CENTRO DE INVESTIGACIÓN Y DOCENCIA ECONÓMICAS, A.C.

LA USUCAPIÓN DESDE UN ENFOQUE DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

TESINA

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE

LICENCIADA EN DERECHO

PRESENTA

ARLETTE KATIUSKA ZARZAR LEE

DIRECTORA DE LA TESINA:
DRA. MARÍA SOLANGE MAQUEO RAMÍREZ

CIUDAD DE MÉXICO MAYO, 2019

Agradecimientos

Gracias papás, porque sin ustedes no sería lo que soy. Gracias infinitas por ser mi fuente de inspiración y mi soporte. Gracias por no dudar ni un segundo de mí. Los amo.

Jessica, gracias por enseñarme que la disciplina y la espontaeidad caben en la misma persona. Gracias por siempre hacerme sonreir. Sin duda, me tocó la mejor de las hermanas mayores.

Gracias Johanna, porque a tan corta edad me has enseñado y demostrado lo que implica ser valiente y feliz. Es un orgullo ser tu hermana.

Roberto, gracias por tu apoyo incondicional durante estos 4 años. Gracias por recordarme de lo que soy capaz, por compartir tus pensamientos y tu inteligencia conmigo, por impulsarme a siempre aspirar a más. En fin, gracias por tanto amor.

A mis abuelos Lee Chibli por todo su cariño y por demostrarme que los obstáculos existen para superarse.

A mis abuelos Zarzar Bujdud porque sin su apoyo no hubiera sido posible este logro.

A mis amigas, por acompañarme y escucharme durante estos 4 complejos años.

Gracias a la Dra. María Solange Maqueo por dirigir mi tesina.

Gracias al Notario Rogelio Magaña por confirmar mi gusto por el derecho notarial.

Gracias al Dr. José Antonio Caballero por darme la oportunidad de ser su asistente de investigación.

Índice

Introducción 1

Capítulo I. La prescripción positiva 6
1) La prescripción positiva en los sistemas de derecho civil. 6
2) La prescripción positiva en los sistemas de *common law* 12
3) ¿Cuáles son los fines que el derecho le asigna a la prescripción positiva? 14

Capítulo II. Problema: la prescripción positiva tiene objetivos comunes pero vías diversas en los sistemas federales. 18
1) Enfoque en Estados Unidos y México. 18
2) Regulación y diferencias en la legislación interna de México 19
3) Regulación y diferencias en la legislación interna de la prescripción positiva en Estados Unidos. 28
4)Regulación y diferencias entre sistemas jurídicos 31

Capítulo III. El análisis económico del derecho respecto a la prescripción positiva. 33
1) Diferencias entre sistemas 33
2) Introducción y relevancia del análisis económico del derecho 33
3) Argumentos del análisis económico del derecho de la prescripción positiva 37
4) Conclusión 50

Capítulo IV. AED ¿Qué variables consideramos que tendrían que adoptarse? 53
1) Análisis y crítica de los argumentos del AED. 53
2) Propuesta de legislación eficiente de la prescripción positiva. 56

Capítulo V. Conclusiones. 69

Referencias bibliográficas 72

Introducción

La prescripción positiva es una figura del derecho civil que nació en el derecho romano y posteriormente fue adoptada por las legislaciones modernas. Por su importancia y por el objetivo que busca la prescripción positiva, también conocida como usucapión, existe tanto en los sistemas de *common law* como *civil law*.

Si bien ambos sistemas han adoptado la figura, la legislación existente de la usucapión no es uniforme en los sistemas de *common law y civil law.* Es decir, los elementos que un poseedor debe cumplir para poder usucapir son distintos en el derecho codificado y el *common law.*

La diferencia de la figura no se da únicamente entre sistemas, además, la legislación varía dentro de los mismos. Es decir, dentro de Estados Unidos, los estados han optado por exigir distintos requisitos para usucapir. De igual manera, las entidades federativas en México han optado por regular de manera distinta la figura.

Desde la perspectiva del análisis económico del derecho (AED), el análisis económico sobre la prescripción positiva ha presentado varios argumentos que pretenden justificar la figura. En términos genéricos, la temporalidad que exige la prescripción positiva es considerada eficiente toda vez que

busca el equilibro entre los intereses del poseedor y del propietario.

No obstante, en relación con los otros requisitos de la figura, los doctrinarios han propuesto modificaciones a los requisitos y han adoptado distintas posturas respecto a la aplicación de la prescripción positiva desde una perspectiva de eficiencia. En síntesis, no existe consenso sobre el tratamiento que debe darse a los factores de la prescripción positiva desde un enfoque del análisis económico del derecho.

Una vez dicho lo anterior, resulta pertinente preguntarse las siguientes cuestiones: ¿Cómo está regulada la prescripción positiva en los sistemas de derecho codificado?¿Cómo está regulada la prescripción positiva en los sistemas de *common law*? ¿Cuáles son las principales diferencias entre las regulaciones de la figura de ambos sistemas? ¿Existe uniformidad en la regulación dentro de los propios sistemas? ¿Existe consenso en los argumentos expuestos por el análisis económico del derecho referente a las diferencias de la legislación de la figura? ¿El análisis económico del derecho, bajo herramientas objetivas de análisis, permite legislar la prescripción positiva de manera Pareto eficiente?

Dicho lo anterior la hipótesis de la tesina es que desde el análisis económico del derecho es posible legislar la figura de manera Pareto eficiente. En específico, la propuesta de

eficiencia es que la legislación de la prescripción positiva en México no distinga entre poseedores de buena y mala fe[1].

Metodología

La metodología del trabajo está basada en fuentes documentales, criterios jurisprudenciales y legislación. Además, realizaré un análisis comparado de la prescripción positiva. El marco teórico existente consiste en propuestas de legislación desde un análisis económico del derecho sobre la buena o mala fe del poseedor en la prescripción positiva. Dicho marco teórico es relevante para el presente trabajo ya que expone lo que se ha dicho en consideración a la intención del poseedor desde un análisis de eficiencia. Lo anterior marca un parámetro a partir del cual busco desarrollar la propuesta de legislación. Esta consiste en proponer una legislación Pareto eficiente de la prescripción positiva en cuanto a la intención del poseedor. La relevancia de la propuesta consiste en modificar la legislación de la figura estudiada para que su aplicación sea menos costosa y más benéfica para las partes. Debido a cuestiones de tiempo y espacio, el presente trabajo está enfocado únicamente en los casos de prescripción positiva del derecho real de propiedad y respecto a bienes inmuebles.

[1] Esta propuesta será desarrollada con detalle en el último capítulo de la tesina.

Estructura

A efectos de lo anterior, la tesina está dividida en cuatro capítulos. El primer capítulo tendrá como objetivo describir la figura de la prescripción positiva en el derecho civil, en México. Una vez expuesta la definición de la figura, procederé a exponer sus antecedentes. Posteriormente, procederé a exponer la figura de la prescripción positiva en los sistemas de *common law*. Para concluir con el primer capítulo describiré los los fines que el derecho le asigna a la prescripción positiva como figura.

El segundo capítulo consta de un análisis comparado, en específico, sobre la regulación de la prescripción positiva en los estados de Estados Unidos y los de México. Dado la complejidad de hacer un análisis exhaustivo de la legislación de la figura en todos los estados de Estados Unidos y de conformidad con la documentación revisada, he elegido a tres Estados en específico: Connecticut, Maine y Luisiana. Estos tres estados han sido considerados particularmente relevantes en cuanto al análisis de la prescripción positiva desde un enfoque de análisis económico del derecho. Es decir, no pretendo hacer una revisión exhaustiva de todos los estados, pero sí los estados en los que la doctrina se ha centrado. Por lo que concierne a México, realizaré una tabla comparativa de la legislación de la prescripción positiva en todas las entidades federativas de la República. Por último, expondré la regulación

y las diferencias de la prescripción positiva entre ambos sistemas jurídicos.

El tercer capítulo tendrá como objetivo introducir el análisis económico del derecho: sus antecedentes y los beneficios de su análisis. Posteriormente presentaré los argumentos que el análisis económico del derecho ha expuesto sobre la prescripción positiva. Lo anterior, con la finalidad de demostrar que al igual que en la regulación, tampoco existe consenso con respecto a los argumentos del AED que justifican la prescripción positiva.

Por último, en el cuarto capítulo desarrollaré un análisis así como una crítica a los argumentos expuestos en el capítulo anterior. Esto con la finalidad de plantear la propuesta de legislación eficiente de la prescripción positiva en México.

En síntesis, la tesina busca exponer la legislación de la prescripción positiva en México y Estados Unidos, así como los argumentos que se han presentado por el análisis económico del derecho respecto a la figura. Lo anterior con el objetivo de plantear una propuesta de legislación Pareto eficiente en México.

Capítulo I. La prescripción positiva

1l La prescripción positiva en los sistemas de derecho civil.

El presente capítulo tiene como finalidad exponer el concepto de la figura de la prescripción positiva. Así, la primer parte del capítulo buscará definir la prescripción positiva. La segunda parte abordará los antecedentes de la figura en los sistemas de derecho civil, específicamente en México. Posteriormente, describiré la aplicación de la prescripción positiva en los sistemas de *common law*, así como sus antecedentes. Para concluir, presentaré los fines que el derecho le asigna a la prescripción positiva para justificar su existencia en ambos sistemas.

Antecedentes

En el derecho romano existían varias formas de adquirir la propiedad. Una de ellas era la *mancipatio*, la cual era una forma de enajenar los bienes muebles siempre y cuando se cumplieran ciertas formalidades solemnes[2]. Otra forma de adquirir la propiedad era por medio de la *in iure cesio*, la cual consistía en que el adquirente de la cosa se presentaba frente al magistrado y reivindicaba la cosa[3]. Por último, la *usucapio,* al igual que la *mancipatio y la in iure cesio,* era considerada como una forma

[2]Iglesias, Juan, *Derecho Romano*, 18ª. ed., Madrid, Fundación Juan Iglesias, 2010, p. 189.
[3] Ibidem, p. 191.

de adquirir la propiedad. Concretamente, la *usucapio* se definía en el derecho romano como la adquisición del dominio por la posesión continuada de una cosa durante un cierto tiempo[4]. En el derecho romano, la figura tenía como finalidad convertir en propietario al adquirente de una cosa que no adquiría la titularidad por dos principales razones: la primera como consecuencia de que el enajenante no era titular del derecho que había pretendido transmitir y la segunda en los casos en los cuales no se había cumplido con la forma requerida para llevar a cabo la transacción.

Posteriormente, cuando desaparece la distinción entre adquisiciones formales y no formales, la figura de la *usucapio* permanece con la única finalidad de otorgar la propiedad a aquella persona que adquirió la cosa de quien no era titular del derecho. En otras palabras, se buscaba que la titularidad de los bienes no permaneciera incierta por un largo periodo de tiempo con la finalidad de proteger el interés público.

La *usucapio* era una figura que era utilizada únicamente por los ciudadanos romanos y respecto a cosas susceptibles de propiedad civil. En un primer momento, se definía en las XII Tablas como un medio de adquirir la propiedad de una cosa por la posesión prolongada de la misma, durante un tiempo

[4] Ibidem, p. 195.

determinado[5]. Este texto exigía la posesión durante un año para usucapir bienes muebles y la posesión durante dos años para usucapir bienes inmuebles[6]. Además del requisito temporal, era necesario cumplir con la condición de ausencia de hurto. Es decir, si el bien que se pretendía usucapir era un bien robado, no era posible pretender adquirir la propiedad utilizando la figura de la usucapión[7].

Después de las XII Tablas, el derecho clásico añadió dos requisitos para la procedencia de la usucapión: el primer requisito era considerado objetivo y se refería a la justa causa, el segundo requisito era subjetivo y se refería a la buena fe del poseedor.

Con mayor detalle, el primer requisito consistía en que el poseedor tuviera una justa causa (*iusta causa)* es decir, que existiera una razón por la cual el poseedor se encontrara en tal situación. Se consideraba que el poseedor tenía una justa causa cuando su posesión era el resultado de un regalo o de una herencia. El segundo elemento era la buena fe (*bona fides)* del poseedor. Esta, no hace referencia a la creencia del poseedor de tener derecho a la propiedad, sino, que el propietario se

[5] Montero, César, *"La Usucapión en el Derecho mexicano", Temas de DERECHO CIVIL en homenaje al doctor Jorge Mario Magallón Ibarra*, México, UNAM, 2011, p. 153.
[6] Barber, Ross, *Usucaption and Theft at the time of the Twelve Tables*, Sydney Law Review, 2019, p.163.
[7] Iglesias, Juan, op. cit., p. 195.

comportara honestamente en la toma de posesión del mismo[8]. Además de los dos requisitos ya mencionados, el derecho romano exigía que el bien no fuera robado, aún si el poseedor desconocía el origen del bien[9].

