

**LA PROPIEDAD COMO DERECHO ECONÓMICO Y
CONSTRUCTO SOCIAL PARA UNA INTERVENCIÓN
ADECUADA EN EL MODELO ECONÓMICO ACTUAL:
LA LEY N° 29618**

Carlos Alberto Bravo Rojas¹

Miguel Chipana Callizaya²

“En memoria al Dr. Raúl Samamé Morante, crítico infatigable”.

SUMARIO: **I.** Planteamientos liminares. **II.** Del derecho económico. Del constructo social. **III.** Bienes. De dominio público y privado. Finalidad. **IV.** Prescripción adquisitiva de dominio. ¿Función social o económica? **V.** El incentivo perverso de la prescripción adquisitiva. **VI.** Aprobación de la ley n° 29618. Crítica. **VII.** ¿Bien privado estatal vs. Propiedad privada? **VIII.** Visión actual de la ley. **IX.** A manera de colofón.

I. PLANTEAMIENTOS LIMINARES

Hace exactamente tres meses, en los días 8 y 9 de julio de 2016 se llevó a cabo el Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil, cuyo uno de los temas puesto a debate tenía la siguiente interrogante: ¿Es factible que las personas puedan obtener prescripción de inmuebles del Estado o con la entrada en vigencia de la Ley N°

1 Estudiante de sexto año de pregrado de la Escuela Académico Profesional de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Miembro principal y Jefe del Área de Investigación y Desarrollo del Potencial Académico de la Asociación Civil Cathedra Lex de la misma casa de estudios.

2 Estudiante de quinto año de pregrado de la Escuela Académico Profesional de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Miembro principal de la Asociación Civil Cathedra Lex. Miembro Fundador y Coordinador General del Grupo de Estudios de Derecho Inmobiliario (GEDI). Asistente Judicial de la Segunda Sala Superior Especializada en lo Civil y Constitucional de Lima.

29618, todos los inmuebles, indistintamente del tiempo, se vuelven imprescriptibles?³

Si la interrogante le ha parecido confusa⁴, su respuesta no está exenta de aquello. Para esto, es necesario buscar una perspectiva económica y social de la propiedad, a fin de saber el rol que pueden cumplir los inmuebles del propio Estado.

Primero pregúntese: ¿Cuántas sentencias ha expedido el Tribunal Constitucional respecto al derecho de propiedad?, tal vez sólo bastaría contar los dedos del cuerpo para obtener una respuesta. O tal vez nos equivoquemos.

El meollo al que se quiere llegar es que nuestro propio Tribunal Constitucional no ha dado respuesta a muchas interrogantes sobre lo que a propiedad se refiere⁵, más bien, han sido las mismas Salas o la Corte Suprema, quienes por medio de Plenos Nacionales o Distritales –sumándose últimamente los Plenos Casatorios– han pretendido clarificar el asunto.

Así, pues, esto ha conllevado a innumerables Resoluciones del Tribunal Registral que a veces han terminado contradiciéndose a sí mismas⁶ o contra resoluciones emanadas del propio Poder Judicial. Para nuestro caso, la pregunta que debió formularse en el Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil debió ser: ¿Es el Estado eficiente para administrar sus propios recursos o bienes estatales? Para el caso se hará mención aquí a la prescripción adquisitiva de dominio o usucapión contenida en nuestra Ley Fundamental⁷.

3 Consúltese en: <www.pj.gob.pe>

4 Véase que la misma no hace referencia si se refiere a bienes de dominio público o bienes de dominio privado del Estado.

5 Véase al respecto: Exp. N°s 03258-2010-AA/TC, 00864-2009-AA/TC, 0008-2003-AI/TC, 00043-2007-AA/TC, 3773-2004-AA/TC, 0030-2004-AI/TC, 0048-2004-AI/TC, 0016-2012-AI/TC, 00031-2004-AI/TC, 00834-2010-AA/TC, 7060-2006-PA/TC, 5567-2006-AA/TC, 00018-2007-PI/TC, 3347-2009-PA/TC, 665-2007-AA/TC, 04966-2008-PA/TC, entre otros pocos.

6 Ello podría deberse a las distintas posiciones encontradas entre los propios registradores al interpretar su Ley General, o bien se complementan con las discrepantes opiniones de diversos notarios respecto a la calificación de los instrumentos públicos.

7 Hay un núcleo fundamental que sobresale de la propia usucapión y es la aceptada por el 99 % de la doctrina, es decir, su carácter eminentemente económico, afirmándose con ello que su eliminación o depuración traería efectos nocivos, ya sean sociales y económicos, estos serían devastadores, porque ya no habría una riqueza igualitaria. Así,

II. DEL DERECHO ECONÓMICO. DEL CONSTRUCTO SOCIAL

Si se pudiera pensar qué se puede entender como derecho económico nos llevaría a entenderlo como un reconocimiento del propio texto legal constitucional destinado a proteger a la propiedad en su actividad económica⁸. Y si habláramos de constructo social, este es entendido como un fenómeno social de una sociedad determinada, es decir, ha sido producto de una interacción social, del actuar de subjetividades propias, como por ejemplo: los números, el dinero, el idioma, la forma de gobierno, etc⁹. Es decir, el constructo social se da como resultado de un hecho social; y –qué duda cabe– la propiedad

el profesor Blas Eduardo Ramírez P. menciona: *“Quien ha abandonado sus bienes y se desinteresa de ellos no merece la protección legal. Las sociedades modernas no conciben la propiedad como un derecho absoluto; ser dueños supone crecientes responsabilidades, no solo derechos”*. Extraído del propio blog del profesor Blas: <realesuni.blogspot.com>. De forma análoga, conforme a una frase del maestro Von Liszt, podría señalarse aquí que la prescripción adquisitiva se ha convertido en la Carta Magna del usucapiente foráneo. En conclusión, se debe dejar sentado si la usucapión debe tener o no cabida en nuestra legislación peruana. Si se preguntase: ¿qué justifica la usucapión? No podríamos responder a ello si es que no se tuviera una posición favorable respecto a la propia usucapión, es decir, tendríamos que considerar a la usucapión legal y constitucional. Por eso, de la base en que se partirá en este trabajo será el de la propia constitucionalidad de la usucapión.

- 8 Cabe acotar aquí la absurda denominación que tiene en la actual Constitución de 1993, en su Capítulo II del Título I (De los derechos Sociales y Económicos), cuando en realidad no hace referencia en sí a propios derechos económicos como si lo hace su Título III (Del Régimen Económico). Ello se comprueba revisando la anterior Constitución Política de 1979 cuyos derechos económicos se encontraban regulados en el Título III bajo el rótulo de “Del Régimen Económico”, no teniendo denominaciones ambiguas en otros títulos.
- 9 La realidad se construye por relaciones intersubjetivas creando así un sistema por parte de los que integran una sociedad, que se convierte en instituciones al hacerse más extensivo. Siendo ello así, estos mismos integrantes justifican su existencia. La realidad se va construyendo, gracias a una producción humana constante. Es decir, el ser humano constantemente externaliza su actividad, siendo estas acciones, recíprocas. *“Éste es el conocimiento que se aprende en el curso de la socialización y que mediatiza la internalización dentro de la conciencia individual de las estructuras objetivadas del mundo social. En este sentido, el conocimiento se halla en el corazón de la dialéctica fundamental de la sociedad: programa los canales en los que la externalización produce un mundo objetivo; objetiviza este mundo a través del lenguaje y del aparato cognoscitivo basado en el lenguaje, vale decir, lo ordena en objetos que han de aprehenderse como realidad”* (BERGER, Peter L. y Thomas LUCKMANN, *La Construcción Social de la Realidad*, trad. por Silvia Zuleta, Buenos Aires: Amorrortu Editores, 2001, p. 89).

es un hecho social, de ahí la conclusión de que la propiedad es un constructo social.

III. BIENES. DE DOMINIO PÚBLICO Y PRIVADO. FINALIDAD

Sobre el concepto de bien, Biondi nos señala que la “noción de ‘nona’ deriva el amplio concepto de bien, elaborado sobre todo por los penalistas. Desde el punto de vista privatístico se ha querido distinguir cosa de bien: se ha negado carácter jurídico a la noción de cosa, pero necesariamente se le ha tenido que reconocer al concepto de bien (...)”¹⁰. Nuestro Código Civil, según el artículo 947º ha tomado la posición de llamarlo “cosa mueble”, mientras la Sección Segunda (Bienes) solo señala qué bienes forman parte de los inmuebles y los muebles. Pero es tomada en nuestro país la posición de que bien puede ser entidad material e inmaterial, y cosa solo pueden ser corporales.

