

LA USUCAPIÓN OPUESTA AL ACREEDOR HIPOTECARIO

(Trabajo publicado originalmente en LL- Córdoba –
Agosto de 1988, pág. 613)

Por Gabriel B. Ventura*

<p>Sumario: I- Introducción. II- El acreedor hipotecario frente al usucapiente. Situaciones que pueden presentarse. III- Situación del acreedor hipotecario. IV- Conclusiones.</p>

I- INTRODUCCIÓN

El derecho, a través de la figura de la usucapión, acordando ese especial poder legitimador y consolidador al tiempo, no hace más que cumplir con una de sus específicas finalidades: brindar seguridad jurídica, suprimiendo toda situación dudosa o imprecisa y sustituyéndolas por realidades netas y definidas¹.

En tal sentido no deja dudas el carácter de institución de orden público que reviste la usucapión². Bigot-Preameneu manifestaba que "(...) los intereses particulares deben ceder frente a la necesidad de mantener el orden social" y éste, sin duda alguna, es el verdadero fundamento de la prescripción³.

* Académico de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. Profesor Titular de Derechos Reales y de Derecho Notarial de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor Titular de Derecho Notarial de la Universidad Católica de Córdoba.

¹ FERNÁNDEZ GALIANO, Antonio, "Introducción a la Filosofía del derecho", pág. 142.

² LAFAILLE, Héctor; "Tratado de los Derechos Reales", Tomo I, N° 766, pág. 582, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1943; remarcando el interés público de la usucapión dice: "Pocas figuras jurídicas han contribuido en el mundo, y más aún entre nosotros, a la tranquilidad y el orden social, evitando pleitos y pendencies(...)".

³ MOISSET DE ESPANÉS, Luis; "Interrupción de la prescripción por demanda", pág. 10, Ed. del autor, Córdoba, 1968.

Genéricamente pues, la prescripción viene a consolidar una realidad fáctica; una situación en sí, presenta un desequilibrio o tensión: un deudor que no paga seguido de la inactividad de su acreedor; o un poseedor “non domino” que ocupa la cosa sin derecho a poseer, seguido también de la inactividad del propietario.

Deseamos destacar especialmente de lo dicho, y a los fines de dar base a nuestra postura, la expresión “realidad fáctica”, ya que con ella hacemos total abstracción del aspecto puramente cartular o registral. El poseedor *ad usucapionem* posee porque posee –en los términos de Vélez (art. 2363 C.C)- con absoluta prescindencia o indiferencia de las situaciones jurídicas que en torno al derecho sobre la cosa puedan producirse⁴.

Nos proponemos analizar la situación jurídica de los gravámenes hipotecarios que tiene la posibilidad de constituir el propietario, por el solo hecho de tener su título inscripto y desconociendo a posibles poseedores que podrían estar ocupando la cosa en el momento de la constitución.

Corresponde aclarar que la situación del poseedor usucapiente, sólo podrá colisionar con aquel derecho real que no exija tradición o entrega de la cosa objeto del derecho; ya que en las demás situaciones, la indisponibilidad fáctica del bien, por parte del titular registral, impediría el cumplimiento de lo dispuesto en el art 577 del Código Civil, tornando imposible la constitución del derecho. Siendo la hipoteca el derecho real que, por definición, no exige tradición de la cosa, es pues el único caso que nos ocupará en el presente análisis⁵.

⁴ Nos referimos a la usucapión larga que no exige título ni buena fe.

⁵ También se presenta una situación similar respecto de las medidas precautorias como el embargo, que, sin ser derecho real, garantiza un determinado monto mediante reflejo puramente registral. También se daría respecto de los boletos de compraventa que por imperio de las leyes 14005 y 19724 accedan al registro (ADLA X-A, 243; XXXII-C, 3368).

II- EL ACREEDOR HIPOTECARIO FRENTE AL USUCAPIENTE. SITUACIONES QUE PUEDEN PRESENTARSE

Básicamente son dos los supuestos que pueden presentarse:

- 1) Que la hipoteca haya sido constituida con posterioridad al plazo prescriptivo, haya o no sentencia y se haya o no inscripto la misma en el registro de propiedades
- 2) Que la hipoteca haya sido constituida durante el plazo de la usucapión por el propietario inscripto, antes de pasados los veinte años.

Analizaremos cada circunstancia por separado.

