

Título: La usucapión inmobiliaria. Su análisis procesal a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación

Autor: Sabene, Sebastián E.

Publicado en: SJA 08/02/2017, 08/02/2017, 128 -

Cita Online: AR/DOC/5004/2016

I. INTRODUCCIÓN

La pretensión procesal que se articula con miras a la declaración de un derecho real por prescripción se encamina hacia la obtención de una sentencia declarativa. Por consiguiente, el usucapiente alegará y ofrecerá probar los elementos de toda prescripción adquisitiva para formar la convicción judicial en tal sentido.

La prescripción adquisitiva es definida como el modo a través del cual un poseedor de una cosa adquiere un derecho real sobre ella, mediante el ejercicio de la posesión durante el tiempo fijado por la ley (1). Constituye un modo adquisitivo excepcional que conduce a la adquisición de ciertos derechos reales, a partir de la conjugación de dos elementos: la posesión y el tiempo.

La posesión debe ser ostensible (2) y continua (3) (arg. art. 1900, CCiv.yCom). Asimismo, del juego de los arts. 2544 y ss. se desprende que también debe ser ininterrumpida.

El tiempo de la prescripción adquisitiva inmobiliaria podrá ser de veinte años (4) o diez años (5). En el primer caso, la posesión —con los recaudos apuntados— unida al tiempo requerido serán suficientes para producir la adquisición del derecho real, aun cuando su ejercicio no repose sobre ningún título, o cuando se apoye en un título nulo.

En cambio, el legislador exige sólo diez años cuando la posesión se ejerce en virtud de un justo título y con buena fe. Se considera justo título, en orden a lo normado en el primer párrafo del art. 1902, al 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". Por consiguiente, el justo título cumple las condiciones de forma, pero adolece de un defecto de fondo, que puede consistir en la falta de capacidad del otorgante o en la circunstancia de no encontrarse legitimado para transmitir o constituir el derecho real de que se trate.

En materia inmobiliaria, entonces, el justo título debe cumplir la exigencia formal indicada en el art. 1017, inc. a), del CCiv.yCom. —es decir, la escritura pública, con la sola excepción de la subasta— de modo que debe excluirse toda posibilidad de que un acto documentado en instrumento privado o instrumento público de otra especie, pueda ser calificado como un justo título.

Por su parte, la buena fe requerida para que opere la prescripción adquisitiva breve consiste en "no haber conocido ni podido conocer la falta de derecho a ella", conforme se desprende del art. 1902, párr. 2º, del CCiv.yCom. (6). Así, cuando se trate de inmuebles, debe aplicarse el tercer párrafo del art. 1902 —aplicable a todas las cosas registrables— que, recibiendo los criterios doctrinarios y jurisprudenciales dominantes durante el régimen anterior, requiere el examen previo de: a) la documentación; y b) las constancias registrales.

Con el empleo del vocablo "documentación", identificamos la recepción de la reiterada jurisprudencia que ha considerado que es requisito para conformar la buena fe, la realización del estudio de títulos por el notario autorizante de la escritura pública (7), en combinación con los arts. 1061, 1724 y 1725 del CCiv.yCom.

II. LA CUESTIÓN DE LA MEDIACIÓN CIVIL OBLIGATORIA

Sabido es que, en varias jurisdicciones de nuestro país, se encuentra legislado un procedimiento previo extrajudicial de mediación civil, de carácter obligatorio, para todas aquellas acciones que —encontrándose alcanzadas por la regla general— no se encuentren expresamente exceptuadas.

La mediación se presenta así como un instrumento idóneo para el potencial arribo a un medio alternativo de resolución de un conflicto, distinto a la sentencia dictada en un proceso contencioso, generando un espacio para que las partes puedan materializar una solución acordada, cuando la cuestión involucre derechos disponibles por ellas.

Es así que, v.gr., el art. 1º de la ley 26.589 —Ley de Mediación y Conciliación aplicable en el ámbito territorial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— dispone que el procedimiento promoverá la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de la controversia (8).

Se plantea, entonces, si debe entenderse que el juicio de prescripción adquisitiva se encuentra alcanzado por esta regla general.

Sin perjuicio que esta cuestión —brevemente abordada en este apartado— no obedece a la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, creemos que su inclusión en este trabajo es recomendable en atención a la intensa preocupación que genera en los operadores jurídicos con intervención en estos procesos.

La cuestión ha tenido un importante protagonismo en el ámbito capitalino en el que la legislación en materia de mediación, consagra como principio general, que quedan comprendidas dentro del procedimiento de mediación prejudicial obligatoria todo tipo de controversias, excepto las previstas en el art. 5° de la presente ley (9). De una lectura aislada de esta norma, podría desprenderse la necesidad de sustanciar la mediación civil con carácter obligatorio, antes de la interposición de la demanda de usucapión.

Sin embargo, un análisis equilibrado de esta norma con el derecho de fondo, nos conduce a arribar a la solución contraria, si se observa que —como hemos indicado— el proceso de usucapión se encamina hacia el dictado de una sentencia que sirva de título instrumental a la adquisición legal de un derecho real, que sólo puede ser dictada por un juez, sin que esta labor pueda ser suplida por la voluntad de las partes. En suma, la existencia de la posesión con los recaudos exigidos por la ley, y el tiempo que, en cada caso, se requiere, no son cuestiones que puedan sustraerse de la producción probatoria y apreciación de un juez.

Así lo ha considerado la jurisprudencia de esta demarcación (10).