Pese a que no se ha atrevido reconocer que los bienes estatales tienen contenido en nuestra propia Constitución -o si se ha pretendido ha sido de forma minimizante¹¹-, mencionaré que el tema está tipificado en el artículo 73º de la misma¹², el cual *ad litteram* señala:

“Artículo 73.- Los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles. Los bienes de uso público pueden ser concedidos a particulares conforme a ley, para su aprovechamiento económico” (Subrayado nuestro).

Al respecto, para un mejor análisis se tratará de hacer una deconstrucción¹³ a fin de poder buscar un mejor significado del texto,

10 BIONDI, Biondi, *Los Bienes*, trad. Antonio de la Esperanza Martínez-Radío, Barcelona: Bosch, 1961, p. 33.

11 Solo se mencionaré aquí, que algunos profesores de derecho endiosados y con un cúmulo de libros en su haber (v.g. Tratado de Derechos Reales, Derecho Registral y Notarial, La Falsificación: Nuevo Modo de Adquirir la Propiedad, Derecho Urbanístico, entre otros), no se han referido seria ni sesudamente sobre el tema.

12 Se deja en claro que no se está ocupando aquí el tema de la imprescriptibilidad de las tierras de las comunidades campesinas y nativas, tipificada en el artículo 89º de nuestra Constitución. Ello por merecer también un comentario extenso que no es parte de este texto; además de que la propia Ley Nº 29618 no es aplicable a ellas según su Única Disposición Complementaria Final.

13 Se hace hincapié en que este término se toma de J. Derrida y no de un significado de filosofía anterior a ella, en ese sentido, se busca destruir el texto descubriendo la

viendo posteriormente si los aspectos vacíos de ella han sido idealmente concordados o subsanados.

Como se sabe, los bienes de dominio público, tanto como de dominio privado, son parte de los bienes del Estado Peruano¹⁴.

Los de dominio público¹⁵ son aquellos que están a disposición de la utilidad pública, es decir, afectados al uso o servicio públicos¹⁶; como afirma Bernaldes¹⁷ estos “no son *stricto sensu* de propiedad del Estado porque en la propiedad está la potestad de disponer¹⁸, y los bienes de uso público no pueden ser dispuestos”. Y claro, imagínense que quiera disponer el Estado de un predio aludiendo ser el propietario del mismo, tendríamos bienes o reservas naturales, playas, parques vendidos al mejor postor lo cual iría contra normas orden público. Por ello se atenúa a decir que son de **dominio público y no bien de propiedad pública**¹⁹, quedando zanjado con esto que los

estructura del lenguaje en el cual ha sido redactado. Claro que, en mi caso, con sesgos más simplistas.

- 14 Así, la norma pertinente que trata sobre bienes estatales es el artículo 3º de la Ley Nº 29151, *Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales*, el cual señala:

“Artículo 3.- Bienes estatales

Para los efectos de esta Ley, los bienes estatales comprenden los bienes muebles e inmuebles, de dominio privado y de dominio público, que tienen como titular al Estado o a cualquier entidad pública que conforma el Sistema Nacional de Bienes Estatales, independientemente del nivel de gobierno al que pertenezcan” (subrayado nuestro).

Como nos recuerda Puertas Figallo, respecto a la Ley y el Reglamento del Sistema Nacional de Bienes Estatales, estas “obedecen a la necesidad que existía, en nuestro ordenamiento jurídico, de legislar sobre la diferencia entre bienes de dominio público y bienes de dominio privado del Estado, conforme lo venía exhortando el Tribunal Constitucional en diferentes fallos” (PUERTAS FIGALLO, Juan Carlos, “Comentarios sobre la prescripción de los bienes estatales. A propósito de la Ley Nº 29618”, en: *Revista Jurídica del Perú*, Tomo 128, Lima, 2011, p. 118).

- 15 También llamados demaniales o, en conjunto, demanio.
- 16 Al uso como puede ser la utilización de puentes, calles; o al servicio como puede ser el Museo, Hospital, Colegio.
- 17 BERNALDES BALLESTEROS, Enrique, *La Constitución de 1993. Veinte Años Después*, 5º ed., Lima: Idemsa, 1999, p. 405.
- 18 **“Artículo 923 del Código Civil.-** *La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley”.*
- 19 Cabe mencionar que su definición ha sido tratada ampliamente en el Reglamento de la Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales, aprobado por Decreto Supremo Nº 007-2008-VIVIENDA, en el cual señala en el numeral 2.2 del artículo 2º que “para

bienes de dominio público no pueden venderse, es decir, no se puede considerar al Estado propietario de los bienes de dominio público; así se señala que *“los denominados bienes públicos antes que un conjunto de bienes, representan un soporte jurídico de potestades estatales sobre aquellos, un título jurídico de intervención que permite al Estado regular las conductas de quienes utilizan tales bienes. En ese sentido, por sus especiales características de uso y aprovechamiento, los bienes públicos no pueden ser configurados en base al concepto de propiedad, por lo menos, desde la perspectiva clásica civilista”*²⁰

Se agrega de forma subsiguiente al texto que estos bienes de dominio público son inalienables.

La **inalienabilidad**, como se sabe, conlleva la no enajenación, la no transmisión, la no cesión, el no intercambio, es decir, el Estado no podrá entregarlos en propiedad a cualquier particular, ya que estos deben servir a los intereses de las propias personas que integran el Estado.

Además, se señala su carácter de **imprescriptibilidad**, el cual se está refiriendo a la prescripción adquisitiva de dominio o usucapión, la cual no gozarán los particulares por estar destinada la misma a su uso o servicio público, en otras palabras, están fuera del tráfico jurídico. Entonces si se pregunta: ¿todos los bienes son susceptibles de ser adquiridos mediante usucapión?, se tendrá que responder que: no toda regla es absoluta. Si bien se sabe que todos los bienes que pueden poseerse son pasibles de prescripción adquisitiva, hay excepciones. Una de ellas, es que los propios bienes de dominio público

los efectos del presente Reglamento se entenderá por: a) Bienes de dominio público: Aquellos bienes estatales, destinados al uso público como playas, plazas, parques, infraestructura vial, vías férreas, caminos y otros, cuya administración, conservación y mantenimiento corresponde a una entidad; aquellos que sirven de soporte para la prestación de cualquier servicio público como los palacios, sedes gubernativas e institucionales, escuelas, hospitales, estadios, aportes reglamentarios, bienes reservados y afectados en uso a la defensa nacional, establecimientos penitenciarios, museos, cementerios, puertos, aeropuertos y otros destinados al cumplimiento de los fines de responsabilidad estatal, o cuya concesión compete al Estado. Tienen el carácter de inalienables e imprescriptibles. Sobre ellos, el Estado ejerce su potestad administrativa, reglamentaria y de tutela conforme a ley ()”

- 20 HUAPAYA TAPIA, Ramón, “El régimen constitucional y legal de los recursos naturales en el ordenamiento jurídico peruano”, en: *Revista de Derecho Administrativo*, N° 14, CDA: Lima, 2014, p. 337.

del Estado no son transferibles ni se pueden adquirir por la forma originaria ni derivada de la usucapión²¹.

Por último, la norma señala que los **bienes de uso público**²² pueden ser concedidos a particulares conforme a ley, para su aprovechamiento. ¿Qué significa ello? A diferencia de nuestra antigua Constitución de 1979, en donde no se permitía la concesión de los bienes públicos²³, la actual señala que se puede establecer, mediante contrato de concesión, la facultad de otorgarles derecho de explotación económica a particulares para el aprovechamiento de un bien de uso público. Este acto es pactado entre el Estado y el particular conforme a la Ley de la materia evitando así pactos que vayan en detrimento de todos. Cabe recordar que actualmente “*los Estados utilizan el otorgamiento de derechos de concesión a particulares sobre bienes de uso público para que los concesionarios inviertan en obras de construcción o mejoramiento de dichos bienes y luego recuperen su inversión y obtengan la renta correspondiente a partir del cobro de derecho. El caso más frecuente (...) peaje*”²⁴.

