

Título: La seguridad jurídica y las incertidumbres en la usucapión de inmuebles

Autor: Alterini, Jorge Horacio

Publicado en: LA LEY 17/04/2008, 17/04/2008, 1 - LA LEY2008-D, 867 - Acad.Nac. de Derecho 2008 (marzo), 25/08/2005, 1

Cita Online: AR/DOC/1183/2008

Es sabido que en la interpretación muy dominante el vocablo seguridad jurídica proviene de la voz latina "securus", que describe la idea de que lo seguro es lo que está exento de riesgos, sin peligros, que no despierta inquietud o preocupación (1), en definitiva, no tener incertidumbres, pues en una versión simplificada la seguridad jurídica se expresa a través del saber a qué atenerse.

La renovada importancia de la seguridad jurídica en los procesos de globalización de las relaciones económicas, como el que se presenta en estos tiempos, fue analizada con su particular maestría por el Dr. Julio H. G. Olivera, quien luego de un detenido análisis de la cuestión, concluyó: "... que la tasa de crecimiento económico de un país depende positivamente de su grado de juridicidad. Por lo tanto, dado que en una economía global los recursos se mueven desde los países de crecimiento lento hacia los países de crecimiento rápido, podemos inferir que en un contexto de globalización, a igualdad de las demás variables que regula la tasa de crecimiento económico, los recursos se desplazan de los países de baja juridicidad a los países de alta juridicidad..."(2).

La mentada seguridad jurídica ha menester de la confluencia de diversos presupuestos que la sustentan.

No es dudoso que debe partirse de la certeza de cuáles son las normas vigentes y de sus verdaderos alcances, pues mal podemos saber a qué atenernos si no media certidumbre sobre los mandatos legislativos a los que debemos sujetarnos.

Una adecuada técnica legislativa impone que las leyes sean claras, concisas, con lenguaje simple y directo, que se procure armonizar el lenguaje técnico con el habla natural u ordinario de la comunidad. Sobre la importancia de estas pautas de la expresión legislativa se pronuncia Montesquieu cuando dice con relación a las leyes: "Su estilo debe ser conciso. Las leyes de las Doce Tablas son un modelo de precisión: los niños se las aprendían de memoria. Las Novelas de Justiniano son tan difusas que fue preciso abreviarlas. El estilo de las leyes debe ser sencillo; la expresión directa se entiende mejor que la expresión redundante. No hay majestad en las leyes del bajo imperio, pues los príncipes hablan en ellas como retóricos. Cuando el estilo de las leyes es ampuloso, se consideran como obras de ostentación. Es esencial que las palabras de las leyes susciten las mismas ideas en todos los hombres (...) Las leyes no deben ser sutiles, pues están hechas para gentes de entendimiento medio. No son un arte de lógica sino el argumento sencillo de un padre de familia ..." (3).

La llamada inflación legislativa conspira abiertamente contra la certeza del ordenamiento, dado que la desordenada y descontrolada multiplicación de las normas jurídicas, en la que cayó el ordenamiento jurídico argentino, es por hipótesis y por experiencia claramente antitética con un nivel razonable de seguridad jurídica.

En cuanto a la disyuntiva entre la codificación y la descodificación, me he pronunciado con convicción por la importancia de los códigos en el camino hacia la transparencia y simplificación del régimen jurídico.

En un trabajo anterior describí el tan repetido escepticismo de Natalino Irti acerca de la aptitud de los códigos tradicionales para regir las comunidades en el mundo contemporáneo, por haber sido desgajados por las legislaciones especiales y de allí su apuesta para reconstruir la centralidad del sistema con una mayor jerarquización de las constituciones para ordenar el sistema jurídico (4).

Ese nihilismo inicial fue luego abandonado por Irti, según lo recordé. El profesor español García Cantero resaltó que Irti "no fue profeta en su tierra", pero lo que es más impactante es su variación de criterio, que refiere con estas palabras: "Menos conocido y divulgado es que Irti ha vuelto claramente sobre sus pasos: afirma que ahora está en crisis la propia Constitución; se cuestiona la República, se revisa o se reescribe la historia de la guerra, se tambalea el mito de la Resistencia y de la lucha por la liberación, se rechaza la tradición unitaria y se proyecta un Estado federal; frente al cansancio constitucional se contraponen la estabilidad del Código Civil, de modo que las circunstancias históricas atribuyen a éste una especie de plusvalor político, es decir, un significado unificador y una capacidad mediadora que trascienden las posiciones de las leyes ordinarias; de este modo el C. C. retorna al centro del sistema, cumpliendo la función de garantía y asumiendo la responsabilidad unitaria hasta ahora pertenecientes a la Carta constitucional. Ésta —que puede calificarse de conversión irtiana— (...) obliga, en todo caso, a hablar en pretérito de las posiciones de Irti" (5).

Alcanzada una codificación, cuyo perfil axiológico, construcción normativa y suficiente actualización despierte el respeto de la comunidad, es menester conferirle cierta estabilidad, pues las reiteradas mutaciones legislativas, no siempre justificadas, agrietan la apetecida certidumbre del ordenamiento jurídico.

No sólo es deseable que el ordenamiento jurídico permanezca estable, sino también que los ciudadanos estén persuadidos de su perdurabilidad, pues la desconfianza sobre la permanencia de una legislación conspira contra la seguridad jurídica.

El fenómeno de la falta de confianza en la estabilidad de las normas jurídicas, es capturado por Ortega y Gasset con luminoso gracejo preceptivo, a través de la conocida referencia al "runrún" de la posibilidad de la modificación de las leyes. Alude a que quien llegara al confesionario, fue preguntado por el sacerdote sobre si conocía los mandamientos y le contestó: "Mire usted, padre, yo los iba a aprender, pero he oído por ahí un runrún de que los van a quitar"[\(6\)](#).