Es relevante mencionar que en un primer momento existían dos instituciones: *usucapio* y *praescriptio longi temporis.* Ambas figuras tenían distintas naturalezas jurídicas y aplicaban a sujetos distintos. La usucapión era aplicable únicamente a los ciudadanos romanos mientras que la *praescriptio longi temporis* podía ser invocada por aquellos no ciudadanos romanos, es decir, los peregrinos. La primera figura era un modo de adquirir la propiedad y la segunda era un medio de defensa que el poseedor de buena fe tenía frente al perturbador de dicha posesión.

Como consecuencia de su distinta naturaleza jurídica y aplicación, la *prescriptio longi temporis* tenía requisitos distintos. Para la correcta aplicación de la *praescriptio longi temporis* era necesario que el poseedor tuviera una justa causa, buena fe y la posesión del bien durante 10 años entre presentes (cuando el propietario y el poseedor habitaban en el mismo

[8] Alvarado, Joaquín, *La Usucapión como modo de adquirir la propiedad en el derecho romano y su influencia en la legislación civil latinoamericana*, Universidad de Carabobo, p. 32.
[9] Anderson, Craig, *Roman Law Essentials*, Edinburgh University Press, 2009, pp. 53-55.

municipio) o 20 años entre ausentes (cuando el propietario y el poseedor habitaban en distintos municipios).

Posteriormente, durante la época de Justiniano, todos los sujetos del imperio romano fueron elevados a la categoría de ciudadanos romanos, por lo que dejó de ser necesario tener dos instituciones distintas.

De esta manera, fue eliminada la distinción entre la *usucapio* y la *praescriptio longi temporis*, con la finalidad de darle nacimiento a una única figura: la usucapión o prescripción ordinaria. Esta figura tenía cuatro requisitos principales: justa causa, buena fe, la posesión prolongada del bien y la temporalidad de la misma.

El primer requisito conocido como la justa causa, hacía referencia a la condición objetiva que de no haber sido por un vicio de fondo, la posesión de aquella persona que pretendía usucapir sería legítima. Ejemplos de justa causa son la *traditio*, cuando el bien se ha dado en pago y éste no pertenecía al *solvens*, cuando el vendedor ha entregado una cosa ajena, cuando se ha donado una cosa por quien no es dueño, cuando se ha ocupado una cosa abandonada, entre otras[10]. Con respecto a este requisito, los juristas clásicos discutían, sin llegar a un acuerdo, si era necesario un título real o si bastaba la creencia del poseedor de la existencia de un título.

[10] Iglesias, Juan, op. cit., p 197.

El segundo requisito es la buena fe del poseedor la cual siempre se presumía y le correspondía al propietario probar lo contrario. Se consideraba que el poseedor actuaba de buena fe cuando éste creía que su posesión no lesionaba el interés jurídico del propietario.

El tercer requisito exigía la continuidad de la posesión, es decir, que no hubiere sido interrumpida, pues de serlo, se impedía que el poseedor pudiera usucapir. Por lo que concierne al tiempo de la posesión, según el régimen justinianeo, para usucapir un bien mueble, la posesión debía ser por 3 años y si se trataba de un bien inmueble, la posesión debía ser por 10 años entre presentes y 20 años entre ausentes.

De manera especial, existía una figura conocida como *praescriptio longissimi temporis* que permitía usucapir un bien cuando el poseedor lo hubiera ocupado durante 30 años, aún cuando no existía la justa causa ni la buena fe[11]. Cabe mencionar que la prescripción extraordinaria aún permea en algunos sistemas jurídicos, por ejemplo, el sistema jurídico español[12].

La prescripción positiva desde el derecho romano era una figura relevante. Así, por su relevancia en el sistema jurídico, trascendió a las legislaciones modernas.

[11] Cabanillas, María, *Derecho Romano, Usucapión, Justo Título*, Madrid, 2014, p. 23.
[12] Idem.

2) La prescripción positiva en los sistemas de *common law*

Una vez expuestos los antecedentes de la figura en los sistemas de derecho civil, es relevante mencionar que la usucapión no es exclusiva de los sistemas de derecho codificado. En otras palabras, los sistemas de *common law*, al igual que los sistemas de *civil law*, han adoptado la figura de la prescripción positiva.

Dicho lo anterior, el presente capítulo tiene por objetivo desarrollar los antecedentes de la prescripción positiva en los sistemas de *common law*. Así, en la primera parte del capitulado expondré el desarrollo histórico de la prescripción positiva en los sistemas de *common law*.

Antecedentes

La prescripción positiva en las legislaciones de *common law* tuvo su origen en Inglaterra. En un principio, la prescripción positiva no era conocida en el derecho anglosajón. Posteriormente, durante la época de Bracton (1200-1268) era posible adquirir derechos incorpóreos y servidumbres a través de su uso continuo. Esta era la única forma de prescripción adquisitiva en el sistema de *common law*[13].

El jurista inglés estableció que ciertos derechos incorpóreos tales como pescar en un lago ajeno o tomar los frutos de un árbol ajeno, podían adquirir por el uso prolongado y la posesión pacífica, continua e ininterrumpida. No obstante,

[13] Opala, Marian, *Praescriptio Temporis and its relation to prescriptive easements in the Anglo-American Law.* Tulsa L.J., 1971, p. 111.

no era claro cual era el tiempo necesario para poder adquirir la titularidad de los derechos[14]. En síntesis, se decía que la prescripción adquisitiva de los derechos incorpóreos dependía de que no existiera persona alguna que pudiera otorgar un testimonio contrario al del poseedor[15].

Es relevante mencionar que lo adquirido no era la propiedad, sino la protección necesaria en contra de cualquier acción que el propietario original pudiera interponer. Lo anterior funcionaba de una manera similar a la figura ya mencionada con anterioridad: la *prescriptio longis* en el derecho romano. Una diferencia con el derecho codificado es la relevancia de la buena fe y el justo título del poseedor en contraposición con el derecho anglosajón, en el cual, el título y la intención no se consideran elementos de la figura.

La formalización de la figura sucedió hasta el año 1632 en los *Statute of Limitations* en donde se establece la temporalidad para llevar las pretensiones a juicio. Es decir, después de cierto tiempo, el poseedor (ya sea de buena o mala fe) tenía una protección frente a la acción de recuperar la propiedad. En el año 1540, en *The Act of Limitation* se fijó la limitante de 60 años y posteriormente, en el año 1623, en el *Statute of Limitations*, el tiempo se redujo a 20 años. Así,

[14] Duxbury, Neil, *Acquisitive prescription and fundamental rights*, University of Toronto Law Journal, 2016, p. 7.
[15] Duxbury, Neil, op. cit., p. 7.

después de transcurridos 20 años de posesión, no prosperaría cualquier acción que tuviera como objetivo recuperar la titularidad del bien.

Fue hasta el año 1833 cuando la prescripción positiva en Inglaterra dejó de ser únicamente un remedio frente a las acciones del propietario y se convirtió también en la adquisición de un derecho[16].

De esta manera, el *Statute of Limitation* fue adoptado por las colonias británicas. En específico, para fines de desarrollar la presente tesina, me ocuparé en el siguiente capítulo del caso concreto de las colonias americanas.

3) ¿Cuáles son los fines que el derecho le asigna a la prescripción positiva?

Si bien ya expuse los antecedentes de la figura tanto en el sistema de derecho civil como *common law*, es relevante presentar los argumentos que han justificado la existencia de la prescripción positiva en los ordenamientos jurídicos. En otras palabras, procederé a exponer los fines que el derecho le asigna a la prescripción positiva.

El primer argumento a favor de la figura, caracterizado como un fundamento subjetivo[17], se basa en la idea de que el propietario ha abandonado su bien. Como consecuencia de lo

[16] Bouckaert, Depoorter, *Adverse Possession-Title Systems,* 1999. pp 19-20.
[17] Xavier O'Callaghan, *Compendio de derecho civil*, Editorial Universitaria, Tomo III.

anterior, el poseedor se ha ostentado con tal carácter sin objeción alguna por parte del propietario. En otras palabras, debido a la actitud que el propietario ha tomado frente a su bien, quien no únicamente ha dejado su propiedad sin uso, sino ha permitido que otro sujeto le de uso a la misma, se justifica la adquisición del bien por parte del poseedor[18]. La Corte Suprema de Inglaterra ha admitido que el propósito principal de la adquisición positiva es proteger al poseedor que ha usado el bien por un largo y suficiente periodo de tiempo[19].

Además del argumento subjetivo, la prescripción positiva ha sido justificada con tres principales argumentos objetivos. Estos argumentos hacen referencia a la seguridad jurídica, el bienestar económico y el interés general social de la prescripción positiva[20].

Los autores del AED sostienen que la prescripción positiva otorga seguridad jurídica toda vez que facilita el proceso de prueba de la titularidad del bien en juicio. Es decir, debido a que la prescripción positiva es una forma de adquirir la propiedad, una vez que la persona la adquiere, termina la incertidumbre referente a la titularidad. Además, aquella persona que adquiere el bien por usucapión y lo vende, le otorga

[18] Dode, Silvana, *Justification of Acquisitive Prescription in the Civil Law System. Why is it not an Uncompensated Deprivation?,* European Journal of Interdisciplinary Studies, 2015, p 173.
[19] Idem.
[20] Albaladejo, Manuel, *op. cit.,* p 15.

la seguridad jurídica al tercero que su título es válido y tiene la característica de oponibilidad[21].

Al igual que la seguridad jurídica, la prescripción positiva vela por el bienestar económico. La figura promueve el uso, mantenimiento y el mejoramiento de los bienes tanto para los propietarios, o en su caso, para los poseedores respecto a los bienes abandonados. Este argumento ha sido fuertemente criticado bajo la premisa de que el uso de un bien no asegura su uso más eficiente. Es decir, en algunos escenarios es eficiente no poner a producir el bien[22]. Abundaré más sobre este tema en el tercer capítulo referente a los argumentos de la prescripción positiva desde una perspectiva del análisis económico del derecho.

Por último, en cuanto al interés general social, se han presentado dos argumentos: el primero se justifica desde una perspectiva moral y el segundo desde una perspectiva psicológica.

El primer argumento hace referencia a la teoría del utilitarismo que procura el bienestar general de una sociedad. Según Bentham, el padre de la teoría utilitarista, existe una relación directa entre el reconocimiento de derechos de

[21] Dode, Silvana, *op.cit.*, p 174.
[22] Ibidem, p. 177.

propiedad en una sociedad y la seguridad y bienestar social de la comunidad[23].

El segundo argumento, se justifica por un análisis psicológico. Según Stake (2011), la doctrina de la prescripción positiva asigna la pérdida del bien a aquella persona cuyas raíces están menos arraigadas al bien, es decir, el propietario, a diferencia del poseedor quien ha formado una conexión fuerte entre el bien y su persona[24].

[23] Ibidem, p. 178.
[24] Ibidem, p. 179.

Capítulo II. Problema: la prescripción positiva tiene objetivos comunes pero vías diversas en los sistemas federales.

1) Enfoque en Estados Unidos y México.

Una vez expuestos los antecedentes de la prescripción positiva y sus principales argumentos tanto en los sistemas de derecho codificado como en los sistemas de *common law*, este capítulo tiene como objetivo centrarse en la prescripción positiva en México y Estados Unidos. He decidido desarrollar el caso de Estados Unidos como ejemplo de un sistema de *common law*. En el mismo sentido, he decidido enfocarme en México como ejemplo de los países que cuentan con un sistema de derecho codificado.

Además de las razones anteriores, ambos países son federalistas y en ambos países la materia civil es local. Como consecuencia, la regulación civil no es uniforme dentro de ambos países. Es decir, tanto en México como en Estados Unidos, los distintos estados han regulado la figura de la prescripción positiva de manera distinta.

Con la finalidad de ilustrar lo anterior, procederé a exponer la regulación y diferencias en la legislación interna de México. Posteriormente, expondré la regulación y diferencias en la legislación interna de Estados Unidos. Por último, desarrollaré las diferencias entre los dos sistemas jurídicos.

Como ya mencioné en la introducción de la tesina, considerando la dificultad que implicaría realizar una revisión

exhaustiva de la regulación de la prescripción positiva en todos los estados de Estados Unidos, he decidido enfocarme en Connecticut, Maine y Luisiana. Lo anterior debido a que la doctrina ha hecho mayor énfasis en la legislación de la prescripción positiva en los estados mencionados.

Por lo que concierne al análisis de la figura en México, presento una tabla comparativa entre las entidades federativas del país tocante a la regulación de la usucapión.

2) Regulación y diferencias en la legislación interna de México

Con el objetivo de hacer un análisis comparativo de la legislación de la prescripción positiva en las distintas entidades federativas de México, es necesario presentar los requisitos genéricos de la figura. Para ello, iniciaré esta sección con definiciones genéricas adoptadas por doctrinarios y posteriormente, utilizaré la legislación de la prescripción positiva en el Código Civil de la Ciudad de México como punto de referencia.