Entonces, podemos concluir que los bienes de dominio público del Estado tienen el carácter de inalienable, imprescriptible e inembargable²⁵.

21 A simple vista podemos decir -evaluando un argumento *contrario sensu*-, que si los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles, entonces los bienes de dominio privado serían alienables y prescriptibles, es decir, no habría alcance legal para los bienes de dominio privado. Esto se podría desprender como una primera interpretación de la norma, y de hecho ocurrió así en la realidad. Ya posteriormente, año 2000, las reglas de juego cambian, y se prescribirá por Ley que todos los bienes del Estado son imprescriptibles, como veremos más adelante.

22 Estos son por ejemplo, los parques, las veredas, avenidas, puentes, etc. los cuales nosotros como ciudadanos usamos en nuestra vida diaria. Podemos calificar a los bienes de uso público dentro de los bienes estatales de dominio público, como una de genero-especie.

23 El artículo 128º de la Constitución de 1979 expresaba que: “*Los bienes públicos, cuyo uso es de todos, no son objeto de derechos privados*”, es decir, no permitía que un particular mediante cualquier contrato pueda explotar los recursos que provenían de los bienes de uso público. Este cambio de reglas por parte de la actual Constitución, podría tomarse como una intromisión de un nuevo modelo económico surgido en el Perú en los años 90.

24 BERNALES BALLESTEROS, Enrique, *Óp. Cit.*, p. 406.

25 La inembargabilidad del bien estatal de dominio público ya ha sido tratado por nuestro Tribunal Constitucional en varias sentencias, v.g., en sentencias recaídas en el Exp. N°

Y luego de referirnos al artículo pertinente de la Constitución sobre los bienes estatales, usted lector, se preguntará ¿Y qué ocurriría con los bienes que eran del Estado pero pertenecían a su ámbito privado?

Los bienes estatales de dominio privado, si bien no tenían contenido relevante en la Carta Fundamental, no significa que su tratamiento fuera menor que la de los bienes de dominio público. Merecen también importancia, aún más si sabemos que posteriormente estas adquirieron la atención de varios particulares y profesionales del derecho, pero sobre todo, de nuestros padres de la patria.

Comenzaremos por mencionar que los bienes estatales de dominio privado están contenidos de forma excepcional²⁶ en el apartado

006-96-AI/TC y N° 022-96-AI/TC, el Tribunal Constitucional se pronunció en el sentido de considerar que los bienes del Estado de dominio privado no pueden ser susceptibles de la misma protección de inembargabilidad que reciben los de dominio público; también se ha resumido y fundamentado la tipología de bienes públicos reconocida en nuestro ordenamiento: *“El dominio público es una forma de propiedad especial, afectada al uso de todos, a un servicio a la comunidad o al interés nacional, es decir, que está destinada a la satisfacción de intereses y finalidades públicas y, por ello, como expresa el artículo 73º de la Constitución, tiene las características de bienes inalienables e imprescriptibles, además de inembargables”* (STC recaída en el proceso acumulado N°s 015-2001-AI/TC, 016-2001-AI/TC, 004-2002-AI/TC, f. j. 29); *“este Tribunal, discrepando con los argumentos emitidos por las instancias inferiores, considera que la demanda debe ser estimada, dejándose sin efecto la resolución cuestionada a fin de que la Sala demandada expida nueva resolución que ordene trabar embargo sobre bienes de la recurrente fundamentándose el carácter embargable de ellos en función a su no uso y/o utilización para fines públicos”* (STC recaída en el Exp. N° 02147-2009-PA/TC, f. j. 6); en ese mismo sentido: *“este Tribunal, discrepando de los argumentos emitidos por las instancias inferiores, considera que la demanda debe ser estimada, dejándose sin efecto la resoluciones cuestionadas [sic] a fin de que se expida una nueva resolución que ordene trabar embargo sobre los bienes del Gobierno Regional de Lambayeque, fundamentándose el carácter embargable de ellos en función de su no uso y/o utilización para fines públicos”* (STC recaída en el Exp. N° 01873-2011-PA/TC, f. j. 7). En los dos últimos casos, la Sala Superior omitió pronunciarse por el carácter embargable de los ingresos propios que percibía la Institución Pública, por lo que el TC señaló que se habían violado deberes de valoración, motivación y fundamentación al momento de determinar el carácter embargable de un bien del Estado.

26 No se comparte la idea de que los bienes de dominio privado se rigen por un régimen general y los de dominio público por un régimen especial. Al respecto, véase: JIMÉNEZ MURILLO, Roberto, “Los Bienes Inmuebles de Dominio Privado”, en: *Gestión Pública y Desarrollo*, 2009, p. C1. Ello porque, primero, del propio Reglamento de la Ley General del Sistema de Bienes Estatales se observa que al referirse a los bienes de dominio público se describen innumerables bienes de uso público, las mismas que están reguladas

b, numeral 2.2 del artículo 2º del Decreto Supremo N° 007-2008-VI-VIENDA, Reglamento de la Ley General del Sistema de Bienes Estatales (SBN), el cual señala brevemente:

“b) Bienes de dominio privado del Estado.- Aquellos bienes estatales que siendo de propiedad del Estado o de alguna entidad, no están destinados al uso público ni afectados a algún servicio público, y respecto de los cuales sus titulares ejercen el derecho de propiedad con todos sus atributos”.

Los bienes de dominio privado del Estado son aquellos a los que el Estado otorga la titularidad a determinadas entidades (empresas estatales de derecho público) o a sí misma, para su correcta administración siendo responsable si ocurre lo contrario. Por ejemplo, el terreno de un Ministerio dedicado al estacionamiento. Ahora, si bien se puede desprender del propio apartado b), que la gran mayoría de los bienes del Estado han sido nombrados en el apartado a) de los bienes de dominio público, esto no es óbice para que el Estado le pueda otorgar este carácter a determinados bienes, por ejemplo, un edificio público, predio rústico, etc.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha dado una definición para el caso: *“Los bienes que no están afectos al servicio público, al uso público o al interés nacional, incluyendo los depósitos de dinero, constituyen, prima facie, bienes de dominio privado y, como tal, son embargables”*²⁷.

conforme a la Ley de la materia, en cambio, al referirse a los bienes de dominio privado la norma señala que son aquellos que no están destinados al uso público ni afectados a algún servicio público, o sea, para poder saber cuáles son bienes de dominio privado se tendría que mirar primero a los bienes que conforman el dominio público para así, descartado ello, decir que el bien es de dominio privado; y segundo, del propio texto del autor mencionado, éste manifiesta inicialmente que los bienes de dominio privado son un régimen general para posteriormente señalar que *“es a la ley y a los reglamentos especiales o sectoriales, que les corresponde abordar su tratamiento”* (Véase p. C2), cuando al que le corresponde el debido tratamiento de ley y reglamento especiales son a los propios bienes de dominio público (la titularidad de los bienes del dominio privado es tratado en la propia Ley y Reglamento del SBN), máxime si posteriormente el mencionado autor señala que *“por negación del dominio público obtenemos una primera aproximación de su contenido y alcances”* (Véase p. C2).

27 Sentencia recaída en los expedientes acumulados N°s 015-2001-AI/TC, 016-2001-AI/TC y 004-2002-AI/TC (29 de enero de 2004). Al respecto, hay que indicar que si bien el inciso 1 del artículo 648º del Código Procesal Civil prescribe que: *“Son inembargables: 1. Los bienes del Estado (...)”*, esta fue dejada sin efecto por el propio Tribunal Constitucional en su Sentencia recaída en el Exp. N° 006-97-AI/TC, publicada en el Diario El Peruano el 7 de

IV. PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DE DOMINIO. ¿FUNCIÓN SOCIAL O ECONÓMICA?

Sin irnos a hacer una descripción amplia de lo que consiste²⁸, pues ya se han hecho innumerables estudios de su definición, cabe aquí señalar que se trata de un bien inmueble con determinadas características, como la de ser continua, pacífica, pública, con *animus domini* con plazo de 10 años (usucapión extraordinaria); y de ser el caso, plazo de 5 años si existe justo título y buena fe (usucapión ordinaria).