Probablemente por ello Montesquieu también recomendó que: "No hay que introducir cambios en una ley sin que exista una razón suficiente"[\(7\)](#).

La clásica visión de la seguridad jurídica destacó que distintos importantes institutos del derecho son corolarios de su existencia: el rechazo de la eficacia excusante de la ignorancia de la ley, el principio de su no retroactividad, el respeto de los derechos adquiridos, la virtualidad de la cosa juzgada y la prescripción, tanto la liberatoria como la adquisitiva o usucapión.

En ese sentido el art. 20 del Cód. Civ. reza que: "La ignorancia de la ley no sirve de excusa, si la excepción no está expresamente autorizada por la ley" y según el art. 923: "La ignorancia de las leyes, o el error de derecho en ningún caso impedirá los efectos legales de los actos lícitos, ni excusará la responsabilidad por los actos ilícitos". De todos modos, en el derecho argentino, desde diversos perfiles interpretativos, se ha procurado captar el sentido de tales afirmaciones legales dentro de los que se estiman como sus verdaderos límites [\(8\)](#).

El estandarte de la no retroactividad de las leyes fue levantado por el art. 3 del Cód. Civ., tanto en su redacción originaria, como en la versión de la ley 17.711 de 1968 (Adla, XXVIII-B, 1810), pues ambas proclaman que las leyes "no tienen efecto retroactivo".

La estricta correlación de la ausencia de retroactividad con los derechos adquiridos, era patente en el viejo texto del art. 3 del Cód. Civ., al preceptuar: "Las leyes disponen para lo futuro, no tienen efecto retroactivo, ni pueden alterar los derechos ya adquiridos". Sin embargo, desde antaño he participado de la idea de que incluso los mentados derechos adquiridos lucen en el nuevo art. 3 del Cód. Civ. Se refugian en la reserva final contenida en esa norma, que predica ante eventuales leyes que dispongan que serán retroactivas, que: "La retroactividad establecida por la ley en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales".

Es innegable la significación de la cosa juzgada para recrear la seguridad jurídica. Como expresa Couture: "... cuando una sentencia no puede ser ya objeto de recurso alguno, pero admite la posibilidad de modificación en un procedimiento posterior, se está en presencia de una situación de cosa juzgada formal. Y cuando a la condición de inimpugnable mediante recurso, se agrega la condición de inmodificable en cualquier otro procedimiento posterior, se dice que existe cosa juzgada sustancial ya que entonces nada ni nadie podrá modificar, definitivamente, lo resuelto"[\(9\)](#). Coherentemente, el mismo autor había dicho con anterioridad que: "... la sentencia pasada en cosa juzgada plena, esto es, en cosa juzgada sustancial adquiere dos atributos esenciales, el de su coercibilidad y el de su inmutabilidad; la sentencia es coercible en cuanto tiene la virtud de ser ejecutada compulsivamente en caso de eventual resistencia del obligado; y es inmutable porque en el futuro ningún juez podrá alterar los efectos de ese fallo ni modificar sus términos"[\(10\)](#).

La eficacia de la cosa juzgada material se conmueve en el supuesto de que ella se haya obtenido de manera fraudulenta o írrita [\(11\)](#), pues en ese caso la presunción de verdad que acompaña a la sentencia firme no puede sostenerse con seriedad, porque lo impiden irrenunciabiles principios éticos.

El instituto de la prescripción, tanto en su modalidad liberatoria como en la adquisitiva o usucapión, está directamente unido a la seguridad jurídica, pues las situaciones jurídicas adquieren firmeza luego del transcurso del tiempo y con los demás requisitos previstos por la ley.

El ejercicio extemporáneo de las acciones respectivas deriva en la prescripción liberatoria o extintiva, mientras que la permanencia en el ejercicio posesorio por quien no es titular del derecho respectivo, sustenta en su favor la prescripción adquisitiva o usucapión del derecho hasta entonces ejercido de hecho. 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 reestablecer la deseable coincidencia entre los hechos y el derecho [\(12\)](#).

Es tan decisiva la conexión de la usucapión con la seguridad jurídica, que Radbruch la presenta como uno de sus basamentos en un breviarío iusfilosófico. Apunta que: "... la necesidad a que responde la seguridad jurídica puede hacer también que los estados de hecho se conviertan en estados jurídicos (...) Hay estados de hecho,

como (...) la posesión en Derecho civil, que gozan de protección jurídica sin necesidad de que asienten sobre una base de Derecho. La prescripción adquisitiva o extintiva no significa otra cosa que la transformación en estado de Derecho de una situación antijurídica, mediante el transcurso de un determinado período de tiempo" (13).

Con la seguridad jurídica clásica coexiste la protección de la apariencia en beneficio de quien confíe en ella de buena fe, resguardo reafirmado en el mundo contemporáneo, con fundamento en las necesidades del tráfico. Se trata de la llamada seguridad dinámica o de tráfico, por contraposición a la clásica seguridad jurídica, a la que se califica como estática (14).

El énfasis que pongo en resaltar la significación de la seguridad jurídica, no olvida que la justicia es un valor de mayor jerarquía, tanto que Platón expresa que compendia y resume a todas las demás virtudes y Aristóteles la considera una virtud absoluta (15). Sin embargo, un orden mínimo y la seguridad son valores previos, o condicionantes, pues sin ellos es difícil alcanzar el espectáculo imponente de la justicia.