Me parece ilustrativo plantear dos definiciones expuestas por un autor español y dos autores mexicanos. Según Albaladejo, la prescripción positiva se define como:

> "la adquisición del dominio u otro derecho real, por la posesión continuada del mismo durante el tiempo y con las condiciones que señala la ley".

Según De la Mata y Garzón, por prescripción positiva se entiende:

> "aquel modo de adquirir la propiedad por el transcurso del tiempo, en virtud de la posesión de un bien mueble o inmueble. de manera pacífica, continua, pública y a título de propietario[25]."

Estas definiciones engloban el concepto de la usucapión de manera genérica. No obstante, los requisitos específicos de su procedencia son diversos dependiendo de la legislación aplicable.

Ahora bien, pasando a la legislación, el Código Civil para la Ciudad de México define la prescripción positiva como un modo de adquirir bienes en virtud de la posesión[26].

> "Artículo 1136. La adquisición de bienes en virtud de la posesión, se llama prescripción positiva (…)"

A grandes rasgos, la prescripción positiva, también conocida como usucapión[27], permite adquirir la propiedad por el transcurso del tiempo en virtud de la posesión de un bien mueble o inmueble cuando la posesión haya sido de manera pacífica, continua, pública y a título de propietario[28].

---

[25] De la Mata, Garzón, *Bienes y Derechos Reales*, Editorial Porrúa, México, 2005, pp 130-131.
[26] Artículo 1136 Código Civil para la Ciudad de México.
[27] Albaladejo, Manuel, *op. cit*., p. 13.
[28] Artículo 1151 Código Civil para la Ciudad de México.

> "Artículo 1151. La posesión necesaria para prescribir debe ser: I. En concepto de propietario; II. Pacífica; III. Continua; IV. Pública."

El tiempo de la posesión varía dependiendo de la intención del poseedor. Es decir, si el poseedor es de buena fe, la posesión debe ser por 5 años y si el poseedor es de mala fe, la posesión debe ser por 10 años[29].

El primer requisito exige que la posesión sea de manera pacífica. Los Tribunales han establecido que la posesión es pacífica cuando ésta ha sido adquirida sin violencia. Una vez adquirida la posesión sin violencia, se presume que ésta continúa de manera pacífica a menos que se demuestre que ha cambiado la causa de la posesión[30].

El segundo requisito es la continuidad de la posesión. Dicho requisito está plasmado en la legislación de la Ciudad de México, la cual, establece supuestos en los que la prescripción es interrumpida.

> "Artículo 1168. La prescripción se interrumpe: I. Si el poseedor es privado de la posesión de la cosa o del goce del derecho por más de un año; II. Por demanda u otro cualquiera género

[29] Artículo 1152. Los bienes inmuebles se prescriben: III. En diez años, cuando se poseen de mala fe, si la posesión es en concepto de propietario, pacífica, contínua y pública;

[30] 177884. I.3o.C.498 C. Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXII, Julio de 2005, Pág. 1484.

> de interpelación judicial notificada al poseedor o al deudor en su caso; (…) III. Porque la persona a cuyo favor corre la prescripción reconozca expresamente, de palabra o por escrito, o tácitamente por hechos indudables, el derecho de la persona contra quien prescribe."

El primer supuesto se actualiza cuando el poseedor es privado de la posesión o del goce del derecho por más de un año. El segundo supuesto se actualiza cuando el poseedor recibe una interpelación judicial por parte del propietario. La legislación contempla un tercer supuesto de suspensión de la posesión referente al reconocimiento por parte del poseedor sobre el derecho del propietario en cuanto al bien.

El tercer requisito es que la posesión debe ser pública. Es decir "que no se disfrute ocultamente, como ocurriría si quien la disfruta lo hace a escondidas de los demás" [31].

Es necesario clarificar que el cuarto requisito (a título de propietario) no hace referencia a que el poseedor debe ser el legítimo propietario del bien, de serlo así, no cabría hablar de prescripción positiva. La frase "en concepto de propietario" se ha interpretado como la conducta del poseedor de realizar actos, tales como económicos, de los cuales, se deriva su intención de poseer el bien.

[31] Albaladejo, *op. cit.*, p. 65

> “La expresión "en concepto de dueño" no tiene la connotación de que el poseedor deba ser legalmente el propietario y que deba tener el documento que lo acredite como tal; el poseedor debe tener la intención de convertirse en propietario y que esa intención se demuestre con la realización de una serie de hechos que lleven a la idea de todos, que su comportamiento es el de un propietario a título personal (…) [32]”

> “es necesario probar la ejecución de actos o hechos susceptibles de ser apreciados por los sentidos, que de manera indiscutible y objetiva demuestren que el poseedor es el dominador de la cosa, el que manda en ella y la disfruta para si, como dueño, en sentido

[32] 248934.Tribunales Colegiados de Circuito. Séptima Época. Semanario Judicial de la Federación. Volumen 187-192, Sexta Parte, Pág. 113. PRESCRIPCION ADQUISITIVA. POSESION EN CONCEPTO DE PROPIETARIO. El artículo 1151 del Código Civil, dispone que la posesión necesaria para prescribir debe ser en concepto de propietario, pacífica, continua y pública. Agrega el artículo 826 del cuerpo de leyes citado que sólo la posesión que se adquiere y disfruta en concepto de dueño de la cosa poseída puede producir la prescripción. Entendiéndose por título la causa generadora de la posesión, pero para justificar la posesión en concepto de propietario, no basta con revelar el origen de la posesión y afirmar que se posee a título de dueño, sino además, el interesado debe probar la existencia del acto que fundadamente se cree bastante para transferir el dominio. La expresión "en concepto de dueño" no tiene la connotación de que el poseedor deba ser legalmente el propietario y que deba tener el documento que lo acredite como tal; el poseedor debe tener la intención de convertirse en propietario y que esa intención se demuestre con la realización de una serie de hechos que lleven a la idea de todos, que su comportamiento es el de un propietario a título personal. Pero no es suficiente la intención de poseer como dueño ni la demostración de que el poseedor es el dominador de la cosa. Es menester que, atento a lo que previene el artículo 826 del Código Civil, sólo la posesión que se adquiere y disfruta en concepto de dueño de la cosa poseída puede producir la prescripción. Es decir, el interesado está obligado a probar el acto que fundadamente se cree bastante para transferir el dominio

económico, aun cuando carezca de un título legítimo (…) [33]"

Si bien el presente trabajo está enfocado únicamente a los casos de prescripción positiva del derecho de propiedad, es relevante mencionar que la prescripción positiva no otorga únicamente la propiedad, sino que la ley permite usucapir otros derecho reales tal como el usufructo[34].

> "Artículo 981. El usufructo puede constituirse por la ley, por la voluntad del hombre o por prescripción."

En este escenario, el poseedor que pretende prescribir el usufructo cumple con el primer requisito de la prescripción positiva al poseer en concepto de usufructuario. Es decir, el poseedor debe realizar actividades correspondientes a aquellas de un usufructuario.

---

[33] 800681. . Tercera Sala. Séptima Época. Semanario Judicial de la Federación. Volumen 78, Cuarta Parte, Pág. 38. PRESCRIPCION ADQUISITIVA. POSESION EN CONCEPTO DE PROPIETARIO. La exigencia del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales y las legislaciones de los Estados de la República que contienen disposiciones iguales, de poseer en concepto de propietario para poder adquirir por prescripción, comprende no sólo los casos de buena fe, sino también el caso de la posesión de mala fe, por lo que no basta la simple intención de poseer como dueño, sino que es necesario probar la ejecución de actos o hechos susceptibles de ser apreciados por los sentidos, que de manera indiscutible y objetiva demuestren que el poseedor es el dominador de la cosa, el que manda en ella y la disfruta para sí, como dueño, en sentido económico, aun cuando carezca de un título legítimo, frente a todo el mundo, y siempre que haya comenzado a poseer en virtud de una causa diversa de la que origina la posesión derivada.

[34] Artículo 981 Código Civil para la Ciudad de México.

Por último, la temporalidad del bien está sujeta a la intención del poseedor: buena o mala fe. El Código Civil establece en el artículo 806[35] que es poseedor de buena fe el que entra en posesión en virtud de un título suficiente para poseer o el que desconoce los vicios de su título que le impide poseer con derecho. En cambio, se considera que el poseedor es de mala fe si carece de un título para poseer o conoce los vicios de su título que le impiden poseer con derecho[36].

Por último, el *modus operandi* de la figura se regula de manera uniforme en todas las entidades federativas. Así, el poseedor que reúne los requisitos señalados en la legislación para usucapir, debe promover juicio contra el sujeto que parezca como propietario del bien ante el Registro Público de la Propiedad. Lo anterior con la finalidad de que se declare que el poseedor ha adquirido el derecho real.

> "Artículo 1156. El que hubiere poseído bienes inmuebles por el tiempo y con las condiciones exigidas por este Código para adquirirlos por prescripción, puede promover juicio contra el que aparezca como propietario de esos bienes en el Registro Público, a fin de que se declare que la prescripción se ha consumado y que ha adquirido, por ende, la propiedad. [37]."

[35] Es poseedor de buena fe el que entra en la posesión en virtud de un título suficiente para darle derecho de poseer. También es el que ignora los vicios de su título que le impiden poseer con derecho.
[36] Artículo 806 del Código Civil para la Ciudad de México.
[37] Artículo 1156 del Código Civil para la Ciudad de México.

Una vez que exista sentencia en la cual se declare el derecho del poseedor, ésta se inscribirá en el Registro Público y servirá como título de propiedad para el mismo[38].

Para realizar el análisis comparativo del tratamiento que las entidades federativas le dan a cada uno de estos requisitos, expongo una tabla comparativa "Tabla 1" en la cual presento la regulación de las variables identificadas en los 32 estados de México.

Estados	A concepto de propietario	Pacífica	Continua	Pública	Buena fe (años)	Mala fe (años
AGU	Sí	Sí	Sí	Sí	5	10
BCN	Sí	Sí	Sí	Sí	5	10
BCS	Sí	Sí	Sí	Sí	5	10
CAM	Sí	Sí	Sí	Sí	5	15
COA	Sí	Sí	Sí	Sí	5	10
COL	Sí	Sí	Sí	Sí	5	10
CHP	Sí	Sí	Sí	Sí	5	10
CHH	Sí	Sí	Sí	Sí	5	10
CMX	Sí	Sí	Sí	Sí	5	10
DUR	Sí	Sí	Sí	Sí	5	10
GUA	Sí	Sí	Sí	Sí	5	10
GRO	Sí	Sí	Sí	Sí	5	10
HID	Sí	Sí	Sí	Sí	5	10
JAL	Sí	Sí	Sí	Sí	5	10
MEX	Sí	Sí	Sí	Sí	5	10
MIC	Sí	Sí	Sí	Sí	10	20
MOR	Sí	Sí	Sí	Sí	5	10
NAY	Sí	Sí	Sí	Sí	5	10
NLE	Sí	Sí	Sí	Sí	5	10

[38] Artículo 1157. La sentencia ejecutoria que declare procedente la acción de prescripción, se inscribirá en el Registro Público y servirá de título de propiedad al poseedor.

OAX	Sí	Sí	Sí	Sí	5	10
PUE	Sí	Sí	Sí	Sí	10	20
QUE	Sí	Sí	Sí	Sí	5	10
ROO	Sí	Sí	Sí	Sí	5	10
SLP	Sí	Sí	Sí	Sí	5	10
SIN	Sí	Sí	Sí	Sí	5	10
SON	Sí	Sí	Sí	Sí	5	10
TAB	Sí	Sí	Sí	Sí	5	10
TAM	Sí	Sí	Sí	Sí	5	10
TLA	Sí	Sí	Sí	Sí	5	10
VER	Sí	Sí	Sí	Sí	10	20
YUC	Sí	Sí	Sí	Sí	5	10
ZAC [39]	Sí	Sí	Sí	Sí	5	10

Fuente: elaboración propia.

Como se ilustra en la tabla anterior, todas las entidades federativas coinciden en que la posesión debe ser a título de propietario (o del derecho real que se pretende usucapir), pacífica, continua y pública. La diferencia radica en la temporalidad de la posesión debido a la intención del poseedor, es decir, si posee de buena o mala fe.

La regla general es que la posesión de buena fe sea durante 5 años mínimo y la posesión de mala fe de 10 años mínimo para poder usucapir.

[39] Aguascalientes (AGN), Baja California Norte (BCN), Baja California Sur (BCS), Campeche (CAM), Coahuila (COA), Colima (COL), Chiapas (CHP), Chihuahua (CHH), Ciudad de México (CMX), Durango (DUR), Guanajuato (GUA), Guerrero (GRO), Hidalgo (HID), Jalisco (JAL), Estado de México (MEX), Michoacán (MIC), Morelos (MOR), Nayarit (NAY), Nuevo León (NLE), Oaxaca (OAX), Puebla (PUE), Querétaro (QUE), Quintana Roo (ROO), San Luis Potosí (SLP), Sinaloa (SIN), Sonora (SON), Tabasco (TAB), Tamaulipas (TAM), Tlaxcala (TLA), Veracruz (VER), Yucatán (YUC), Zacatecas (ZAC).