1) HIPOTECA CONSTITUIDA CON POSTERIORIDAD AL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN

Estimamos que esta situación no presenta dificultad alguna. El efecto declarativo de la sentencia de usucapión, aceptado unánimemente por jurisprudencia y doctrina⁶, pareciera no dejar dudas respecto a la inoponibilidad de la hipoteca constituida con posterioridad al plazo de la prescripción, al poseedor usucapiante ya propietario, puesto que ese derecho real de garantía habría sido constituido por un no propietario, sobre un inmueble ajeno. Se hace aplicable así la disposición del art. 3126 del Código Civil, cuando establece que “La hipoteca constituida sobre un inmueble ajeno no será válida...”. Ello en el caso de que aun no haya habido una sentencia seguida de su inscripción registral,

⁶ ARGAÑARAZ, Manuel J.; anotando a Salvat, R.M.; “Tratado de Derecho Civil Argentino – Derechos Reales”, Tomo II, N° 1023^a, pág. 300-301, 5ta. Ed. TEA, Bs.As. 1962. LAPALMA BOUVIER, Néstor D.; “El Proceso de Usucapión”, pág. 210, Ed. Rubinzal Culzoni, Sante Fe, 1979. En contra PEÑA GUZMÁN, Luis A. “Derecho Civil. Derechos Reales”, Tomo II, n° 697, pág. 259, Ed. TEA, Bs.As. 1973.

ya que en estos supuestos, la solución resulta aún más evidente y también acorde con la ya apuntada. Habiendo sentencia y más aun estando ésta inscrita en el Registro, la hipoteca prácticamente no pudo constituirse en virtud de lo dispuesto en los arts. 23 y siguientes de la ley 17.801 (ADLA, XXVIII-B, 1929)⁷.

Puede surgir sin embargo la duda respecto a la inoponibilidad de la hipoteca frente al actual propietario por prescripción, cuando su sentencia no ha sido inscrita en el registro general de propiedades, pues si en virtud de lo dispuesto en el art. 2505 del Código Civil toda adquisición de derechos reales deberá perfeccionarse por la inscripción para ser opuesta a terceros ¿cómo podrá el usucapiente ignorar la hipoteca así constituida por el anterior titular registral? Ello no obstante, estimamos que en nada influye la no inscripción del usucapiente de su actual dominio, puesto que el modo por el que lo ha adquirido tiene la característica especial de basarse sólo en el hecho de la posesión (con los requisitos de ley); y la posesión, como hecho, no puede ser objeto de inscripción sin desvirtuarse por completo su naturaleza. Los modos no se inscriben en un registro de títulos como el inmobiliario. No puede exigirse al poseedor titularidad registral, pues su pretensión estará encaminada justamente a lograr ese objetivo⁸.

Por otra parte, si hemos de hacer oponible el solo hecho de la posesión al titular dominial inscripto, con mayor razón habremos de considerarla oponible al acreedor hipotecario así como a cualquier otro sujeto que del anterior propietario tenga su derecho.

⁷ Al requerirse el certificado registral previsto en el art. 23, saltaría del mismo el cambio de titularidad dominial y el escribano autorizante no otorgará el acto escriturario y, aun en caso de haberse efectuado, el registrador denegará su inscripción por incumplimiento del tracto sucesivo previsto en el art. 15 de la ley 17801.

⁸ La originalidad de la adquisición por prescripción presupone justamente la inexistencia de título. La prescripción es sólo “modo” (art. 2524 del Código Civil) y un modo que no exige complemento contractual como sí lo requiere la tradición que es derivado (art. 2602, del Código Civil). No se inscriben tradiciones, ni aluviones, ni prescripciones; sino sus títulos en tanto se requiera su existencia.

2) HIPOTECA CONSTITUIDA ANTES DE VENCIDO EL PLAZO DE LA PRESCRIPCIÓN.

Este punto puede prestarse a mayores discusiones. El constituyente de la hipoteca es todavía el dominus. Y el poseedor usucapiente no tiene aún adquirido derecho real alguno.

Dos serían las soluciones posibles ante esta hipótesis.

Una primera postura sería admitir que el poseedor *ad usucapionem* adquiriera, luego de vencido el plazo de usucapión, su derecho de dominio con la hipoteca que, por su natural efecto reipersecutorio, seguiría adherida al bien aun en cabeza del usucapiente. Esta solución podría surgir del art. 3162 del C.C.