En consonancia con lo expuesto, Recasens Siches proclamó que: "Sin seguridad no hay Derecho, ni bueno, ni malo, ni de ninguna clase", pero advirtió que: "La seguridad es el motivo radical o la razón de ser del Derecho; pero no es su fin supremo. Éste consiste en la realización de valores de rango superior. Claro que la seguridad es también un valor; pero en relación con la justicia es un valor inferior. Ahora bien, recuérdese que el cumplimiento de los valores inferiores condiciona la posibilidad de realización de los superiores" (16).

Presenté a la usucapión como uno de los pilares para realizar la seguridad jurídica, me particularizaré ahora en analizar cuál es su verdadera relevancia para procurar certezas en materia de derecho inmobiliario.

Son conocidas las implicancias directas de la usucapión para clarificar la situación de los poseedores que han ejercitado esa relación real por el tiempo y con los requisitos que prevé la ley, para así ungirlos como nuevos titulares del derecho real respectivo. En cambio, en ocasiones se omite tener presente que detrás del mecanismo purificador de los estudios de títulos subyace la figura de la prescripción adquisitiva. La más correcta técnica notarial propicia, por regla general, extender tales estudios por un plazo mínimo de veinte años, porque se parte de la suposición de que transcurrido ese lapso desde que se presenta la última imperfección en la cadena de títulos, tal falencia en el emplazamiento jurídico del transmitente se habría expurgado por vía de la usucapión larga o veintenaria en favor de quien o quienes se beneficiaron con la ostentación de la posesión en ese período (17).

Como la prescripción adquisitiva está tan unida a la cristalización de la seguridad jurídica, es indudable que las dudas que existen sobre distintos aspectos de la usucapión, muchas veces soslayadas, conspiran seriamente contra su eficacia como mecanismo superador de las incertidumbres.

Es lugar común destacar en nuestro derecho que las informaciones sumarias del pasado a través de las cuales se tramitaba la usucapión, no eran idóneas para producir sentencias con efectos de cosa juzgada, pero que esa debilidad estructural desapareció con la ley 14.159. Esa ley dictada en 1958 en materia de prescripción de inmuebles, dispuso en su art. 24 inciso a), que: "El juicio será contencioso y deberá entenderse con quien resulte titular del dominio de acuerdo con las constancias del Catastro, Registro de la propiedad o cualquier otro registro oficial del lugar del inmueble, cuya certificación sobre el particular deberá acompañarse con la demanda. Si no se pudiera establecer con precisión quién figura como titular al tiempo de promoverse la demanda, se procederá en la forma que los Códigos de Procedimientos señalan para la citación de personas desconocidas".

Si el demandado es efectivamente el verdadero dueño del inmueble, la sentencia dictada en el juicio de usucapión tendrá los efectos propios de la cosa juzgada, pero no los tendrá si aquél no lo fuera.

La alternativa de que el demandado no sea el verdadero dueño del inmueble, puede presentarse incluso cuando la acción se entable contra quien aparece como titular en el Registro de la Propiedad respectivo, si los asientos que constan allí no se corresponden con la realidad extrarregistral y publicitan como dueño a quien no lo es.

Ante la posible falta de correspondencia de la información registral con la verdadera titularidad del inmueble, carece de fuerza de convicción predicar los efectos de cosa juzgada de la sentencia, dado que la litis no se integró con quien estaba legitimado substancialmente para responder a la pretensión de la usucapión.

Con relación a las pruebas a aportar en el juicio de usucapión, es creencia común captar en las previsiones legales consecuencias muy estrictas, que no se corresponden con una recta interpretación.

Por un lado, se le adjudican implicancias extremas a la norma del art. 24 inciso c) "in principium" en cuanto a que: "Se admitirá toda clase de pruebas, pero el fallo no podrá basarse exclusivamente en la testimonial".

Contrariamente al sentir muy difundido, la prueba testimonial es la más importante en el juicio de usucapión. Se infiere incorrectamente la limitada significación de los testimonios, cuando la ley sólo predica que no es suficiente si se aporta aislada de otras pruebas corroborantes.

Es cierto que la sola prueba testimonial no es consistente, pero no tiene complejidades mayores rodearla de otras aportaciones complementarias, que permitirán que los testimonios tengan plena eficacia probatoria. Así, a los testigos pueden sumárseles pruebas de peritos, instrumentales y hasta las constancias de inspecciones oculares que puedan realizar los tribunales. Entiendo que hasta la simple suma de testimonios y de las conclusiones corroborantes de una inspección ocular, podría llegar a sustentar el éxito de una acción por usucapión.

Por contraposición a la supuesta debilidad de los testimonios, existe otra extendida falsa opinión sobre el presunto máximo valor probatorio del pago de impuestos, tasas y contribuciones que gravan el inmueble.

La desmedida trascendencia de la satisfacción de los tributos, está unida a la aserción del art. 24 inciso c), en su segundo párrafo, del texto vigente de la ley 14.159, en cuanto a que: "Será especialmente considerado el pago, por parte del poseedor, de impuestos o tasas que gravan el inmueble, aunque los recibos no figuren a nombre de quien invoca la posesión". El texto transcrito es el incorporado a la ley por el decreto-ley 5756/58, pues en su redacción originaria la ley 14.159 imponía en el mentado inciso c) que: "La demanda deberá acompañarse (...) de certificados emitidos por las oficinas recaudadoras, de los que resulte que el actor o quienes le han transmitido el derecho, abonaron a su respectivo nombre el impuesto por todo el lapso de la posesión". O sea, que a tenor del contenido de la norma substituida las constancias del pago de los tributos debían constar a nombre de la parte actora y extenderse durante todo el plazo de la prescripción.

Si bien la ley con su redacción en vigor postula la especial consideración del pago de los tributos, aunque no figuren a nombre del poseedor, de ningún modo podría derivarse que esa prueba es bastante para acreditar la usucapión.