Ciertas entidades federativas contemplan una temporalidad distinta a la regla general. Por ejemplo, el estado de Campeche mantiene 5 años para el poseedor de buena fe pero exige 15 años para el caso del poseedor de mala fe. Los estados de Michoacán, Puebla y Veracruz exigen el doble de tiempo en ambos casos. Es decir, 10 años en el caso de posesión de buena fe y 20 años en el caso de posesión de mala fe.

3) Regulación y diferencias en la legislación interna de la prescripción positiva en Estados Unidos.

Con la finalidad de realizar un análisis comparativo pasaré a describir la regulación en Estados Unidos. Generalmente, para usucapir, se exige que la posesión sea exclusiva, continua, pública, notoria y que el poseedor no tenga el permiso del propietario para poseer el bien. No obstante, al igual que en México, cada estado ha regulado la figura de manera distinta en cuanto a la intención o *state of mind* de quien pose.

En específico, existe un debate sobre la importancia que debe darse a la intención del poseedor para otorgar el derecho de propiedad. Así, existen tres posturas distintas respecto a la intención del poseedor. Con la finalidad de ejemplificar lo anterior, desarrollaré el tratamiento que se da a la figura en tres Estados: Maine, Connecticut y Luisiana.[40]

[40] He decidido enfocarme en Connecticut, Maine y Luisiana por ser los estados con las diferencias más drásticas respecto a la prescripción positiva

Un primer caso se resolvió en el estado de Maine, en el cual, la Corte decidió que para otorgar el derecho real por medio de la prescripción positiva, es requisito que el poseedor haya tenido la intención de apropiarse del bien conociendo su falta de legitimidad como titular del mismo[41]. Lo anterior se conoce como *Maine rule*[42]. Así, un poseedor bajo error, es decir, ignorando su falta de titularidad, no podría usucapir el bien[43].

Un segundo caso tuvo como resultado la regla *Connecticut rule*[44], la cual, establece que la intención del poseedor es irrelevante para otorgar la titularidad del derecho real[45]. En otras palabras, mientras el poseedor cumpla con los requisitos objetivos para usucapir, la intención del mismo es irrelevante para efectos de otorgar la titularidad. De esta manera, bajo la regla Connecticut, tanto el poseedor que conoce el vicio respecto a su titularidad, como el poseedor que ignora el vicio, pueden usucapir[46].

---

o *adverse possession.* Además, la doctrina se ha ocupado de manera más específica en estos estados.

[41] Bouckaert, De poorter, op. cit., p. 19.

[42] 1893

[43] Title 14: Court Procedure – Civil. Chapter 205: Limitation of actions: 812. *"Acquisition of rights-of-way and easements by adverse possession; notice to prevent No person, class of persons or the public shall acquire a right-of-way or other easement through, in, upon or over the land of another by the adverse use and enjoyment thereof, unless it is continued uninterruptedly for 20 years."*

[44] 1980

[45] Bouckaert, De poorter. *op. cit.*, p. 19.

[46] Chapter 821- Land Titles. Sec. 47-31. *"(a) An action may be brought by any person claiming title to, or any interest in, real or personal property, or*

El caso de Luisiana es distinto a los casos expuestos anteriormente. La legislación existente en este estado contempla dos supuestos para prescribir. El primer supuesto es en caso de posesión durante 10 años, de buena fe y con justo título. El segundo supuesto es en caso de posesión durante 30 años o más cuando el poseedor no es de buena fe y tampoco cuenta con justo título. Es decir, en el estado de Luisiana, se hace una distinción entre el poseedor de mala fe y de buena fe y se exige una temporalidad mayor para el caso de poseedor de mala fe. De lo expuesto anterior, es factible concluir que la prescripción positiva en el estado de Luisiana se acerca más a la legislación de la figura en México[47].

---

both, against any person who may claim to own the property, or any part of it, or to have any estate in it, either in fee, for years, for life or in reversion or remainder, or to have any interest in the property, or any lien or encumbrance on it, adverse to the plaintiff, or against any person in whom the land records disclose any interest, lien, claim or title conflicting with the plaintiff's claim, title or interest, for the purpose of determining such adverse estate, interest or claim, and to clear up all doubts and disputes and to quiet and settle the title to the property. Such action may be brought whether or not the plaintiff is entitled to the immediate or exclusive possession of the property."

Chapter 926—Statute of Limitations. Sec. 52-575. Entry upon land to be made within fifteen years. *"(...) unless within such fifteen-year period, any person or persons claiming ownership of such lands (...)."*

[47]Código Civil de Luisiana: *"Art. 3473. Prescription of ten years ownership and other real rights in immovables may be acquired by the prescription of ten years. Art. 3475. Requisites: the requisites for the acquisitive prescription of ten years are: possession of ten years, good faith, just title, and a thing susceptible of acquisition by prescription.Art. 3486. Immovables; prescription of thirty years: ownership and other real rights in immovables may be acquired by the prescription of thirty years without the need of just title or possession in good faith."*

En conclusión, la prescripción positiva en Estados Unidos varía referente a la intención del poseedor. Los tribunales de los Estados han adoptado tres distintas posturas: 1) la intención del poseedor es irrelevante (Connecticut); 2) sólo en los casos en los que el poseedor actúa de mala fe se puede usucapir (Maine) y 3) se hace una distinción entre el poseedor de buena y de mala fe y la usucapión de buena fe exige menos tiempo de posesión que la usucapión de mala fe (Luisiana). La regla que prevalece en la mayoría de los estados es la regla de Connecticut que establece que la intención del poseedor es irrelevante[48].

4) Regulación y diferencias entre sistemas jurídicos

En las dos secciones anteriores expuse la regulación de la prescripción positiva en México y Estados Unidos. El primer país como ejemplo de la prescripción positiva en los sistemas de derecho codificado. El segundo país con la finalidad de ejemplificar la figura en los sistemas de *common law*.

En conclusión, tanto en México como en Estados Unidos, la prescripción positiva es un modo de adquirir la propiedad por virtud de la posesión prolongada, a título de dueño, de manera pacífica, continua e ininterrumpida. De esta manera, de las variables identificadas en las regulaciones de la

[48]Helmholz, Richard, *Adversse Possession and Subjective Intent,* Washington, University of Chicago Law School Chicado Unbound, 1983, pp. 331-332.

usucapión, destaco que la intención del poseedor: buena o mala fe, y como consecuencia, la temporalidad de la posesión, son los únicos dos elementos de la figura que varían de manera importante entre los dos sistemas.

Así, del análisis comparado realizado, concluyo que la distinción respecto a la legislación de la prescripción positiva en los sistemas de derecho codificado y *common law* radica en el elemento subjetivo de la figura.

Capítulo III. El análisis económico del derecho respecto a la prescripción positiva.

1) Diferencias entre sistemas

Del capítulo anterior concluimos que las diferencias principales de la prescripción positiva en los sistemas de *common law* y los sistemas de derecho codificado radica en la intención del poseedor, es decir, su buena o mala fe, y en consecuencia, la temporalidad de la posesión.

Ahora bien, teniendo en mente las diferencias específicas que existen en la regulación de la prescripción positiva en ambos sistemas, procederé a exponer los principales argumentos del análisis económico del derecho respecto a la intención del poseedor y la temporalidad de la posesión.Lo anterior con la finalidad de determinar si el análisis económico del derecho nos permite, bajo herramientas objetivas de análisis, conciliar las diferencias en consideración a los requisitos de la figura.

Antes de la exposición de los principales argumentos, expondré la relevancia e idoneidad del análisis económico del derecho como una herramienta de análisis del derecho.

2) Introducción y relevancia del análisis económico del derecho

El análisis económico del derecho (AED) también conocido como *law and economics* surgió en Estados Unidos, en específico, con la publicación de Ronald Coase en el año 1960.

El AED fue adoptado por los doctrinarios del derecho alrededor del mundo, pero especialmente, en la academia estadounidense. Lo anterior debido a que los principales autores consideraban que el derecho no puede verse como una disciplina autónoma. En otras palabras, Posner sostenía que el derecho debe ser analizado desde la perspectiva de diversas ciencias sociales [49]. Así, el análisis económico del derecho procura un análisis de eficiencia respecto a las normas de un sistema jurídico con las herramientas de la microeconomía[50]. En palabras de Adriana García y Dirk Zavala, debemos entender por AED:

> "el estudio de sistemas normativos utilizando las herramientas dadas por la economía, bajo un enfoque costo-beneficio social, teniendo como principal objetivo la búsqueda de la eficiencia en los sistemas legales, es decir, la aplicación de la teoría microeconómica, particularmente la teoría de precios, y métodos econométricos para examinar la formulación, estructura, procesos e impacto de las normas e instituciones jurídicas en el comportamiento de los individuos.[51]"

[49] Gelter, Martin y Grechenig, Kristoffel. *History of Law and Economics,* Alemania, Mak Planck Institute for Research on Collective Goods, 2014, p. 3.
[50] Aguilar, José, *El análisis económico del derecho de propiedad: una aproximación.* España, Universidad Complutense de Madrid, 2009, p. 119.
[51] García, Zavala, *El análisis económico del derecho como herramienta para el diseño normativo La propuesta de Reglamento de Gas LP,* México, CIDE, 2008, p. 1.

En lo que respecta al tema del presente trabajo, me enfocaré en el análisis económico del derecho de propiedad. Para ilustrar lo anterior es importante recurrir a una explicación del Teorema de Coase[52]. Este teorema ilustra la importancia de que los sistemas jurídicos cuenten con derechos de propiedad claros y bien definidos. Coase establece una situación hipotética en la que una empresa contaminante emite residuos tóxicos que causan un daño a una persona ajena a la empresa. Este daño es conocido como externalidad[53]. En este supuesto, la empresa ha considerado únicamente el costo marginal de producción, mas no el costo social de producir el mismo.

Existe un problema en el ejemplo anterior, que de existir ciertos requisitos, éste podría resolverse entre los particulares sin necesidad de la intervención de un tercero (el Estado). Según Coase, para que el problema pueda solucionarse mediante la negociación privada es necesario que exista: i) información completa para ambas partes; ii) derechos de propiedad bien definidos y iii) ausencia de costos de transacción (entendidos como los costos en los que las partes incurren para poder llevar a cabo una negociación). Si el conflicto se resuelve de esta manera, la solución será eficiente sin importar quien es titular de los derechos de propiedad, pues aquél que valore

[52] Ibidem, p. 120.
[53] Efectos positivos o negativos que genera la producción y consumo de un bien a una persona ajena al mismo.

mayormente el bien/situación, se convertirá en el titular del derecho de propiedad.

En conclusión, si un sistema normativo cuenta con derechos de propiedad claramente definidos, los costos de transacción se reducen, y por ende, hacen posible la solución de los conflictos a través de la negociación entre los particulares. En cambio, cuando los costos de transacción de las partes son altos a tal grado que impiden la negociación, el uso eficiente de los recursos dependerá de la forma en la que están asignados los derechos de propiedad[54].

En este caso, los costos de transacción entre los poseedores y los propietarios son elevados, por lo que no es posible llegar a una solución entre particulares. Como consecuencia, en el caso de la prescripción positiva se requiere la intervención del Estado para resolver los conflictos.

En términos generales, es valioso aclarar que si bien el análisis económico del derecho es una herramienta de análisis de los sistemas normativos, ésta no es la única. Lo anterior debido a que las normas y las sentencias no tienen como único objetivo procurar la eficiencia: existen otros valores que el derecho procura tales como la justicia y la moral. En otras palabras, el análisis económico del derecho no pretende sustituir

[54] Cooter, Ulen, *Derecho y economía*, México, Fondo de Cultura Económica, *2016, p.* 122.

los acercamientos tradicionales de análisis de los sistemas jurídicos, sino fungir como herramienta complementaria de análisis.

3) Argumentos del análisis económico del derecho de la prescripción positiva

El principal argumento del AED tocante a la temporalidad de la posesión sostiene que la prescripción positiva reduce la incertidumbre respecto a futuras transacciones mediante un *trade-off* entre los intereses del poseedor y del propietario[55].

Ahora bien, los intereses del poseedor se ven afectados de manera negativa si el tiempo de posesión se aumenta. Lo anterior toda vez que el valor que el poseedor podría obtener a cambio del bien se reduce como consecuencia de la incertidumbre acerca de quien tiene titularidad sobre el mismo.

En contraste, los intereses del propietario se ven afectados si se reduce el tiempo para usucapir ya que el propietario tiene mayor probabilidad de enterarse y oponerse frente al poseedor adverso si tiene 10 años en lugar de 5 años.