Otra solución sería conferir al poseedor usucapiente, luego de vencido el plazo de prescripción, la facultad de ignorar cualquier derecho o gravamen constituido sobre el inmueble. Esta posición se basa en el solo hecho de la posesión del usucapiente, con total prescindencia e indiferencia respecto a las modificaciones jurídicas que pudieron producirse cartular o registralmente durante el plazo prescriptivo.

Por nuestra parte opinamos que esta última la postura correcta. Al poseedor usucapiente no le es oponible la modificación jurídica que el titular registral, abusando de su situación cartular y registral, haya intentado producir sobre la cosa. La situación fáctica de su posesión le permite abstraerse de todo hecho o acto jurídico que no afecte su relación real.

El fundamento de nuestra postura radica en que consideramos imprescindible la existencia de la posesión en manos del constituyente. No debemos olvidar que la hipoteca implica una eventual ejecución futura y dicha ejecución hace forzosa la posesión del constituyente ya que si la situación posesoria estuviese en manos de otro sujeto distinto

del constituyente, y que no hubiera recibido de éste la posesión, ese tercero podrá defenderse por las vías posesorias y hasta interponer, en su caso el “despojo judicial” en contra de la resolución que imponga su desposesión⁹.

Es evidente que la ley, al crear la garantía hipotecaria, presupone título y posesión en el constituyente. El hecho de que la hipoteca no exija tradición –según disposición del art. 3108 del Código Civil- no implica que el constituyente no deba tener posesión; todo lo contrario, ello surge de manera expresa de la última parte de la misma norma (art. 3108) cuando expresa que los bienes “...continúan en poder del deudor” (queriendo decir “constituyente”). Esa continuación en el poder, no es más que la continuación y permanencia en la posesión.

Por otra parte debemos tener siempre presente el destino final de la hipoteca. Su verdadera finalidad de garantía se realiza efectivamente en la ejecución de los bienes hipotecados y tal situación no podrá darse si los mismos presentan poseedores contradictores.

Casi todos los autores que adhieren a la ineficacia de la hipoteca en estos supuestos, basan dicha situación en la atribución de un “efecto retroactivo” de la usucapión que implicaría retrotraer el dominio del usucapiente al momento inicial de su posesión¹⁰.

Por nuestra parte no aceptamos esta postura. Sería una ficción que, amén de no tener sanción legislativa, concedería facultades inadmisibles a un simple poseedor ilegítimo en vías de usucapir¹¹.

⁹ SALVAT, Raymundo M., “Derechos Reales”, Tomo I, núm. 564, pág. 440, 5ta. Edición TEA, Bs.As. 1961. MARIANI DE VIDAL, Marina; “Curso de Derechos Reales”; Tomo I, pág. 194, Ed. Zavalía.

¹⁰ SALVAT, Raymundo M.; Ob.cit., Tomo II, núm. 293, Ed. TEA, Bs. As. 1962. PEÑA GUZMÁN, Luis A. Ob.cit., Tomo II, núm. 705, pág. 268. MARCOLÍN de ANDORNO, Marta N.; “Prescripción Adquisitiva”, pág. 99, 2da. Ed. Zeus, Rosario, 1975. LAPALMA BOUVIER, Néstor D.; Ob.cit. pág. 208 a 210. LEVITÁN, José; “Prescripción adquisitiva de dominio”, pág. 256 a 259, 2da. Ed. Astrea, Bs.As. 1979. DÍAZ REYNA, Emilio A.; “El efecto retroactivo de la usucapión”, Revista Notarial de Córdoba, N° 43, 1976, pág. 15.

¹¹ Hasta se le podría conceder por esa vía, la posibilidad de hipotecar. ¿Acaso no es ese el fundamento de la validez de la hipoteca constituida por el condómino? (efecto de la partición).

III- SITUACIÓN DEL ACREEDOR HIPOTECARIO

Veamos ahora la situación del acreedor hipotecario respecto a la usucapión operada en contra del propietario. ¿Porqué negar eficacia a ese derecho real de garantía otorgado por el titular registral del dominio? ¿Qué otra diligencia además de la verificación de las constancias registrales debería exigírsele?

Para responder a estos interrogantes comencemos por sentar las siguientes premisas:

1. El título del dominio no prueba dicho derecho real en cabeza de su titular. En efecto el solo título adquisitivo de un derecho real, en virtud de lo prescripto por el art. 577 del Código Civil no acredita derecho real alguno ya que puede no existir modo.
2. Por idéntica razón que el título no acredita el dominio y atendiendo a la circunstancia de que el registro inscribe sólo títulos, se concluye que la inscripción registral tampoco acredita derecho real alguno.
3. La hipoteca presupone la existencia de posesión en manos del titular dominial (constituyente de la hipoteca) no obstante no exigir tradición al acreedor hipotecario.

