

Estudio de la prescripción adquisitiva no declarada judicialmente como medio posible de repeler la reivindicación en caso de falta de título*

Federico J. Causse y Jorge R. Causse

Sumario: 1. El proceso de usucapión. 2. Quid de la usucapión configurada que carece del pronunciamiento judicial que la pone de manifiesto y así lo declara.

1. El proceso de usucapión

1.1. Su marco normativo

La Ley 14.159 (reformada por el Decreto 5756/58), en lo pertinente (arts. 24-25), resulta la normativa de aplicación para los juicios que tienen por objeto obtener una declaración judicial que reconozca adquirido un derecho real por el transcurso del plazo legal en la posesión de un inmueble. Bajo la nomenclatura de juicio de usucapión, aquello que la ley regula, en rigor, son los presupuestos mínimos que el proceso debe cumplir a tal fin. De esta manera, se eliminaba la información sumaria de carácter voluntario que autorizaban algunas jurisdicciones con ese mismo objetivo, todo lo cual se hallaba permitido por la ausencia de normativa específica para el régimen.

Dos eran las cuestiones puntuales que la normativa trabajó como propósito cumplir: la necesidad de acudir a un juicio contradictorio, lo cual ya no dejaba librado al arbitrio del actor la prueba mínima en indispensable menester para el caso, cuanto la necesaria intervención de parte legítima que sea el contradictor. También, lo referente a la individualización de la cosa objeto del proceso. Recuérdese en este último tópico que también es carga del actor probar qué cosa posee o, lo que es

* Este trabajo fue distribuido entre los asistentes al LXII Seminario Teórico-práctico "Laureano Arturo Moreira", organizado por la Academia Nacional del Notariado (Buenos Aires, 24-25 noviembre 2011).

igual, que los actos posesorios a los que se refiere la demanda remiten a la cosa poseída.

Con la precisión dada por el Decreto 5756/58, se hizo evidente que el proceso de usucapión quedaba reglado para el caso en que se demande judicialmente su declaración, no rigiendo las disposiciones enunciadas “cuando la adquisición del dominio por posesión treintañal no se plantea en juicio como acción sino como defensa”. Resulta lógico que esta última aclaración refiere a la hipótesis de la prescripción breve (justo título + posesión + 10 años + buena fe), ello por cuanto, como lo explica el Codificador (nota al art. 3999, C. Civ.), la prescripción breve no es puramente de adquirir la propiedad –que ya se la tiene–, sino de oponerla a aquel que se soslayó en el tracto. De ahí que la prescripción corta encontrará a un demandado a quien se le reclama directa o indirectamente la propiedad que ostenta, lo cual puede impedir oponiendo la prescripción como excepción.

1.2. *Soslayo del marco normativo*

En el ámbito de una mediación convocada de manera preliminar a un juicio por prescripción adquisitiva, el titular registral no podría reconocer la adquisición por esta vía y, sin más, ambas partes solicitar en sede civil la inscripción del acuerdo.

Hemos sostenido antes de ahora:

Todo acuerdo celebrado por las partes revela el ejercicio del poder de disposición de sus titulares dentro del marco de la autonomía de la voluntad que le es propia (art. 1197 del Código Civil). En materia de adquisición, modificación o extinción de los derechos reales sobre inmuebles, la incidencia que tiene el art. 1184, inc. 1, del Código Civil resulta ineludible. Ahora bien, el art. 836 del Código Civil señala que por la transacción no se transmiten sino que se declaran derechos o reconocen derechos que hacen al objeto de la diferencia sobre que ella interviene. La declaración o reconocimiento de esos derechos no obliga al que la hace a garantizarlos, ni le impone responsabilidad alguna en el caso de evicción, ni forma un título propio en que fundar la prescripción. Ello implica que, cuando uno de los contratantes reconoce el derecho del otro, debe considerarse que ese derecho ha existido desde antes y directamente en cabeza de quien lo tiene luego de la transacción. Como consecuencia de esta re-

gla, quien efectúa esta declaración no queda obligado en caso de evicción (v. art. 854). Lo mismo cabe decir con relación a las garantías y la prescripción.¹

De lo expuesto, podemos colegir que el acuerdo celebrado en mediación no puede ser la causa-título de la transmisión de derechos reales, sino, por el contrario, ella debe preexistir al entuerto transado, pues, de lo contrario, bajo el ropaje de la transacción, en rigor vendría a cobrar vida un nuevo negocio, lo cual sin duda exorbita a las razones por las que fue impuesta.

La prescripción adquisitiva de dominio –se ha sostenido– es legal y no dependiente de la voluntad de los particulares. Cuando el órgano judicial competente comprueba la posesión, continúa con los elementos y, por el plazo que exige la ley, dicta la sentencia declarativa y ordena la inscripción registral para su debida publicidad *erga omnes*. La conformidad de los titulares registrales del bien no resulta suficiente para tornar operativa la transferencia del dominio sino que sólo se yergue como una facilitadora de la construcción del plexo probatorio, en el que –junto con los restantes elementos de prueba que se aporten– el juez eventualmente basará una sentencia favorable. Por estas razones resulta inejecutable lo pactado en este sentido por las partes en el acuerdo de mediación y deviene innecesaria su homologación. (CNCiv., Sala H, 22/2/2008, Exp. R. 498805).²

1.3. *La estructura del proceso*

1.3.1. *El primer paso*

Tratándose de un proceso contradictorio, cabe remarcar que el actor deberá alegar que se encuentran cumplidos los presupuestos que, para adquirir por prescripción, establece la ley de fondo, siendo ello precisamente el objeto de su pretensión y el hecho a verificar mediante prueba idónea.