Es decir, entre menor sea el tiempo para usucapir, existe menor incertidumbre respecto a quien tiene la titularidad del bien (beneficio para el poseedor), y entre mayor sea el tiempo

[55] Netter, Hersch, Manson, *An Economic Analysis of Adversse Possession Statutes*, Estados Unidos, International Review of Law and Economics, 1986. p. 221.

para usucapir, menores son los costos para el propietario de vigilar su propiedad (beneficio para el propietario).

Los doctrinarios Bouckaert y De Poorter presentan una gráfica que ilustra lo anterior en donde UC *(uncertainty costs)* representa los costos de incertidumbre del titular y PC/MC *(prevention costs / monitoring costs)* representan los costos por parte del propietario de vigilar su propiedad y oponerse frente a los poseedores.

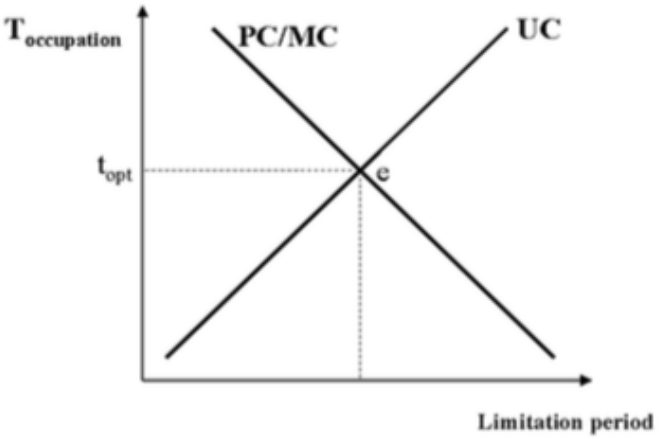


Figura 1. Bouckaert, Depoorter, *Adverse Possession- Title Systems,* Ghent University, University of California, 1999, p. 23.

Ahora bien, en cuanto a los principales argumentos que han sido presentados para justificar la prescripción positiva desde un enfoque de eficiencia, existen cuatro principales. El primero sostiene que las pruebas y la evidencia se van perdiendo conforme pasa el tiempo, así, la prescripción positiva

permite otorgar titularidad respecto a aquellos bienes que carecen de evidencia o antecedentes. Este argumento ha sido superado desde la creación de los Registros Públicos de Propiedad. El segundo argumento sostiene que la prescripción positiva castiga a los propietarios que han dejado su bien improductivo. Este argumento también ha quedado superado pues en algunas ocasiones la solución eficiente es esperar a que el valor del bien aumente con el tiempo y luego darle un uso productivo. El tercer argumento sostiene que la prescripción positiva facilita el intercambio de bienes en el mercado al otorgar certidumbre. El cuarto argumento vela por los intereses y las inversiones que los poseedores realizan en un bien en el transcurso del tiempo. Los últimos dos argumentos han sido retomados por ciertos doctrinarios como lo explicaré a continuación[56].

Para efectos de esta tesina, expondré los argumentos planteados por Thomas Merrill, Helmholz, Richard Epstein, Robert Ellickson, Miceli & Sirmans, Lee Ann Fennell y Bouckaert & Depoorter.

El autor Helmholz desarrolló un análisis en el cual afirma que existe un problema en Estados Unidos en la figura de la prescripción positiva: la doctrina y las resoluciones de las cortes estadounidenses discrepan en el tratamiento de la

[56] Ibidem, pp. 20-22.

prescripción positiva. La doctrina de la prescripción positiva no toma en consideración la intención del poseedor como un requisito para usucapir. No obstante, las Cortes de Estados Unidos han estado considerando la buena o la mala fe del poseedor para decidir si otorgar la propiedad o no al mismo.

Es decir, aún cuando las reglas *rule of Maine* y *rule of Connecticut* establecen que aún cuando el poseedor es de mala fe, éste puede usucapir, los jueces estadounidenses han privilegiado a los poseedores de buena fe y en aquellos casos en los que el poseedor es de mala fe, los jueces han resuelto en contra del poseedor[57].

Como resultado del artículo publicado por Helmholz, Thomas Merrill redactó un artículo titulado *Property Rules, Liability Rules and Adversse Possession* en el cual expone el problema y busca plantear una solución al mismo.

El doctrinario Thomas Merrill desarrolla su artículo con la finalidad de plantear una solución al conflicto identificado por Helmholz. La propuesta de Merrill hace mención a la resolución del caso Warsaw por la Corte de Apelaciones de California. En este caso, la Corte resolvió que el poseedor (quien era notoriamente de mala fe) sí había cumplido con los requisitos objetivos para poder usucapir. No obstante, la Corte

[57] Helmholz, Richard, *Adversse Possession and Subjective Intent,* Washington, University of Chicago Law School Chicado Unbound, 1983, p. 332.

exigió que el poseedor compensara económicamente al propietario pagando el valor de mercado del bien. Lo anterior fue justificado por la Corte como una medida de justicia. La Corte de California si bien reconoció un caso de prescripción positiva de mala fe, impuso un requisito adicional a la figura. Lo anterior refuerza el argumento de Helmholz referente a que las cortes de Estados Unidos parecen privilegiar a los poseedores de buena fe frente a aquellos de mala fe.

Derivado del caso Warsaw, Merrill propone que en aquellos casos de prescripción positiva de mala fe, se debería imponer una compensación por parte del poseedor a favor del propietario. Es decir, que el poseedor pague al propietario el bien a valor de mercado.

Para explicar lo anterior, Merrill menciona que es relevante distinguir dos distintos momentos. En un primer momento, el propietario tiene un derecho de propiedad que lo protege frente al poseedor que quiere usucapir. Así, el propietario tiene derecho a exigirle al poseedor que desocupe el bien. En un segundo momento, es decir, cuando el tiempo para usucapir ha transcurrido, el propietario deja de tener un derecho de propiedad. En este momento, Merrill considera la posibilidad de reconocer que el propietario tiene una regla de responsabilidad que le da derecho a recibir una compensación

del bien a valor de mercado por parte del poseedor de mala fe[58]. Es decir, lo que la Corte de Apelaciones de California propuso en el caso de Warsaw.

Merrill expone los altos costos administrativos que traería este cambio a los tribunales al aumentar el número de casos de prescripción positiva. Además, menciona que la introducción de una regla de responsabilidad que le permita al propietario recibir compensación a cambio del bien iría de cierta forma en contra de la esencia de la propia figura de prescripción positiva. Lo anterior sin dejar de considerar el alto costo que asumiría el propietario al tener que probar la mala fe del poseedor, lo cual, para él, representa una tarea casi imposible.

A pesar de las desventajas de su propuesta, el autor concluye que al introducir una regla de responsabilidad, la incertidumbre que existe respecto a la prescripción positiva se reduciría. Principalmente porque los jueces encontrarían una "solución" a un problema que les parece injusto. Es decir, de cierta forma se equilibraría la "injusticia" de otorgar el derecho de propiedad al poseedor de mala fe con la imposición de una compensación económica. Así, dejaría de existir una discrepancia entre la doctrina y las resoluciones de los jueces.

[58] Merrill, Thomas, *Property Rules, Liability Rules and Adversse Possession*, Northwestern University Law Review, 1986, p. 1122.

En relación con lo anterior, Miceli y Sirmans se enfocan en el caso específico de *boundary errors*. En estos supuestos, Miceli y Sirmans afirman que la prescripción positiva da una doble solución para evitar que ocurran este tipo de errores.

Con la finalidad de ejemplificar lo anterior, supongamos que un señor compró su casa y a lado hay un terreno vacío. Los límites de la propiedad no están bien establecidos y no es claro quien es el titular del predio. De esta manera, el señor decide construir en el terreno. Una vez iniciada la construcción, el valor que el poseedor le otorga al terreno es superior al valor que le otorgaba antes de iniciar la construcción. De esta forma, pareciera que el propietario tiene incentivos de permitir que otra persona posea el bien con la finalidad de poder vender el mismo a un valor más alto que el valor original.

Miceli y Sirmans afirman que la prescripción positiva reduce los incentivos de los propietarios a permitir lo anterior toda vez que existe la posibilidad de que el poseedor pueda usucapir el bien, y a la vez, se incentiva a que el poseedor busque adquirir el bien antes de invertir en un bien ajeno. Como alternativa a su argumento, los autores mencionan la posibilidad de incluir una regla de responsabilidad que permita compensar al propietario. Es decir, la propuesta hecha por Merrill. No obstante, concluyen que de adoptar lo anterior, se le estarían dando incentivos a los poseedores de ocupar el bien ajeno. Lo

anterior toda vez que existiría la posibilidad de adquirir el bien a un valor de mercado (es decir, a un precio menor que el valor subjetivo).

A diferencia de Merrill, el doctrinario Epstein sostiene que fijar distintos requisitos de temporalidad para los poseedores de buena y de mala fe es una propuesta más idónea que la propuesta de regla de responsabilidad[59]. Lo anterior lo sustenta con un argumento utilitarista. Epstein afirma que los poseedores de mala fe representan una "amenaza latente" a la sociedad a diferencia de los poseedores de buena fe. Por lo anterior, Epstein sostiene que el sistema no debería brindar el mismo tratamiento a un individuo de buena fe que a un individuo de mala fe. En otras palabras, parece que Epstein está a favor de realizar un análisis utilitarista de costo-beneficio para decidir en cuáles supuestos los intereses de los propietarios pueden ser sacrificados por los intereses de los poseedores[60].

En la misma línea de pensamiento, el doctrinario Ellickson[61] recapitula el análisis de costo-beneficio y desarrolla cinco tipos de costos principales: i) los costos de los

[59] Epstein, Richard, *Past and Future: The Temporal Dimension in the Law of Property*, Washington University Law Review, 1986, p. 686.
[60] Elickson, Robert, *Adverse Possession and Perpetuities Law: Two Dents in the Libertarian Model of Property Rights,* Washington University Law Review, 1986, p. 725.
[61] Las curvas de costos de Ellickson son realizadas a través de modelos hipotéticos.

propietarios; ii) los costos de los poseedores; iii) los costos de los compradores; iv) los costos de litigar y por último v) los costos totales en la prescripción positiva.

Respecto a los costos de los propietarios, el autor concluye que éstos aumentan cuando los tiempos de posesión se reducen (Figura 2). Lo anterior se explica en un supuesto en el que el propietario debe vigilar su propiedad para oponerse al poseedor adverso. En el caso que la temporalidad para usucapir se fijara en el día 1, las probabilidades de que el propietario se opusiera al poseedor son menores a si la temporalidad se fijara por 10 años.

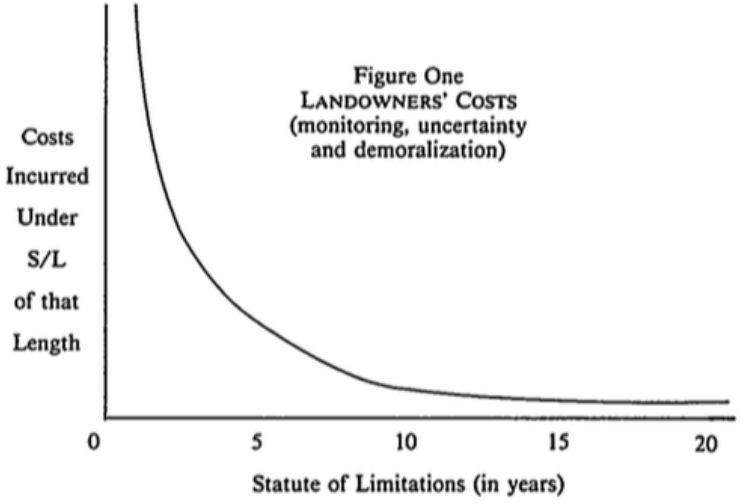


Figura 2. Ellickson, Robert, *Adverse Possession and Perpetuities Law: Two Dents in the Libertarian Model of Property Rights,* Washington University Law Review, 1986, p. 728.

En cambio, los costos de los poseedores aumentan en tanto que el tiempo de la posesión se incrementa (Figura 3). Lo anterior debido a que el valor que el poseedor podría obtener a cambio del bien sería mayor si la temporalidad para usucapir es de 1 año a si la temporalidad es de 10 años.

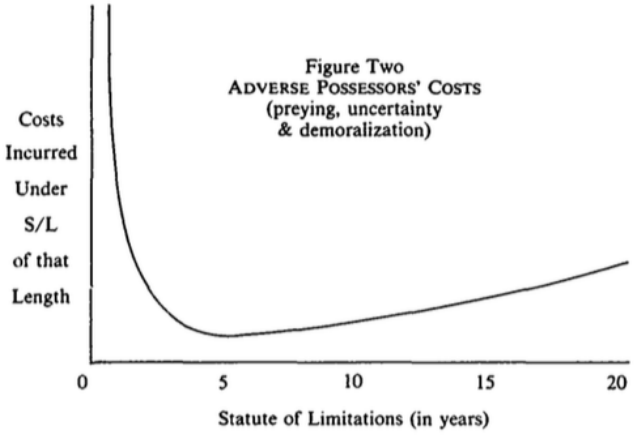


Figura 3. Ellickson, Robert, *Adverse Possession and Perpetuities Law: Two Dents in the Libertarian Model of Property Rights,* Washington University Law Review, 1986, p. 729.

