

UN INTERESANTE CASO DE USUCAPIÓN Y SU PROBLEMÁTICA PROBATORIA. SU REGULACIÓN EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL 2012¹. COMENTARIO A FALLO

Por Rodrigo Padilla.

Sumario: 1) Sobre el caso que comento. 2) Naturaleza jurídica de la posesión y la materia probatoria implicada. 3) La posesión (y la prescripción) desde el punto de vista registral. Posibles conflictos entre el Registro y la realidad extra registral. 4) ¿Cómo está legislada la prescripción adquisitiva en el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012?

1) Sobre el caso que comento.

El fallo que comento trata sobre una cuestión de suma trascendencia jurídica y social. Con una buena dosis de la mejor doctrina -tanto clásica, cuanto moderna- resuelve un conflicto de prescripción adquisitiva o usucapión. Y lo hace en contra de quien decía ser poseedor por más de treinta años por no haber probado adecuadamente dicho extremo: la misma posesión que fundamentaba su derecho y que pretendía convertirla en dominio. No voy a reiterar ni tratar en este comentario temas ya abordados con profundidad en la sentencia. Simplemente resaltaré la naturaleza jurídica de la posesión y el problema probatorio implicado. Además de ello, haré una breve mención a los posibles conflictos que pueden suscitarse entre lo que declara el Registro y lo que sucede en la realidad extra registral. Para finalizar abordaré someramente el asunto desde la óptica del último Proyecto de Código unificado que tiene actual tratamiento parlamentario.

2) Naturaleza jurídica de la posesión y la materia probatoria implicada.

Todos recordaran la famosa polémica -muchas veces sobredimensionada- entre Ihering y Savigny respecto de la naturaleza jurídica de la posesión. El primero sostenía que la posesión era un derecho, específicamente un derecho real. Ello lo deducía de su particular visión acerca del Derecho: al ser la posesión un interés jurídicamente protegido -principalmente mediante las acciones posesorias que tienden a tutelarla-, necesariamente la posesión tiene

¹ Puede verse este trabajo publicado con el título de “La usucapión y su problemática probatoria. Su regulación en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012”, Revista *La Ley* del 13 de junio de 2013, págs. 5 y s.s. (Tomo 2013-C).

que ser un derecho. Por su parte Savigny proclamaba que la posesión era un hecho, un hecho que genera consecuencias jurídicas.

Una buena parte de la doctrina civilista argentina sostuvo que Vélez Sársfield se pronunció a favor de la tesis de Savigny (argumentando, por ejemplo, que no mencionó a la posesión en el art. 2503 ni en el 2614, e incluso al predicar expresamente que “El hecho de la posesión...” -conf. art. 2470 CC-), más allá de lo señalado en las notas hechas a los arts. 2351 y 2470². Incluso algunos afirman que Vélez no llegó a conocer las obras de Ihering al ni siquiera estar traducidas al francés en la época de la redacción del Código - y sosteniendo que desconocía el alemán-. En cambio Savigny -sobre todo a través del Esbozo de Freitas- fue ampliamente conocido y seguido por el gran Vélez.

Por mi parte me sumo a tal postura que ve en la posesión ante todo un hecho, un *factum* -un “señorío fáctico” al decir del maestro López de Zavalía- del cual derivan consecuencias jurídicas.

Como consecuencias relevantes derivadas de la posesión, o mejor dicho “funciones” de la misma, cabe recordar que: a) en primer lugar la posesión es el **contenido de un derecho**, “porque es uno de los aspectos más importantes de los derechos reales que se ejercen por la posesión, en cuanto constituye el medio indispensable para realizar todos los fines prácticos de aquellos que, sin la posesión, quedarían vacíos de contenido útil. b) Es **requisito para el nacimiento de un derecho**. Así, tanto en la tradición (art. 577) como en la prescripción adquisitiva (arts. 3999, 4015 y 4016 bis) y en la ocupación (arts. 2525 y 2527), la posesión se presenta como exigencia ineludible a la adquisición de derechos reales. c) Es **fundamento de un derecho**: La posesión en sí misma, independientemente de que esté respaldada por un título es protegida de toda turbación o privación aun en contra del mismo propietario. Es lo que consagra la primera parte del art. 2469 Código Civil”³.