Claro es que la prueba debe dirigirse a acreditar que se trata de un poseedor, en razón de lo cual no puede dejar de considerarse que, al ser la posesión un hecho, su prueba puede concretarse a través de cualquier medio (documental, informativa, pericial, testimonial, etc.). Así lo debe explicitar la presentación inaugural (escrito de demanda). En dicho lugar, deben concentrarse los esfuerzos para dejar en claro a la futura demandada y, principalmente, al juez cuándo y cómo se inició la posesión que se alega. Recién entonces podrá acudirse al artículo 2445 del Código Civil, en cuya virtud la posesión

1. CAUSSE, Federico J. y PETTIS, Christian R. (dirs.), *Código Civil explicado*, Buenos Aires, Estudio, tomo I, p. 230.

2. CAUSSE, Federico J., “La transacción, la mediación y la transmisión de derechos reales”, en *Revista de Derecho Procesal*, Rubinzal-Culzoni, tomo 2010-2 “Sistemas alternativos de solución de conflictos”, pp. 262 y ss.

se retiene y se conserva por la sola voluntad de continuar en ella, aunque el poseedor no tenga la cosa por sí o por otro. La voluntad de conservar la posesión se juzga que continúa mientras no se haya manifestado una voluntad contraria. Esto es, la posesión se conserva con sólo *animus domini*. Asimismo, esa voluntad se mantiene hasta tanto no haya una manifestación contraria del poseedor. En ese tren de marcha, considerando que todos los que pueden adquirir pueden prescribir, habrá de colegirse que no es óbice para erigirse en parte actora tanto las personas físicas cuanto a las jurídicas (arts. 3950, 3951, Ley 20.396, 21.477 t. o., 24.320).

Bien puede distinguirse la pretensión de aquel que poseyó íntegramente el plazo legal, quien, en posesión actual de la cosa, alega el cumplimiento del término legal merced a sumar su posesión a la de sus antecesores. En este caso, para conformar el presupuesto que la accesión de posesiones importa, deberá explicitársele al juez en este estadio inicial de qué manera la posesión del que pide es continuación de otra, sin haber sido interrumpida por una viciosa (art. 2476, C. Civ.). Para ello, tratándose de una sucesión particular, será requisito acompañar el instrumento por el que se cedió la posesión, prometiendo bonificar la firma del tercero que la transmitió y acreditando a la vez el origen de ella. En caso de acudir a la transmisión de la posesión acaecida por la muerte del poseedor, el heredero que pretenda unirla a la suya, le bastará acreditar su condición de heredero, sea mediante las partidas que acrediten el vínculo (arg. art. 3417, C. Civ.) o mediante la declaratoria de herederos respectiva.

Un convidado necesario en el proceso de usucapión es el demandado, pues a él se le opone la pérdida del derecho que poseía, merced a la posesión que con el tiempo dio a luz al derecho.

A quién demandar no es cosa compleja cuando, pese a la posesión cumplida, otro, mientras tanto, hace pública frente a terceros su –pretendida– condición de titular del derecho de dominio. Pues bien, es contra el que figure como titular del inmueble con quien debe dirigirse la demanda. El artículo 24 de la Ley 14.159 pluraliza el punto y parece extenderlo –sin más– respecto de quien resulte titular del dominio de acuerdo con las constancias de Catastro, Registro de la Propiedad o cualquier otro registro oficio del lugar del inmueble.

Sobre el punto y a años de su promulgación, creemos que se satisface el requisito que impone la ley, acompañando un informe de dominio actualizado de la propiedad a usucapir. Ello basta para tener desde él el nombre de aquel o aquellos que ostentan una titularidad dominial visible. Pero vamos más allá y, aunque la norma de referencia indique al titular de dominio, cierto es que también tiene interés en participar del litigio quien publicite un derecho real que se ejerza por la posesión, sea de fecha anterior o posterior a aquella indicada por el accionante como inicio del plazo.

Cuando se trate de un bien no matriculado, los restantes informes se tornan imprescindibles.

1.3.2. *La individualización de la cosa a usucapir*

Dice el inciso b del artículo 24 de la ley en cuestión que con la demanda se acompañará plano de mensura, suscripto por profesional autorizado y aprobado por la oficina técnica respectiva, si la hubiere en la jurisdicción. Entendemos que la precisión del objeto a usucapir, mensurado, como lo solicita la normativa, excluye el supuesto en el que aquello que se intenta es adquirir una unidad funcional enclavada en un inmueble afectado a la Ley 13.512. Las razones son obvias: la cosa a usucapir tiene un sustrato jurídico contenido en el reglamento de copropiedad y administración, el que, a su vez, tiene su antecedente en el plano que menciona el artículo 4 del Decreto 18.734/49. No podría, con fuente en un proceso de usucapión, venir a legitimarse obras nuevas no autorizadas por asamblea, menos aún sin no fueran incorporadas como espacios propios o comunes de uso exclusivo en el reglamento mencionado. El consorcio no participa del proceso de prescripción adquisitiva. No nos referiremos al supuesto de usucapión de sectores comunes, por entender que no resulta jurídicamente posible. Por lo demás, en los casos en los que sí resulta imprescindible, aquél debe acompañarse expedido con ese fin, en favor del usucapiente. También podrá colegirse del plano, si existe interés fiscal del estado local.

