

Voces: JUICIO DE USUCAPIÓN - POSESIÓN - USUCAPIÓN - ANIMUS DOMINI

Título: La usucapión en el Código Civil y Comercial (De realidades, desaciertos y confusiones)

Autor: López Mesa, Marcelo

Fecha: 17-nov-2022

Cita: MJ-DOC-16905-AR | MJD16905

Producto: MJ

Sumario: *I. La usucapión. II. La posesión requerida para usucapir. III. El laberinto de la regulación de la prescripción adquisitiva. IV. Interpretación del art. 1905 CCivCom. y de otras normas relacionadas. V. La «anotación de litis».*

Por Marcelo López Mesa (*)

I. LA USUCAPIÓN

La usucapión no es otra cosa que la consecuencia que el ordenamiento legal le impone al propietario que ha manifestado desinterés y no ha puesto en producción una cosa suya. Y esta consecuencia se corporiza en una caducidad o cese de derechos, la que se relaciona con la utilidad o finalidad social de las cosas. El Estado, a través de un organismo normalmente judicial -aunque también excepcionalmente existen usucapiones administrativas-, ordena cancelar la inscripción registral del propietario que se ha desinteresado de un inmueble suyo, con lo que impone a éste una consecuencia sancionatoria nacida de ese desinterés (1).

Bien se ha dicho que «la usucapión opone a un verdadero propietario con un poseedor. Ella sanciona la negligencia del verus dominus concediendo una recompensa al explotador; este mecanismo paraliza la regla según la cual la propiedad no se pierde por el no uso» (2).

Es la ley misma la que cercena los derechos que un propietario no ejerce sobre un inmueble en bien suyo y de la comunidad. Los derechos no se conceden a sus titulares porque sí, sino con una finalidad concreta. Y cuando una persona ejercita mal o no ejercita sus derechos sobre un inmueble durante un prolongado período de tiempo, la ley civil establece la quita de esos derechos y su transferencia a quien lo ha puesto a producir. La prescripción adquisitiva, entonces, no es una institución inmoral como algunos autores creen.

«La usucapión es una institución por medio de la cual el transcurso del tiempo opera para la adquisición o consolidación de un derecho y, como contrapartida, para la pérdida de ese

derecho para el anterior titular de ese determinado derecho real que la prescripción adquisitiva en sus dos versiones (breve y larga) representa un medio idóneo para subsanar títulos de propiedad que, por alguna razón, acarrearán algún tipo de nulidad» (3).

Es decir que, por ejemplo, si alguien tuviera un título ineficaz sobre un inmueble, pero hubiese entrado en la posesión del mismo al suscribir ese título, transcurrido el plazo de la prescripción que se requiera, el titular registral habría neutralizado los cuestionamientos a su título (art. 1903 CCivCom.), el que sería inatacable luego de producida ella. De tal modo un título cuestionable puede dar lugar a un saneamiento indirecto del mismo, por vía de la usucapión (4).

Ergo, a la par de la función adquisitiva de la usucapión, que es la principal en ella, debe reconocérsele una segunda funcionalidad, el saneamiento de títulos, que cumple en otros casos, no tan corrientes, pero perfectamente admisibles. Al decir de Mariano Yzquierdo Tolsada, en este caso habría una usucapión de cosa propia (5), es decir una cosa que se adquirió en base a un título inexistente o ineficaz, queda neutralizada posteriormente la impugnabilidad de ese título por el transcurso del plazo del tiempo establecido para usucapir, dándose una segunda adquisición, en este caso originaria, en vez de derivada.

Es decir, que en tales supuestos la posesión cumple sus efectos propios, con prescindencia del título en que se basó la tradición, engendrando en favor del poseedor un derecho nuevo, originario, nacido de ella y no derivado del título escriturario impugnado, por lo que no puede ser contestada la adquisición de derechos a partir del cumplimiento del plazo de usucapión, con argumentos relativos al título inicial o a su ineficacia; ello como derivación implícita de la interpretación armoniosa y razonable de lo dispuesto en el art. 1917 CCivCom.

El transcurso del plazo legal de usucapión larga vuelve intrascendente al título e, incluso, a la nulidad o ineficacia de éste, pues la posesión por sí misma engendra un derecho perfecto -y un título perfecto, originario, nuevo- a favor del usucapiente, que puede y tiene el derecho de inscribirlo a su nombre, desplazando a toda titularidad registral que se le oponga.