Varios años más tarde, al legislarse la mediación civil obligatoria en la provincia de Buenos Aires, ha quedado contemplada con mayor claridad, a nuestro criterio, la consagración legal de la regla general en la materia, por cuanto dispone el art. 2° de la ley provincial 13.951 que la mediación se caracteriza por los principios de neutralidad, imparcialidad, confidencialidad y consentimiento informado, agregando luego que el Estado proveerá la capacitación, utilización, promoción, difusión y desarrollo de la misma como método de resolución de conflictos, cuyo objeto sea materia disponible por los particulares (11).

Se esclarece así que existe un primer recorte conceptual para la viabilidad de la mediación civil, consistente en que los derechos involucrados en el conflicto resulten disponibles por las partes. La solución normativa es exacta puesto que el acuerdo que se celebra en el marco de una mediación constituye una transacción, en los términos de lo normado en el art. 1641 del CCiv.yCom. (12), la que no es jurídicamente posible cuando versa sobre derechos en los que está comprometido el orden público (13). Más aún: por obedecer a una cuestión de fondo, pensamos que idéntica solución cabría predicar si el art. 2° de la ley bonaerense no contuviera la referida expresión. Por tal motivo, ésta es una conclusión que debe resolver el planteo en cualquiera de las veinticuatro demarcaciones de la República Argentina.

La jurisprudencia de la provincia de Buenos Aires, resaltando la improcedencia de la mediación en materia de usucapión, en atención a que la naturaleza del instituto vuelve imposible cumplir con su finalidad, ha declarado, en numerosos precedentes, la inaplicabilidad de la ley 13.951 a la acción de prescripción adquisitiva (14), no así su inconstitucionalidad en atención a que ésta debe ser la última ratio del orden jurídico a la que sólo debe recurrirse cuando resulte inevitable (15).

Por lo demás, la solución que propiciamos es compatible con los arts. 1884 y 1905 del CCiv.yCom. En orden al primero de ellos, la regulación de los derechos reales en cuanto a sus elementos, contenido, adquisición, constitución, modificación, transmisión, duración y extinción es establecida sólo por la ley (...); exigiendo, a su turno, la segunda norma que la sentencia de prescripción adquisitiva se dicte en proceso que debe ser contencioso.

III. COMPETENCIA

El CCiv.yCom. no ha consagrado normas de competencia en lo concerniente al juicio de usucapión, razón por la cual corresponderá aplicar las normas procesales que, en atención al carácter real de esta acción, señalan la competencia territorial del juez del lugar de situación de la cosa.

Por razón de la materia, corresponderá entender, ciertamente, al juez que tenga competencia en asuntos civiles, de conformidad con la organización de los fueros en la jurisdicción de que se trate.

Es importante resaltar que, como se ha resuelto recientemente (16), la usucapión no se encuentra alcanzada por el fuero de atracción sucesorio, puesto que no se halla incluida en la nómina de acciones del art. 2336 del CCiv.yCom., norma que —como es sabido— constituye una excepción a las reglas generales sobre competencia que, como tal, debe ser objeto de una interpretación restringida.

IV. LEGITIMACIÓN ACTIVA

La acción de prescripción adquisitiva debe ser incoada por un poseedor, es decir, por quien ejerce un poder de hecho sobre una cosa, comportándose como titular de un derecho real, aunque en el caso, no lo haya sido hasta el cumplimiento del plazo legal correspondiente (17).

El poseedor usucapiente deberá acreditar el carácter ostensible, continuo e ininterrumpido de su posesión. En el apart. VII, abordaremos algunas cuestiones en materia probatoria.

Merecen especial tratamiento los siguientes supuestos particulares:

a) Poseedor en virtud de una interversión unilateral de título

La tenencia, con independencia del tiempo que perdure su ejercicio, no conduce a la adquisición de un derecho real. Es que, en orden al art. 1910 del CCiv.yCom., el tenedor se comporta como representante de un poseedor, razón por la cual reconoce la posesión y el derecho a poseer en otro, no resultando viable la aplicación del instituto de la prescripción adquisitiva.

Sin perjuicio de ello, es oportuno recordar que quien comienza ejerciendo una tenencia puede intervertir unilateralmente su título si exterioriza su voluntad mediante actos materiales que producen efectivamente la exclusión de la posesión del anterior poseedor, posibilidad que expresamente reconoce el art. 1915 del CCiv.yCom.

La interversión implica la concreción de actos que la ley o el título (18) prohíben, puesto que sólo así se controvierte la causa de adquisición de un derecho. Así, por ejemplo, intervierte el título un locatario que construye sin permiso escrito del locador.

Por tratarse de un modo adquisitivo de la posesión de carácter excepcional, la prueba de la interversión debe valorarse con restricción.

b) Herederos del poseedor

El fallecimiento del poseedor usucapiente no extingue la posesión, puesto que ésta continúa en la persona de sus herederos.

Así, principia el art. 1901 del CCiv.yCom. proclamando que el heredero continúa la posesión del causante, en recepción de la ficción jurídica que, con términos generales, campea en el derecho sucesorio.

Por consiguiente, el heredero o los herederos del poseedor, siendo también poseedores, se encuentran legitimados para incoar una acción de prescripción adquisitiva.

Si los herederos son descendientes, ascendientes o cónyuge del causante, no precisan justificar su calidad acompañando la declaratoria de herederos, puesto que tienen investidura de herederos de pleno derecho desde el fallecimiento del de cujus (19). Si, en cambio, son colaterales, será necesaria la acreditación de su calidad con la resolución judicial referida (20). Si son herederos testamentarios, deberá hacerse lo propio con la declaración de validez formal del testamento (21). En ambos casos, se acompañará el testimonio judicial pertinente.