Los costos para el comprador se reducen en tanto que el tiempo es mayor (Figura 4). El comprador, al adquirir la propiedad, asume una posición similar a la del propietario en la Figura 1: el costo de vigilar su propiedad y en su caso, de oponerse frente al poseedor adverso.

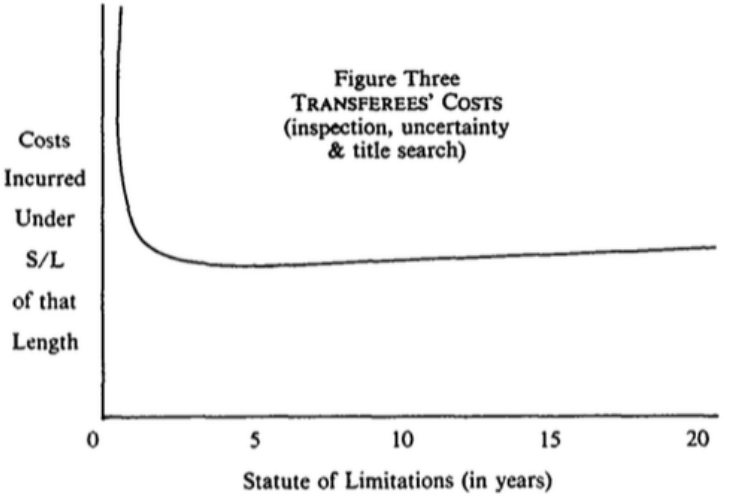


Figura 4. Ellickson, Robert, *Adverse Possession and Perpetuities Law: Two Dents in the Libertarian Model of Property Rights,* Washington University Law Review, 1986, p. 731.

Los costos de litigar aumentan si el tiempo para usucapir es menor, toda vez que el autor asume que el número de casos de prescripción positiva aumentarían (Figura 5).

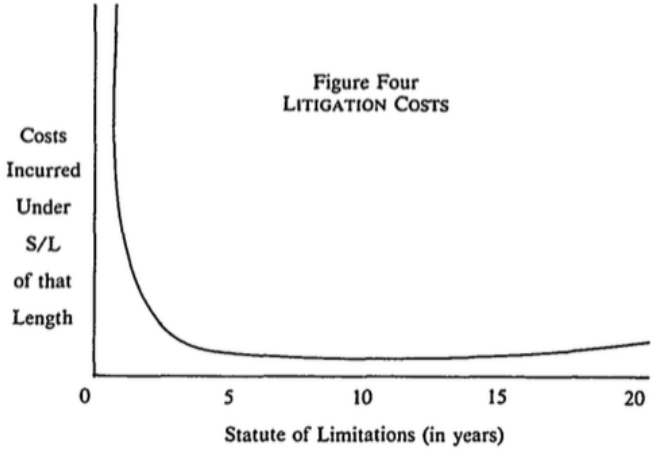


Figura 5 Ellickson, Robert, *Adverse Possession and Perpetuities Law: Two Dents in the Libertarian Model of Property Rights,* Washington University Law Review, 1986, p. 732.

Por último, Ellickson expone una curva de los costos totales (Figura 6).

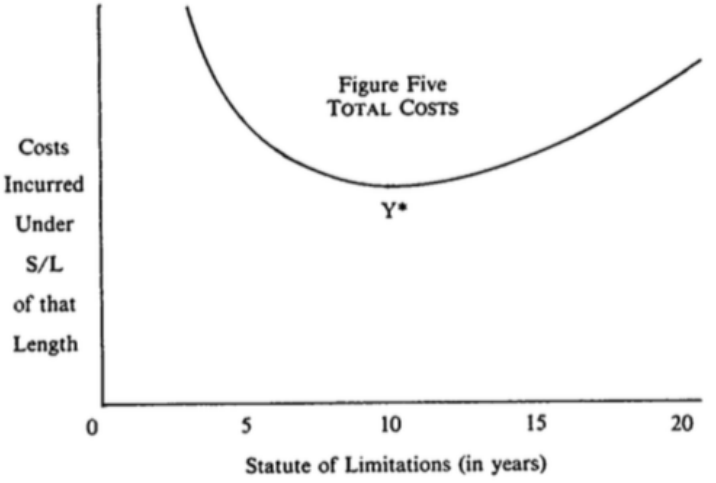


Figura 6. Ellickson, Robert, *Adverse Possession and Perpetuities Law: Two Dents in the Libertarian Model of Property Rights,* Washington University Law Review, 1986, p. 733.

La figura 6 muestra que los costos se minimizan en un periodo de posesión entre cinco y quince años. En otras palabras, se considera que un periodo de limitación no menor a 5 años y no mayor a 15 años es eficiente.

Aún cuando Ellickson respalda el argumento de Epstein referente a establecer distintos periodos de limitación para los casos de buena y mala fe, es fundamental resaltar que el análisis de Ellickson no distingue entre poseedor de buena o de mala fe.

Es decir, toma en consideración los costos tanto en aquellos casos de poseedor de buena fe como en los casos de poseedores de mala fe para realizar las gráficas.

Una postura radicalmente distinta a las anteriormente expuestas es la de Fennell.[62] La autora plantea un enfoque relacionado con asignar la propiedad al sujeto que le da un mayor valor. En síntesis, propone que la prescripción positiva debe enfocarse únicamente a los casos de poseedores de mala fe, es decir, cuando el poseedor conocía el vicio de su titularidad. Lo anterior, lo justifica con el argumento que la propiedad debe asignarse al sujeto que valora en mayor medida el bien siempre y cuando 1) el valor que el propietario le da al bien sea notoriamente distinto al valor que el poseedor le asigna y 2) no exista la posibilidad de llevar a cabo una transacción en el mercado.

Ademas, Fennell propone agregar dos requisitos adicionales a la prescripción positiva. El primero referente a que el poseedor tiene que saber que está ocupando la propiedad sin tener el título y el segundo que el poseedor debe documentar su conocimiento (i.e. dando una oferta de compra respecto al bien).

[62] Fennel, Lee Anna, *Efficient Trespass: The Case for Bad Faith Adverse Possession*, University of Chicago Law School Chicago Unbound, 2006, p. 1041

Por último, los autores Bouckaert y De poorter[63] retoman el argumento anterior que propone distinguir al poseedor de buena fe de aquél de mala fe, fijando tiempos distintos de posesión. Bouckaert y De poorter introducen un elemento de análisis adicional que pone en cuestionamiento el argumento anterior. Los autores exponen que si bien la distinción entre poseedor de buena y mala fe pareciera ser benéfica en principio, nos encontramos frente a un problema: la dificultad de probar la intención del poseedor. En otras palabras, los autores ponen en manifiesto que las ventajas de fijar periodos de posesión distintos para los casos de mala fe y buena fe (los cuales han sido justificados únicamente por argumentos sociales y no económicos), tienen que ser considerados a la luz de los costos y la dificultad que implica probar la mala fe del poseedor. Sobretodo considerando que la buena fe del poseedor siempre se presume y por ende le corresponde al propietario probar la mala fe de quien posee.

4) Conclusión

Recapitulando, podríamos agrupar los distintos argumentos expuestos. El primer autor, Helmholz, parece ser el punto de partida de los argumentos expuestos. El autor introduce la problemática de la prescripción positiva: la

[63] Bouckaert, Depoorter, *Adverse Possession-Title Systems*, Ghent University, University of California, 1999, pp. 26-28.

discrepancia en cuanto a la doctrina y las resoluciones en torno a la buena o mala fe del poseedor. Partiendo de esta problemática, se desprende el tema que requiere de un tratamiento distinto: la intención del poseedor. De lo anterior, podemos agrupar las posturas de los autores en tres grupos.

El primer grupo estaría compuesto por Thomas Merrill y Miceli y Sirmans quienes sostienen que con la finalidad de otorgar la prescripción positiva tanto a los poseedores de buena como de mala fe, debemos reconocer una regla de responsabilidad que obligue al poseedor a compensar económicamente al propietario por el bien.

El segundo grupo lo integraría Richard Epstein quien sostiene que desde un enfoque moral, sería conveniente fijar un periodo de limitación distinto para los poseedores de buena fe y aquellos poseedores de mala fe. Lo anterior, porque desde su perspectiva, los segundos representan una amenaza para la sociedad.

El tercer grupo estaría representado por Fennell con la idea de que idealmente únicamente los poseedores de mala fe deberían de poder usucapir bajo ciertas condiciones mencionadas en el apartado precedente.

Respecto a Ellickson, el autor grafica los costos de las partes involucradas así como los costos totales en la prescripción positiva con la finalidad de fijar la temporalidad de

posesión sin distinguir entre los casos de poseedores de buena o mala fe.

Por último, Bouckaert y De Poorter hacen énfasis en considerar los altos costos y la dificultad (imposibilidad en algunos casos) que implica probar la mala fe del poseedor.

En conclusión, es evidente que no existe consenso en los argumentos del AED respecto al tratamiento que debe darse a los poseedores de mala fe en comparación a los poseedores de buena fe en la prescripción positiva.

Capítulo IV. AED ¿Qué variables consideramos que tendrían que adoptarse?

1) Análisis y crítica de los argumentos del AED.

Una vez expuestos los principales argumentos de los doctrinarios que se han enfocado en analizar desde un enfoque de eficiencia la figura de la prescripción positiva, el propósito de este capítulo es exponer mi propuesta de legislación de la prescripción positiva de manera Pareto eficiente.

Para proponer lo anterior, la estructura del presente capítulo es la siguiente. Primero, me enfocaré en plantear una crítica a los argumentos expuestos en el capítulo anterior. Después, pasaré a plantear mi propuesta de cómo debe regularse la prescripción positiva de manera Pareto eficiente.

En el segundo capítulo llegamos a la conclusión que los elementos de la prescripción positiva que difieren de manera importante entre los sistemas de *common law* y derecho codificado son la intención del poseedor y la temporalidad de la posesión. Posteriormente, el tercer capítulo, al plantear los argumentos del análisis económico del derecho, tenía como finalidad determinar si el AED permite llegar a un consenso respecto a la diferencia de la intención y la temporalidad de la usucapión. La conclusión fue que no existe consenso entre los propios doctrinarios referente al tratamiento que debe darse a los poseedores de buena y de mala fe.

Por lo que concierne al artículo de Fennell, la autora presenta propuestas novedosas sobre cómo debería de ser entendida la prescripción positiva al afirmar que la prescripción positiva debería operar únicamente en los casos del poseedor de mala fe. La autora argumenta lo anterior con herramientas de eficiencia, toda vez que considera que el bien debe asignarse a la parte que mayor valor le da al mismo. Adicionalmente, Fennell, al sostener que debería incluirse el requisito a la prescripción positiva de que el poseedor debe de hacer público o notorio su intención de convertirse en propietario del bien por medio de una oferta de compra al propietario, la autora propone un cambio radical a la figura de tal suerte que de adoptar sus propuestas, la prescripción positiva perdería su naturaleza jurídica y se trataría de una figura completamente distinta.

El doctrinario Epstein sostiene que es relevante distinguir al poseedor de buena fe frente al poseedor de mala fe. Lo anterior lo sustenta con un argumento moral y carece de argumentos de eficiencia u objetivos para hacer esta distinción.

Ellickson si bien menciona que podría fijarse dos límites de tiempo, su análisis arroja que cualquier periodo entre 5 y 15 años minimiza costos sin importar si el poseedor actuó de buena o mala fe.

La propuesta de Merrill consiste en establecer una regla de responsabilidad para el propietario en los casos de

prescripción positiva de mala fe para compensar económicamente al propietario. Lo anterior lo propone como una solución a la discrepancia que existe entre la teoría y la práctica en las cortes de Estados Unidos expuesta por Helmholz. Es decir, busca plantear una posible solución para que los jueces opten por otorgar la prescripción positiva incluso en los casos de mala fe. En otras palabras, el argumento tiene como finalidad dotar de "justicia" a la figura para que los jueces la otorguen. No obstante, el argumento carece de un sustento de eficiencia que apoye la propuesta.

En conclusión, cada autor expone una posible alternativa al tratamiento de la figura, no obstante, sostengo, que no existen argumentos de eficiencia que desde un análisis objetivo sostengan que debe darse un tratamiento distinto al poseedor de mala fe frente al poseedor de buena fe en los casos de prescripción positiva. Así, aquellos que sostienen que el poseedor de mala fe debe ocupar el bien por un periodo de tiempo mayor que el poseedor de buena fe o que debe compensar económicamente al propietario, sustentan su argumento en cuestiones meramente morales.