La función económica de la propiedad se refiere al uso adecuado o necesario que el particular podría dar al suelo o bien inmueble. Se plantea este problema: “*Si quien posee la tierra no se ubica físicamente en ella y no sabe a quién le pertenece, las más elementales mejoras no se realizarán a pesar de su bajo costo*”²⁹. Se añade que “*estas comunidades no mejoran su terreno porque sienten que al mejorarla pueden perderla, al mejorarla su valor se incrementa y aumenta la posibilidad de que el dueño real quiera retomar el terreno*”. Siendo que esta situación podría poner en peligro la generación del propio valor del predio, es que se ha visto a la prescripción adquisitiva de dominio como un remedio al problema, por ende, se dejaría que esa persona o comunidad pueda incrementar el valor del predio con el

marzo de 1997, que declaró fundada en parte la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N° 26599. La Sentencia se basó principalmente que de una lectura del artículo 73º de la Constitución se deducía que no gozaban de inalienabilidad e imprescriptibilidad los bienes de dominio privado del Estado. En conclusión, se mantenía a los bienes de dominio público del Estado con el carácter de alienable, prescriptible y embargable.

28 Cooter señala que “*esta institución [prescripción adquisitiva] es una del Derecho Común creada en el año 1066 para que los normandos pudieran proteger su propiedad respecto de la tierra que robaron de los sajones, y es utilizada muy seguido para lograr los mismos propósitos. En Estados Unidos se utilizó mucho para quitar terreno a personas de descendencia india ()*” (COOTER, Robert D., “Análisis Económico del Derecho de Propiedad”, en: *Themis. Revista de Derecho*, N° 48, Pontificia Universidad Católica del Perú: Lima, p. 265). De forma breve señalaremos que en nuestro país, se observa que muchas comunidades campesinas y/o indígenas no tienen legalizadas sus tierras. No tienen propiedad inscrita, solo posesión de ellas. Se podría hablar aquí de una conexión más espiritual con la tierra, y esto, afirma Cooter, no aparta el análisis económico que se le haga, ya que “*muchas veces los agentes disfrutan de un superávit por encima del valor de mercado de aquello que poseen. Por ejemplo, digamos que tengo un terreno y el mercado lo valora en 10,000 y yo lo valoro en 15,000: tengo un superávit de 5,000. ¿De dónde viene ese superávit? Quizá viene del hecho que tengo una conexión espiritual con ese terreno, de repente mi abuela está enterrada ahí, de repente crees que Dios les dio a tus ancestros algún documento especial en el terreno*” (COOTER, Robert D., *Ibidem*, p. 262).

29 COOTER, Robert D., *Ibidem*, p. 265

incentivo de que más tarde esas tierras podrán ser suyas. Se busca, en ese sentido, que la propiedad sea otorgada a quien realmente cree un valor sobre ella, ya sea explotándola o aprovechándola. Este argumento es más necesario que el que menciona al castigo sobre el anterior propietario que no supo aprovechar los recursos que tenía en su momento.

Pues bien, esta función debe complementarse con aquella que argumenta que el uso de la riqueza material de la tierra trae consigo el beneficio colectivo, es decir, el particular permite que se logre una función social al ejercer sobre ella cierta productividad, creando así, no solo beneficios individuales de valor sino también, beneficios en provecho de la sociedad. Así, se ha dicho que “(...) *el sistema legal solo puede justificar la existencia de este derecho [propiedad] en cuanto se realice un adecuado aprovechamiento y explotación del bien para el logro del bienestar colectivo. (...) La usucapión constituye un mecanismo que en forma indirecta obliga a que los bienes sean puestos en movimiento, produzcan y circulen para beneficio general*”³⁰.

La doctrina señala que se debe hacer cumplir la función social de la propiedad, la cual no está centrada solo en la satisfacción de intereses individuales, como vendría a ser los atributos de la misma propiedad (*ius utendi, ius fruendi, ius abutendi, ius reivindicandi*), sino también, que termine favoreciendo a los intereses de toda la sociedad, dándole un uso valioso que conlleve el crecimiento socioeconómico del país. Así –señala Ángel López y López³¹– la propiedad no solo comporta facultades como derecho subjetivo, sino que a este se añaden, aún sin desvirtuar el núcleo de utilidad individual, deberes sociales: se tiene un poder propio del interés del titular, pero al mismo tiempo, el ejercicio del derecho ha de ser encaminado a la satisfacción de intereses de la colectividad.

V. EL INCENTIVO PERVERSO DE LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA

Gracias a una iniciativa del Ejecutivo, se presentó el **Proyecto de Ley N° 2412/2007-PE**³², cuya Exposición de Motivos señalaba que:

30 GONZALES BARRÓN, Gunther, *La Usucapión. Fundamentos de la Prescripción Adquisitiva de Dominio*, 3º ed., Lima: Jurista Editores, 2015, p. 63.

31 Citado por KRESALJA, Baldo y Cesar OCHOA, *Derecho Constitucional Económico*, Lima: Fondo Editorial PUCP, 2009, p. 261.

32 Con fecha 19 de mayo de 2008, gracias al artículo 107º de la Constitución que permite iniciativa legislativa al Ejecutivo, se presentó el Proyecto Ley donde se disponía que el

“La prescripción adquisitiva por la vía notarial por su corta duración y flexibilidad ha tenido gran acogida como mecanismo de saneamiento y titulación de edificaciones sujetas a régimen de propiedad exclusiva y común; así como de terrenos urbanos. Sin embargo, también ha generado un incentivo perverso ya que ha ocasionado ocupación de extensas áreas de titularidad del Estado o de entidades públicas, las mismas que han sido prescritas mediante procedimiento de prescripción adquisitiva notarial los cuales en muchos casos son cuestionables, generando de este modo gran perjuicio económico para el Estado. Hoy en día, uno de los recursos más valiosos para el desarrollo económico del país se encuentra en los terrenos estatales, sean estos de dominio público o de dominio privado del Estado. (...)En tal sentido, con el objeto de implementar un mecanismo de defensa integral de los terrenos estatales, es necesario que se establezca una ficción jurídica considerando al Estado como poseedor de todos los terrenos de su propiedad, en los que no se hayan ejercido acto posesorio por terceros (...) La propuesta normativa desincentivará las invasiones en terrenos del Estado y permitirá que el Estado pueda ejercer una efectiva defensa de sus bienes”³³(subrayado nuestro). Posteriormente, con fecha 13 de octubre de 2010, el Texto Sustitutorio de la Comisión de Vivienda y Construcción modificó lo que vendría a terminar siendo la actual Ley N° 29618.

Ahora, este incentivo perverso también se puede apreciar en el discurso del Presidente de la Comisión de Vivienda³⁴ quien señaló:

Estado entre en posesión de los inmuebles que no sean de titularidad de terceros y, además, se duplicaba a 20 años el plazo de posesión para la usucapión de terrenos de propiedad estatal; documento que contó con las firmas del presidente de ese entonces, Alan García Pérez, y del Presidente del Consejo de Ministros, Jorge del Castillo Gálvez. En nuestra opinión, este aumento de 10 a 20 años para que se pueda adquirir por prescripción adquisitiva los bienes estatales, consagra la ineficiencia de la que puede ser parte los funcionarios del Estado en la defensa de sus propios bienes. Aumentar la prescripción es como si se dijese, aumentaré la pena para que el infractor ya no incumpla las leyes, es decir, se plantea aumentar a 20 años cuando un particular se instala en tierras del Estado, como si un aumento fuera evitar que se invadan terrenos del Estado, lo mismo que el aumento de una pena fuese evitar que no se cometan más delitos.

33 Se debe acotar aquí que, no necesariamente, la posesión de terrenos por parte del Estado generará un desarrollo económico. Si una medición del desarrollo es la inversión de un país, esta dependerá del país que pueda explotarla adecuadamente, entonces, se podría llegar a un crecimiento económico pero no a un desarrollo.

34 Alfredo Cenzano Sierralta (Partido Aprista Peruano), en: *Diario de los Debates*, Segunda Legislatura Ordinaria de 2009, 8ª sesión, 5 de mayo de 2010, p. 9.