Si hay una norma que brinda preferencia a la posesión por sobre los títulos es, justamente, el art. 756 CCivCom. -que es un ejemplo paradigmático de asistematicidad, por donde está ubicado en el Código-, que en el orden de preferencia ubica primero a la publicidad posesoria y, recién después de ella, a la publicidad registral.

Es así que la posesión prevalece sobre la titularidad registral, por imperio del art. 756 CCivCom. inc. b), que se antepone y desplaza la aplicación del inc. c) de dicha norma.

El Código vigente en una sola norma emplea el vocablo usucapión, en el art. 2119 CCivCom., mientras que en los restantes se refiere a la prescripción adquisitiva (arts. 1050, 1897, 1898, 1899, 1902, 1905, 1942, 2009, 2247 in fine, 2311, 2368, 2459, 2532, 2565, CCivCom.).

II. LA POSESIÓN REQUERIDA PARA USUCAPIR

La posesión es una suma de hechos, no de declamaciones inanes o gestos ampulosos. La posesión es un ejercicio de actos materiales de goce de la cosa, efectuados públicamente y de manera no clandestina. El poseedor ejercita un derecho a la vista de todos, exponiéndose a ver contestado su ejercicio y hasta a recibir una respuesta violenta, de parte de otra persona, que se cree con derecho preferente a la cosa; es así que ese ejercicio público de potestad sobre la

cosa a los ojos de la población, del vecindario, del poblado pequeño, representa una «apariencia social significativa», en palabras de ALVAREZ-CAPEROCHIPÍ (6).

Poseer implica comportarse en los hechos como propietario de una cosa (corpus), sin reconocer en otro un señorío superior (animus); y ello con independencia de que jurídicamente, se revista efectivamente la calidad de titular del derecho real de dominio o sea ésta cuestionable. La intención o «animus» de poseer, debe exteriorizarse a través de la conducta del poseedor, juzgada a la luz de la costumbre y de las leyes del comercio jurídico, no siendo éste un elemento librado al capricho de la voluntad, sino convirtiéndose en un elemento condicionante.

Las intenciones del poseedor deben exteriorizarse, deben ser claras, en el sentido de excluir a cualquier otro que quiera ejercitar derechos sobre el bien y de ejercer por sí o colaboradores suyos inequívocos actos de señorío sobre el inmueble, no pudiendo permanecer tales intenciones en la indefinición o in mente retenta, dado que la opacidad o la duda sobre el alcance de su actuación conspira contra los derechos que el poseedor esgrima.

La posesión debe ser pública, es decir, no clandestina. Bien se ha dicho que «La clandestinidad es un vicio que alcanza a todo tipo de posesión, impidiendo que un contacto posesorio con una cosa pueda ser cualificado de verdadera posesión. Existe clandestinidad cuando la adquisición de la cosa se hace sin el consentimiento del anterior poseedor y de modo que éste no pueda conocerla: por ej., se invaden espacios subterráneos del fundo vecino, en provecho del propio. Este vicio cualifica desfavorablemente un comienzo posesorio, que ya está viciado por no contar con el consentimiento del poseedor. Su efecto es impedir la adquisición de la posesión, por el transcurso de un año sin reclamación. La clandestinidad vicia la posesión, pues impide la reacción del poseedor despojado; refuerza el sistema de protección de la posesión» (7).

Y se agregó allí que «Es pública la posesión que se exterioriza, a través del uso normal de la cosa, durante todo el tiempo necesario para la usucapión. Este requisito de la posesión ad usucapionem se justifica por la necesidad de permitir al titular del derecho conocer la existencia de la posesión, para así poder interrumpir la usucapión. Es menester que aquél contra quien se prescribe pueda tener conocimiento de ella» (8).

Para probar la posesión se requiere la prueba de hechos posesorios indudables, que tornen patente la actuación a título de dueño. Nada que no llene ese standard es suficiente al efecto previsto en los arts. 1897 a 1905 CCivCom.