La experiencia en esta temática muestra habitualmente la falta de concordancia completa entre la designación de la cosa según títulos, según el detalle que de ella indica el registrador e, incluso, según resulta del catastro. De ahí que sea aconsejable

que el juez repare en cómo cada uno de estos registros individualiza el bien y, en caso de discordancia, requiera anticipadamente las explicaciones y/o medidas preliminares que resultaren menester (arg. art. 36, 337 y cc. del C. Proc.).

1.3.3. *Análisis sobre la incontestación de la demanda*

Tanto la rebeldía del propietario cuanto su liso y llano allanamiento resultan insuficientes para admitir sin más la demanda. Los hechos requieren prueba y, en el caso concreto de la prescripción adquisitiva, al involucrar cuestiones de orden público –derecho de propiedad–, resulta improcedente tenerlos por verificados por la sola incontestación de la demanda o allanamiento del demandado. El pretense titular hubo de realizar en el tiempo innumerables actos posesorios a la vista de toda la comunidad, con lo que ella también está interesada.

Otro lógico corolario sobre el punto puede estimarse si se recuerda que nadie puede cambiar por sí ni por el transcurso del tiempo la causa de su posesión.

1.4. *La verificación*

Este proceso contradictorio reclama de prueba en favor de cada pretensión (arg. art. 377, C. Proc.). Por tratarse de un modo de adquisición excepcional, los hechos y su correlativa prueba deben dejar en el juez la certeza y de modo indubitado lo alegado. Es la parte interesada en obtener la declaración a su favor quien debe convencer al juez, para lo cual, desde el inicio mismo del proceso, acompañará la prueba documental de la que intente valerse.

Es prueba documental, esto es, planos, como el referido arriba, proyectos realizados por terceros, comprobantes de pago de impuestos, comprobantes de pagos de servicios, correspondencia dirigida a ese domicilio, fotografías y cuanto otro documento público o privado refleje la posesión alegada será bienvenido al proceso. Ello con el objeto de ser opuesta en primer término al futuro demandado, quien deberá expedirse sobre aquella que le sea atribuida o impugnar aquella otra que esté comprendida en un instrumento público.

En esta clase de procesos, por imperativo de la teoría de la carga probatoria, es el actor quien debe alegar el cumplimien-

to de los presupuestos que exige la ley sustancial. Ello con la salvedad de que, por resultar la prescripción breve oponible únicamente como excepción, en tal caso la carga la tiene el excepcionante. Dado que, cuando la prescripción adquisitiva es opuesta como defensa y a título de excepción, el actor en la reivindicatoria, *ab initio*, reconoce la posesión perdida, ello deberá ser mensurado por el juez al momento de exigir pruebas.

Recuérdese en este sentido que el objeto a comprobar se traduce en hechos materiales, los que, por su facción en manos de un poseedor o de quien lo represente en la posesión, son denominados y reconocidos como actos posesorios. Ellos pueden ser puestos de manifiesto en las declaraciones ha cumplirse, para tornar visibles los comportamientos públicos del pretensor, con los que su condición de poseedor devenga evidente. La valoración de los dichos de los testigos, habida cuenta el tiempo al que deben referir los distintos actos cumplidos, permite cierta flexibilidad.

Principalmente son esos hechos los que abona con otra prueba el accionante. A tal fin, podrá adjuntar distintos documentos que ratifiquen aquellos dichos, cuanto informes a dependencias u oficinas públicas y privadas que lo validen en igual sentido. Tratándose de inmuebles, las construcciones y modificaciones juegan idéntico papel, pudiendo patentizar su facción mediante testimonios, agentes intervinientes, compras de materiales, contratación de profesionales u actos administrativos –policiales–, etc.

Como ya adelantáramos, las declaraciones testimoniales resultarán cruciales en tanto refieran al tiempo en el que los actos posesorios aludidos fueron cumplidos.

Los comprobantes de pago de impuestos y servicios correspondientes al inmueble sobre el cual se ejerce la posesión revisten a nuestro entender la condición de actos jurídicos y no estrictamente actos posesorios, aunque, como actos jurídicos, son reveladores del *animus domini*. Se trata de un supuesto similar al que se registraría respecto de la usucapión de una bóveda, con la tenencia del título de propiedad. Mas cierto es que, como los restantes elementos que hemos descripto, su producción materializada con la agregación en autos de aquella deviene de suma utilidad, corroborante en todo caso, habida cuenta la prueba compleja que se requiere para este proceso.