A los fines de comprender la adquisición del derecho operada a favor del heredero, corresponde distinguir dos supuestos:

I. Poseedor que fallece durante el plazo de prescripción adquisitiva: los legitimados activos son sus herederos y serán éstos los que habrán consolidado la adquisición por usucapición puesto que, como señala el art. 1905 del CCiv.yCom., la adquisición del derecho real se produce cuando se cumple el plazo legal correspondiente, y a esta fecha, el poseedor originario ya se encontraba fallecido;

II. Poseedor que fallece luego del cumplimiento del plazo de prescripción adquisitiva: los legitimados activos son también sus herederos pero, a diferencia del supuesto anterior, el cumplimiento del plazo prescriptivo en vida del poseedor anterior determina que en la sentencia definitiva se deba declarar adquirido el dominio por éste, puesto que es quien se encontraba poseyendo a la fecha de adquisición del derecho real. Luego, será necesario denunciar el inmueble usucapido en el sucesorio del poseedor fallecido ya que, a su muerte, se habrá transmitido el dominio a sus herederos.

c) Cesionario de los derechos del poseedor

Es posible que el poseedor que inicia la acción de prescripción adquisitiva haya principiado a poseer la cosa en virtud de la tradición que le haya hecho un poseedor anterior sobre la base de la celebración de un contrato —vgr., cesión de boleto de compraventa—. En estos casos, cuando el último poseedor no alcanza a reunir el plazo prescriptivo correspondiente, puede echar mano a la unión de posesiones que hoy consagra el segundo párrafo del art. 1901 del CCiv.yCom., a tenor del siguiente texto:

(...) El sucesor particular puede unir su posesión a la de sus antecesores, siempre que derive inmediatamente de las otras (...).

Por consiguiente, podrá utilizar el tiempo de la posesión de su antecesor inmediato, como así de los antecesores de éste, a fin de sumar el tiempo necesario para la prescripción adquisitiva.

Mas debe observarse que la norma exige derivación e inmediatez, de suerte que habrá que acreditar que la posesión ejercida por el usucapiente deriva de la posesión anterior, para lo cual será menester probar el contrato respectivo. Si éste se ha celebrado por escritura pública o por instrumento privado con certificación notarial de sus firmas, la autenticidad de éstas últimas y de la fecha del contrato se traducirán en una verdadera ventaja

probatoria para el actor, puesto que —si se pretendiera acreditar lo contrario— corresponderá al demandado el planteo de la redargución de falsedad. Cuando, en cambio, el contrato se haya documentado en instrumento privado sin certificación de firmas, incumbirá al actor probar tales extremos.

Por último, agregamos que, en atención a la genérica referencia a "sucesor particular" que formula el art. 1901 del CCiv.yCom., la unión de posesiones es también aplicable al legatario de los derechos del poseedor, quien también gozará de legitimación.

V. LEGITIMACIÓN PASIVA

El art. 1905 del CCiv.yCom. exige que la prescripción adquisitiva sea judicialmente planteada en un proceso contencioso. Ello es indicador de que debe existir un legitimado pasivo, que será el titular registral, es decir, quien tenga a su nombre el último asiento registral vigente, razón por la cual se impone como requisito de inicio de la demanda la agregación de las constancias registrales —informe de dominio y/o copia de asiento registral— que identifiquen al demandado.

Cuando el titular registral se encuentre fallecido, corresponderá dirigir la acción contra sus herederos.

a. Situación de asientos registrales correspondientes a derechos reales sobre cosa ajena. Si las constancias registrales informan un derecho real sobre cosa ajena, cuando éste sea ejercible por la posesión, corresponderá dirigir la acción también contra el titular de este asiento.

Es que debe entenderse que la posesión invocada por el usucapiente controvierte la subsistencia de la posesión de aquél, en atención al principio de exclusividad de la posesión (22), y por ende se impone la necesidad de darle la debida intervención en el proceso judicial.

Por lo expuesto, esta solución no es aplicable a los derechos reales no ejercibles por la posesión —hipoteca y servidumbre— toda vez que éstos son derechos oponibles al usucapiente.

b. La acción incoada contra el Estado. Es jurídicamente posible intentar la prescripción adquisitiva contra el Estado, en tanto ésta recaiga sobre bienes de su dominio privado, ya que el dominio público, en orden a lo normado en el art. 237 del CCiv.yCom., es —entre otras cosas— imprescriptible.

Se impone, en estos casos, la intervención del Estado que corresponda, en calidad de demandado, lo que no debe confundirse con la citación que se cursa al Estado en cualquier juicio de usucapión, de conformidad con algunas legislaciones procesales, puesto que ésta última responde a una finalidad de contralor, en el supuesto en que exista un interés fiscal comprometido (23).

VI. REQUISITOS DE INICIO DE LA DEMANDA

Las legislaciones procesales contemplan requisitos de inicio de la demanda de prescripción adquisitiva, todos los cuales deben entenderse subsistentes en la vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, puesto que —lejos de colisionar con las nuevas normas— obedecen a la naturaleza propia del instituto que, por supuesto, se ha mantenido.

Nos referiremos brevemente a ellos, a saber:

a) Plano de mensura para usucapir

Los Códigos rituales imponen la necesidad de identificar el objeto de la demanda con precisión. En materia de prescripción adquisitiva inmobiliaria, ello se traduce en la necesidad de delinear el inmueble usucapido, cuya sentencia declarativa se persigue.

Puesto que la determinación de los inmuebles a fin de que éstos puedan constituir objeto de derecho real se nutre de la función pública catastral, se presenta como recaudo ineludible la adjunción de un plano de mensura que contenga la representación gráfica de la parcela poseída.