² Sobre este punto y las distintas opiniones vertidas puede verse con provecho la excelente obra -ya clásica- de LLAMBIAS, Jorge y Joaquín – ALTERINI, Jorge H., *Código Civil Anotado. Doctrina – Jurisprudencia, Tomo IV-A. Derechos Reales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981, comentario a los arts. 2351 y 2352, págs. 75 y s.s.

Por cierto que el último Proyecto de Código unificado en su artículo 1909 expresa que “Hay posesión cuando una persona, por sí o por medio de otra, ejerce un **poder de hecho** sobre una cosa, comportándose como titular de un derecho real, lo sea o no”. Estimo que esta disposición es compatible con la doctrina que sostengo, tal que la posesión es, ante todo, un “hecho”, una situación fáctica.

³ Conf. PADILLA, René E., *Manual de Derechos Reales*, tomo I, UNSTA, Tucumán, 2011, pág. 153.

Pues bien, siendo la posesión ante todo un “hecho”, la misma puede probarse por cualquier medio. Esta cuestión fue muy bien tratada en la sentencia. También es acertado destacar que la sola declaración testimonial resulta insuficiente para acreditar esta situación fáctica⁴. Máxime si las declaraciones brindadas no son coincidentes en un aspecto básico (la fecha en la cual comenzó la posesión que se dice ostentar) y sobre todo si resulta abiertamente contradicha por otras probanzas de mayor entidad probatoria (actas de constatación, informes, etc.). De estas últimas pruebas surge en forma indubitable que la propiedad que se pretendía usucapir estaba totalmente abandonada (destruida, desocupada, etc.).

Ante tal panorama no cuadraba otra resolución al Tribunal que rechazar la pretensión esgrimida, confirmando la sentencia de Grado que tampoco hizo lugar a la prescripción. En este punto también coincido con el resultado arribado. La orfandad probatoria, las dudas que generan las propias pruebas testimoniales e informativas producidas por la parte actora, no pueden sino perjudicar a quien debía con toda contundencia demostrar ese hecho capital. El no hacerlo adecuadamente conlleva al fracaso de la acción.

3) La posesión (y la prescripción) desde el punto de vista registral. Posibles conflictos entre el Registro y la realidad extra registral.

Me parece oportuno tratar en esta oportunidad un tema que a veces pasa un tanto desapercibido. Me refiero al enfoque que puede hacerse de la posesión (y de la propia usucapión), desde la óptica registral.

No voy a insistir en algo tan elemental en el sentido que con la creación de los Registros -cuyo primer antecedente conocido corresponde a la ciudad de Colonia (Alemania), Parroquia de San Martín, año 1135⁵- se ayudó considerablemente a afianzar el valor seguridad jurídica, en su doble proyección estática (o individual) y dinámica (o general, aquella que protege el tráfico jurídico, el comercio y el crédito)⁶.

⁴ A lo largo de la historia se ha desconfiado de la prueba testimonial. Véase al respecto -y sin necesidad de acudir al Derecho romano o al antiguo Derecho francés- lo predicado por Vélez en el art. 1193 del Código Civil. Allí claramente establece un requisito formal -la forma escrita- y realiza una exclusión probatoria -la prueba testimonial-.

⁵ Entre tantos, ver LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Curso introductorio al Derecho Registral*, Víctor P. de Zavallia Editor, Buenos Aires, 1983, pág. 116.

⁶ Sobre este punto puede consultarse MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *Publicidad Registral*, Advocatus, Córdoba, 2 ed. corregida, 1997, págs. 18 y s.s.

También es ampliamente conocido que el nuevo requisito agregado a la teoría del título y el modo, esto es la inscripción registral, es a los efectos de perfeccionar un acto que ya había nacido entre las partes (conf. art. 2505 del Cód. Civ.). Para lograr una oponibilidad *erga omnes*. No voy a tratar esos temas pues explicar la “oponibilidad”, o clasificar a los “terceros” y discriminar aquellos para los cuales haría falta inscribir el negocio jurídico real, requeriría de un par de ediciones especiales de esta Revista...