No dejamos de anotar que recobra principal atención el tiempo en el que los pagos se hacen efectivos. De ahí que deba

valorarse de manera distinta el pago de los mismos en un único acto, aun cuando se cancelen varios años, de aquel pago –incluso escalonado– en distintos tiempos. En igual sentido, anotamos que la falta de agregación a la causa de pagos de impuestos, tasas o contribuciones no puede legítimamente conspirar contra la sentencia favorable de quien ha producido prueba por otros medios que justifiquen el cumplimiento de los recaudos que establece la normativa sustancial.

Para satisfacer las requisitorias procesales a verificar, cabe considerar que la admisión de estas acciones depende de que el accionante cuente con prueba compuesta. Una única prueba nunca resulta concluyente para dar por probados la suma de los elementos probatorios que reclama la especie.

La posesión, ya hemos explicado, se integra por dos elementos, cuales son el *corpus* y el *animus*. A su vez, para que ella tenga la condición de posesión para prescribir, la ley exige que se ejerza de manera pública, pacífica, continua e ininterrumpida.

1.4.1. *Prueba de la interversión del título*

Como consecuencia del principio en cuya virtud nadie puede cambiar ni por sí ni por el transcurso del tiempo la causa de la posesión, la interversión del título, a través de la cual se predique esa mutación, deberá ser acreditada con aquella prueba que ponga de manifiesto haber cesado en quien pide la condición de tenedor y su conversión en poseedor.

Los actos que reclama la ley sustancial en tal sentido deben tener una entidad tal que, como manifestación exterior, hayan trascendido la esfera privada y puedan llegar a ser conocidos por el poseedor así despojado.

1.4.2. *Presunciones aplicables*

Resultan de aplicación a esta materia las presunciones que dimanen de distintas normas del Código Civil.

En tal contexto, hallamos el artículo 2353 del Código Civil, que sienta el principio de la inmutabilidad de la causa de la posesión –véase lo dicho sobre la prueba de la interversión del título–. Para aquellos casos en los que corresponda verificarse la condición de poseedor de buena fe, el artículo 2362 del

Código Civil da una pauta que, correlacionada con el artículo 4008, permite concluir que, por ser poseedor, se lo es de buena fe desde el inicio y mientras dure la posesión. Esta presunción, como las restantes, admite prueba en contrario. También el artículo 2384 del Código Civil contiene una presunción aplicable en punto a la enumeración enunciativa de actos posesorios sobre inmuebles –los que en rigor hacen presumir el *animus domini* de quien los ejecuta–. El artículo 4003 del Código Civil, que fija la presunción –que admite la prueba en contrario– relativa a que el poseedor que presente en apoyo de su posesión un título traslativo de propiedad se lo tiene como que ha poseído desde la fecha que indique el título.

En último término, cabe considerar el artículo 4009 del Código Civil, que, contrariamente al principio general que dimana del artículo 2362 del mismo cuerpo, consagra la presunción de mala fe en el supuesto de vicio en las formas.

1.4.3. *Pruebas en particular*

Aunque el artículo 1 del Decreto-ley 5756/58 parezca minimizar la influencia de la prueba testimonial, con la salvedad entendida de que la sentencia no podrá basarse exclusivamente en ella, cierto es que constituye prueba valiosísima en procesos como el que tratamos, desde que exteriorizan la posesión pública hábil para usucapir.

Sobre la confesional, arriba señalábamos que tanto en su versión en rebeldía cuanto ante el mismo allanamiento, el juez no puede mensurarla como prueba bastante a los fines propuestos. De manera que, creemos, su utilidad –que nunca hay que despreciar– radica en corroborar otros elementos probatorios producidos.

En torno a la documental, algo dijimos arriba. Por tramitar el proceso bajo las normas del procedimiento ordinario, la prueba del caso deberá presentarse desde su inicio a la demanda.

Respecto del pago de impuestos, considerados ellos como actos jurídicos y no posesorios, no por eso valorados en conjunto, habrán de poner en evidencia la conducta seguida a cabo por el poseedor. También coadyuvaría la prueba pericial, para verificar la realización de obras con lo que evidenciar la antigüedad y, en caso de prueba caligráfica, para justificar la firma atribuida a las partes o terceros.

Cerramos con el reconocimiento judicial y la prueba de informes. La primera, como un acercamiento del magistrado a las cosas y demás circunstancias, con la virtud que tiene el conocimiento *in situ* del bien a usucapir.

1.5. *Efecto de la sentencia*

La sentencia dictada en proceso como el que venimos desarrollando hace cosa juzgada respecto de aquellos que formaron parte de él. De ahí que el principal demandado es quien resulta titular del dominio en el informe acompañado al iniciar el trámite. En caso de fallecimiento, habrá que dar con los herederos, a quienes se los citará, previa acreditación de vínculos. Por no gozar de un derecho real actual en la cosa, resulta improcedente citar al cónyuge del titular.

Insistimos en punto a que deben participar del proceso (la demanda se les debe extender) todos aquellos que tienen derechos reales vigentes a su nombre, registrados o conocidos por el actor. La pretensión respecto de ellos es la de extender la extinción de tales derechos.

El Decreto 5756/58 impone la intervención del Estado, las provincias o los municipios. Ello puede tener lugar cuando la pretensión adquisitiva alcanza bienes de propiedad de aquéllos, lo cual sucede si del plano de mensura se observa la intención de usucapir total o parcialmente sobre terrenos del Estado, cuanto en el supuesto de no encontrar herederos del propietario fallecido y existir bienes que carecen de dueño.