Este plano se caracteriza por ser resultado de una mensura previa, practicada por agrimensor matriculado que debe suscribir el documento cartográfico, asumiendo así una responsabilidad profesional al respecto. Una vez confeccionado por el agrimensor actuante, deberá presentarse conjuntamente con la demanda, con la correspondiente visación, conforme lo exigen las leyes procesales.

Tal visación —que, en terminología catastral equivale a la aprobación del plano, que sólo se pronuncia sobre su faz geométrica— corresponde a la entidad que, en cada legislación local, ejerza la autoridad cartográfica (24).

Si bien las leyes procesales no suelen exigir —a los fines de su agregación a la demanda— que el plano de mensura aprobado, se encuentre inscripto en el Organismo Catastral, es una práctica impuesta, y muy conveniente por cierto, que el plano cuente con la publicidad registral que la ley 26.209 ha puesto en manos de los Catastros.

Por último, cabe agregar que —conforme hemos sostenido— cuando la usucapión se plantee como reconvencción, si el usucapiente no ha tramitado el plano con anterioridad, deberá cumplimentar este recaudo en cualquier etapa del proceso judicial anterior al llamamiento de autos para sentencia, puesto que el juez de la usucapión, además de su función jurisdiccional, asume una función documental para la cual resulta imprescindible el soporte planimétrico [\(25\)](#).

b) Constancias registrales

Las leyes adjetivas pronuncian la necesidad de acompañar las constancias registrales del inmueble que es objeto de la demanda, de las que resultará contra quién debe dirigirse la acción.

Ello exige, en breves líneas, distinguir si el inmueble usucapido se encuentra matriculado en el Registro de la Propiedad Inmueble, o si su última inscripción vigente se ha consignado con la anterior técnica de folio causal.

Debe recordarse que la ley 17.801 (Ley Nacional Registral Inmobiliaria) dispone que las inscripciones deben practicarse observando la técnica de folio real, lo que implica que cada inmueble tendrá su folio o matrícula, en la cual se practicarán las diversas anotaciones o inscripciones que correspondan de acuerdo a la ley [\(26\)](#). En estos casos, estamos en presencia de un inmueble matriculado, correspondiendo agregar a la demanda un informe de dominio o copia de asiento registral. Cualquiera de ambos arrojará como resultado la copia de la matrícula de la cual surgirán los datos necesarios.

Sin embargo, en algunas demarcaciones de nuestro país, la conversión de los anteriores folios causales (en los que se abría un folio por cada acto) a los nuevos folios reales (un folio por cada inmueble) aún no se ha finalizado y subsisten numerosos inmuebles que aún no han sido objeto de este procedimiento. Tal es el caso de la Provincia de Buenos Aires.

En estos supuestos, las constancias registrales que corresponde agregar son: el informe de dominio (que dará cuenta del estado jurídico del inmueble) y la copia de asiento registral (que informará los datos correspondientes al titular del asiento registral vigente). Debe observarse que, en este supuesto, se impone la necesidad de acompañar ambos informes, puesto que la mera agregación del primero impedirá conocer los datos del demandado para dirigir correctamente la acción.

c) Tasa de justicia

Asimismo, corresponderá dar cumplimiento a los tributos que, en cada legislación local, se impongan como retribución al servicio de justicia, aplicando la alícuota correspondiente al valor fiscal del inmueble involucrado.

VII. PRUEBA

El Código Civil y Comercial de la Nación no contiene referencia alguna al régimen probatorio en los juicios de usucapión, del mismo modo que tampoco lo hacía el Código Velezano.

Pero las legislaciones procesales, conjuntamente con la frondosa jurisprudencia que aportan todas las jurisdicciones de nuestro país y la doctrina especializada, han contribuido a la formación de ciertos criterios uniformes, que no se han modificado con la entrada en vigor del nuevo cuerpo de normas.

a) Improcedencia de la sentencia de prescripción adquisitiva basada exclusivamente en la prueba testimonial

Las leyes rituales imponen esta limitación. La usucapión que pretenda ceñirse exclusivamente a la producción de prueba testimonial no puede tener andamiaje jurídico, lo que —en cambio— sí ocurría cuando la prescripción adquisitiva se instrumentaba procesalmente como una información posesoria. Pero ello, en atención al carácter contencioso que ya con anterioridad imponía la legislación procesal y hoy establece claramente el art. 1905 del CCiv.yCom., resulta jurídicamente inviable.

Ello, sin embargo, no debe conducir a la errada conclusión de que la prueba testimonial sea irrelevante, ya que ciertamente es portadora de una indudable eficacia, por cuanto permite al usucapiente probar que su posesión ha sido ostensible, recaudo exigido por el art. 1900 del CCiv.yCom.

b) Prueba compuesta

El juicio de usucapión se caracteriza por exigir la estructura de una prueba compuesta, de lo que se deduce que la convicción judicial debe formarse del conjunto de las pruebas producidas en el expediente.

Se ha definido a la prueba compuesta como la formada por elementos de juicio individualmente inidóneos por sí para acreditar eficazmente un hecho, por cuya razón necesariamente han de integrarse con otros elementos de idéntica ponderación [\(27\)](#).

Se trata de una regla que mantiene su plena vigencia en la legislación sustantiva actual, razón por la cual la numerosa doctrina y jurisprudencia al respecto, resultan hoy aplicables.

c) Deben probarse los dos elementos constitutivos de la posesión

La prescripción adquisitiva exige una prueba acabada de la posesión, cuya apreciación judicial debe ser restringida en atención al carácter excepcional de este modo adquisitivo [\(28\)](#).