Pese al énfasis del lenguaje normativo, no es menester abundar en la argumentación para convencer de que esa prueba, desprendida de otras concordantes, no alcanza para justificar la prescripción adquisitiva. Téngase en cuenta que el pago de los tributos puede ser adecuado para comprobar el "animus" de la posesión del usucapiente, es decir, su no reconocimiento de la propiedad en otro, su comportamiento como dueño [\(18\)](#), pero poco o nada avanza sobre la realidad del "corpus", o sea sobre el ejercicio del poder sobre ella, en cualquiera de sus modalidades: el contacto material con la cosa, la posibilidad física de establecerlo o el ingreso de ella en la esfera de su custodia [\(19\)](#).

Si las constancias instrumentales del pago de los tributos que gravan el inmueble, atañen al "animus" de la posesión, pero no al "corpus", mal pueden ser una prueba concluyente a los fines de la prescripción.

No se crea que los principales obstáculos para una clarificación probatoria están agotados, pues aparecen otras múltiples vacilaciones [\(20\)](#). Ante todo, las reglas en materia de prueba no rigen cuando la usucapión larga: "... no se plantea en juicio como acción, sino como defensa ...", salvedad que realiza el apartado final del art. 24 de la ley 14159, según el texto ordenado por el decreto-ley 5756/58.

La invocación de la usucapión como defensa o excepción, plantea la disyuntiva de si en esa hipótesis la sentencia que rechaza la demanda por entender que debe progresar la excepción, tiene igual fuerza de cosa juzgada que la obtenida por vía de acción, pues negarlo podría conducir al escándalo jurídico, pero aceptarlo habilitaría la comprobación de la adquisición del dominio con amplia libertad probatoria, lo que podría conspirar contra la racionalidad de la autoridad de la sentencia.

Se ha sostenido que la misma amplitud probatoria que se consagra en la usucapión articulada como excepción debe jugar también si ella es actuada por reconvencción, pues en ambos casos los estrechos plazos para preparar la justificación de los derechos del demandado impedirían la severidad probatoria. Este extremo es difícil de admitir, porque el demandado puede optar por excepcionar o reconvenir y si se inclina por la segunda alternativa, no debería favorecerse con el tratamiento especial para la excepción.

Otra de las incertidumbres en el marco de la usucapión de inmuebles se vincula con la extensión del plazo de la prescripción, cuestión que se imagina como simple porque el art. 3999 del Cód. Civ. exige diez años en la prescripción corta y veinte en la larga (arts. 4015 y 4016). Sin embargo, si se correlacionan los lapsos indicados con el tema de la purga de los vicios de la posesión, la extensión de los plazos pierde certitud.

Por de pronto, debe recordarse que no es posible prescribir si la posesión es viciosa, puesto que el art. 3959 norma que "La prescripción de cosas poseídas por fuerza, o por violencia, no comienza sino desde el día en que se hubiere purgado el vicio de la posesión".

Con apoyo en la diafanidad del criterio de la fuente del art. 3959, el art. 1949 del Proyecto de Código Civil

español de 1851 debido a Florencio García Goyena, me he inclinado por postular que la purga de los vicios se produce con el cese del vicio respectivo [\(21\)](#), lo que exhibe la fugacidad de la posesión viciosa.

Sin embargo, alguna destacada doctrina conecta la purga de los vicios con la prescripción de las acciones posesorias nacidas en virtud de los hechos que los originaran, lo que resta toda certidumbre a los plazos de la usucapación, al diferir el inicio de su cómputo.

Reitero la presentación de la tesis combatida, adoptada por Dassen-Vera Villalobos, Molinario y Laquis, en estos términos: "Si la posesión es viciosa por violencia, la purga sobrevendría al extinguirse las acciones de recobrar y de despojo; la primera prescribe al año (art. 4038 del Cód. Civ.) y para la segunda se discute si su duración de un año importa que caduca o que prescribe vencido ese plazo (ver glosa al art. 2493). Según Molinario, la purga de los vicios de clandestinidad y de abuso de confianza opera a los dos años, pues hasta que venza el primer año no se produce la pérdida de la posesión (art. 2456 del Cód. Civ.) y existirá sólo una turbación, transcurrido el año y perdida la posesión se inicia el curso de la extinción anual de las defensas contra la desposesión (acción de recobrar y acción de despojo)" [\(22\)](#).

La falta de certeza de la duración del plazo de la prescripción ante la polémica expuesta sobre la purga de los vicios, cuyo resultado incide en la fecha en que se inicia su cómputo, gravita negativamente sobre la certeza apetecida, con mayor razón si se aprecia que toda prescripción une su suerte a la eventualidad de la existencia de causales de suspensión (arts. 3966 y sigs. del Cód. Civ.) o interrupción (arts. 3984 y sigs.), alternativas que incrementan las imprecisiones.

Satisfechos los requisitos necesarios para la usucapación, el usucapiente se convierte en dueño inmediatamente, sin tener que esperar a que se dicte sentencia que admita su configuración, pues tal pronunciamiento judicial es simplemente declarativo de una situación jurídica preexistente y no tiene efectos constitutivos de la usucapación [\(23\)](#).

Otra errada captación que contribuye a las dudas, se relaciona con la publicidad necesaria para la oponibilidad de la usucapación.

Contrariamente a lo que se suele creer, tampoco es menester que dicha sentencia se inscriba en el Registro inmobiliario para que la usucapación pueda invocarse contra terceros, concretamente los terceros interesados de buena fe, que son los únicos frente a los cuales se requiere alguna manifestación publicitaria [\(24\)](#).