Ahora bien, si me pregunto sobre si es posible una publicidad que no dimane del Registro, debo responder en forma afirmativa. Ello puesto que, como dijo mi padre y maestro⁷, primero existe una publicidad que opera “fuera” del Registro, la posesión. Luego está la publicidad que funciona “sin” el Registro, una publicidad ficta. Por ejemplo la que se da respecto del escribano y los testigos intervinientes en el acto, sin que el acto se haya registrado se considera para ellos, y para las partes -y sus sucesores-, publicitado. También existe otra publicidad que opera “sin” del Registro, referida al “conocimiento indirecto” que se haya podido tomar del acto aún no publicitado y que deba hacerse (se aplicaría como una sanción). Por supuesto que estos temas son controvertidos.

Y a esta altura la pregunta crucial sería si tiene virtualidad publicitaria la posesión en nuestros días.

Al respecto debo remarcar que la idea de Vélez Sársfield fue otorgarle tal función a la posesión, en puridad la “*traditio* posesoria” tenía, en el Código, una doble función: como “modo” constitutivo del derecho real y como publicidad del mismo.

Sin embargo, luego de la mentada reforma efectuada al artículo 2.505 (más la sanción de la ley 17.801) es claro que estado actual de la doctrina dista de ser pacífico. Por un lado se enrolan quienes sostienen que dicha función que originariamente tenía la tradición, ahora la tiene el Registro. Pero otros pregonan que aún hoy la posesión (adquirida por medio de la *traditio*) tiene esa función publicitaria, lo que podría generar un conflicto de publicidades: un enfrentamiento de un titular con posesión y otro con registración. Por mi parte considero acertada esta última interpretación.

⁷ PADILLA, René A., *Estudios de Derecho Civil y Registral Inmobiliario*, Ediciones El Graduado, Tucumán, 1996, págs. 79 y s.s.

Pues bien, sentado que puede existir una publicidad que no provenga del Registro, es fácil concluir que podrá estar en colisión con el mismo. Una situación publicitará el Registro y otra será lo que acontezca en la realidad. Qué mejores ejemplos que la **prescripción adquisitiva** para graficar estos enfrentamientos de la posesión con lo declarado por el Registro. Estamos así invitando a un instituto básico en nuestro Derecho en el cual el transcurso del tiempo -más la posesión efectiva- tiene importantísimas consecuencias.

Resaltaré que cuando el transcurso del tiempo tiene incidencia en el Registro se habla de prescripción “tabular”. Mientras que cuando todo sucede fuera de dicho ámbito será “extra” tabular.

A su turno la prescripción puede ser *secundum tabulas* cuando se trata de un titular inscripto que quiere acusar algún efecto en su derecho por el transcurso del tiempo. Sin embargo esta especie es desconocida en nuestro sistema inmobiliario. El sólo hecho de estar inscripto, más el transcurso del tiempo, no le hará adquirir el derecho real publicitado. En el sistema constitutivo del automotor, sí: quien figure inscripto como titular de un vehículo robado o hurtado durante dos años y sea de buena fe, adquiere su dominio (4016 bis Cód. Civ.).

Ahora bien, volviendo al sistema inmobiliario, si ese titular registrado tiene la *posesión* real y efectiva ¿puede adquirir el derecho real publicitado? Sí, puede adquirirlo. Es el tema de la prescripción corta: ese titular inscripto debe tener justo título⁸ -art. 4010 CC- y buena fe, más 10 años de posesión (art. 3999 CC). Claro que su título tiene que estar inscripto, de eso justamente se trata (*secundum tabulas*). En pocas palabras se trata de una venta a *non domino* o de una persona incapaz.

La prescripción contra tabulas es la de alguien que está fuera del Registro y controvierte el derecho del que figura registrado. Es el caso del poseedor que controvierte a quien figura como “dueño”; justamente se trata del asunto considerado en la sentencia comentada. Si tiene efectivamente la posesión durante 20 años, sin necesidad de justo título ni buena fe, resultará vencedor. Ello, no como un triunfo de la apariencia sobre la realidad, ni como