En orden a lo normado en el art. 1909 del CCiv.yCom., 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.

Por lo tanto, la posesión se integra con dos elementos: a) el corpus (el poder de hecho que la persona ejerce sobre la cosa); y b) el animus (su comportamiento como titular de derecho real).

De ello se desprende que la prueba de la posesión requiere la acreditación de ambos elementos, no resultando suficientes las probanzas que se refieran exclusivamente a actos reveladores de un poder de hecho.

Para ello, es de vital importancia el art. 1928 del CCiv.yCom. que, sin perjuicio de no ser taxativo, presenta una enunciación de actos posesorios a tenor del siguiente texto:

Actos posesorios. Constituyen actos posesorios sobre la cosa los siguientes: su cultura, percepción de frutos, amojonamiento o impresión de signos materiales, mejora, exclusión de terceros y, en general, su apoderamiento por cualquier modo que se obtenga.

En atención a que la prueba del animus no es de sencilla producción, la jurisprudencia admite uniformemente —con criterio que debe mantenerse en la vigencia del CCiv.yCom.— la eficacia probatoria del pago de impuestos, debido a que, si bien es cierto que el pago de un tributo no constituye acto posesorio por no estar revestido de la materialidad que esta especie de actos exige, también lo es que tal conducta evidencia el comportamiento propio de un titular de derecho real, que no puede ser obviado por el juzgador, mientras se justifique que tales pagos se efectuaban con continuidad [\(29\)](#), aunque no abarquen todo el tiempo de la posesión [\(30\)](#).

Sin perjuicio de lo expuesto en último término, la jurisprudencia ha señalado que la relevancia probatoria del pago de impuestos no implica que deba considerarse como un requisito sine qua non [\(31\)](#).

VIII. LA SENTENCIA

La sentencia que hace lugar a la pretensión procesal usucaptiva es declarativa y no constitutiva. La sentencia de prescripción adquisitiva declara la adquisición de un derecho real que ha acaecido con anterioridad. Se razona, entonces, que la adquisición ya ha operado y que el juez, comprobando los extremos fácticos exigibles sobre la base de las pruebas ofrecidas y producidas, sentencia declarándolo así, con los efectos que correspondan según se trate de prescripción adquisitiva larga o breve [\(32\)](#).

El enfoque propuesto en este artículo exige el análisis de dos aspectos novedosos:

a) El momento a partir del cual produce efectos la sentencia de usucapión

Si la sentencia declara un derecho real adquirido con anterioridad, es necesario esclarecer a qué momento se retrotraen sus efectos.

Ésta ha sido una cuestión de intenso debate durante la vigencia del Código anterior, habiendo sostenido un sector de la doctrina que la sentencia se retrotraía al inicio de la posesión, mientras otros aseguraban que los efectos se producían desde el vencimiento del plazo.

El CCiv.yCom. resuelve el conflicto distinguiendo la solución según se trate de prescripción adquisitiva breve o larga.

Para el primer caso, dispone en el segundo párrafo del art. 1903 que 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.

La solución es lógica si comprendemos que, como hemos expuesto ut supra, esta prescripción sana defectos de un título anterior por falta de titularidad o capacidad.

Es, entonces, lógico que se retrotraiga al día en que se adquirió la posesión, hecho que, a su vez, se presumirá acaecido en la fecha del título, a menos que la otra parte pruebe lo contrario, de conformidad con lo normado en el art. 1914 del CCiv.yCom.

Deberá considerarse, también, lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 1898 del CCiv.yCom. [\(33\)](#).

La solución, en materia de prescripción larga, es distinta. Al respecto, predica el art. 1905, en su segundo párrafo, que la sentencia declarativa de prescripción larga no tiene efecto retroactivo al tiempo en que comienza la posesión.

Se impone, entonces, la pregunta: si no tiene efecto retroactivo a ese tiempo, ¿a partir de qué momento se considera, entonces, adquirido el derecho real?

La respuesta se evidencia en el párrafo anterior de la misma norma: el derecho real se considera adquirido una vez cumplido el plazo de prescripción, es decir, no el día en que se ha comenzado a poseer (inicio del cómputo de la prescripción) sino el día en que se ha llenado el plazo indicado por la ley, considerando naturalmente las eventuales suspensiones que pudiere haber sufrido la prescripción.

Es que debe comprenderse que, si la prescripción adquisitiva se integra con dos elementos (posesión y tiempo), es lógico que se considere operada cuando tal tiempo haya transcurrido.

Esto no enerva ciertamente el carácter declarativo de la sentencia puesto que, en cualquier caso, el cumplimiento del plazo será una circunstancia que habrá ocurrido con anterioridad a la referida resolución judicial.

b) La fijación judicial de la fecha de adquisición del derecho real

En consonancia con lo que hemos expuesto, dispone el primer párrafo del art. 1905 del CCiv.yCom. que 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.

Por consiguiente, se estatuye un deber funcional del juez sentenciante, consistente en precisar la fecha en que se ha adquirido el derecho real, exigencia que no se presentaba en el Código anterior.

Para ello, lógicamente el juez considerará la fecha en que se ha logrado probar la adquisición de la posesión, puesto que ella marcará el inicio del cómputo del plazo prescriptivo.

Se ha considerado, para aquellas sentencias que no se encontraban firmes el 1º de agosto de 2015 (fecha de entrada en vigencia del CCiv.yCom.), que —constituyendo una situación jurídica existente y no consumada— correspondía, aun cuando se encontrara en curso la segunda instancia, la devolución de las actuaciones al juzgado de origen para dar cumplimiento con la fijación de esta fecha, en aplicación del art. 7º del CCiv.yCom. [\(34\)](#).