En adición a lo anterior, es interesante analizar de igual forma los altos costos que implica distinguir entre buena y mala fe, es decir, lo difícil o incluso imposible que es determinar la intención de una persona. Micelli y Sirmans, Merrill y

Bouckaert y Depoorter coinciden en esta cuestión: al distinguir entre poseedor de buena y mala fe, nos enfrentamos a una tarea complicada. Esta tarea consiste en la dificultad y lo costoso de probar la intención de otro sujeto: en este caso, la mala fe del poseedor.

2) Propuesta de legislación eficiente de la prescripción positiva.

En síntesis la propuesta consiste en que es Pareto eficiente no distinguir entre poseedores de buena y mala fe en la prescripción positiva siempre que en los casos de poseedores de mala fe que finjan ser de buena fe, los costos de distinguir (para el propietario) sean mayores a la probabilidad de que el Juez resuelva de manera correcta por el beneficio del propietario.

Con la finalidad de ilustrar mi postura (es decir, proponer una metodología que nos pueda llevar a plantear una legislación que eficiente en el sentido de Pareto) voy a exponer tres escenarios distintos en donde consideremos la situación del poseedor, del gobierno (poder judicial) y del propietario. Lo anterior debido a que estos tres agentes son parte en un caso de prescripción positiva y la eficiencia según Pareto[64] se consigue una vez que en determinada situación no es posible mejorar la situación de una de las partes sin afectar a otra de las partes.

[64] Una situación es eficiente en el sentido de Pareto cuando no es posible mejorar a una de las partes sin afectar a otra parte.

Es relevante aclarar que mi propuesta va encaminada a encontrar el bienestar de las partes en un caso de prescripción positiva: poseedor, propietario y poder judicial. Una vez determinado lo anterior, la suma del bienestar de las partes da como resultado el bienestar social.

I. Escenario #1

En un primer supuesto asumo que todos los poseedores son de buena fe y que existe información perfecta para todos los agentes. Es decir, el propietario sabe que en el escenario donde todos los poseedores son de buena fe, los jueces dictarán sentencia favoreciendo a los poseedores.

En este caso, evidentemente, el poseedor de buena fe optaría siempre por entablar una demanda de usucapión en el año 5. Lo anterior debido a que existe información perfecta y los agentes conocen la posibilidad de usucapir a partir del quinto año.

En cuanto al gobierno, al fijar la temporalidad en 5 años y no distinguir entre buena y mala fe, el poder judicial se encuentra en una mejor posición que antes porque ya no debe incurrir en los costos y la complejidad de determinar la intención de una de las partes. Es decir, los tribunales incurren en costos significativos al conocer de casos de prescripción positiva en los que el propietario tiene la carga de la prueba respecto a la intención del poseedor y es el juez el que debe

resolver (considerando las pruebas presentadas por el propietario) si considerar al poseedor de buena o de mala fe. Podría pensarse que en un periodo de tiempo de 5 años el gobierno recibiría un mayor número de casos. Aún así, el gobierno siempre se encontraría en una mejor situación cuando el costo de conocer un determinado número de casos de prescripción positiva sea menor que el costo que incurren los jueces en realizar un análisis de determinar si el propietario logró probar la mala fe del poseedor.

En cuanto al propietario, éste siempre estaría en una mejor situación si los costos de hacer la distinción y probar la intención del poseedor son mayores al beneficio de distinguir entre poseedor de mala fe y buena fe. En este supuesto, asumiendo que el propietario cuenta con información perfecta, él sabe que en todos los casos los jueces van a dictar sentencia otorgando la usucapión a los poseedores. Así, los propietarios siempre optarían por no incurrir en el costo de probar la mala fe, pues los costos de esto serían evidentemente mayores a los beneficios.

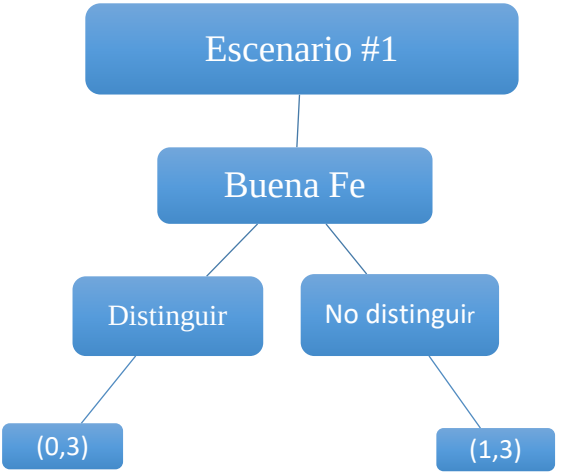
Dicho lo anterior, la conclusión es que en el primer escenario (donde todos los poseedores son de buena fe) los tres agentes: poseedor, gobierno y propietario, se encuentran en una mejor situación si la prescripción positiva se legisla sin distinguir entre buena y mala fe: los poseedores se mantienen

en la misma situación de bienestar, el poder judicial incurre en un costo menos y de igual forma el propietario no incurre en el costo de distinguir. Por ende, en esta situación, es eficiente en el sentido de Pareto, no hacer una distinción entre poseedores de buena o mala fe y fijar una temporalidad de posesión de 5 años.

Es relevante destacar que en este ejercicio, el poseedor es el que determina la temporalidad con base en su beneficio y el propietario es el que determina si es eficiente o no realizar la distinción entre buena o mala fe, también con base en su beneficio.

Para ilustrar el escenario planteado voy a recurrir a la Teoría de Juegos, la cual es una rama de la economía que estudia la toma de decisiones cuando interactúan varios agentes.

Para efectos de este escenario supongamos que existen tres valores: 0,1 y 3. El valor 0 representa el beneficio del agente cuando éste pierde la propiedad y además incurre en el costo de intentar probar la mala fe del poseedor. El valor 1 representa el beneficio del agente cuando éste pierde y no incurre en el costo de probar la mala fe del poseedor. El valor 3 representa el beneficio del agente cuando gana. Por último, el valor de los agentes está representado por (x, y) en donde x= beneficio del propietario, y= beneficio del poseedor.



Fuente: elaboración propia.

El resultado de este diagrama es que el poseedor siempre obtiene un beneficio de 3 ya sea que el propietario opte por distinguir o no toda vez que en el caso de poseedores de buena fe, éstos siempre obtendrán sentencia favorable. En cambio, el

propietario obtiene un beneficio de 0 cuando opta por distinguir y un beneficio de 1 cuando decide no distinguir, pues en ambos casos el poseedor pierde el bien. En otras palabras, el propietario siempre está mejor en la situación en la cual no distingue. En conclusión, la solución eficiente según Pareto es aquella en la que los agentes se encuentran mejor y en este caso, la solución eficiente es aquella en la cual el propietario no distingue y obtiene un beneficio de 1 (pierde el bien, pero no incurre en el costo de probar mala fe) y el poseedor un beneficio de 3 (gana el bien).

II. Escenario #2

Ahora bien, en el segundo supuesto asumo que todos los poseedores son de mala fe. Así, entendemos que los poseedores intentarían un juicio de prescripción positiva a partir del año 10 toda vez que asumimos que existe información perfecta y saben que van a obtener sentencia favorable.

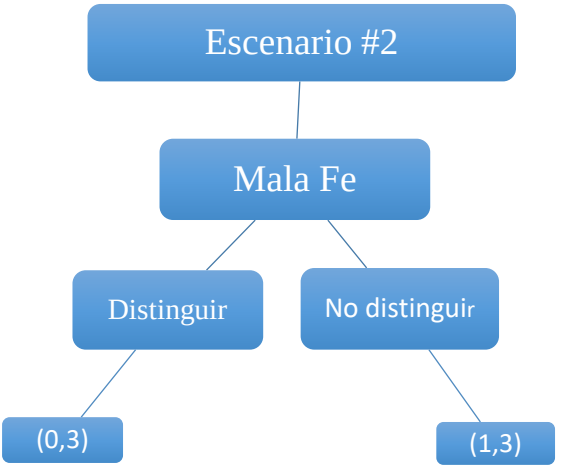
Por parte del gobierno, sería el mismo supuesto que en el caso anterior: el gobierno estaría en una mejor situación siempre que los costos de recibir un mayor número de casos de prescripción positiva sea menor al costo de incurrir en la tarea de distinguir y decidir si se trata de un poseedor de mala o de buena fe.

Respecto al propietario, existe la misma cuestión que en el supuesto anterior: si el beneficio de distinguir es mayor que

el costo de distinguir, entonces el propietario prefiere distinguir. En este caso, recordando que los poseedores de mala fe demandaron en el año 10, el beneficio de distinguir por parte del propietario es menor que los costos pues en estos casos el propietario cuenta con información perfecta y sabe que en el año 10, los poseedores, al haber cumplido con los requisitos objetivos y subjetivos de la prescripción positiva, van a ganar el juicio.

Entonces, en los casos de este escenario, la solución eficiente es que el propietario no incurra en la tarea de distinguir cuando los poseedores van en el año 10 a entablar una demanda de prescripción positiva.

Para efectos de este escenario supongamos que existen tres valores: 0,1 y 3. El valor 0 representa el beneficio del agente cuando éste pierde la propiedad y además incurre en el costo de intentar probar la mala fe del poseedor. El valor 1 representa el beneficio del agente cuando éste pierde y no incurre en el costo de probar mala fe. El valor 3 representa el beneficio del agente cuando gana. Por último, el valor de los agentes está representado por (x, y) en donde x= beneficio del propietario, y= beneficio del poseedor.



Fuente: elaboración propia.

En el escenario #2, el poseedor está en la misma situación independientemente de si el propietario opta por distinguir o no distinguir, es decir, el poseedor siempre obtiene un beneficio de 3 porque en ambos casos gana el bien. En cambio, el poseedor siempre está en una mejor situación cuando decide no distinguir toda vez que obtiene un beneficio de 1 frente al beneficio de 0 que obtendría cuando opte por distinguir, ya que en ambos casos el propietario pierde el bien frente al poseedor.

III. Escenario #3

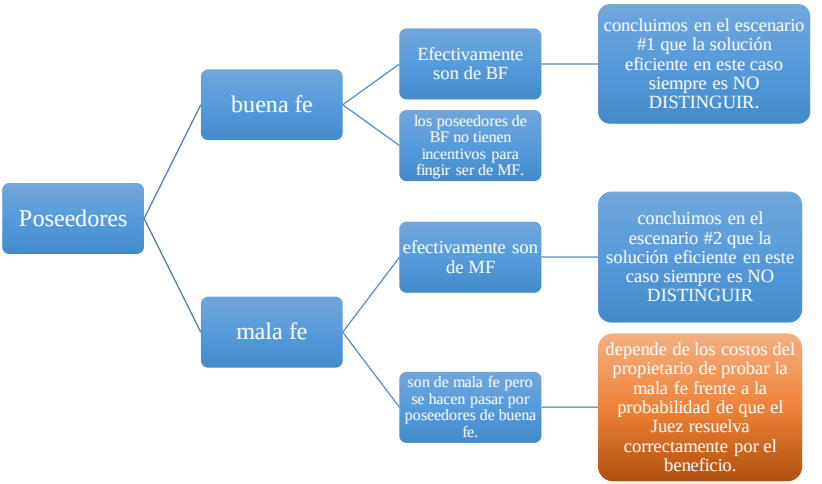
Recapitulando, en el escenario #1 expuse una situación en la que todos los poseedores son de buena fe (caso extremo) y en el escenario #2 expuse la situación en la que todos los

poseedores son de mala fe (caso extremo). En ambos casos, los poseedores no están mintiendo respecto a su intención, es decir, aquellos que son de buena fe acuden como tal y aquellos que son de mala fe acuden como poseedores de mala fe.

Ahora, los poseedores de buena fe nunca tienen incentivos para mentir y decir que son poseedores de mala fe. No obstante, existe la posibilidad de que algunos poseedores de mala fe sí mientan e intenten ir en el año 5 a solicitar la prescripción positiva como poseedores de buena fe.

Para ilustrar lo anterior la siguiente figura expone las 4 situaciones. La primera situación es el caso del poseedor de buena fe que efectivamente es de buena fe y acude ante el juez y obtiene sentencia favorable. En este caso, la solución eficiente es no distinguir ya que tanto el poder judicial como el propietario estarían en una mejor situación (esto quedó probado en el escenario #1 expuesto anteriormente). La segunda situación es el supuesto que los poseedores de buena fe mientan y finjan ser poseedores de mala fe, lo cual, no ocurriría pues los poseedores de buena fe no tienen ningún incentivo para hacerse pasar como poseedores de mala fe. El tercer supuesto es de poseedores de mala fe que efectivamente acuden con tal intención y obtienen sentencia favorable. En este caso tanto el poder judicial como el propietario se encuentran en una mejor situación si no distinguen (esto quedó probado en el escenario

#2 expuesto anteriormente). El cuarto supuesto es el que no he desarrollado y me enfocaré a explicar en este capítulo: es el supuesto en el cual algunos poseedores de mala fe optan por mentir y hacerse pasar por poseedores de buena fe.