La inscripción en el Registro en el caso de la usucapación no responde a exigencias publicitarias, sino que obedece a requerimientos del tracto registral. Quien pretende enajenar un inmueble debe tenerlo inscripto a su nombre, porque el art. 15 de la ley 17.801 establece la regla general de que: "No se registrará documento en el que aparezca como titular del derecho una persona distinta de la que figure en la inscripción precedente" [\(25\)](#).

Desde el punto de vista estrictamente publicitario, el inmueble es adquirido por el usucapiente y con plena oponibilidad, incluso a los terceros interesados de buena fe, desde que se opera la usucapación, pues es suficiente a esos efectos que la posesión sea ostensible. No digo que la posesión debe ser pública, para que no se crea que se exige tan sólo que ella sea conocida o pueda ser conocida por el propietario contra quien se usucape (ver art. 2479 del Cód. Civil y la nota del Codificador). No se trata únicamente de eludir el vicio de la clandestinidad posesoria, sino que el carácter de ostensible impone que la posesión sea conocida o pueda ser conocida por todos los terceros, o sea también por los terceros interesados de buena fe.

En concordancia con la postura desarrollada, como lo señalé en un aporte anterior [\(26\)](#), defendí la inclusión del requisito de que la posesión sea ostensible como Miembro de la denominada "Comisión Federal" honoraria, designada por la Cámara de Diputados de la Nación, que tuvo a su cargo la redacción del "Proyecto de Unificación Legislativa Civil y Comercial", aprobado por unanimidad por dicha Cámara en 1993. Se incluyó el concepto de posesión ostensible en los arts. 3999, 4016 y 4016 bis, en virtud de los siguientes fundamentos: "De manera coherente con las implicancias otorgadas a la publicidad posesoria en los artículos 1189 y 3160, se prevé para los distintos supuestos de prescripción adquisitiva que la posesión del usucapiente tiene que ser ostensible, o sea, que la conozcan o puedan conocerla tanto el dueño de la cosa como los terceros interesados de buena fe; noción que no adolece de la limitación conceptual de la posesión pública, como contrapuesta a la viciosa por clandestinidad, que se infiere de los arts. 2369 a 2371 y del art. 2479" [\(27\)](#).

La usucapación breve presenta también controversias, como, entre otras, la vinculada con el sentido de la buena fe, acaso por sustentarse en puntos de partida que en mi criterio no son exactos, ya sea la suposición de que la usucapación corta consolida contra el verdadero dueño una adquisición operada frente a terceros, ya la creencia de que la posesión es de buena fe porque coexiste con el justo título [\(28\)](#).

Se ha buscado apoyo en la nota al art. 3999 del Cód. Civ., cuando equívocamente expresa hacia el final que: "La prescripción que determina el artículo, no es rigurosamente de adquirir: la cosa está ya adquirida con título

y buena fe. La prescripción en tal caso no hace más que consolidar la adquisición hecha, poniendo al que la ha obtenido al abrigo de toda acción de reivindicación" (29).

A esta concepción que se asienta en las mencionadas expresiones de la nota de Vélez, ya le he contrapuesto la indiscutible primacía de la norma del artículo 4013 del Cód. Civ., pues: "Con cualquier criterio interpretativo del artículo 4013, sobre el sentido de la hipótesis de que 'la nulidad del título sea meramente relativa al que adquiere la cosa', lo cierto es que deja bien en claro que quien exhibe un justo título para usucapir debe 'prescribir contra terceros', o sea que contra ellos no es todavía propietario; por tanto, la prescripción no se proyecta únicamente contra el verdadero propietario. Cualquiera fuese la óptica sobre el significado de que ante esa 'nulidad del título', quien cuenta con justo título en esas condiciones 'no puede prescribir contra terceros', se demuestra que la adquisición de la propiedad, incluso frente a los terceros, se produce recién cuando se cumple el curso total de la prescripción decenal" (30).

También se propicia prescindir del estudio de títulos en la usucapción corta, mediante la alegación de los dichos de Vélez al inicio de su anotación al art. 3999. Allí se lee: "Si el justo título y la buena fe son dos condiciones distintas, no son, sin embargo, dos condiciones independientes. El que quiera prescribir, debe probar su justo título, pero el mismo justo título hará presumir su buena fe".

No me convence el razonamiento, pues en definitiva lo único que se extrae de la nota aludida, es que ante el justo título se presume la buena fe del poseedor. Y tal presunción de buena fe carece de toda significación particular, pues esa presunción tiene el carácter de principio general del derecho, que encuentra aquí otra resonancia.

La regla de la presunción de que la posesión es de buena fe es sentada categóricamente, tanto por el art. 2362 cuando expresa: "Todo poseedor tiene para sí la presunción de la buena fe de su posesión...", como por el art. 4008: "Se presume siempre la buena fe, y basta que haya existido en el momento de la adquisición". Pero aunque esa presunción no surgiera de la propia letra de la ley, debería reconocérsela por ser un corolario de la presunción más general de probidad (31).

Con justo título o sin él, es innegable que la buena fe del poseedor se presume, pero como toda presunción "iuris tantum" subsiste, como dice el art. 2362, "hasta que se pruebe lo contrario". Y la prueba en contrario de la buena fe presumida surge de la desaprensión unida a la falta de estudios de títulos, diligencia que integra la buena fe de los adquirentes de inmuebles, pues si bien se vincula con la actividad del notario autorizante, a esos efectos este profesional hace las veces de un mandatario cuya conducta compromete a los otorgantes del acto, sus mandantes (32).