IX. LA ANOTACIÓN DE LITIS

El párrafo final del art. 1905 del CCiv.yCom. dispone lo siguiente:

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

La norma dispone que el juez deberá ordenar de oficio la anotación de litis con relación al objeto, lo que —en una primera aproximación— podría identificarse con la anotación de litis que los Códigos Procesales regulan como medida cautelar.

Sin embargo, hemos sostenido —y reafirmamos nuestra postura— que no se trata de una verdadera medida cautelar, desde que su dictado obligatorio no contempla el examen de la verosimilitud en el derecho y habilita la hipotética situación de que, en el marco de un traslado de una prescripción adquisitiva manifiestamente improcedente, el juez deba ordenar igualmente esta medida, circunstancia que no ocurría durante la vigencia del Código anterior [\(35\)](#).

Confirma nuestra idea la circunstancia de que su dictado proceda de oficio [\(36\)](#).

Desde nuestra óptica, la anotación de litis del art. 1905 del CCiv.yCom., constituye una medida que, en términos mucho más amplios que los recogidos en los ordenamientos rituales, funciona en combinación con la publicidad posesoria consagrada en los pronunciamientos judiciales del régimen anterior y que, en alguna medida, regula el art. 756 del CCiv.yCom. [\(37\)](#).

En este orden de ideas, si — pese a la anotación de la litis en el Registro de la Propiedad Inmueble, un tercero hubiera contratado con el demandado en relación al inmueble objeto de usucapión, sería jurídicamente imposible que éste último haga tradición al primero, puesto que el inmueble está siendo poseído por el usucapiente [\(38\)](#).

Frente al conflicto planteado, cabe pensar que el tercero que haya contratado con el demandado no podrá triunfar en su pretensión puesto que el usucapiente habrá tenido una doble publicidad: la publicidad posesoria y la publicidad registral de la anotación de litis. Ambas habrán impedido calificar al tercero como un adquirente de buena fe.

La diferencia sustancial se ubica en aquellas situaciones de poseedores que han invocado la prescripción adquisitiva en procesos judiciales, en los cuales durante el régimen anterior no hubieran obtenido la publicidad registral de la litis, por carecer de verosimilitud en el derecho, y ahora, en el régimen actual, sí la obtendrán.

Por aplicación del art. 7° del CCiv.yCom., las sentencias que no se encontraban firmes a la entrada en vigencia del nuevo Código, han sido devueltas por las Cámaras de Apelaciones a los juzgados de origen a fin de dar cumplimiento con esta medida [\(39\)](#).

X. CONCLUSIÓN

Las habituales consultas en materia de prescripción adquisitiva y el volumen de causas que registran los juzgados y tribunales de la República Argentina sobre esta materia, evidencian que la usucapión ha tenido históricamente una relevancia económica y social en la República Argentina.

Por tal motivo, sin perjuicio de las diferencias estadísticas que al respecto informen las distintas jurisdicciones, se trata de un instituto de vital importancia para sanear títulos o para consolidar jurídicamente situaciones fácticas preexistentes.

Siendo una cuestión de tamaño impacto en el tráfico jurídico y, por consiguiente, en el quehacer profesional y funcional, esperamos que el presente artículo haya constituido un aporte a su instrumentación práctica, frente a las no pocas inquietudes que ha generado la llegada del nuevo derecho privado.

BIBLIOGRAFÍA

- Abella, Adriana, Derecho Inmobiliario Registral, Buenos Aires, Zavalía, 2008.
- Allende, Guillermo L., Panorama de derechos reales, Buenos Aires, La Ley, 1967.
- Alterini, Jorge H. (dir). Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético, Buenos Aires, La Ley, 2015.
- Areán, Beatriz, Juicio de usucapión, Buenos Aires, Hammurabi, 2005.
- Clusellas, Eduardo G. (coord.). Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado. Buenos Aires, Astrea / F.E.N., 2015.
- Gatti, Edmundo, Teoría general de los derechos reales, 2ª ed. act., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1980.
- Gatti, Edmundo y Alterini, Jorge H., El derecho real. Elementos para una teoría general, 2ª ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005.
- Gurfinkel de Wendy, Lilian (dir.), Derechos reales, 2 vols., 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015.
- Kiper, Claudio, Tratado de derechos reales, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2016.
- Lafaille, Héctor y Alterini, Jorge H., Tratado de los derechos reales, 6 vols., 2ª ed. act. y amp., Buenos Aires, La Ley - Ediar, 2010.
- Laquis, Manuel, Derechos reales, 4 vols., Buenos Aires, Depalma, 1983.
- Lorenzetti, Ricardo L. (dir.). Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2014.
- Mariani de Vidal, Marina y Abella, Adriana, Derechos reales en el Código Civil y Comercial, Buenos Aires, Zavalía, 2016.
- Sabene, Sebastián E., "La anotación de litis del art. 1905 del Código Civil y Comercial de la Nación", LLBA 2015 (Diciembre), 1200.
- Sabene, Sebastián E., "La reconvención por usucapión", Revista Abeledo Perrot, Buenos Aires, vol. 2011-7, p. 800 y ss.
- Sabene, Sebastián E., Registro Catastral, Buenos Aires, Zavalía, 2013.
- (1) Arg. art. 1897, CCiv.yCom.
- (2) De conformidad con la doctrina, es ostensible aquella posesión que no es clandestina, idea que se apoya en la posibilidad de que el titular registral haya conocido o podido conocer la posesión del usucapiente, para articular la acción reivindicatoria, tendiente a interrumpir la prescripción en curso.
- (3) La continuidad obedece a la necesidad de que el usucapiente materialice los actos posesorios en forma continuada o sucesiva.
- (4) Arg. art. 1899, CCiv.yCom.
- (5) Arg. art. 1898, CCiv.yCom.
- (6) Sin embargo, creemos oportuno mencionar que, a nuestro criterio, tal norma debe ser integrada con el art. 1918 del mismo cuerpo de normas, por cuanto exige que la persuasión de la legitimidad en la posesión debe hallar causa en un error de hecho, esencial y excusable.