“(…) cuando el Estado ejercita la defensa de sus bienes, el órgano judicial le exige la posesión efectiva. Por ejemplo, para poder accionar el delito de usurpación, regulado en el artículo 202° del Código Penal, se le exige al Estado no solo la propiedad, sino la posesión efectiva de los terrenos, lo cual resulta materialmente imposible no solo por la vasta extensión territorial, sino también por el costo que ello significa: cercar, construir, poner seguridad, entre otros. Según información proporcionada por la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales, grandes extensiones de propiedad del Estado se encuentran posesionadas por terceros con fines inescrupulosos –invasiones, tráfico de tierras–, lo cual no obedece a una necesidad de vivienda de la población, sino más bien al accionar de mafias organizadas en el tráfico de tierras, las que se valen del procedimiento de la prescripción adquisitiva para causar perjuicios al Estado”³⁵. En conclusión, no solo el Legislativo crea incentivos perversos, sino también, el Ejecutivo.

VI. APROBACIÓN DE LA LEY N° 29618. CRÍTICA

Pese a todo lo dicho anteriormente, si en un inicio se trató a los bienes de dominio privado como pasibles de ser adquirido por prescripción adquisitiva³⁶, es con la dación de la **Ley N° 29618**, *Ley que establece la presunción de que el Estado es poseedor de los inmuebles de su propiedad y declara imprescriptibles los bienes inmuebles de dominio priva-*

35 Cabe agregar una frase aquí: *“() existen verdaderas comunidades campesinas, pero también comunidades artificiales, que tienen 200 mil hectáreas en el papel pero solo utilizan agrícolamente 10 mil hectáreas y las otras son propiedad ociosa, de ‘mano muerta’, mientras sus habitantes viven en la extrema pobreza y esperando que el Estado les lleve toda la ayuda en vez de poner en valor sus cerros y tierras, alquilándolas ()”*. Sin tratar de abarcar las comunidades campesinas y/o nativas, ya que no es materia de este trabajo, la frase antedicha se podría tomar como una intervención neoliberal en el Perú, dicha por el presidente de ese entonces Alán García Pérez en su artículo “El síndrome del perro del hortelano” publicada en el diario El Comercio el 28 de octubre de 2007. Si bien este artículo se podría entender como un no desperdicio del terreno en manos de un particular (campesino o indígena), consideramos este artículo como una “perrada”, es decir, una acción villana con afán de intervenir en las decisiones de grupos minoritarios, y que posteriormente haya desencadenado lo que se llama actualmente “el bazuco”. Esto no es lo que se quiere buscar respecto a la función económica y social del bien, ya que no cumpliría los fines mismos para con la sociedad.

36 Así lo confirman los fallos emitidos de la Corte Suprema, v.g., Cas. N° 3317-2007-Tumbes (24 de julio de 2008), Cas. N° 1157-2002-Lambayeque (19 de mayo de 2004), entre otros.

do estatal, publicada en el Diario El Peruano el **24 de noviembre de 2010**, que se establece:

“Artículo 1º.- Se presume que el Estado es poseedor de todos los inmuebles de su propiedad.

Artículo 2º.- Declárese la imprescriptibilidad de los bienes inmuebles de dominio privado estatal”³⁷.

Se puede observar que el articulado primero pretende hacer una presunción absoluta respecto de los bienes inmuebles del Estado, es decir, que en caso de encontrarse frente a predios que no estén ocupados o inscritos en los Registros, se presumirá *iure et de iure* que éstos pertenecen al Estado. Además, si en un principio era susceptible de prescripción adquisitiva cualquier inmueble a poseerse, este artículo buscaría cortar esa susceptibilidad y declarar poseedor de todo inmueble al propio Estado.

Esto no resulta extraño sabiendo que existen normas que trasladan o trasmutan los bienes de lo privado a lo público³⁸. Estos pueden convertirse parte del Estado por el mérito propio de lo conferido por Ley o una entidad pública, con la debida formalidad del caso.

Pero lo dicho líneas arriba, ¿podría ser atribuible a los artículos de la Ley N° 29618? Pensamos que no.

Un primer hecho es que las presunciones *iure et de iure*³⁹ son las que tienen consistencia en sí misma, donde no merece el mayor cuestionamiento del juez. Por eso, concuerdo con la Dra. Ledesma al afirmar que *“las presunciones juris et de jure tienen tal consistencia que más que pruebas parecen declaraciones o reglas positivas del derecho (...) La disposición legal no vale en este caso como prueba, sino como mandato, que el juez ha de acatar teniendo por verdad lo que la ley presupone”⁴⁰.*

37 Cabe observar que la presente Ley no es de aplicación en predios de comunidades campesinas y nativas, según su Única Disposición Complementaria Final.

38 Por ejemplo, el inciso 4 del artículo 968º del Código Civil que señala: *“La propiedad se extingue por: () 4. Abandono del bien durante veinte años, en cuyo caso pasa el predio al dominio del Estado”.*

39 **“Artículo 278º del Código Procesal Civil.- Presunción legal absoluta**
Cuando la ley califica una presunción con carácter absoluto no cabe prueba en contrario. El beneficiario de tal presunción sólo ha de acreditar la realidad del hecho que a ella le sirve de base”.

40 LEDESMA NARVÁEZ, Marianella, *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo*, Lima: Gaceta Jurídica, 2008, p. 976.

En nuestro caso, ¿se podría decir que el artículo 1º de la Ley N° 29618 es una regla positiva del derecho?

Cabría citar aquí a Bonnier al mencionar, respecto a las presunciones legales, que *“la necesidad de seguridad y de calma para una multitud de intereses preciosos, obligan al legislador a tener por verdaderos gran número de puntos que no están demostrados, pero cuya existencia se halla probada por una inducción más o menos poderosa (...) La aptitud para ejercer ciertos derechos, para llenar ciertas funciones, solo se reconoce por medio de ciertas condiciones, determinadas a priori, siendo, evidentemente impracticable una comprobación respecto de cada individuo. Cuando más se complican las relaciones sociales, más necesario llega a ser multiplicar estas presunciones”*⁴¹. Y, en nuestro caso, ha sucedido lo afirmado por Bonnier, el legislador ha encontrado complicaciones sobre el problema que merecería que las personas sigan adquiriendo por prescripción adquisitiva sus bienes de dominio privado, y para no seguir pensando en tales conflictos, la solución más fácil de limpiarse las manos ha sido presumir que todos los bienes inmuebles del Estado son de su propiedad. Sonaría redundante lo estipulado en este artículo pero lo que se desprende de la norma es que todos las personas sepan que el Estado está en posesión activa de los bienes de dominio público como privado, así que no valdría la pena que una persona quiera entrar al inmueble para adquirirla por usucapión ya que la estaría poseyendo el propio Estado de forma exclusiva. Solo hubiese faltado a ese artículo la cereza del pastel: *“Se presume que el Estado es poseedor de todos los inmuebles de su propiedad, sin admitir prueba en contrario”* ¿No les parece?

Además, *“lo más importante respecto de los derechos de propiedad – señala Cooter– no es preguntarse quién los posee, sino más bien considerar que deben ser protegidos y susceptibles de transferencia”*⁴². En nuestro caso, el propio Estado Peruano se ha preocupado por informar *erga omnes* quién debe ser el poseedor de su propiedad, sin darle un valor más allá de lo que el mismo puede ofrecer. Por ello, agrega que *“no es relevante determinar quién sea propietario de la tierra ahora sino sólo asegurar que los mecanismos del mercado sean adecuados para que quien termine*

41 Extraído de LEDESMA NARVÁEZ, Marianella, *Óp. Cit.*, p. 977.

42 COOTER, Robert D., “Análisis Económico del Derecho de Propiedad”, en: *Themis. Revista de Derecho*, N° 48, Pontificia Universidad Católica del Perú: Lima, p. 264.

teniendo la tierra sea quien la utilice más productivamente, dado que es lo más conveniente para la sociedad y beneficia la riqueza de una nación"⁴³. No es más que una pretensión política en saber quién es el propietario, decir yo soy el propietario y luego mantener los bienes olvidados, contradice las transacciones económicas a las que debe someterse la propiedad, igual como ocurre con los privados.

Por otro lado, como se sabe, la posesión implica un ejercicio de hecho⁴⁴, pero el artículo 1º de la Ley presume que el Estado es poseedor de todos los inmuebles de su propiedad ¿Cómo podríamos presumir un hecho que desnaturaliza la propia esencia de la posesión? Un hecho no es algo abstracto sino concreto. Podría plantearse aquí una contradicción entre dos dispositivos legales, donde una parte de un Decreto Legislativo y la otra de una Ley. El propio Legislativo ha creado una ficción jurídica que contraviene al propio contenido de otras normas de igual jerarquía.

