscripción registral a su favor.

Ahora bien, si el derecho se concede después de perfeccionada la usucapión, se deberá analizar la buena fe del adquirente y la naturaleza de su título, según lo establecido en el artículo 2014 del Código Civil. La norma señala que prevalecerá el derecho del tercero, cuando se trata de una adquisición a título oneroso y de buena fe.

El artículo establece que el tercero "mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda, cancele o resuelva el del otorgante –el propietario vendedor no poseedor– por causas que no consten en los Registros

Públicos". Por la usucapión, se cancela el derecho del anterior dueño, lo que quiere decir que si la prescripción no consta en la partida registral del inmueble, la cancelación posterior no deberá afectar a los terceros que contrataron con el titular registral, en tanto tengan buena fe y hayan adquirido a título oneroso.

Se dirá que el artículo 2014 del Código Civil no resulta aplicable al presente caso, pues está pensada para las adquisiciones voluntarias y derivadas, y no para las legales y originarios, como sería la usucapión.

En principio, no compartimos la tesis de que la usucapión sea un modo de adquirir y, aun si ese fuese el caso, no hay norma legal que limite el ámbito de aplicación de la fe registral a ésta. Es más, considerando la última modificación del artículo 2014 que protege a los terceros frente a la "cancelación" del derecho del vendedor, es posible argumentar que la usucapión se encuentra incluida dentro de los eventos que no afectan las adquisiciones registrales, pues el efecto de esta es cancelar. Ello es así, por cierto, en defensa del tráfico jurídico³⁶.

falta de reparaciones ordinarias. En este caso el juez declara la extinción" (el subrayado es nuestro).

Artículo 1026 del Código Civil: "El derecho de usar o de servirse de un bien no consumible se rige por las disposiciones del título anterior, en cuanto sean aplicables" (el subrayado es nuestro). Asimismo, el artículo 1050 del Código Civil: "Las servidumbres se extinguen en todos los casos por el no uso durante cinco años".

34. Efecto propio de lo que en doctrina se denomina usucapio libertatis, que según doctrina autorizada italiana no es más que un reflejo de la prescripción extintiva por no uso, véase MESSINEO, Francesco; *Op. Cit.*, pp. 325 y ss. Asimismo, SACCO, Rodolfo y CATERINA, Raffaele. *Il Possesso*. Segunda Edición. Milán: Dott. A. Giuffrè Editore, 2000, p. 515. Asimismo, BARBERO, Domenico. *Op. Cit.*, Tomo I, pp. 421 y ss. En sentido contrario, MENGONI, Luigi; *Gli Acquisti "a non domino"*, Tercera Edición. Milán: Dott. A. Giuffrè Editore, 1975, p. 137.

35. Ello según reza el artículo 3 de la Ley 26639: "Las inscripciones de las hipotecas, de los gravámenes y de las restricciones a las facultades del titular del derecho inscrito y las demandas y sentencias u otras resoluciones que a criterio del juez se refieran a actos o contratos inscribibles, se extinguen a los 10 años de las fechas de las inscripciones, si no fueran renovadas.

La norma contenida en el párrafo anterior se aplica, cuando se trata de gravámenes que garantizan créditos, a los 10 años de la fecha de vencimiento del plazo del crédito garantizado".

36. "Admitir en toda su extensión la usucapión significaría destruir la eficacia protectora de la fe pública registral. Ocurriría que el tercero que adquiere confiado en que el titular registral puede transmitirle, vería su adquisición convertida en ineficaz por la existencia de un adquirente por usucapión". DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*, Vol. III, Quinta Edición. Barcelona: Editorial Tecnos, 1995, p. 344. "El argumento de que la usucapión es un mecanismo traslativo de dominio mucho más perfecto y completo que el Registro, puede terminar afectando la seguridad jurídica dinámica y la posición de quienes contrataron confiando en el Registro y no tuvieron la posibilidad –en el caso concreto y por excepcionales circunstancias– de conocer la realidad extra registral". GARCÍA MONTUFAR, Guillermo y ARATA SOLÍS, Moisés. "La Prescripción Adquisitiva contra Tabulas versus La Protección al Tercero Registral: Reflexiones en torno a un Proyecto de Reforma". En: *Themis*, N° 60. Lima: 2011, p. 146.

Por otro buena fe³⁷, lo cual no sucederá si se demuestra que sabía o estaba en la posibilidad de saber que el bien no le pertenecía al constituyente, sino al ocupante por la posesión *ad usucapionem* que éste ha mantenido. A este punto es relevante entender que la usucapión es un medio de prueba de la propiedad y que, por lo tanto, debe ser consultada siempre. Si los terceros quieren estar seguros del derecho que adquieren deben ahondar en la posesión, pues ésta sirve para revelar al dueño del bien.

Con relación a las cargas y gravámenes inscritos sometidos a condición o a plazo, tampoco consideramos que deban ser levantados, pues al estar inscritos gozan de plena oponibilidad y al no haberse iniciado el plazo prescriptorio, son derechos vigentes y, por lo tanto, exigibles frente a los demás. Por cierto, en caso los derechos sean constituidos después de perfeccionada la usucapión, resultarán oponibles también al amparo del artículo 2014 del Código Civil.

37. *"Que, la buena fe, conforme aparece en la Exposición de Motivos Oficial del Código Civil, 'la buena fe que se exige a una persona a efectos de constituirse en tercero registral, es la de ignorar la existencia de inexactitud en lo publicado por el registro. En otros términos, si en verdad existen razones de nulidad, rescisión o resolución, que no aparecen en el registro, ellas además deben ser desconocidas por quien pretende ampararse en el principio estudiado; bajo ese contexto se puede inferir que la creencia del tercero respecto de que su transmitente ostente título libre de mácula, se enerva cuando conoce la existencia de una situación que vicia ese título. La buena fe consiste en el desconocimiento de la inexactitud del registro e implica una conducta correcta, leal, honesta que, de acuerdo al artículo 2014, se mantiene (presume) mientras no se pruebe que el tercero conocía la inexactitud del registro o la verdad material extra registral; es por ello, que es necesario exigir que la mala fe se demuestre, esto es, debe ponerse en evidencia que el tercero tenía conocimiento de una situación jurídica viciante del título de su transferente, ya sea por encontrarse sujeto a hechos que determinen su invalidez (nulidad o anulabilidad) o ineficacia (rescisión o resolución). Este tipo de conocimiento conforme lo señala la exposición de motivos del Código Civil debe ser uno perfecto, directo; probado de manera concluyente, por mérito de actos realizados por el mismo adquirente o de hechos que forzosamente deben ser conocidos por él, o dicho de otro modo, cuya ignorancia no es posible sustentar". Casación N° 1691-2015-Loreto.*