(7) En tal sentido: Corte Sup., 12/11/1986, en autos "Inverfin Compañía Financiera v. Provincia de Buenos Aires", LL 1987-C-144; ídem, 15/07/1997, en autos "Terrabón S.A. v. Provincia de Buenos Aires", LL 1999-A-507; C. Nac. Civ., sala F, 27/08/1979, en autos "Sigfrido S.A. en: 'Erdman del Carril, Elisa M. E. y otros v. Lozada, Mario'", LL 1980-D-290. En la doctrina, así lo han sostenido durante el régimen anterior, entre otros: Mariani de Vidal, Marina, Curso de derechos reales, t. 3, 6ª ed., Zavallía, p. 409; Highton, Elena, "Soluciones a algunos problemas que plantea el art. 1051 del Código Civil", LL 1980-D-290. En lo tocante a la cuestión en el régimen actual, así lo hemos sostenido en: Mariani de Vidal, Marina - Sabene, Sebastián. En: Bueres, Alberto (dir.), Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias, 6 tomos, Hammurabi, en prensa.

(8) Similar expresión consagra el art. 2º, ley 13.951 en la provincia de Buenos Aires.

(9) Cfr. art. 4º, ley 26.589.

(10) "En esta inteligencia se ha sostenido que la prescripción adquisitiva de dominio 'es legal y no dependiente de la voluntad de los particulares. Cuando el órgano judicial competente comprueba la posesión continua, 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 no resulta suficiente para tornar operativa la transferencia del dominio sin o 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'" (C. Nac. Civ., sala H, 22/2/2008, "Vázquez, José Eduardo v. Mentaberry, Ricardo Julio y otro s/ homologación de acuerdo — ley 24.573").

(11) El resaltado nos pertenece.

(12) Dispone el art. 1641 del CCiv.yCom. lo siguiente: "Concepto. La transacción es un contrato por el cual las partes, para evitar un litigio, o ponerle fin, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones dudosas o litigiosas".

(13) Arg. art. 1644, párr. 1º, CCiv.yCom.

(14) "No resulta aplicable el régimen de mediación previa obligatoria a los juicios de usucapión, pues el objeto de la prescripción adquisitiva resulta ser indisponible para los particulares, motivo por el cual un acuerdo establecido en la materia, entre los particulares, no resulta susceptible de ser homologado judicialmente. Ello, conlleva a que no se pueda cumplir con la finalidad práctica y propia de la mediación, que es llegar a un acuerdo que traiga aparejada la solución del conflicto" (C. Civ. y Com. La Matanza, sala I, 3/6/2014, "Markovsky, Adriana Marcela v Bruneliere, Juan y otro s/ materia a categorizar", RCJ 4269/14). También se ha resuelto que "Si bien los juicios de usucapión no fueron contemplados en el art. 4º, ley 13.951 de la provincia de Buenos Aires, no debe entenderse a esta enumeración como de carácter taxativo. Un análisis completo de la totalidad de la normativa que regula estas cuestiones, lleva a concluir que estos casos se encuentran abarcados dentro de la excepción general que se desprende del art. 1º, ley 13.951 de la provincia de Buenos Aires, en cuanto no se verán comprendidas las cuestiones indisponibles para las partes. En ese orden, el objeto del juicio de usucapión, resulta ser materia no disponible para los particulares y, por ende, atento a lo normado por el art. 1º de la propia ley en análisis como así también por el art. 1º, decreto 2530/2010, no es susceptible de ser sometido a mediación previa obligatoria" (C. Civ. y Com. San Isidro, sala I, 9/4/2015, "L., J. C. v. C. A. de T. de N. L. s/ diligencias preliminares", RCJ 2562/15). Habiéndose resuelto, asimismo, que "Así como la judicatura no puede aprobar un acuerdo de partes en el juicio de usucapión por ser indisponible su objeto, resulta errónea la disposición procesal que somete a la mediación —medio alternativo de solución de conflictos— las controversias que giran alrededor de la usucapión, puesto que nada podrá acordarse válidamente en esa instancia extrajudicial entre los involucrados y, si así sucede, no resulta viable legalmente su inscripción en el Registro de la Propiedad inmueble pertinente (arts. 2º y 3º, ley 17.801) como modo de adquirir el dominio, ni tampoco podrá recibir posterior homologación judicial a los mismos efectos, de manera que disposiciones rituales de ese tenor facilitan la confusión, retardan el ejercicio de la acción —entorpeciendo el acceso a la justicia— y generan gastos innecesarios —los honorarios de la mediación— a los justiciables, consecuencias indeseables que vulneran los derechos constitucionales de peticionar a las autoridades y al debido proceso adjetivo (arts. 14 y 18, Constitución Nacional)" (C. Civ. y Com. Necochea, 11/9/2013, "Del Hoyo, Enrique Cruz v. Club Deportivo y Social Huracán s/ homologación mediación ley 13.951", RCJ 17153/13).