2. Quid de la usucapión configurada que carece del pronunciamiento judicial que la pone de manifiesto y así lo declara

2.1. *Introducción*

Se alega la prescripción adquisitiva, sea por vía de acción o de excepción, en la órbita estrictamente procesal, pero no existe ninguna norma que establezca la necesidad de ocurrir a la jurisdicción para adquirir por el transcurso del tiempo.

Se comprende el costado negativo de la usucapión, considerado desde el propietario que la padece por su incuria, con

idéntica fuerza y beneplácito con el que se recibe su aspecto positivo, derramando límites a la incertidumbre de los derechos. El derecho de dominio aliado al abandono será vencido por el ejercicio aliado a la posesión y a la gestión permanente, generándose un indiscutible derecho real en cabeza del usucapiente.³

El transcurso del tiempo legalmente necesario sirve de fundamento para la adquisición del dominio respecto del cual se carecía de título o de título suficiente. Detrás del examen de los antecedentes que se alcanza con el estudio de títulos, arraigado en el quehacer notarial y cumplido por un término mínimo de veinte años, está presente la usucapión como la prodigiosa herramienta que protegerá de las imperfecciones descubiertas a quien puede exhibir configurada su prescripción adquisitiva.⁴

2.2. *La prescripción adquisitiva como modo de adquirir el dominio. Su definición legal*

Esta posibilidad está enunciada en la nómina del artículo 2524 y no es totalmente cierta, porque se pueden adquirir, además, otros derechos reales. Por caso y sobre cosa propia: el condominio y la propiedad horizontal y, en cuanto a cosas ajenas, los de disfrute, tales como el usufructo, el uso, la habitación y algunas servidumbres. Respecto de estas últimas, sólo las que fueren continuas y aparentes. Los de garantía, que se ejercen por la posesión –prenda y anticresis–, por su propia calidad no se pueden adquirir por prescripción.

Este modo de adquirir está sostenido por dos hechos esenciales: la posesión de la cosa y el transcurso del tiempo, elementos ambos que recogen su concepto legal contenidos en el artículo 3948:

La prescripción para adquirir es un derecho por el cual el poseedor de una cosa inmueble adquiere la propiedad de ella por la continuación de la posesión, durante tiempo fijado por la ley.

La definición es relativamente exacta porque, si bien lo es la última parte, no lo es en cuanto dice que la prescripción es un derecho, pues, genéricamente, es una institución y, particularmente para el dominio, es un modo de adquisición. Además,

3. En esta línea de pensamiento se sostuvo que: “La usucapión, en cualquiera de sus manifestaciones, se convierte en una causa originaria de adquisición de derechos reales, que, ante las dudas que despierta una realidad fáctica extendida en el tiempo que no se corresponde con la realidad del derecho, concluye alumbrando una nueva situación jurídica en cabeza del usucapiente para restablecer la deseable coincidencia entre los hechos y el derecho” (ALTERINI, Jorge H. y otros, *Teoría general de las ineficacias*, Buenos Aires, La Ley, 2000, pp. 94-95).

4. ALTERINI, Jorge H., “Prescripción adquisitiva”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, tomo 2008-D, p. 867; e “Importancia del estudio de títulos”, en *Gaceta del Notariado*, Rosario, Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, 1982, n° 88.

tampoco se limita a las cosas inmuebles, sino que alcanza también a las cosas muebles.

2.2.1. *La posesión*

Según su origen o causa, la posesión puede ser legítima o ilegítima. Esta última, según las condiciones personales del poseedor, puede ser de buena o de mala fe. Por la forma o modo en que se adquiere, puede ser viciosa o no viciosa.

La posesión legítima está contemplada en la primera parte del artículo 2355 y de su texto se deriva que sea poseedor legítimo quien está ejerciendo un derecho real constituido como la ley lo exige. En esta calidad se ubican: el usufructuario, el usuario, el habitador, el acreedor prendario y el anticresista. La posesión ilegítima consta en el mismo artículo, atribuyéndose-la a quien la tenga: a) sin título, b) por un título nulo, c) por haberla adquirido por un modo insuficiente para adquirir derechos reales, d) cuando se adquiriera del que no tenía derechos a poseer la cosa o e) cuando no lo tenía para transmitirla.

El título que menciona la norma alude al acto jurídico o causa que da nacimiento al derecho de que se trate. La existencia de la causa o título no obsta que este sea nulo (dependiente de que exista un pronunciamiento judicial que así lo decrete), tal como ocurre en el supuesto contemplado por el artículo 1361, inciso 4, del Código Civil. Respecto de los actos anulables será necesario que el título sea declarado nulo judicialmente (art. 1046, C. Civ.).

Con el modo insuficiente se alude a que el acto se haya formalizado por instrumento privado cuando legalmente está exigida la escritura pública (art. 1184, C. Civ.).