En la usucapión, el tiempo y el ejercicio material de actos posesorios se maridan para dar nacimiento a un derecho respetable; un factum concreto, comprobado por un determinado lapso, engendra el más pleno de los derechos sobre una cosa, el derecho de dominio. Es por eso que el factum -el corpus y el animus posesorio- debe estar acreditado sin el asomo de una duda razonable, para declarar la adquisición del dominio por usucapión. Si ese factum no está probado o ha generado serias dubitaciones, la pretensión de usucapir cede por su misma base.

Y es dable aclarar, llegados a estas alturas, que el hecho posesorio en sí mismo, no puede surgir de conjeturas o inferencias, pletóricas de imaginación; un paso más allá, la apreciación global de la prueba en los juicios de usucapión no puede significar el imperio de la conjetura y la imaginación, para bonificar los vacíos y faltas de probanzas.

La posesión es un hecho que puede -en ciertas condiciones de permanencia y estabilidad- dar nacimiento a un derecho pleno y respetable -el dominio-, pero la posesión es siempre un hecho, de modo que no cabe suplir la prueba de ese factum, por la adjunción de constancias que acrediten un derecho a poseer o una transferencia declamada de la posesión, si no se ha logrado acreditar el factum posesorio. Y no debe confundirse posesión con derecho a la posesión (9).

La actitud de quien aduce ser poseedor de un inmueble no debe aparecer como incierta o equívoca, sino que habrá de evidenciar el propósito de ejercer sobre el bien una acción excluyente de todo otro propietario, sometiéndolo a su señorío y debe plasmarse en hechos concretos.

El problema radica en que algunos de tales actos pueden ser ambiguos. Es que, si bien tanto la posesión como la tenencia tienen un elemento en común: el corpus, es decir la actuación física o material sobre el bien, con voluntad jurídicamente relevante, ambas se diferencian en la intención o animus.

Para el tenedor, la intención es valerse de la cosa, utilizarla, para ejercer sobre aquella un poder físico delegado, al reconocerse en otro la propiedad de ella. En cambio, para el poseedor, la intención es otra, someter la cosa al ejercicio de un derecho de propiedad excluyentemente suyo -o excepcionalmente representando a otros también, en supuestos de coposesión-.

La dificultad finca en que no siempre esa exteriorización del poder físico sobre la cosa, plasmado en actos materiales sobre ésta, es fácil de distinguir si obedece a una intención de señorío o a una mera tenencia, a nombre o en representación de otro. Por eso se exige, que los actos posesorios idóneos o aptos para usucapir sean indudables en cuanto al ejercicio de actos en interés propio y sin reconocer a otro como dueño.

En palabras llanas, el ánimo de dueño (animus) debe exteriorizarse suficientemente, para publicitarse y ser oponible a terceros, lo que marca indeleblemente el cariz excluyente de otros poseedores al mismo título, debiendo reflejarse claramente en la forma y ejercicio de los actos posesorios esgrimidos en su favor por el usucapiente. Ello así, para dar a los interesados la posibilidad de oponerse a esa posesión.

Por eso, el poseedor usucapiente debe probar la realización de hechos materiales sobre la cosa, que trasuntan una voluntad inequívoca; actos posesorios genuinos, que exterioricen que no reconoce a nadie más como dueño de ella, al comportarse como tal frente a todos.

Si ese comportamiento ha sucedido durante veinte años o más, con ello basta para permitirle al poseedor reclamar el título del inmueble, sobre la base de la prescripción larga, reglada por el art. 1899 CCivCom.

III. EL LABERINTO DE LA REGULACIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA

Descrita ya la figura y sus requerimientos, seguidamente analizaremos el régimen que le ha asignado el ordenamiento vigente desde el 1/8/2015.

En el Código Civil y Comercial la prescripción adquisitiva ha sido regulada, básicamente, por los arts. 1897 a 1905 CCivCom.; y decimos básicamente, porque existen normas fuera de ese

Capítulo, que deben necesariamente ser sumadas al ensamble normativo, para así conformar la norma total aplicable a los supuestos en que se debata sobre tales adquisiciones originarias de derechos.

El art. 1897 CCivCom. y los que le siguen, hasta el art. 1905 CCivCom., están claramente mal ubicados en el segmento del Código donde las situó el legislador; ello, pues tratar la usucapión antes que la posesión, que es el eje sobre el que gira toda usucapión, solo puede verse como un error manifiesto o, acaso, como una extravagancia (10).