(15) "Asimismo hartos sabido la declaración de inconstitucionalidad de una norma jerárquica legal es un acto de suma gravedad institucional, constituyendo la más delicada de las funciones susceptible de encomendarse a un tribunal de justicia. De ahí que debe ser considerada como ultima ratio del orden jurídico y

sólo practicable como razón ineludible (...) se resuelve: Revocar la sentencia interlocutoria apelada de fs. 24/26, dejando establecido que el régimen de la ley 13.951 no es aplicable al presente proceso (...) (C. Civ. y Com. Mercedes, sala III, 6/3/2014, "Fernández, Pedro Antonio v. Bonomini, Antonio Marcos Armando s/ usucapión".

(16) "La demanda destinada a obtener la usucapión sobre un inmueble no es atraída por la sucesión del titular del dominio, porque la pretensión se asimila a las de naturaleza real y el sucesorio no ejerce fuero de atracción respecto de las acciones reales (art. 2336, CCiv.yCom.)" (C. Nac. Civ., sala G, 12/8/2016, "A., J. v. K. de T., E. y otros s/ prescripción adquisitiva", AR/JUR/55227/2016). En igual sentido: "La demanda de usucapión no es atraída al proceso sucesorio del titular registral, por no estar mencionada en el art. 2336 del CCiv.yCom. como una acción que deba tramitar ante el juez del sucesorio, a lo que se agrega su carácter real que la excluye del fuero de atracción" (C. Nac. Civ., Secretaría General N° 1, 27/4/2016, "C., M. A. v. A. D. C., C. Z. y otros s/ prescripción adquisitiva", Suplemento LL, 1/6/2016, p. 11).

(17) Arg. art. 1909, CCiv.yCom.

(18) Empleamos aquí el vocablo "título" en un sentido amplio, comprensivo de la causa de adquisición de un derecho personal que habilita el ejercicio de una tenencia.

(19) Arg. art. 2337, CCiv.yCom.

(20) Arg. art. 2338, párr. 1º, CCiv.yCom.

(21) Arg. art. 2338, párr. 2º, CCiv.yCom.

(22) Arg. art. 1913, CCiv.yCom.

(23) El decreto-ley 5756/1958, de aplicación en el ámbito capitalino, dispone en su art. 24, inc. b), que "En caso de haber interés fiscal comprometido el juicio se entenderá con el representante legal de la Nación, de la provincia o de la municipalidad a quien afecte la demanda". Se advierte la habitual práctica de que el Juzgado interviniente, al desconocer si existe, o no, tal interés comprometido, curse tal citación en todos los casos.

(24) Así, en Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Dirección de Catastro; en Provincia de Buenos Aires, la Dirección de Geodesia.

(25) Sabene, Sebastián E., "La reconversión por usucapión", Revista Abeledo Perrot, Buenos Aires, vol. 2011-7, p. 800 y ss.

(26) Arg. art. 11, ley 17.801.

(27) Sup. Corte Bs. As., 29/11/1983, JA 1984-III-639.

(28) Corte Sup., 7/9/1993, ED 159-233

(29) Así, se considera ineficaz, a estos efectos, el pago de una moratoria en los últimos años de posesión. C. Nac. Civ., sala D, 5/4/1989, LL 1989-E-3; Sup. Corte Bs. As., 18/12/1984, LL 1986-A-616.

(30) Sup. Corte Bs. As., 5/2/1980, DJBA 118-106.

(31) C. Nac. Civ., sala H, 21/3/2002, DJ 2002-2-1026.

(32) Tanto el art. 1903 del CCiv.yCom., en materia de prescripción breve, como el art. 1905 en lo atinente a la prescripción larga, se refieren a una sentencia declarativa.

(33) CCiv.yCom., art. 1898, párr. 2º: "Si la cosa es registrable, el plazo de la posesión útil se computa a partir de la registración del justo título". Existen distintas interpretaciones en torno al ámbito de aplicación de este segmento de la norma, cuyo abordaje excede el marco de este trabajo.

(34) C. Civ. y Com. Corrientes, sala IV, 3/8/2015, "M., M. I. v. M. C. de C. s/ prescripción adquisitiva", Infojus SUY0022119.

(35) Debe apuntarse que, con anterioridad a la entrada en vigor del CCiv.yCom., procedía la anotación de litis regulada en los Códigos Procesales, sólo a petición de parte y en tanto el peticionante acreditara la verosimilitud en el derecho invocado.

(36) Así lo hemos afirmado en: Sabene, Sebastián E. "La anotación de litis del art. 1905 del Código Civil y Comercial de la Nación", Supl. LLBA 2015 (dic.), 1200.

(37) Decimos "en alguna medida", porque este artículo se ocupa de la situación en que dos o más acreedores reclaman la cosa al deudor. Y aquí, en rigor de verdad, el usucapiente no reclama la cosa al titular registral, puesto que está ejerciendo la posesión de ella. Por otra parte, este artículo contempla la situación en que los sujetos que concurren sobre el mismo objeto son de buena fe y a título oneroso, y ya hemos visto que el tercero que contrató con el demandado no lo es, del mismo modo que tampoco se exige que lo sea el usucapiente.

(38) Arg. art. 1926, CCiv.yCom.

(39) C. Civ. y Com. Necochea, 13/8/2015, "Iriberry, Juan Leoncio S.C.A. v. Larraburu, Juan Bautista y/o sucesores de Larraburu s/ prescripción adquisitiva bicenal del dominio de inmuebles", LLBA, 2015 (dic.), 1200 (con comentario del autor).