Con respecto al segundo artículo de la misma Ley N° 29618, cabría aplicar aquí el llamado bloque de constitucionalidad⁴⁵, es decir, que el mandato contenido en el artículo 73º de la Carta Fundamental no debe ser interpretado de forma aislada, sino más bien, en armonía con las demás normas legales que desarrollan su contenido, en nuestro caso, el artículo segundo que prohíbe la prescripción adquisitiva de los bienes inmuebles.

Si el artículo de la Ley N° 29618 declara imprescriptible los bienes estatales de dominio privado ¿qué se podrá entender respecto al artículo 73º de la Constitución? Como lo ha señalado, los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles. Si la norma declara que los bienes de dominio privado con imprescriptibles, sabiendo que en sí misma ya gozan de la inalienabilidad ¿Acaso no sería necesario para esto, que la propia Constitución la señalase? Tendría que verse algo así: "**Los bienes estatales son inalienables e imprescriptibles. Los bienes de uso público y de dominio privado pueden ser concedidos a**

43 *Ídem*, pp. 264-265.

44 "**Artículo 896º del Código Civil.**- La posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad".

45 Entiéndase a esta como un "*conjunto de normas que, sometidas a la Constitución, se integran al parámetro de control constitucional*". Extraído de: CARPIO MARCOS, Edgar, "Normas interpuestas en la acción de inconstitucionalidad (El caso peruano)", en: AA.VV., *Instrumentos de tutela y justicia constitucional*, México: UNAM, 2002, p. 32.

particulares conforme a ley, para su aprovechamiento económico"⁴⁶. ¿Acaso el propio Tribunal no ha dejado en claro que existe una distinción entre bienes del propio Estado? ¿Acaso La Ley y el Reglamento de la propia Superintendencia de Bienes Estatales no diferencian claramente ambos bienes del Estado?

Y si alguien levantase la mano, y dijese: ¿pero declarar la imprescriptibilidad ayudaría a evitar el tráfico de terrenos del Estado así como impediría las invasiones de tierras?, se tendría que responder: Si bien tu pregunta ya desvirtuó el contenido de la prescripción adquisitiva, cabría señalar que declarar imprescriptibles los bienes privados estatales no es la panacea que ha venido a salvar al Perú, ya que mediante el ingreso de títulos supletorios se podría seguir con el tráfico de terrenos, alegando que el bien se adquirió por compraventa de una persona que en su momento era propietario de ese bien. El problema de tráfico de terrenos no debería suceder ya que generalmente estas personas nunca se mantienen en el bien, es decir, no están en la posesión de forma "continua", por lo que si un juez analizara bien el caso, se daría cuenta que ese traficante de terrenos estaría incumpliendo algún supuesto de la usucapión, lo que debería ser advertido oportunamente por el juez. Ante la deficiencia del Poder Judicial, el Poder Legislativo no puede estar sacando leyes como la comentada para tratar de evitar ese tipo de casos, ya que más bien parecen estar dando "manotazos de ahogado" ante un sistema judicial tan ineficiente.

En otras palabras, si alguien quisiera traficar con bienes del estado lo haría sin importar la norma vigente, ya que se puede dar el supuesto en el cual el traficante pretenda ingresar a un determinado bien del estado de dominio privado, alegando haberlo adquirido hace mucho tiempo de otro privado, ante lo cual fácilmente podría presentar contratos adulterados lo cual se serviría para acogerse a la figura del art. 2018° del Código Civil, en el cual se establece que una forma de ingresar al registro es mediante la figura del título supleto-

46 De manera similar, Puertas Figallo señala que "*la interpretación de la existencia de una regla constitucional general que indica que los bienes son prescriptibles, alienables y embargables, tienen más sustento teórico y doctrinario que negar la existencia de esta regla general*" (PUERTAS FIGALLO, Juan Carlos, "Comentarios sobre la prescripción de los bienes estatales. A propósito de la Ley N° 29618", en: *Revista Jurídica del Perú*, Tomo 128, Lima, 2011, p. 127).

rio, para lo cual únicamente se necesitan dos cosas: primero, que el predio no se encuentre inscrito en los registros públicos; segundo, la deficiencia de medios probatorios que acrediten tu propiedad; tercero –y más importante– la posesión del mismo bien por 5 años como mínimo, es decir, mediante esta figura aún se podría traficar bienes, más aún, si se tiene en cuenta que se puede tramitar por la vía notarial, y como sabemos algunos notarios tienen conductas reprochables, lo cual facilitaría toda esta artimaña o *iter criminis*, para el caso.

Por eso no creemos que la solución ante este tipo de problemas (tráfico, etc.) haya sido la promulgación de la Ley N° 29618, para el caso, cabría recordar además la mafia de Rodolfo Orellana que salió a la luz recién en el 2014, años después de promulgada la Ley en cuestión, es decir, si con la Ley N° 29618 se ha querido desalentar el tráfico de terrenos, en la práctica no se ha conseguido aquello⁴⁷.

Hay que señalar que, respecto a los bienes de dominio privado, se ha argumentado que: “Admitir su prescripción es aceptar su detrimento del patrimonio estatal, en perjuicio de toda la sociedad, dado que se contará con un instrumento menos para lograr la realización de los llamados derechos sociales y económicos protegidos también por nuestra Constitución al igual que el derecho de propiedad. Los fines de los predios del Estado no están orientados a simples intereses particulares, sino a los intereses de toda una sociedad, de toda una Nación”⁴⁸ (subrayado nuestro).

47 Ahora bien, sin perjuicio de lo dicho, sería interesante saber estadísticamente cuantos bienes de dominio privado están abandonados hasta la fecha, sin que cumplan su finalidad económica y social. Está de más decir que sería un trabajo más exhaustivo, por lo que se dejará al lector esa tarea, si es de su agrado.

48 CÁRDENAS VILLACORTA, Santiago Rafael, “Ensayo sobre la imprescriptibilidad de los predios de dominio privado del Estado”, en: *Actualidad Civil*, N° 12, Lima: Instituto Pacífico, 2015, pp. 148-159. Asimismo, respecto a la cita del autor se ha mencionado que “lo señalado tiene coherencia en nuestro ordenamiento jurídico, dado que él mismo no reconoce la posibilidad normal de enajenación respecto de los predios privados del Estado, tal posibilidad no es regulada íntegramente por el Código Civil, ya que lo es básicamente por normas especiales, esto es, por la Ley N° 29151, Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales, su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 007-2008-VVIENDA (arts. 74-80, incluido el destino de la compra venta), y demás normas complementarias, siendo que el Código Civil solo se aplica de manera supletoria. Por lo tanto, sostenemos la constitucionalidad de la Ley 29618” (JARA PALOMINO, Bryan Alberto, *Perspectiva doctrinaria y legal de los bienes de dominio público. Incidencias en la práctica*, Material inédito próximo a publicarse). Respecto a esto, cabe mencionar que no estamos de acuerdo en creer que por el solo hecho de prescribir un bien público se

Por último, por qué se debería diferenciar el bien privado estatal del bien privado de cualquier persona si tienen la misma naturaleza, esto es, donde sus titulares ejercen el derecho de propiedad con todos sus atributos, con reglas sujetas a la propiedad privada, es decir, el Estado debe actuar como si fuese un privado cualquiera, tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional, debe haber igualdad de condiciones entre el Estado y los particulares.

VII. ¿BIEN PRIVADO ESTATAL VS. PROPIEDAD PRIVADA?

¿Es factible que el Estado se atribuya una situación jurídica distinta, respecto de sus bienes de dominio privado, a los bienes de cualquier particular? La respuesta es negativa. Esta desigualdad que operaría entre el Estado y los particulares, vulneraría la propia Constitución, ya que esta misma en su artículo 73^o ha señalado qué bienes del Estado tienen el carácter de inalienable, dejando entrever de manera implícita que existen bienes del Estado que podrían ser susceptibles de inalienabilidad.