En palabras llanas, el carro ha sido colocado delante de los caballos y no detrás de ellos, como se debía. Y este extravío metodológico no ayuda a los operadores jurídicos al aplicar estas normas. Pero ese es el menor de los problemas.

Además, la regulación de la usucapión en el Código Civil y Comercial y en el derecho argentino todo, puede ser calificada como un laberinto, del que solo pueden salir quienes han profundizado el estudio de estos temas.

Es que es fácil perderse en esta fronda regulatoria, ante la dispersión normativa, la metodología cuestionable, la escasez de reglas claras, tanto sustanciales como adjetivas, la confusión del legislador, la obsolescencia de algunas normas que se han dejado vigentes (art. 24, Ley 14.159); estos males se agravan por la falta de realismo y practicidad de las nuevas normas.

Hubiera sido mucho mejor que los arts. 1897 a 1905 CCivCom. se ubicaran luego -y como colofón- del régimen de la posesión y los derechos reales que se adquieren por medio de ella, de paso para introducir a través de una buena metodología una cierta certidumbre y orden. Y que el régimen dedicado a la prescripción adquisitiva fuera completo, actualizado y realista.

Capaz era demasiado esperar en un código como el sancionado por Ley 26.994, el que tras siete años de vigencia está mostrando su rostro verdadero, el que nosotros vimos y describimos desde un principio.

El art. 1897 CCivCom. es una llave que abre la adquisición originaria de derechos por el poseedor a título de dueño, por una de las dos opciones que le confieren las dos normas siguientes: la prescripción breve, por el lapso de diez años (art. 1898 CCivCom.), pero reuniendo además justo título y buena fe, conforme lo establece el art. 1902 CCivCom. y la prescripción larga (art. 1899 CCivCom.), sin más requisito que la posesión pública, ostensible, ininterrumpida y a título de dueño de un lote de terreno o vivienda.

Enfocando las decisiones de fondo tomadas por el legislador, pensamos que debe ajustarse el diseño del sistema de adquisición del dominio del Código vigente, reduciéndose los plazos de la prescripción adquisitiva a la mitad, diez años para la prescripción larga y cinco para la corta, con justo título y buena fe.

La motivación de este acortamiento es que en los tiempos que corren, con las facilidades tecnológicas y de comunicación que hay, veinte años es una eternidad y a nadie le conviene, ni a los particulares ni al Estado, tener durante períodos tan largos indefinido el derecho sobre un lote de terreno, una vivienda o un departamento, porque ello fomenta conflictos, violencia, usurpaciones, despojos y conspira contra la productividad, etc.

Así como el legislador que dictó la Ley 17.711 bajó el período de tiempo exigido para la prescripción larga de treinta a veinte años, creemos que el Código Civil y Comercial debió reducirla a diez años.

El tiempo de la prescripción debe guardar relación con el momento en que ella se produce y claramente los treinta años en el siglo XIX, que se convirtieron en 20 en 1968, ahora debieran ser diez, dadas las mayores facilidades de comunicación, la aceleración de la vida en estos tiempos y la existencia de Google Earth, que permite ver en tiempo real cualquier punto de la geografía del país y el mundo.

En la vida que hoy vivimos un plazo de veinte años conspira contra la certeza de los derechos, que los negocios necesitan. Por ello, creemos que habría que reducir el plazo de las dos usucapiones que contempla el código a la mitad.

También debería reducirse a tres años el plazo previsto por el art.2459 CCivCom., ya que actualmente las propiedades donadas permanecen en una suerte de limbo durante diez años, tiempo durante el cual pierden casi todo valor, al no poder ser vendidas, salvo a precio vil, y no aceptarlas los bancos como garantías de préstamos, dada la inseguridad jurídica de su régimen, en los términos del art. 2458 CCivCom.

Reducir a tres años ese plazo acotaría a términos más aceptables esa brecha o ventana de improductividad, lo que daría impulso y mayor estabilidad al mercado inmobiliario, la que es tan necesaria hoy día, al haberse reducido significativamente el tráfico inmobiliario, por la desconfianza imperante y la falta de divisas, que se palpa en el mercado.

Por otra parte, es una clara asimetría que una propiedad donada esté sometida a un plazo -que no es de saneamiento, pues la donación no es un supuesto de ineficacia del acto-, que es el mismo que el requerido para que un acto inexistente adquiera efectos jurídicos. Claramente son dos situaciones muy diferentes y, correlativamente, deben tener también plazos diferenciados; de saneamiento, en un caso y de prevención de daños, en el otro.