⁸ Y por adolecer de defectos de forma el boleto de compraventa no puede ser jamás considerado como “justo título”. Además esta situación obsta a la buena fe que se requiere al poseedor usucapiente. El Código Civil es por demás contundente -arts. 4009, 4010 y 4012-. En pocas palabras, el poseedor con boleto de compraventa no puede prescribir el dominio que posee por carecer tanto del justo título cuanto de la buena fe, requisitos ineludibles para la prescripción “corta”. Claro está, nada obsta a que acceda a la prescripción “larga”, importando poco contar con el mentado boleto y *bona fides*.

una sanción por el no uso de la propiedad⁹, sino simplemente pierde su derecho porque otro lo adquiere, y lo adquiere porque lo usó, lo ha explotado, ha extraído sus virtualidades durante un tiempo prolongado: ha ejercitado el derecho real de dominio aún contra del señor que figura como dueño en el Registro, quien sólo tiene una mera titularidad que la perderá¹⁰.

Así que *el Registro siempre podrá estar en colisión con lo que sucede en la realidad*, afuera. Y esto no es un problema sólo de los Registros declarativos, puesto que también los constitutivos tienen sus inconvenientes. Insisto, la posesión está en la calle, es una situación fáctica, puede mutar a diario, y jamás un Registro podrá reflejarla o aprehenderla del todo por más que pretenda tener acceso al mismo. Su misión radica en lo contrario: en la posibilidad de conocimiento -cognocibilidad- en todo tiempo o momento mirando siempre hacia adelante, al futuro y en general. Y la posesión es actual y particular. Necesariamente se pueden encontrar. Por suerte no siempre ni mucho menos.

4) ¿Cómo está legislada la prescripción adquisitiva en el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012?

Voy a terminar este comentario con una breve mención respecto de cómo está tratada la usucapión en el Proyecto 2012. Así, en materia de prescripción adquisitiva si bien el último Proyecto luce con novedades respecto del Código de Vélez, las mismas no son sustanciales. Además se podría sostener que muchas modificaciones estaban ya avaladas, en general, por la doctrina y jurisprudencia.

Se mantiene, en **materia de usucapión inmobiliaria, la prescripción larga y la breve**. Para la larga se establece, al igual que el Código vigente, un plazo de posesión de **20 años**. En la breve, **10 años**. Claro está que en esta última modalidad se requiere de **justo título y buena fe**.

Respecto del **justo título** requerido se determina en forma categórica que debe ser aquel título revestido de las formas exigidas para su validez. *“Justo título es el que tiene por finalidad transmitir un derecho real principal que se ejerce por la posesión, revestido de las formas exigidas para su*

⁹ Es claro que el derecho real de dominio, aquel del cual se predica la absolutez, exclusividad y perpetuidad, aquel que confiere los tres *ius –utendi, fruendi y abutendi-*, no se pierde por el no uso. Salvo, claro está, que alguien lo adquiera por el transcurso del tiempo necesario ejerciendo los actos posesorios pertinentes.

¹⁰ Conf. PADILLA, René A., *Estudios de Derecho Civil y Registral Inmobiliario*, Ediciones El Graduado, Tucumán, 1996, pág. 88.

validez, cuando su otorgante no es capaz o no está legitimado al efecto”, reza la norma proyectada (art. 1902).

Ello está en sintonía con lo predicado por Vélez en el artículo 4010, en concordancia con los artículos 4009, 4011 y 4012 del Código Civil. Vale decir que no podrá considerarse justo título a la compraventa inmobiliaria celebrada por medio de boleto. Justamente carece de las “formas exigidas” y hasta se podría alegar falta de buena fe, aunque sería innecesario, puesto que la ausencia de cualquiera de estos requisitos hace que se torne inoperativo el instituto de la prescripción corta.

La **buena fe** que se requiere en la relación posesoria consiste en no haber conocido ni podido conocer la falta de derecho a ella.

Buena fe y justo título se sigue exigiendo. El justo título, con su debida forma -escritura pública-, pero sin consideración a la condición de la persona de quien emana, diría Vélez (conf. art. 4012). Ahora el Proyecto dice que “*cuando la persona no es capaz o no está legitimada al efecto*”. En pocas palabras esto quiere decir que justo título es aquella escritura pública, sin defectos formales, celebrada por una persona incapaz o que no tenía derecho para el acto de disposición practicado -venta a *non domino*-. No existen cambios sustanciales respecto del Código y de lo que la doctrina en general había determinado.