Es por ello que la Ley N^o 29618 desnaturaliza o pongámoslo así, crea una situación de desigualdad entre el Estado y el particular, creando el primero una situación abusiva de su *ius imperium*, desvirtuando así el sentido de la Economía Social de Mercado y del desarrollo económico en que se orienta nuestro país, conforme a sus normas constitucionales⁴⁹.

estaría creando un detrimento a la sociedad. La pregunta es simple, ¿ese detrimento es potencial o es fáctico? ¿Qué detrimento existe cuando se le quita una porción de tierra a alguien que no lo usa? Es más, que ningún privado lo está usando, y que por el contrario se cree que en algún momento será usado, siempre hablando de supuestos netamente teóricos que no tienen ninguna relevancia práctica. ¿Acaso ese bien no debería pertenecer a quien en un momento real le esté dando un destino económico eficiente? En este caso, el privado está en mejor posición de darle un uso eficiente a determinado bien, ya que si no fuera así, este jamás hubiera tenido interés en tratar de prescribirlo.

49 **“Artículo 58.-** La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura. **Artículo 59.-** El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades. **Artículo**

VIII. VISIÓN ACTUAL DE LA LEY

Si damos como constitucional la Ley –o lo presumimos–, tendríamos que manifestarnos respecto al momento en que ocurre la declaración de la prescripción adquisitiva de dominio en el bien de dominio privado estatal, es decir, se debe saber el momento en que se cumple el plazo⁵⁰, lo cual podría ocurrir tres casos:

1) Prescripción ocurrida y concluida antes de entrada en vigencia de la Ley; aquí los poseedores adquieren el bien por prescripción de manera automática según art. 950^o y ss. del Código Civil⁵¹. Aquí la decisión no debería plantear mayor problema. Aún más, en el caso que nunca hubiera demandado judicialmente la prescripción y lo quiera hacer después de la dación de la Ley⁵².

60.- El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal”.

- 50 El artículo 109° de la Constitución Política establece que “La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte”. Debe observarse que “la publicación determina la eficacia, vigencia y obligatoriedad de la norma, pero no su constitución, pues esta tiene lugar con la sanción del órgano que ejerce potestades legislativas” (STC recaída en el Exp. N° 0017-2005-PI/TC). La Ley N° 29618 se publicó en El Peruano el 24 de noviembre de 2010, por ende, **los efectos nacen desde el 25 de noviembre de 2010.**
- 51 Así lo ha señalado el Tribunal Registral en la Resolución N° 003-2012-SUNARP-TR-T, posteriormente tomado como precedente de observancia obligatoria según Resolución N° 046-2012-SUNARP/PT, donde se dispuso la anotación preventiva de petición de declaración notarial de prescripción adquisitiva, cuyo titular registral era la Municipalidad Provincial de Trujillo; aunque la decisión se amparaba más en el aspecto no calificable registralmente en asuntos de competencia notarial.
- 52 En ese sentido, estamos de acuerdo con Pasco Arauco sobre este punto al señalar que “() el hecho de que en el primer caso se haya obtenido una sentencia antes de que entre en vigencia la Ley y en el segundo no, resulta irrelevante. La prescripción opera ipso iure; la sentencia es meramente declarativa (art. 952 CC), en tanto reconoce una situación ya generada, ya ganada. La sentencia que declara la prescripción es útil para que el prescribiente pueda inscribir el derecho a su favor, pero no es el elemento determinante para considerar adquirida la propiedad. Así ha sido reconocido como doctrina jurisprudencial vinculante en el numeral 5.6 de la Sentencia del IV Pleno Casatorio Civil: si en el proceso de desalojo el demandado alega haber adquirido el bien por usucapión, el Juez deberá valorar las pruebas aportadas, y en caso haya surgido en él la convicción sobre la prescripción invocada (aun sin sentencia), desestimaré la demanda de desalojo.

2) Prescripción ocurrida antes de la dación de la Ley cuyo plazo estaba por completarse luego de emitida la Ley; aquí se debería aplicar la Ley de forma inmediata cortando el plazo acumulado de prescripción, ya que para nosotros, esto no provocaría que los efectos de la Ley N° 29618 sean retroactivos⁵³.

Pero, también, ¿acaso esto no conlleva problemas en los casos de prescripción adquisitiva contra terrenos del Estado, los cuales ya estaban en posesión de terceros? ¿Un notario podría acaso hacer un trámite de prescripción adquisitiva de dominio desde la dación de la Ley N° 29618, aún si el tercero haya adquirido el derecho de prescripción? Como bien se sabe el Caso Consorcio Requena⁵⁴ ha dejado como precedente vinculante que los órganos y tribunales administrativos no puedan ejercer control difuso, ya que ello llevaría a quebrar el equilibrio de la democracia y el constitucionalismo puesto que no se posee legitimidad directa ni expresa para hacer ineficaces normas jurídicas vigentes. En otras palabras, el notario y el Tribunal no tendrían competencia para aplicar un control constitucional difuso.

3) Prescripción después de entrada en vigencia de la Ley; aquí es fácil verse que las normas se aplican de forma inmediata e irretroactiva⁵⁵, por ende, no se podría adquirir la propiedad desde el 25 de noviembre de 2010.

Es decir, aun sin sentencia que la declare, la prescripción debidamente acreditada genera efectos" (PASCO ARAUCO, Alan, "Prescripción contra el Estado en el Pleno Jurisdiccional 2016", en: *La Ley. El ángulo legal de la noticia*, subida el 6 de octubre de 2016, disponible en: <laley.pe>).

53 Por ende, compartimos la posición de Pasco al decir que "() *No es que el poseedor con 9 años en el bien tenga un mejor derecho que el poseedor con 1 año en el predio: ambos no han cumplido con el plazo legal, por lo que ambos mantienen su condición de meros poseedores. Antes de cumplir los 10 años no existe una adquisición de propiedad por prescripción, ni para uno ni para otro. Por ello, si –como en el caso recién planteado– la Ley entró en vigencia cuando el poseedor aún no había cumplido en su integridad con el plazo prescriptorio, el bien se vuelve imprescriptible y la demanda debe ser desestimada*" (PASCO ARAUCO, Alan, *Ibidem*).

54 STC recaída en el Exp. N° 04293-2012-PA/TC (18 de marzo de 2014).

55 "**Artículo 103 de la Constitución.**- Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo ()".

En nuestra opinión, se debe inferir que una norma legal no puede ir contra la propia Constitución. Por ello, es clara la inconstitucionalidad de la norma, tal es así que mediante **Exp. N° 0014-2015-PI/TC**, de fecha 13 de agosto de 2015, el Tribunal Constitucional ha resuelto admitir a trámite, mediante auto, la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N° 29618 interpuesta por el Colegio de Notarios de San Martín, cuyo argumento esgrimido sostiene que la ley impugnada excluye a los bienes del Estado de dominio privado de la posibilidad de adquirirlos mediante la usucapión, creando una situación de privilegio estatal, así como impide ejercer el derecho de propiedad de tales bienes en armonía con el bien común; y cuya resolución del Tribunal está pendiente hasta la fecha⁵⁶. Esperamos que el TC resuelva a favor de la usucapión.

IX. A MANERA DE COLOFÓN

Se ha dejado notar en el presente trabajo, que el Estado debe actuar como un privado cualquiera. Con la dación de la Ley N° 29618, y su posterior demanda de inconstitucionalidad en el año 2015, se intentará ver que la supuesta ley solo ha desnaturalizado esa posición, asimismo, con el Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil realizado recientemente, se está buscando darle un sentido más jurídico al asunto, y no más político.

Se le ha quitado la función económica de la propiedad a sus propios bienes, y el propio Estado se ha atribuido facultades que en la práctica son irrealizables, puesto que es el mismo Estado quien no aprovecha sus propios recursos dejándolos al abandono. En cambio, si esos bienes de propiedad privada pudieran ser adquiridos por el propio particular, estas cumplirían el fin de la propia prescripción adquisitiva: darle valor económico al inmueble, incentivando así el tráfico jurídico y generando beneficios en provecho de la sociedad.

56 Tal como lo ha afirmado el Dr. Mejorada: *“La utilidad del sistema legal radica en que las normas y principios que lo integran deben guardar coherencia interna y fundamentalmente producir un impacto positivo en la realidad. La coherencia lógica produce un ordenamiento predecible que es la base para una sociedad pacífica, ordenada y desarrollada. Si las reglas son absurdas el impacto es negativo, pero también lo es si el sistema multiplica instituciones sin fundamento, o utiliza el mismo concepto para resolver situaciones que no tienen vinculación entre sí”* (MEJORADA CHAUCA, Martín, “Partes Integrantes de la Propiedad Predial: A propósito de la extensión de la hipoteca”, en: *Cathedra. Espiritu del Derecho*, Revista de los estudiantes de Derecho de la UNMSM, Año VII, N° 11, Lima: Grijley, p. 32).