Más allá de los errores puntuales que hemos señalado en una obra nuestra a las diversas normas integrantes del cuerpo normativo destinado a la prescripción adquisitiva (11), la sensación que queda es que en este régimen faltan muchas reglas imprescindibles para brindar claridad a quienes poseen bienes inmuebles, a quienes los asesoran y a quienes deban decidir las contiendas relativas a esta forma de adquisición del derecho de dominio, que se aprecia oscurecida, como a través de un velo o una cortina de humo en el nuevo Código.

Posiblemente donde más se nota esa carencia es en el texto del art.1905 CCivCom., que tiene escasas precisiones -a la par que genera una polémica innecesaria en su último tramo-, y en la que quedaron sin regular numerosos aspectos del proceso de usucapión y de la propia sentencia a dictarse en él.

IV. INTERPRETACIÓN DEL ART. 1905 CÓD. CIV. COM. Y DE OTRAS NORMAS RELACIONADAS

El art. 1905 CCivCom. no solo integra tal bloque principal de normas dedicadas a la usucapión por el legislador que dictó la Ley 26.994, sino que es la cúpula de él, al punto que las normas que se suceden desde el art. 1897 CCivCom. no son más que columnas, que soportan el peso de ese coronamiento.

El problema es que el art. 1905 CCivCom. regla sólo algunos aspectos atinentes a la sentencia de prescripción adquisitiva y guarda silencio sobre el proceso de usucapión, en que ella debe insertarse.

Y decimos algunos aspectos, porque desafortunadamente el régimen instaurado es parcial; él toca solo algunos puntos referentes a la resolución de un caso de usucapión, dejando múltiples vacíos.

Contempla puntos importantes, es cierto, pero han quedado muchos aspectos sin tratar, carencia que deberá solucionarse por vía de una interpretación integradora de textos, que mejore con una buena exégesis los textos más cuestionables del régimen, especialmente los arts. 1900 y 1901 CCivCom., que han plasmado serios yerros.

Claro que, como el régimen legal aplicable a esta figura está muy desperdigado, para hallar la norma total en materia de usucapión, debe hacerse una exégesis que incluya a otras varias reglas, como los arts. 1914, 1915, 1916, 1918 a 1923, 1928 a 1930 y 2312 CCivCom.

Y ello sin contar otras normas como el art.2565 CCivCom., muy mal ubicado, encaballado entre el régimen de la prescripción liberatoria y el de la caducidad sustancial, en un lugar claramente inadmisibles para una regla tal.

Ergo, la consideración aislada de los textos directamente operativos, varios de ellos de suyo imperfectos, no va a permitir resolver correctamente los asuntos de usucapión que se presenten, sino que se requerirá al efecto hallar todos los eslabones de la cadena normativa en juego y ponerlos en armonía, por vía hermenéutica, para ir «más allá de la ley, pero por la ley», según la brillante fórmula del maestro Marcel Planiol.

El art. 1905 CCivCom. constituye la demostración por antonomasia de la asistematicidad y precariedad conceptual del código vigente. Y constituye la demostración de ello, justamente porque, en primer lugar, ha plasmado decisiones erróneas, arquetípicamente la de su segundo párrafo, que por seguir una peculiar opinión de Elena Highton, ha contravenido más de cien años de jurisprudencia pacífica sobre el efecto retroactivo de la usucapión triunfante, vaciando de contenido casi a la usucapión larga, al privarla por ese medio de los beneficios que ella traía al usucapiente.

Desafortunadamente, a tenor del segundo párrafo de esta norma, la usucapión ya no será el fin de las incertidumbres, la paz por medio del derecho, sino que ahora puede ser el principio de otra andanada de reclamaciones e incidencias, con lo que se ha ganado mucho menos de lo que se ha perdido en esta materia, con el nuevo ordenamiento.

Pero eso no es todo, en segundo lugar, las buenas medidas que ha tomado el legislador en el art.1905, las ha acogido con un alto rango de improvisación y falta de precisión.