Los dos últimos supuestos están referidos a la venta por el *non domino* (quien no tiene derecho a poseer la cosa) o a la cesión del derecho de dominio por el usufructuario o usuario (quien no tiene derecho para transmitirla). La posesión ilegítima se divide, a su vez, en posesión de buena y de mala fe. La primera (que se presume [arts. 2362 y 4008]) ocurre cuando el poseedor, por ignorancia o error de hecho (el error debe ser excusable [art. 4007], no debe provenir de una negligencia culpable [art. 929] y no puede ser de derecho [arts. 20, 923 y 4007]), se persuadiere de su legitimidad (art. 2356). La mala fe no tiene un reconocimiento explícito en el Código Civil. Se la deter-

mina por exclusión: hay mala fe en todos aquellos casos en que falta la buena fe, esto es, cuando el poseedor no está totalmente persuadido de la legitimidad de su adquisición.

A su vez puede ser simple (cuando no medió buena fe al adquirirla pero no fue viciosa) y viciosa “cuando fuere de cosas [...] inmuebles, cuando sea adquirida por violencia –artículo 2365– o clandestinamente –artículo 2369–, y, siendo precaria, cuando se tuviese por un abuso de confianza” (art. 2364, C. Civ.). El abuso de confianza ocurre en el caso del tenedor que, no obstante estar obligado a restituir (art. 2372), no sólo no lo hace sino que trata de intervertir su título para convertirse en poseedor. Los vicios son relativos (ver arts. 2368 y 2371, referidos a la violencia y a la clandestinidad, pero aplicables a los restantes vicios) porque sólo revisten ese carácter frente a quien es víctima de él pero no frente a terceros.

2.2.2. *La accesión de posesiones en la sucesión universal y en la sucesión singular*

Nuestro código se ocupa de la accesión de posesiones cuando regula las defensas posesorias, lo que es lógico, por cuanto se trata de una herramienta útil para alcanzar la anualidad necesaria a los efectos de entablar las acciones posesorias *stricto sensu* (arts. 2474-2476). Pero la mayor utilidad de la accesión de posesiones se da en la usucapión porque en ella los plazos son extensos y pueden ocurrir cambios en la figura del poseedor. De ahí que el Codificador se haya referido a ella nuevamente en la prescripción adquisitiva.

El artículo en cuestión es el 4005, en el que se alude, exclusivamente, a la accesión de posesiones en los sucesores a título singular. Esto así por ser inaplicable a los sucesores a título universal en virtud de lo que establece el artículo 2475 en estos términos: “la posesión del sucesor universal se juzgará siempre unida a la de su autor de la sucesión, y participa de las calidad que éste tenga”. La nota al artículo 4005 confirma que, si la sucesión es a título singular, no es necesario recurrir a esta figura, porque el heredero ocupa el lugar de su causante.⁵

Como derivación de lo anterior: la buena fe del sucesor no interesa siempre que el causante lo fuera de buena fe porque, en tal caso, podría aprovecharse de la usucapión breve de diez años, sumando la propia a la de su autor. Esto se explica por-

5. Se lee en la referida nota: “... los sucesores universales no hacen sino continuar la persona del difundo; ellos no comienzan una nueva posesión, continúan solo la posesión de su autor, y la conservan con las mismas condiciones y las mismas calidades; si ello es viciosa en vida del difunto se conserva viciosa en el heredero; y recíprocamente, si era justa y de buena fe, se continúa como tal, aunque el heredero llegare a saber que la heredad pertenecía a otro”.

que se trata de una única posesión y, además, porque la buena fe se determina al momento de adquirirse la posesión, de tal suerte que la posesión de mala fe sobreviviente no impide adquirir por prescripción, incluyendo el caso de que la posesión del causante fuera tenida como de buena fe, y recién cuando la cosa pasa al sucesor éste toma conocimiento de su ilegitimidad.

Todo este devenir resulta irrelevante en el caso de usucapión larga, primero, porque no se exige buena fe en el poseedor (art. 4015) y, en segundo lugar, porque al que ha poseído durante 20 años no se le puede oponer la mala fe de su posesión.

2.3. Sobre los efectos de la usucapión. El derecho proyectado

Las sentencias no indican la fecha que se tuvo en cuenta para dar por cumplido el plazo de la prescripción adquisitiva. Se limitan a indicar que transcurrió el plazo legal.

El artículo 1840 del Proyecto del 98 preveía que la sentencia fijaba la fecha en la cual, cumplido el plazo de prescripción, se produjo la adquisición del derecho real respectivo.

2.4. La prescripción adquisitiva como defensa

El inciso d del artículo 1 del Decreto ley 5756/58 establece que sus disposiciones no regirán cuando la adquisición del dominio por usucapión no se plantea en juicio como acción sino como defensa. En los fundamentos de esta disposición, se argumentó que la bilateralidad aseguraba que el juicio se desarrolle dentro de las normas adjetivas regulatorias del proceso ordinario.