Tampoco es gravitante que al igual que la usucapción larga, la corta sea un modo de adquisición originario, pese a que se ha sostenido su carácter derivado (33). Insisto en que a este respecto el distingo entre la prescripción larga y la corta: "... no es convincente, pues se necesita de la posesión decenal de buena fe precisamente cuando el disponente no es titular de la cosa o es incapaz. Por una u otra falencia el título otorgado es simplemente un justo título para usucapir (art. 4010), y por ello cuando se cumple el plazo de la prescripción corta el adquirente del dominio no deriva su titularidad de aquel disponente, dado que necesita de la usucapción porque el título no era idóneo para transmitir el dominio" (34).

Aunque no dudo que la adquisición por usucapción corta es originaria, es necesario el estudio de títulos para que "haya existido buena fe en el momento de la adquisición" de la posesión (art. 4008 del Cód. Civ.), pues esa diligencia conforma la buena fe exigida.

No me convence que en la usucapción breve se pretenda un debilitamiento del estudio de títulos para integrar la buena fe del adquirente, cuando éste ya es beneficiario del acortamiento del plazo de la prescripción, lo que hasta podría dar pie a un rigor superior, con mayor razón porque muy probablemente ese estudio hubiera permitido detectar las falencias en la titularidad de quien transmitió el inmueble al otorgante del justo título para usucapir (35).

En la usucapción corta se presenta otra duda con respecto a los alcances de la registración con relación al justo título para usucapir. Para zanjar las vacilaciones en ese aspecto, en el Proyecto de Código Civil de 1998 incluimos como segundo apartado del art. 1832 la siguiente norma: "Si la cosa es registrable, el plazo de la posesión útil se computa a partir de la registración del justo título", por entender que la posesión es idónea para usucapir recién desde que se publicita registralmente el justo título para usucapir, al que se lo considera alcanzado, mutatis mutandi, por directivas como las del art. 2505 del Cód. Civ. y del art. 1º inciso a) de la ley nacional registral N° 17.801 (Adla, XXVIII-B, 1929).

Una nueva destacable incertidumbre en cuanto a la usucapción de inmuebles, se relaciona con la determinación de la fecha en que se tuvo por cumplido el plazo de la prescripción adquisitiva, pues

habitualmente los tribunales no la precisan y se limitan a declarar que ha transcurrido el plazo pertinente. Para superar esa generalizada imprecisión, en el Proyecto de Código Civil de 1998, defendí la previsión del art. 1840 de ese Ordenamiento, que establece que la sentencia: "...fijará la fecha en la cual, cumplido el plazo de prescripción, se produjo la adquisición del derecho real respectivo".

Las incertidumbres son superlativas en determinados efectos de la usucapión, pues está viva la disputa en cuanto a si la usucapión produce sus efectos propios a partir del cumplimiento del plazo de la prescripción o si transcurrido ese lapso los efectos se retrotraen hasta el inicio de la posesión.

En la doctrina argentina la mayoría de los autores se decide por la retroactividad, pero la postura minoritaria la contradice y afirma que los efectos se producen recién desde que se opera la adquisición [\(36\)](#).

La controversia no es simplemente teórica, sino que reviste relevantes efectos en la práctica. Piénsese, con una u otra concepción, en la suerte de los actos de disposición realizados por el usucapiente o por el dueño virtual antes de consumarse la usucapión, o en la actitud a adoptar con relación a los frutos percibidos por el poseedor, que en la usucapión larga es un poseedor de mala fe.

Para sostener la retroactividad ya Salvat adujo lo que se infiere del art. 1268 del Cód. Civ. [\(37\)](#). Según ese precepto no pertenecen a la sociedad conyugal: "... los bienes que antes de la sociedad poseía alguno de los cónyuges por un título vicioso, pero cuyo vicio se hubiese purgado durante la sociedad, por cualquier remedio legal". Es propio del cónyuge respectivo el inmueble que hubiese poseído sin título suficiente desde antes del matrimonio que dio nacimiento a la sociedad conyugal y que viera purgada la imperfección durante esa sociedad, "por cualquier remedio legal", lo que comprende inequívocamente al saneamiento por vía de la usucapión. La solución equivale a recibir en nuestro Derecho los efectos retroactivos de la prescripción adquisitiva, porque para fijar la titularidad se atiende a la fecha del inicio de la posesión y no a la del cumplimiento del plazo de la prescripción.

Sin embargo, el rumbo que perfila el art. 1268 del Cód. Civ. para dilucidar la cuestión, es oscurecido y desvirtuado por otra norma del mismo Código, la del art. 2095, cuyas proyecciones son silenciadas por la doctrina cuando se tratan específicamente los efectos de la usucapión.

El art. 2095 del Cód. Civ. preceptúa que: "Cuando el derecho que ha causado la evicción es adquirido posteriormente a la transmisión de la cosa, pero cuyo origen era anterior, los jueces están autorizados para apreciar todas las circunstancias, y resolver la cuestión".

La norma reproducida es una muestra elocuente de las variadas y amplias facultades que Vélez Sarsfield le confirió a los tribunales, temática en la que me detuve en una investigación anterior, a la que remito [\(38\)](#).

Y que el mandato legislativo no fue improvisado, lo revela la meditada anotación del Codificador a ese texto. Allí apunta que: "... Pothier enseña que es responsable de la evicción el que transmitió el derecho cuando la prescripción ha comenzado estando la cosa en su dominio..." y contrapone a su opinión la de Troplong, Duvergier "y otros jurisconsultos", que: "... sostienen que el derecho creado por una prescripción, no existiendo sino desde el día en que la prescripción se ha cumplido, la evicción resultaría de un derecho posterior a la enajenación, y no habría por la tanto acción por ella". Finalmente, precisa que Marcadé: "... combate como exageradas ambas opiniones, y aconseja la resolución de nuestro artículo".