Qué otra cosa puede decirse de un tercer párrafo que recepta una buena idea del maestro Don Alberto Molinario, insigne civilista, de gran versación en Derechos Reales, pero lo hace de un modo desprolijo.

El problema radica en que se acoge una idea de Molinario, pero sin las necesarias precisiones, con lo que se crean mil incertidumbres y surgen preguntas inquietantes, tales como: ¿cuál es

la esencia de esa medida?; ¿es un modo de prevención del daño o una medida cautelar?; ¿es una anotación de litis verdaderamente?; ¿es ella procesal o sustantiva?; ¿se le aplica o no el plazo de caducidad de cinco años de la Ley 17.801?, etc.

La redacción del tercer párrafo del art. 1905 CCivCom. es deficiente y ha generado ya varias posturas e interpretaciones, que es todo lo contrario a lo que una buena norma debe plasmar, solucionar problemas y cerrar debates, en vez de multiplicarlos a ambos.

Esclarecido ello, para avanzar cabe precisar que el art. 1905 es una norma mixta, en parte procesal y en parte sustancial, que se inserta a modo de cierre del tratamiento -parcializado- de la usucapión.

El legislador que dictó la Ley 26.994, si bien le dedicó nueve normas sustanciales a la usucapión e introdujo una norma mixta, en buena parte procesal, en el régimen de fondo, perdió lamentablemente la oportunidad de regular correctamente, de una vez por todas esta figura, que es una de las más empleadas en el derecho, lo que debiera acrecentar el pragmatismo de su reglamentación, desalentando paralelamente experimentos o innovaciones de validez no probada.

En este preciso momento tramitan en diversos juzgados, tribunales, cámaras de apelación y superiores tribunales de Provincia, miles de juicios de usucapión, buscando sanear títulos o consolidar derechos de propiedad sobre un lote, a partir del ejercicio de poderes fácticos sobre el bien. Ello muestra una institución jurídica viva y gravitante, que merecería un mejor régimen jurídico que el que se le ha asignado en el nuevo Código.

No solo son erróneas varias normas de la regulación -arquetípicamente los arts. 1900, 1901 y 1905 CCivCom.-, sino que se prestan o inducen a confusión otras -arts. 1904 y 2565 CCivCom.- y son incompletas o meramente declamatorias otras. Todo el régimen parece escrito por personas que hace años que pasan su vida declamando, sin cercanía con la realidad circundante.

Pese a todo lo ya dicho, las palmas se las lleva el art. 1905 CCivCom., que es un canto a la superficialidad y a la improvisación. Es que, ya puesto en ello, pudo el legislador haber ordenado lo relativo al proceso y a la sentencia de prescripción adquisitiva, convirtiendo en ley las ideas más aceptadas por la jurisprudencia pacífica centenaria de nuestros tribunales; quitar de la Ley 14.159 la reglamentación parcial de la usucapión, traerla a su seno y regularla de una vez, de forma completa, actualizada y pragmática en un régimen unificado. No lo hizo, lamentablemente.

Sigue en vigor la vieja Ley de Catastro 14.159, cuyo Título VI, bajo el rótulo «La prescripción adquisitiva de inmuebles» e integrado solo por dos normas, los arts. 24 y 25, significó en su día un avance en la materia, ya que introdujo algún orden y ciertas precisiones para reglar uniformemente una materia, que era caótica y estaba dando pábulo a aprovechamientos varios, que terminaban legalizando usurpaciones de propiedades de enorme valor.

Esos dos artículos (24 y 25) que significaron un avance, al momento de su promulgación (3 de Octubre de 1952), han sido sobrepasados por la realidad posterior, por lo que debieron ser objeto de derogación expresa por parte del legislador que dictó la Ley 26994 y el contenido del art.24, actualizado y mejorado, debió ser acogido en ella, modernizando un régimen vetusto - que incluso se refiere a la prescripción treintaenal, que desapareció hace más de cincuenta

años del ordenamiento jurídico argentino- y dar cabida en su lugar a la numerosa jurisprudencia existente en la materia, que había puesto claridad sobre varios puntos opacos, legislativamente hablando.

Parece que nadie ha advertido que la Ley 14.159 cumplió setenta años de vigencia hace poco y que la realidad que enmarcó su dictado ha cambiado mucho. El caso es que se dejó pasar la ocasión de hacer algo bien.