Es razonable que no se le exija al demandado la presentación del plano de mensura específico que reclama el ordenamiento legal aplicable, por la falta de tiempo útil para obtenerlo, lo que no ocurriría respecto del certificado de dominio, porque se podría obtener con mayor rapidez, aunque su presentación sería irrelevante porque el propietario está individualizado. Con esta orientación se pronunció el más alto tribunal de la provincia de Buenos Aires:

La dispensa que concreta el art. 24 de la Ley 14.159 (texto Decreto-ley 5756/58) consistente en que los incs. a, b, c, y d de la norma no rigen cuando la adquisición del dominio por prescripción veinteañal no se plantea en juicio como acción sino

como defensa, tiene su fundamento en que la parte que es demandada carece de tiempo necesario y apto para preparar los presupuestos y requisitos que condicionan la promoción de una demanda de este tipo.⁶

Arean de Díaz de Vivar sostiene que el que se defiende de la reivindicación invocando la posesión que ejerce no pretende obtener un título en sentido instrumental, citando en apoyo este pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires:

La Ley 14.159 no ha tenido por finalidad modificar el régimen de la prescripción del Código Civil, sino solamente establecer las reglas procesales a que debe sujetarse la adquisición del dominio. Y, habida cuenta de la finalidad instrumental de la acción reglada en la citada ley, los requisitos por ella exigidos son innecesarios cuando la usucapión se hace valer como defensa contra la acción reivindicatoria, pues aquí el demandado no pretende la formación de un título (en sentido instrumental), sino evitar su desposesión.⁷

En resumen, cuando la prescripción adquisitiva se hace valer por vía de excepción, el demandado, sin desconocer los hechos constitutivos de la demanda, opone a su progreso el hecho extintivo de la prescripción. Él sólo debe probar el hecho extintivo (del derecho del actor), es decir, la prescripción (tanto la larga como la breve) y nada más.

2.5. *Suspensión e interrupción de la prescripción*

Con arreglo a las causales legalmente previstas (incapacidad, matrimonio, tutela y curatela, aceptación beneficiaria de la herencia, imposibilidad de obrar), la suspensión determina que se inutilice el tiempo de su duración en tanto se mantenga la causa que la motiva, a partir de cuyo cese se reanuda y el tiempo anterior se aprovecha hasta completar el plazo necesario.

Cada supuesto debe ser examinado con especial cautela habida cuenta la situación particular en la que se encuentra quien acredita tener configurada su usucapión sin decisión judicial que la respalde.

La interrupción de la prescripción adquisitiva tiene como consecuencia que se detenga definitivamente el tiempo trans-

6. *DJBA*, tomo 117, p. 52.

7. *DJBA*, tomo 99, p. 282.

currido. Al reanudarse, se inicia una nueva prescripción, que demandará todo el tiempo que la ley exige para adquirir el derecho de que se trate. Legalmente, existen dos supuestos: la interrupción natural y la civil; la primera, regulada por el artículo 3984 y la segunda, por los artículos 3986 y ss.

La amplitud de concepto de demanda, la legitimación pasiva necesaria, los casos en que judicialmente se admitió que ciertos actos trajeran apajarada la interrupción de la prescripción, la ineficacia de la interpelación extrajudicial, la validez de la demanda dirigida al tenedor de la cosa poseída por otro y la obligación de aquél de notificarle a este último, y la propia situación del usucapiente, que nos ocupa, conllevan la necesidad de examinar cuidadosamente si ocurren o han ocurrido, efectivamente, los aludidos supuestos de interrupción.

2.6. *Prescripción de la acción reivindicatoria.*

Doctrina de la extinción indirecta de esta acción por incidencia de la posesión ejercida

El artículo 4019 establece como principio general la prescriptibilidad de todas las acciones, excepto las de reivindicación de la propiedad de una cosa que está fuera del comercio. La doctrina sostiene la imprescriptibilidad de la acción reivindicatoria con fundamento en dos argumentos: a) que no es taxativa la enumeración del artículo 4019 y b) que, en cuanto el derecho de dominio es perpetuo (art. 2510, C. Civ.) y su subsistencia no depende del uso que se pueda hacer de él, no podría prescribir la referida acción.

En línea con la idea de la imprescriptibilidad estaban enrolados el Anteproyecto de reformas al Código Civil argentino de Biliboni (art. 3425, inc. 1) y el Anteproyecto de 1954 (art. 322, inc. 2).

Con otra lectura de la cuestión, Salvat⁸ se pronuncia por una forma indirecta de extinguirse la acción reivindicatoria, aludiendo al caso de haberse cumplido la prescripción adquisitiva a favor de un tercero. Esta acción puede ser detenida como consecuencia de la prescripción adquisitiva opuesta por el poseedor de la cosa. De manera que, si bien el dominio no se pierde por prescripción, sí se puede adquirir por usucapión, por lo que, una vez que la usucapión ha operado, cesa el dominio del anterior propietario.⁹

8. SALVAT, Raymundo L., *Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones en general*, (6ª ed.), tomo III, § 2061, p. 409.

9. BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Derechos reales*, Buenos Aires, 1992, tomo II, § 1529.

Para otra corriente de opinión, la acción reivindicatoria es prescriptible (Ventura - Moisset de Espanés) y sólo admite como excepción la que se deriva de la que se pretenda respecto de cosas no susceptibles de incorporarse a un patrimonio privado.

Se posiciona en esta tendencia Moisset de Espanés,¹⁰ para quien la prescripción liberatoria de las acciones reales es la contrapartida de la prescripción adquisitiva. Este autor recuerda que el artículo 3961 establece cuándo comienza a correr el plazo de prescripción, la que nace cuando un tercero toma posesión o cuasiposesión de la cosa y, lógicamente, se integra cuando el tercero la ha tenido por el tiempo suficiente para usucapir, momento en el cual se extingue la acción real del anterior dueño.