En cuanto a la prescripción inmobiliaria larga, como dije, se sigue estableciendo que se operará a los 20 años de posesión no haciendo falta ni justo título ni buena fe. Por ello es redundante decir lo que dice el Proyecto respecto que “*No puede invocarse contra el adquirente la falta o nulidad del título o de su inscripción, ni la mala fe de su posesión*” (conf. art. 1899 del Proyecto). ¿Con qué sentido se dice eso? ¿Acaso para rellenar disposiciones que de por sí ya se encuentran bastante nutridas en general? Insisto, ¿qué tiene que incidir la nulidad del título, su falta de inscripción, o la posible mala fe, cuando no se exige ni justo título (ni ningún otro título), ni buena fe?. En fin, redundante, reitero, resulta este agregado.

Por cierto que la **posesión** exigida para prescribir, sea en la usucapación decenal, sea en la veinteñal, “*debe ser ostensible y continua*” (conf. art. 1900)

También es relevante hacer mención a la **sentencia** que se dicta en estos juicios de usucapación. Ello puesto que además de aclarar que debe tratarse de

un proceso contencioso, se determina **efectos retroactivos en la prescripción corta y no así en la larga.**

En efecto el artículo 1903 expresamente dice que “*la sentencia declarativa de prescripción breve tiene efecto retroactivo al tiempo en que comienza la posesión*”.

Mientras que para la prescripción larga “*la sentencia declarativa de prescripción larga no tiene efecto retroactivo al tiempo en que comienza la posesión*”, reza el Proyecto en su artículo 1905.

Esta solución me parece que transita por la buena senda. Es que en la prescripción corta existen todos los elementos -objetivos y subjetivos- como para que el poseedor se sienta verdaderamente dueño. Se supone que ni siquiera él debe iniciar un juicio para reconocerle ese derecho. No pues tiene justo título y, se supone, buena fe. En su posesión, como manifestación del derecho real de dominio, tanto el *corpus* cuanto el *animus* lucen patentes. Y no tan sólo respecto de su posesión, sino en tanto que dueño aparente. La confianza en la apariencia debe ser protegida. Ello significa que si este “casi” dueño realiza actos jurídicos relevantes durante su posesión que aún no llega a ser dominio (en el transcurso de esos 10 años), tales actos deben ser válidos. Por supuesto, “*sin perjuicio de los derechos de terceros interesados de buena fe*”, aclara el artículo 1903.

En la prescripción larga no encontramos nada de lo recién manifestado. No hay buena fe, no existe justo título, no tiene porqué creer el poseedor (que también tiene *corpus et animus*, quepa resaltar) que es el verdadero dueño. Aquí ya el Derecho no tiene porqué validar actos que puede haber realizado este poseedor con terceros, cuando ningún derecho aparente tenía.

Un detalle, ¿acaso no hubiera sido correcto decir que la sentencia aquí tiene efectos “constitutivos”? ¿Para qué predicar que la sentencia “declarativa” no tendrá efectos retroactivos, cuando justamente se supone que declara una situación ya existente, a la cual simplemente la reconoce? Ello no sucede aquí, pues no está reconociéndola desde el inicio de la posesión, que es de lo que se trata. Es natural de la sentencia declarativa que cuente con efectos retroactivos. Al menos eso entiendo yo.

Por último, también merece destacarse que la prescripción puede hacerse valer tanto como **acción**, cuanto como **excepción**. Por supuesto que

no quedará bien visto si el poseedor con justo título y buena fe intenta una “acción” para que se le reconozca su derecho. En todo caso tendrá que probar porqué supo que en la realidad no es el dueño cuando la apariencia demuestra lo contrario. Y, eventualmente, acreditar que su conocimiento devino después de pasado los 10 años de posesión -o al menos después de celebrado el acto, causa fuente de la mutación real-, que deben ser, insisto, con justo título y buena fe. Situación particular sin dudas.

Pero para la prescripción larga es obvio que está bien aclarar que se puede hacer valer tanto como acción, cuanto como excepción. Tampoco la descarto -a la acción- de plano en la corta, simplemente vislumbro un pequeño escollo.