El art. 1905 CCivCom., que consta de tres párrafos, se ha referido solo a tres aspectos, interesantes sin duda, pero que dejan la cuestión a medio tratar.

El primer párrafo en su inicio reitera la primera frase del inc. a) del art. 24 de la Ley 14.159, expresando que el proceso de usucapión debe ser contencioso, lo que ya era y es correcto que sea, dado que mientras fue un proceso voluntario se multiplicaron los abusos en juicios que eran verdaderas comedias, sino farsas, apropiándose unos cuantos deshonestos de miles de hectáreas y de valiosas propiedades, antes de la vigencia de la Ley 14159 y a través de las informaciones sumarias.

Seguidamente el primer párrafo introduce una precisión: la sentencia que se dicta en los juicios de prescripción adquisitiva, debe fijar la fecha en la cual, cumplido el plazo de prescripción, se produce la adquisición del derecho real respectivo.

No solía, en todos los casos, hacerse esa precisión, sino que simplemente en muchos casos en que la demanda prosperaba se expresaba que el usucapiente había poseído por un plazo mayor al legalmente establecido. Y, si no se probaba ello, sencillamente se decía que no había alcanzado el plazo legal, con actos posesorios comprobados. Pero, en ambos casos, sin hacer la precisión que ahora la norma vigente exige.

Así que, en las sentencias que se dicten con aplicación de este código, esa puntualización deberá ser hecha, Seguramente se la introdujo en beneficio de terceros, que podrían verse afectados por la declaración de usucapión y que hubieran constituido derechos hasta que la sentencia se dictara. Podría decirse, incluso, que esta exigencia es un correlato necesario de la falta de retroactividad del derecho nacido de la usucapión triunfante (art. 1905 CCivCom., segundo párrafo).

Pero ahí termina la cuestión, no receptando otras precisiones que sí hace el art. 24 de la Ley 14.159, lo que bien habría hecho en receptar, pero actualizándolo.

El segundo párrafo del art. 1905 CCivCom., señala que la sentencia declarativa de prescripción larga no tiene efecto retroactivo al tiempo en que comienza la posesión. Evidentemente el objetivo es el mismo que el del párrafo anterior, la protección de terceros, al quitarle el efecto retroactivo a la posesión, al momento de tomarla, que tradicionalmente le reconocía la jurisprudencia.

Se trata de un indisimulable error de criterio el plasmado en este párrafo, que complicará mucho las cosas, una vez que las causas se fallen con el nuevo código, lo que parece no estar sucediendo hasta el presente, ya que las sentencias dictadas en los últimos meses y años, siguen citando imperturbablemente los textos del Código de Vélez y la jurisprudencia edificada en su derredor y, a lo sumo, mencionando luego al pasar algún artículo del nuevo código, sin advertir que uno y otro texto presentan diferencias notables u obviándolas a propósito.

Cabe aclarar que -a primera vista- tal irretroactividad solo se aplica a la prescripción larga, no así a la breve, que supuestamente se beneficia con ella (art. 1903 segundo párrafo, CCivCom.). Sin embargo, una lectura más profunda siembra serias dudas sobre ello; es que el in fine del último párrafo del art. 1903 CCivCom. que indica «sin perjuicio de los derechos de terceros interesados de buena fe» pone en cuestión los efectos retroactivos al tiempo en que comienza la posesión de la sentencia declarativa de prescripción breve.

Cabe pensar que, si tal efecto retroactivo no se puede oponer a terceros, ¿en qué consiste él? ¿qué beneficio concreto le aporta esa «retroactividad» vaciada de sustancia al usucapiente? Si la principal ventaja de la usucapión era que terminaba con las incertidumbres y litigios sobre los derechos respecto de un lote, predio o inmueble y permitía solidificar un derecho firme, para asentar sobre él la siguiente cadena de tradiciones. Y si, ahora, la sentencia de usucapión ha perdido sus efectos retroactivos a la fecha de la toma de la posesión en un caso (art. 1905 CCivCom.), y no se le pueden oponer ellos a terceros en el otro (art. 1903 in fine CCivCom.), evidentemente la usucapión ha dejado de ser lo que era, el fin de las ansiedades e incertidumbres.