De todo ello concluimos que el acreedor hipotecario debe verificar la existencia de la posesión en manos del propietario, no sólo en el momento de la constitución sino durante todo el plazo de la garantía hipotecaria; caso contrario, amén de verse expuesto a los riesgos de una demanda posesoria corre el peligro de la extinción total del derecho del constituyente por la prescripción y, por esa vía, también de la de su derecho de hipoteca.

De nada sirve aquí el efecto reipersecutorio de la hipoteca. En este supuesto no hay una transmisión dominial. Se ha operado una adquisición del dominio por un modo originario, por el solo hecho de cumplirse los supuestos fácticos que se prevén en la ley (arts. 4015 y 4016 del Código Civil). El efecto reipersecutorio queda circunscripto exclusivamente a los casos de transmisiones; es decir modos derivados o bilaterales de adquirir. Ello surge del art. 3162 C.C. que regula la reipersecución, cuando dice: “Si el deudor enajena, sea por título oneroso o lucrativo... la cosa... el acreedor podrá perseguirla en poder del adquirente...”.

Consideramos más justo exigir al acreedor hipotecario verificar la posesión del constituyente, que hacer cargar al usucapiente con una hipoteca ajena por completo a su relación real y que no configura en nada un acto posesorio de los previstos en el art. 2384 del Código Civil. La hipoteca ha nacido en la escribanía con total independencia de un sustento fáctico. A nuestro entender se ha abusado de la no exigencia de la tradición y de la titularidad registral y cartular.

Dar prevalencia a la hipoteca constituida durante el lapso de la posesión del usucapiente, brindaría la posibilidad de operaciones fraudulentas por parte del titular registral que, en vez de encarar los riesgos de una reivindicación, solicita un préstamo o mutuo con garantía hipotecaria abandonando el bien en manos del usucapiente.

Por otra parte no debe sorprendernos la necesidad del acreedor de controlar la relación posesoria del constituyente, aun después de contratada la hipoteca, pues los arts. 3159 y 3161 del Código Civil la presuponen indirectamente.

IV- CONCLUSIONES

1. La situación del poseedor usucapiente sólo puede colisionar con derechos reales o medidas cautelares que no impliquen relación fáctica con la cosa.
2. En el caso de la hipoteca constituida con posterioridad al plazo de la prescripción, el efecto sólo declarativo de la sentencia, permite suponer que aun sin ésta ni su pertinente inscripción, la hipoteca habrá sido constituida por un no propietario aplicándose entonces las normas de los arts. 3119 y 3126 del Código Civil que la declaran no válida.
3. No puede exigírsele, como requisito insalvable, al usucapiente, la inscripción de su derecho, pues siendo la prescripción un “modo” -según lo dispuesto en el art. 2524 del Código Civil- no es imprescindible su acceso a un registro de títulos como el inmobiliario.
4. Si el usucapiente puede oponer su relación real al titular domi- nial inscripto, con mayor razón podrá hacerlo respecto del acreedor hipotecario quien hubo su derecho de aquél.
5. Si bien el derecho real de hipoteca no exige tradición de la cosa, tal circunstancia no implica que el constituyente no deba tener posesión sobre ella. Todo lo contrario, por definición, el art. 3108 del Código Civil exige continuación en la posesión por parte del constituyente.
6. La hipoteca constituida sin un basamento posesorio, aun antes de cumplido el plazo de prescripción, carece de validez y, consti- tuyendo un verdadero abuso de la titularidad cartular y registral del propietario, no puede oponerse al adquirente por usucapión.
7. No es aplicable en contra del poseedor usucapiente la reiperse- cución propia del derecho real de hipoteca, pues de los términos

“enajena” y “adquirente” del art. 3162 del Código Civil -que regula dicho efecto- se deduce que el mismo se refiere a los modos derivados de adquisición y no a los originarios como la usucapión.

8. El acreedor hipotecario no sólo debe verificar la posesión del bien en el momento de constituirse la hipoteca, sino que -de la misma manera que debe estar atento a cualquier modificación que alterase el valor del inmueble, según lo que surge de los arts. 3159 y 3161 del Código Civil- debe controlar, en defensa de su garantía, la conservación de la relación real del constituyente.