2.7. *En torno al doble papel del tiempo en la adquisición del derecho real de dominio y de otros derechos reales. Su calificación notarial*

La doctrina definió la prescripción adquisitiva o usucapición como el instituto por el cual el poseedor adquiere el derecho real que corresponde a su relación con la cosa (dominio, condominio, propiedad horizontal, usufructo, uso, habitación, servidumbres continuas y aparentes, y superficie forestal) por la continuación de la posesión durante todo el tiempo fijado por la ley. Es decir que, si los actos posesorios por todo el término legal fueron hechos con intención de someter la cosa al ejercicio del derecho de propiedad, en ese caso se podrá adquirir el dominio por usucapición, pero, si los actos posesorios sólo tuvieron el alcance de someter la cosa a un derecho de usufructo, de uso, de habitación o de servidumbre (continua y aparente), solamente se habrán adquirido estos derechos, pero no el dominio.

En cuanto a la razón de ser, la usucapición tiene su fundamento en la presunción de abandono de la cosa por parte del propietario. Sabemos que éste conserva su propiedad aunque no realice sobre la cosa actividad alguna, pero, si otro la posee durante el tiempo requerido para adquirirla por prescripción (art. 2510 *in fine*), aunque no estuviera en conocimiento de aquella posesión, la ley considera su inacción como abandono de la cosa y, en consecuencia, permite que se le adjudique al poseedor (arts. 2606 y 2610), porque fue él quien realmen-

10. MOISSET DE ESPANÉS, Luis, "Prescripción y Proyecto de unificación (algunos aspectos)", en *Revista Jurídica de Tucumán*, n° 28, 1990.

te ejerció el derecho sobre ella. Si, al contrario, la cosa hubiere permanecido durante muchos años abandonada, sin que nadie hubiere realizado sobre ella actos posesorios, el propietario y sus herederos habrían mantenido la titularidad del dominio. Pero, si fue poseída a título de dueño por un tercero, la ley, al cabo de un determinado número de años, se la adjudica al poseedor, presumiendo el abandono de la cosa por el anterior propietario.

La adquisición del derecho por el usucapiente es originaria porque no se apoya en el derecho del anterior titular, y no por esto aquél adquiere un nuevo derecho real. Se trata del mismo derecho real que existía antes en cabeza de otro titular pero que el usucapiente lo adquiere prescindiendo del derecho del antecesor y de su declaración de voluntad disponiendo de él.

Como se ha sostenido:

... en ciertas situaciones, el tiempo, además de cumplir esa función general que le es inherente, se interioriza y pasa a ser factor o contenido del propio fenómeno jurídico. Esto ocurre de manera muy señalada en la usucapición. El tiempo en ella no opera como un mero transcurrir; el decurso temporal, en cuanto duración, no se limita a desempeñar la función cuantitativa de la medida, la cronología o el decurso; tiende a producir un cambio o mutación jurídicos [...] No basta con que las situaciones dadas se mantengan en el sentido de que sólo pueden ser removidas acudiendo a la vía jurisdiccional. La dualidad hecho-derecho implica una incertidumbre que no puede mantenerse indefinidamente. Es preciso llegar a superarla [...] Así, de la posesión contradictoria del derecho de propiedad se pasa a la posesión como consecuencia de la propiedad o del derecho real adquirido por la usucapición. Antes que la usucapición genere el efecto adquisitivo, la posesión es el antecedente, después, genera el derecho, se introduce en él y se muestra como derivada del mismo.¹¹

Desde esta perspectiva, alentamos una calificación notarial que no detenga la cadena dominial dispositiva, permitiendo que, si está configurada la prescripción adquisitiva, el inmueble de que se trate no sea desafectado del tráfico negocial.

11. HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *La posesión*, Madrid, Aranzadi, pp. 407 y ss.

Otra bibliografía consultada

ALTERINI, Jorge H., *Acciones reales. Análisis exegetico del régimen jurídico de las acciones reivindicatoria, confesoria y negatoria*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000. ALTERINI, Jorge H. y ALTERINI, Ignacio E., “La teoría de las nulidades ante la incompetencia territorial del escribano”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, año LXXIII, n° 237, 14/12/2009, pp. 1-5; y en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 904, pp. 87-106. AREÁN DE DÍAZ DE VIVAR, Beatriz, *Juicio de usucapión*, Buenos Aires, Hammurabi, 1984. BELLUSCIO, Augusto C. (dir.) y ZANNONI, Eduardo A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Buenos Aires, Astrea. BUERES, Alberto J. (dir.) y HIGHTON, Elena I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi. CAUSSE, Jorge R. y otros, *Derechos reales*, Buenos Aires, Astrea, 2004, (2ª ed.), tomo 1. LEVITÁN, José, *Prescripción adquisitiva de dominio*, Buenos Aires, Astrea, 1990. MAZEUD, Henri y MAZEUD, Jean, *Lecciones de derecho civil*, Buenos Aires, EJE, 1969, parte segunda, volumen IV, (trad. Luis Alcalá-Zamora y Castillo). MOISSET DE ESPANÉS, Luis y VENTURA, Gabriel B., “Prescripción de la acción reivindicatoria”, en *La Ley Cuyo*, La Ley, 1986, p. 15.