En fin, el juez en la resolución que ordena el traslado (de la demanda o excepción) de oficio “*debe ordenar la anotación de la litis con relación al objeto, a fin de dar a conocer la pretensión*”, termina rezando el artículo 1905. Esto es muy útil pues a más de un abogado se le pasa por alto solicitar tal medida cautelar elemental, generando o pudiendo generar mala praxis en su actuación profesional. De esta forma se evita quedar a la merced de abogados no preparados adecuadamente para ejercer estos tipos de pretensiones.

También se regula la prescripción de cosas muebles (y hasta de las registrables) y la unión o accesión de posesiones, pero ya me estoy extralimitando, razón por la cual simplemente transcribiré las disposiciones sobre la materia. Desde la definición de la prescripción adquisitiva, hasta la sentencia que se dicta en la misma. Aclaro que los tópicos de la suspensión e interrupción del curso de la prescripción hay que buscarlo al final del Código y existe una remisión expresa sobre el particular. Veámoslo.

Artículo 1897. Prescripción adquisitiva. La prescripción para adquirir es el modo por el cual el poseedor de una cosa adquiere un derecho real sobre ella, mediante la posesión durante el tiempo fijado por la ley.

Artículo 1898. Prescripción adquisitiva breve. La prescripción adquisitiva de derechos reales con justo título y buena fe se produce sobre inmuebles por la posesión durante DIEZ (10) años. Si la cosa es mueble hurtada o perdida el plazo es de DOS (2) años.

Si la cosa es registrable, el plazo de la posesión útil se computa a partir de la registración del justo título.

*Artículo 1899. **Prescripción adquisitiva larga.** Si no existe justo título o buena fe, el plazo es de VEINTE (20) años.*

No puede invocarse contra el adquirente la falta o nulidad del título o de su inscripción, ni la mala fe de su posesión.

También adquiere el derecho real el que posee durante DIEZ (10) años una cosa mueble registrable, no hurtada ni perdida, que no inscribe a su nombre pero la recibe del titular registral o de su cesionario sucesivo, siempre que los elementos identificatorios que se prevén en el respectivo régimen especial sean coincidentes.

*Artículo 1900. **Posesión exigible.** La posesión para prescribir debe ser ostensible y continua.*

*Artículo 1901. **Unión de posesiones.** El heredero continúa la posesión de su causante. El sucesor particular puede unir su posesión a la de sus antecesores, siempre que derive inmediatamente de las otras. En la prescripción breve las posesiones unidas deben ser de buena fe y estar ligadas por un vínculo jurídico.*

*Artículo 1902. **Justo título y buena fe.** El justo título para la prescripción adquisitiva es el que tiene por finalidad transmitir un derecho real principal que se ejerce por la posesión, revestido de las formas exigidas para su validez, cuando su otorgante no es capaz o no está legitimado al efecto.*

La buena fe requerida en la relación posesoria consiste en no haber conocido ni podido conocer la falta de derecho a ella.

Cuando se trata de cosas registrables, la buena fe requiere el examen previo de la documentación y constancias registrales, así como el cumplimiento de los actos de verificación pertinente establecidos en el respectivo régimen especial.

*Artículo 1903. **Comienzo de la posesión.** Se presume, salvo prueba en contrario, que la posesión se inicia en la fecha del justo título, o de su registración si ésta es constitutiva.*

La sentencia declarativa de prescripción breve tiene efecto retroactivo al tiempo en que comienza la posesión, sin perjuicio de los derechos de terceros interesados de buena fe.

*Artículo 1904. **Normas aplicables.** Se aplican a este Capítulo, en lo pertinente, las normas del Título I del Libro Sexto de este Código.*

*Artículo 1905. **Sentencia de prescripción adquisitiva.** La sentencia que se dicta en los juicios de prescripción adquisitiva, en proceso que debe ser contencioso, debe fijar la fecha en la cual, cumplido el plazo de prescripción, se produce la adquisición del derecho real respectivo.*

La sentencia declarativa de prescripción larga no tiene efecto retroactivo al tiempo en que comienza la posesión.

La resolución que confiere traslado de la demanda o de la excepción de prescripción adquisitiva debe ordenar, de oficio, la anotación de la litis con relación al objeto, a fin de dar a conocer la pretensión.