La lectura del comentario de Marcadé al art. 1629 del Código Civil Francés, persuade de que Vélez se nutrió de la exposición doctrinaria-jurisprudencial de ese autor y también comprueba que efectivamente adoptó su opinión e incluso la matriz de su decir, pues éste predica que no es posible resolver la "la cuestión de una manera absoluta, sea en un sentido, sea en el otro", pues debe decidirse "según los casos (...) siempre en una apreciación de las circunstancias" [\(39\)](#).

Ante la colisión entre el art. 1268 que acoge los efectos retroactivos de la usucapión hasta el comienzo de la posesión y el amplio abanico de soluciones que podrían cobijarse con la sujeción a "todas las circunstancias" que menta el art. 2095, propicio como coordinación normativa el catalogar a la primera de las normas como plasmando el principio general y a la segunda, como una posibilidad de rectificación ante las circunstancias fácticas. Esta fórmula interpretativa armoniza con la necesaria consideración de las "circunstancias del caso" que preconiza el art. 16 "in fine" del Cód. Civ. para la resolución de las cuestiones civiles.

De aplicarse la noción de la retroactividad como directriz general, no cabrían dudas acerca de que frente a la prescripción adquisitiva por el poseedor, el dueño usucapido no podría reclamar los frutos generados durante el lapso de la usucapión, ni siquiera contra el poseedor de mala fe, pues éste será considerado como el nuevo dueño desde el inicio de la posesión.

El acudir a las circunstancias daría lugar a que los efectos retroactivos no afectaran los derechos que pudiera haber constituido válidamente el dueño usucapido a favor de terceros interesados de buena fe, a la manera de lo

que se postula en el ámbito especial de la usucapión por el art. 1840 "in fine" del Proyecto de Código Civil de 1998: "La sentencia tiene efecto retroactivo al tiempo en que comenzó la posesión, sin perjuicio de terceros interesados de buena fe".

La sucesión de supuestos que exhiben incertidumbres en la usucapión de inmuebles, agrieta su fortaleza para responder acabadamente a la emblemática función de ser uno de los pilares que resguardan la seguridad jurídica.

Derechos reservados Academia Nacional de Derecho-La Ley (Ley 11.723)

(*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 9 de noviembre de 2007.

(1) Ver GOMEZ DE SILVA, Guido, "Breve diccionario etimológico de la lengua española", Fondo de Cultura Económica, México D.F, 1995, pág. 201, voz cura y pág. 632, voz seguro.

(2) OLIVERA, Julio H. G, "Globalización, crecimiento económico y bienes públicos", Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Segunda Época, Año XLIX, Número 42, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2004, págs. 309 y sigs.; la cita consta en la pág. 313.

(3) MONTESQUIEU, "Del espíritu de las leyes", traducción del original en francés de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Ed. Altaya S.A., Barcelona, 1993, págs. 407/408.

(4) ALTERINI, Jorge Horacio, "Hacia la recodificación civil en la Argentina", en la Codificación, Raíces y Prospectiva, T. III: ¿Qué derecho, qué códigos, qué enseñanza?, El Derecho, Colección Prudentia Iuris, Buenos Aires, 2005, págs. 191 y sigs.

(5) GARCIA CANTERO, Gabriel, "Significado del Código Civil Cubano de 1987 en el proceso de codificación", Revista Jurídica del Notariado N° 26, abril-junio de 1998, Madrid, págs. 61 y sigs.; la cita es de pág. 64, en la nota 3.

(6) ORTEGA Y GASSET, José, "Una interpretación de la historia universal. En torno a Toynbee", Revista de Occidente, Madrid, 1960, pág. 341; este libro fue incluido en el Tomo IX de "Obras completas", Revista de Occidente, 1ª edición, Madrid, 1962 y la cita consta en pág. 227.

(7) Op. cit., pág. 408.

(8) El estado actual de la cuestión es expuesto en el valioso aporte de VAZQUEZ, Gabriela Alejandra, "El error de derecho en el Código Civil Argentino y en el Convenio N° 169 (O.I.T) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes", en "Vicios de la voluntad", Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Serie IV, Instituto de Derecho Civil N° 10, Buenos Aires, 2005, págs. 25 y sigs.

(9) COUTURE, Eduardo J. "Fundamentos del derecho procesal civil", Editor Aniceto López, Buenos Aires, 1942, pág. 261, en núm. 215.

(10) Op. cit., pág. 244, en núm. 203.

(11) Ver ALTERINI, Jorge Horacio, CORNA, Pablo María, ANGELANI, Elsa Beatriz y VAZQUEZ, Gabriela Alejandra, "Teoría general de las ineficacias", Editorial La Ley, Buenos Aires, 2000, págs. 96/97.

(12) Ver op. cit. en nota anterior, págs. 94/95.

(13) RADBRUCH, Gustav, "Introducción a la Filosofía del Derecho", Fondo de Cultura Económica, México, 1955, pág. 41.

(14) Sobre la importancia de la buena fe del adquirente en múltiples supuestos para sustentar la incorporación a su patrimonio de un derecho, pese a la inestabilidad que le comunicaba la inexistencia o imperfección del derecho del enajenante, me detuve especialmente en mi trabajo: "La buena fe y los prejuicios ante las adquisiciones a título gratuito", Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Año XLVI, Segunda Época, Número 39, págs. 47 y sigs.

(15) Ver PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique, "La seguridad jurídica", Editorial Ariel, Barcelona, 1994, pág. 141.

(16) RECASENS SICHES, "Tratado general de Filosofía del Derecho", Ed. Porrúa, tercera edición, México, 1965, págs. 224/225.

(17) Ver mi trabajo "Importancia del estudio de títulos", Gaceta del Notariado -Publicación del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe- (N° 88 de 1982).