Fuente: elaboración propia.

Ahora bien, en este cuarto supuesto (recuadro color naranja), existe la posibilidad de que ciertos poseedores que son de mala fe se hagan pasar en juicio como poseedores de mala fe. La idea de esto es que la buena fe siempre se presume, y por tanto, le corresponde al propietario probar la mala fe del poseedor[65]. Así, el poseedor intentaría obtener la prescripción

[65] Código Civil para la Ciudad de México. Artículo 807. "La buena fe se presume siempre; al que afirme la mala fe del poseedor le corresponde probarla."

positiva como poseedor de buena fe pues conoce el costo y la dificultad que implica para el propietario probar la mala fe del poseedor. Por lo tanto, sabe que existe la posibilidad de usucapir bajo los requisitos del poseedor de buena fe, el cual, exige una menor temporalidad.

Es necesario, al igual que en el escenario #1 y escenario #2, determinar si efectivamente en este supuesto (un poseedor de mala fe que miente y se ostenta como poseedor de buena fe) es eficiente no distinguir entre poseedores de buena y de mala fe. Para poder determinar lo anterior, es necesario considerar dos variables: el costo del propietario de intentar probar la mala fe del poseedor y la probabilidad de que el Juez (en el caso concreto) resuelva de manera correcta valorando las pruebas.

Por ejemplo, imaginemos que un poseedor de mala fe acude en el año 5 ante un juez y entabla una demanda de usucapión. El razonamiento del poseedor es que el propietario no va a tener elementos suficientes para probar su mala fe, o de tenerlos, el costo en el que incurriría para probarlos es altísimo. Además, suponiendo que el propietario intente probar la mala fe del poseedor, aún queda que el juez valore de manera correcta las pruebas y dicte sentencia conforme a las mismas. Por todo esto, el poseedor decide arriesgarse e intentar en el año 5 obtener la propiedad.

Ahora bien, para determinar si en estos casos es eficiente no realizar la distinción entre buena fe y mala fe necesitamos realizar un análisis. Si el costo en el que incurre el propietario para probar la mala fe es mayor que la probabilidad de que el Juez resuelva de manera correcta por el beneficio, entonces la solución eficiente es no distinguir. En cambio, si el costo de probar la mala fe del poseedor es menor a la probabilidad de que el Juez resuelva de manera correcta por el beneficio, entonces la solución eficiente es sí distinguir.

Es decir:

si $C > PxB \rightarrow ND$, y

si $C < PxB \rightarrow D$

en donde C = costo del propietario de distinguir, P= probabilidad de que el Juez resuelva correctamente, B= beneficio del propietario, ND= no distinguir y D= distinguir.

Para determinar de manera objetiva y precisa en cual de los dos supuestos estamos planteados es necesario realizar un análisis de todos los casos de prescripción positiva que se han presentado en las entidades federativas en México.

Por razones de tiempo y espacio, el objetivo de mi tesina no es realizar un análisis exhaustivo de todos los casos de prescripción positiva, sino plantear una metodología que

permita llegar a una propuesta de legislación eficiente a la usucapión.

La metodología planteada se puede resumir de la siguiente forma: en los casos de prescripción positiva en los cuales los poseedores sean de buena fe, la solución eficiente es no hacer una distinción; en los casos de prescripción positiva de mala fe la solución eficiente es de igual forma no distinguir; en los casos de poseedores de mala fe que pretenden ser de buena fe, la solución eficiente es no distinguir cuando los costos de distinguir son mayores al beneficio esperado (la probabilidad de que el Juez resuelva de manera correcta por el beneficio) y la solución eficiente es distinguir cuando los costos del propietario son menores al beneficio esperado (la probabilidad de que el Juez resuelva correctamente por el beneficio).

En el supuesto en el que los costos del propietario de probar la mala fe sean mayores a la probabilidad de que el juez valore correctamente las pruebas y resuelva de manera objetiva por el beneficio del propietario, entonces, la propuesta eficiente de legislación de la prescripción positiva es eliminar la distinción entre poseedores de buena y de mala fe y darle el mismo tratamiento a ambos.

Adicionalmente, sería interesante realizar un análisis exhaustivo en futuros trabajos de investigación respecto a los casos de prescripción positiva en México con la finalidad de

determinar la forma en la que los jueces han valorado las pruebas y han otorgado la prescripción positiva.

Capítulo V. Conclusiones.

La prescripción positiva, como una forma de adquirir la propiedad, ha sido utilizada desde el derecho romano hasta los sistemas actuales tanto de *common law* como de derecho civil.

Con la finalidad de describir la prescripción positiva en México (sistema de derecho codificado) y Estados Unidos (sistema de *common law)* presenté una sección de antecedentes históricos de ambos sistemas así como un breve análisis de la legislación y los pronunciamientos por parte de los tribunales. Posteriormente, plantee las finalidades de la figura, las cuales coinciden en ambos sistemas.

Una vez desarrollada la sección descriptiva de la figura, pasé a analizar las diferencias entre sistemas respecto a la prescripción positiva. Con la finalidad de ejemplificar lo anterior, se presentó la legislación de la prescripción positiva en México (en las 32 entidades federativas) así como en Estados Unidos (en 3 estados específicos: Luisiana, Maine y Connecticut) y se llegó a la conclusión que la diferencia radica en el elemento subjetivo de la figura: la intención del poseedor (buena o mala fe).

Posteriormente con la idea de encontrar argumentos objetivos del análisis económico del derecho que pudieran

ayudarnos a consolidar las diferencias planteadas anteriormente, expusimos los principales argumentos de autores del AED que plantean un tratamiento de "eficiencia" referente a la buena o mala fe del poseedor y llegamos a la conclusión que no existe consenso entre los doctrinarios del AED acerca de la forma en la que debe tratarse la intención de los poseedores.

Finalmente, en el cuarto capítulo, realicé una breve crítica a los argumentos del análisis económico del derecho y concluí que no existen argumentos objetivos o de eficiencia que justifiquen establecer un periodo de tiempo de posesión menor para los poseedores de buena fe frente a los poseedores de mala fe.

En otras palabras, los argumentos en los que se sostiene lo anterior son argumentos sociales o morales y carecen de todo análisis de eficiencia.

Teniendo en mente lo anterior, procedí a plantear una metodología que al aplicarse permite llegar a una propuesta eficiente de la prescripción positiva. Esta propuesta consiste en lo siguiente: es Pareto eficiente no distinguir entre poseedores de buena y mala fe en la prescripción positiva siempre que en los casos de poseedores de mala fe que finjan ser de buena fe, los costos de distinguir (para el propietario) sean mayores a la

probabilidad de que el Juez resuelva de manera correcta por el beneficio del propietario.

En conclusión, sería relevante acudir a un análisis exhaustivo de todos los casos de prescripción positiva en México con la finalidad de verificar el último supuesto (poseedores de mala fe que mienten y se ostentan como poseedores de buena fe). Una vez hecho lo anterior, sería posible plantear una legislación eficiente de manera concreta y detallada.

De este modo, el alcance de mi tesina es la propuesta de la metodología, la cual, toma en consideración los posibles escenarios que se presentan en los casos de prescripción positiva y plantea las condiciones bajo las cuales sería eficiente legislar la prescripción positiva en México dándole el mismo tratamiento a los poseedores de buena y de mala fe. Así, tanto poseedores como los propietarios y el poder judicial estarían en una mejor situación. En consecuencia, la suma del bienestar de las partes da como resultado un incremento en el bienestar social.

Referencias bibliográficas

AGUILAR, José, *El análisis económico del derecho de propiedad: una aproximación*, España, Universidad Complutense de Madrid, 2009.

ALVARADO, Joaquín, *La Usucapión como modo de adquirir la propiedad en el derecho romano y su influencia en la legislación civil latinoamericana*, Venezuela, Universidad de Carabobo.

ANDERSON, Craig, *Roman Law Essentials*, Edinburgh University Press, 2009.

BARBER, Ross, *Usucaption and Theft at the time of the Twelve Tables*, Sydney Law Review, 2019.

BOUCKAERT, DEPOORTER, *Adverse Possession- Title Systems*, Ghent University, University of California, 1999.

CABANILLAS, María, *Derecho Romano, Usucapión, Justo Título*, Madrid, 2014.

COOTER, Ulen, *Derecho y economía*, México, Fondo de Cultura Económica, *2016.*

Código Civil para la Ciudad de México, 1928, México.

Código Civil para el Estado de Aguascalientes, 1947, México.

Código Civil para el Estado de Baja California, 1974, México.

Código Civil para el Estado de Baja California Sur, 1996, México.

Código Civil para el Estado de Campeche, 1942, México.

Código Civil para el Estado de Coahuila, 1999, México.

Código Civil para el Estado de Colima, 1954, México.

Código Civil para el Estado de Chiapas, 1938, México.

Código Civil para el Estado de Chihuahua, 1974, México.

Código Civil para el Estado de Durango, 1948, México.

Código Civil para el Estado de Guanajuato, 1967, México

Código Civil para el Estado de Guerrero, 1993, México.

Código Civil para el Estado de Hidalgo, 1940, México.

Código Civil para el Estado de Jalisco, 1995, México.

Código Civil para el Estado de México, 2002, México.

Código Civil para el Estado de Michoacán, 1936, México.

Código Civil para el Estado de Morelos, 1945, México.

Código Civil para el Estado de Nayarit, 1981, México.

Código Civil para el Estado de Nuevo León, 1935, México.

Código Civil para el Estado de Oaxaca, 1944, México.

Código Civil para el Estado de Puebla, 1984, México.

Código Civil para el Estado de Querétaro, 1950, México.

Código Civil para el Estado de Quintana Roo, 1980, México.

Código Civil para el Estado de San Luis Potosí, 1946, México.

Código Civil para el Estado de Sinaloa, 1940, México.

Código Civil para el Estado de Sonora, 1949, México.

Código Civil para el Estado de Tabasco, 1997, México.

Código Civil para el Estado de Tamaulipas, 1986, México.

Código Civil para el Estado de Tlaxcala, 1976, México.

Código Civil para el Estado de Veracruz, 1932, México.

Código Civil para el Estado de Yucatán, 1993, México.

Código Civil para el Estado de Zacatecas, 1986, México.

DE LA MATA, GARZON, *Bienes y Derechos Reales,* Editorial Porrúa, México, 2005.

DODE, Silvana, "*Justification of Acquistive Prescription in the Civil Law System. Why is it not an uncompensated deprivation?,* European Journal of Interdisciplinary Studies,

DODE, Silvana. *Justification of Acquisitive Prescription in the Civil Law System. Why is it not an Uncompensated Deprivation?,* European Journal of Interdisciplinary Studies, State University, Tirana, 2015.

DUXBURY, Neil, *Acquisitive prescription and fundamental rights,* University of Toronto Law Journal, Canada, 2016.

ELLICKSON, Robert, *Adverse Possession and Perpetuities Law: Two Dents in the Libertarian Model of Property*

Rights, Estados Unidos, Washington University Law Review, 1986.

EPSTEIN, Richard, *Past and Future: The Temporal Dimension in the Law of Property*, Estados Unidos, Washington University Law Review, 1986.

FENNEL, LEE Anna, *Efficient Trespass: The Case for Bad Faith Adverse Possession*, Estados Unidos, University of Chicago Law School Chicago Unbound, 2006.

GARCIA, ZAVALA, *El análisis económico del derecho como herramienta para el diseño normativo La propuesta de Reglamento de Gas LP*, México, CIDE, 2008.

GELTER, GRECHENIG, *History of Law and Economics*, Alemania, Mak Planck Institute for Research on Collective Goods, 2014.

HELMHOLZ, Richard, *Adversse Possession and Subjective Intent*, Washington, University of Chicago Law School Chicado Unbound, 1983.

IGLESIAS, Juan, *Derecho Romano*, 18ª. ed., Madrid, Fundación Juan Iglesias, 2010.

MERRILL, Thomas, *Property Rules, Liability Rules and Adversse Possession*, Estados Unidos, Northwestern University Law Review, 1986.

MONTERO, César, *"La Usucapión en el Derecho mexicano" Temas de DERECHO CIVIL en homenaje al doctor Jorge Mario Magallón Ibarra*, México, UNAM, 2011.

NETTER, HERSCH, MANSON, *An Economic Analysis of Adversse Possession Statutes*, Estados Unidos, International Review of Law and Economics, 1986.

O´CALLAGHAN, Xavier, *Compendio de derecho civil,* Editorial Universitaria Ramón Areces, Tomo III.

OPALA, Marian, *Praescriptio Temporis and its relation to prescriptive easements in the Anglo-American Law,* Tulsa L.J., 1971.