De esta manera, se podría hablar de una seguridad jurídica y de la consolidación del derecho de propiedad. Por eso, nosotros creemos que debería persistir la prescripción adquisitiva de dominio en los casos señalados *supra*.

Sucede que muchas veces se cree erróneamente que la propiedad pública es la que mejor se explota, sin embargo, ello no es así. Para poder explicarlo de una mejor manera nos remitiremos al clásico ejemplo de la tragedia de los comunes la cual trata de la propiedad común de un determinado terreno de pastoreo, un determinado pueblo ganadero tenían a su alcance una zona en la cual podían pastear a su ganado, dicha zona era rica en hiervas que servían de alimento a su ganado ante lo cual, los pobladores lo explotan sin limitación alguna ya que dicha tierra era de propiedad común, cada vez eran más los pobladores que llevaban sus ovejas, ello a razón de que ellos no asumían ningún costo de su actividad, es decir, no había que pagar por alimentar a sus ovejas, lo cual incentivaba aún más a los pobladores a tener más animales, pero ello aparentemente bueno, resulto ser un problema a largo plazo, debido a que, al uso desmesurado que cada vez más realizaban dicha porción de tierra se fue agotando, llegado a un punto en el cual dicha tierra fue erizada, por lo tanto, se convirtió en una tierra infértil todo ello provocado por los propios pobladores que terminaron destruyendo dicho lugar justamente por no asumir ningún tipo de costos.

Del ejemplo anterior nos hacemos la siguiente pregunta ¿Qué hubiese pasado si dicha porción de tierra fuera de un hubiese sido asignada a cierto número de pobladores? Mediante dicha asignación, estos hubiesen asumido los costos de explotar dicho terreno, lo cual lógicamente hubiese procurado mayor cuidado de la tierra. Eso es justamente lo que sucede con el privado que pretende usucapir, este asume costos que internaliza, lo cual lleva al cuidado del bien, tratando siempre de darle el mayor uso eficiente posible. Sumado a ello, la prescripción mediante la posesión fue un modo natural y eficiente de asignar recursos a quien estuvo en una mejor condición de darle un uso eficiente.

La prescripción adquisitiva como un modo originario y natural de asignación de recursos, debido a que la primera forma de asignación de recursos fue mediante la posesión, es decir, si alguien necesitaba algo, era justamente porque lo necesitaba y en consecuencia

estaría en mejor posición para darle un mejor uso que cualquier otra persona que no tenga interés en determinado bien. Para un mayor entendimiento lo llevaremos al siguiente ejemplo: sucede que en el mercado existen dos personas: la primera A, quien es albañil y el otro es B, un agricultor, y tenemos frente a ellos dos tipos de terrenos, uno apto para la construcción y otro apto para la siembra a lo cual nos hacemos la siguiente pregunta: ¿si ambos tuvieran que comprar un terreno cual crees que comprarían? En este caso la respuesta es obvia, cada uno elegirá el bien que satisfaga de modo eficiente sus necesidades, lo cual conducirá a un mejor uso de los bienes, orientados siempre hacia la eficiencia. Lo mismo sucede en el caso de la posesión, aquellas personas que tengan un interés sobre un determinado bien es generalmente porque pueden darle un mejor destino económico que aquellas a quienes no les interesa; por lo tanto, si el privado ve un provecho en tierras que el estado no usa ni aprovecha, porque negársele a este el uso de las mismas. Justamente por ello creemos, que solo quienes estén interesados en un determinado bien podrán darle un uso eficiente, motivo por el cual creemos que el privado pueden prescribir los bienes de dominio privado del Estado.

Ahora bien, para concluir, seguro algunos detractores que se basan siempre en supuestos nada concretos harán la siguiente pregunta: ¿Qué sucede si más adelante, el bien de dominio privado que el particular adquirió por usucapión, sea necesario para cumplir un fin de necesidad pública? Ante ello, seguro dirán que el solo hecho de que el Estado pierda su propio bien privado (el cual lo ha tenido abandonado por años) les causa un perjuicio al propio Estado y a las personas que requieren ese predio. Pero, tranquilos, no hay que alarmarse ni hacerse problema en ello; solo diremos que cuando eso suceda (por ejemplo, se quiera construir un colegio, un hospital, etc.), el Estado Peruano fácilmente podrá recurrir a una figura reconocida en su propia Constitución –y a la cual ha afectado exclusivamente a nosotros, los particulares–, esto es, la expropiación, consagrada en el art. 70° de la Constitución, que –dicho sea de paso– sucedería muy pocas veces.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS:

- BERGER, Peter L. y Thomas LUCKMANN, *La Construcción Social de la Realidad*, trad. por Silvia Zuleta, Buenos Aires: Amorrortu Editores, 2001.

- BIONDI, Biondo, *Los Bienes*, trad. Antonio de la Esperanza Martínez-Radio, Barcelona: Bosch, 1961, p. 33.
- BERNALES BALLESTEROS, Enrique, *La Constitución de 1993. Veinte Años Después*, 5º ed., Lima: Idemsa, 1999.
- JIMÉNEZ MURILLO, Roberto, "Los Bienes Inmuebles de Dominio Privado", en: *Gestión Pública y Desarrollo*, 2009.
- GONZALES BARRÓN, Gunther, *La Usucapión. Fundamentos de la Prescripción Adquisitiva de Dominio*, 3º ed., Lima: Jurista Editores, 2015.
- KRESALJA, Baldo y César OCHOA, *Derecho Constitucional Económico*, Lima: Fondo Editorial PUCP, 2009.
- Alfredo Cenzano Sierralta (Partido Aprista Peruano), en: *Diario de los Debates*, Segunda Legislatura Ordinaria de 2009, 8º sesión, 5 de mayo de 2010.
- LEDESMA NARVÁEZ, Marianella, *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo*, Lima: Gaceta Jurídica, 2008.
- COOTER, Robert D., "Análisis Económico del Derecho de Propiedad", en: *Themis. Revista de Derecho*, N° 48, Pontificia Universidad Católica del Perú: Lima.
- CÁRDENAS VILLACORTA, Santiago Rafael, "Ensayo sobre la imprescriptibilidad de los predios de dominio privado del Estado", en: *Actualidad Civil*, N° 12, Lima: Instituto Pacífico, 2015.

JURISPRUDENCIA:

- Exp. N°s 03258-2010-AA/TC, 00864-2009-AA/TC, 0008-2003-AI/TC, 00043-2007-AA/TC, 3773-2004-AA/TC, 0030-2004-AI/TC, 0048-2004-AI/TC, 0016-2012-AI/TC, 00031-2004-AI/TC, 00834-2010-AA/TC, 7060-2006-PA/TC, 5567-2006-AA/TC, 00018-2007-PI/TC, 3347-2009-PA/TC, 665-2007-AA/TC, 04966-2008-PA/TC

LEGISLACIÓN:

- Ley N° 29151, *Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales*.
- Código Civil Peruano.
- Constitución Política del Perú

ARTÍCULOS:

- PUERTAS FIGALLO, Juan Carlos, “Comentarios sobre la prescripción de los bienes estatales. A propósito de la Ley N° 29618”, en: *Revista Jurídica del Perú*, Tomo 128, Lima, 2011.
- HUAPAYA TAPIA, Ramón, “El régimen constitucional y legal de los recursos naturales en el ordenamiento jurídico peruano”, en: *Revista de Derecho Administrativo*, N° 14, CDA: Lima, 2014.
- COOTER, Robert D., “Análisis Económico del Derecho de Propiedad”, en: *Themis. Revista de Derecho*, N° 48, Pontificia Universidad Católica del Perú: Lima, p. 265.
- MEJORADA CHAUCA, Martín, “Partes Integrantes de la Propiedad Predial: A propósito de la extensión de la hipoteca”, en: *Cathedra. Espíritu del Derecho*, Revista de los estudiantes de Derecho de la UNMSM, Año VII, N° 11, Lima.

PÁGINAS ELECTRÓNICAS:

- PASCO ARAUCO, Alan, “Prescripción contra el Estado en el Pleno Jurisdiccional 2016”, en: *La Ley. El ángulo legal de la noticia*, subida el 6 de octubre de 2016, disponible en: <laley.pe>).