(18) Ver ALTERINI, Jorge Horacio, en LLAMBIAS, Jorge Joaquín y ALTERINI, Jorge Horacio, "Código Civil Anotado", T. IV-A, Buenos Aires, 1981, págs. 71/72, en glosa a arts. 2351/2352.

- (19) Ver op. cit. en nota anterior, págs. 70/71.
- (20) Ver el estado de estas cuestiones en Areán, Beatriz, anotación al art. 4016 del Tomo 6-B del "Código Civil" dirigido por Alberto J. Bueres y coordinado por Elena I. Highton, Editorial Hamurabi, Buenos Aires, 2001, págs. 761/763, en núm. 5.
- (21) ALTERINI, Jorge Horacio, "Inconsistencia y esterilidad de la categoría de la posesión viciosa", Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Año XLVIII, Segunda Época-Número 41, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2004, págs. 328 y sigs.; la cita consta en pág. 340.
- (22) ALTERINI, Jorge Horacio, en "Código Civil Anotado" cit., págs. 84/85, en glosa al art. 2354.
- (23) Ver, no obstante, las matizaciones que efectúa Morello, Augusto M., "El proceso de usucapión", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1960, págs. 79 y sigs.
- (24) Sobre esta cuestión me ocupé en particular en mis trabajos: "Gravitación de la reforma al artículo 2505 del Código Civil (con especial referencia a las proyecciones de la tradición y al concepto de terceros)", El Derecho T. 43, págs. 1181 y sgts. y en "La buena fe y la publicidad inmobiliaria registral y extrarregistral. Con una armonización entre la tradición y la inscripción registral", aporte de la Delegación Argentina al II Congreso Internacional de Derecho Registral (Madrid, 30 de septiembre al 5 de octubre de 1974), editado por el Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal, Buenos Aires, 1974; también publicado en "Ponencias y comunicaciones presentadas al II Congreso Internacional de Derecho Registral", Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, T. II, Madrid, págs. 75 y sgts. y en la Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad del Litoral N° 120, 3ª Serie, Santa Fe, 1978.
- (25) Ilustran sobre las afirmaciones realizadas, las siguientes menciones sobre el sistema alemán donde, como en el argentino, se prevé únicamente la inscripción de las mutaciones unidas a los negocios jurídicos, en el derecho germano con efectos constitutivos y en nuestro país simplemente declarativos: "Los cambios reales no negociales o los mortis causa se producen sin necesidad de inscripción; por ejemplo, la sucesión hereditaria, la usucapión (...) o la accesión. En tales casos la inscripción manifiesta una titularidad configurada con independencia del Registro. Pero siempre es indispensable, para disponer de la finca o derecho, que estos se hallen inscriptos a favor del disponente (tracto sucesivo), lo cual obliga a llevar al Registro todas las adquisiciones" (ver LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, "Derecho inmobiliario registral", Editorial Bosch, Barcelona, 1968, pág. 35).
- (26) "Inconsistencia y esterilidad de la categoría de la posesión viciosa" cit., pág. 338 y nota 16.
- (27) Ver Orden del Día N° 1322 de la Cámara de Diputados de la Nación, págs. 7743 y 7779.
- (28) Así, PELOSI, Horacio L., exposición en la Mesa Redonda: "Fe pública y buena fe", incluida en "Anales de la Academia Nacional del Notariado", 2005/2006, págs. 159/162; también concluyó que no es necesario el estudio de títulos, ETCHEGARAY, Natalio Pedro, en su disertación: "Aspectos de interés notarial relativos a la adquisición y pérdida de los derechos reales y personales por el transcurso del tiempo", en el 52º Seminario "Laureano Arturo Moreira" organizado por la Academia Nacional del Notariado, Buenos Aires, noviembre de 2006.
- (29) Ver dicha postura en mi obra "Acciones reales", Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, págs. 110/111.
- (30) Ver "Acciones reales" cit., pág. 111.
- (31) Ver ALTERINI, Jorge Horacio, "Presunciones unidas a la acreditación del "corpus" de la relación real", El Derecho T. 154, págs. 610 y sgts.
- (32) Ver ALTERINI, Jorge Horacio, "La buena fe y la titulación como desmitificadoras de las llamadas legitimación y fe pública registral", LA LEY, 2006-B, págs. 1126 y sigs.
- (33) LAQUIS, Manuel A., "Derechos reales", Tomo II, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1979, págs. 435 a 437.
- (34) Ver "Código Civil Anotado" cit., pág. 320, en glosa al art. 2524.
- (35) Ver argumentaciones generales acerca de la buena fe en la usucapión corta y sobre la necesidad del estudio de títulos, en CORNA, Pablo María, "Prescripción adquisitiva", Ediciones Carrá, Buenos Aires, 1984, págs. 118 y sigs, en núms. 137 y sigs.
- (36) Ver HIGHTON, Elena L. "Dominio y usucapión", segunda parte, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1983, pág. 197, núm. 541, en nota 604.
- (37) SALVAT, Raymundo M., "Tratado de derecho civil argentino. Derechos reales", Tomo II, quinta

edición, actualizada por Manuel J. Argañarás, Tipográfica Editora Argentina S.A., Buenos Aires, 1962, pág. 293, en núm. 1014.

(38) "La ley y el juez ante las cláusulas abusivas en la contratación predispuesta", El Derecho T. 153, págs. 911 y sigs.; en la pág. 914 se cita concretamente al art. 2095 del Cód. Civ.

(39) MARCADE, V., "Explication théorique et pratique du code civil", septième édition, Tome sixième. Paris, 1875, págs. 261 a 265, en comentario al art. 1629 ; los párrafos citados constan en las págs. 263 y 264.