Creemos que la decisión plasmada en el segundo párrafo del art. 1905 CCivCom., que va en contra de la jurisprudencia casi unánime, no constituye una buena idea, sino todo lo contrario y va a traer serios inconvenientes en muchos juicios; ello, dado que abre la puerta a multitud de interrogantes, alegaciones y eventuales ardidés.

Más allá de ello, cabría señalar que el art. 1905, antes que regular la sentencia del proceso de usucapión para dar certidumbre a los derechos del usucapiente, se ha preocupado por proteger a los terceros que pudieran ser afectados por ella, dejando sin aclarar una serie de puntos que eran vitales, para mejorar el régimen que regía otrora.

V. LA «ANOTACIÓN DE LITIS»

El último párrafo del art. 1905 CCivCom., establece que la resolución que confiere traslado de la demanda o de la excepción de prescripción adquisitiva debe ordenar, de oficio, la anotación de la litis con relación al objeto, a fin de dar a conocer la pretensión. Lo primero que cabe señalar al respecto es que se establece expresamente que la usucapión puede promoverse tanto como acción, como a modo de excepción, ante una demanda. En cualquiera de ambos casos, procede la prenotación que esta norma ordena.

Sobre ella se ha dicho que «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.» (12).

Indudablemente la finalidad de proteger a terceros es la misma que motivó las medidas tomadas en los dos primeros párrafos de la norma. No fue preciso el legislador, pero su intención es clara.

El legislador es asertivo en la forma de imponer esta obligación al juez, disponiendo que la anotación de litis debe hacerse de oficio.

La «anotación de litis» que ordena el último párrafo del art. 1905 es una buena idea. Ajena, mal designada e imprecisa, pero buena idea al fin. Ella no pertenece a ninguno de los miembros de la Comisión que redactó el Anteproyecto, sino a ese egregio civilista que fue Profesor de Derecho Civil, en la Universidad Nacional de La Plata, el maestro Alberto Molinario, quien en una ponencia suya presentada en Córdoba en 1969, sostuvo que «Aunque no medie petición de parte al conferir el traslado de acción o de la excepción de prescripción veintefinal deberá ordenar el juez la inscripción de una prenotación en el Registro respecto del inmueble para que surta los efectos de la anotación de litis» (13).

Estaba claro en la precisa formulación del maestro Molinario, un personaje legendario en la universidad platense en cuyos claustros circulaban mil y una historias, que se trataba de una prenotación, que surtía los efectos de la anotación de litis, no de una anotación de litis, lisa y llana, como las que regulan los códigos procesales o la que conceptualiza el art. 2 inc. b) de la Ley 17.801.

Parece que fue demasiada sutileza para el legislador que dictó la Ley 26994, que cortó camino y ordenó de oficio una anotación de litis, sin otras aclaraciones, lo que abrió la puerta a una discusión que enfrenta no ya a dos sino a tres posiciones sobre la naturaleza de esta medida publicitaria: si ella es de esencia procesal, sustancial o sui generis.

Claramente, tomar partido por una de estas opciones lleva aparejada una serie de consecuencias, siendo la más grave la aplicación del plazo de caducidad de cinco años, a las medidas cautelares inscriptas.

No vamos a entrar en un debate sobre el sexo de los ángeles, sino que haremos algunas reflexiones dirigidas directamente a la praxis, procurando analizar con pragmatismo el texto de ese tercer párrafo.

Ese realismo requiere algunas puntualizaciones previas: los juicios de usucapión suelen ser largos entre nosotros. No faltan algunos que hayan durado dos o más décadas, hasta quedar firme la sentencia; pero, en cualquier caso, generalmente siempre insumen bastante más de cinco años.

La «anotación de litis» que contempla el art. 1905 es, esencial u ontológicamente, una prenotación, en vez de una medida cautelar.

Las medidas cautelares buscan asegurar el resultado de un litigio, evitando que se vuelva de ilusorio cumplimiento la sentencia dictada en la causa; en este caso ello no sucede o acaece solo en parte, al atar las manos del titular registral demandado para endosarle a otro un problema suyo, al ceder la propiedad a un presunto o real incauto.

Pero el principal objetivo de la anotación es otro: publicitar la existencia del juicio de usucapión, para que todos los interesados puedan enterarse y nadie pueda ser sorprendido, engañado o alegue haberlo sido e invoque una supuesta buena fe, dudosa desde un comienzo.

Las medidas cautelares se conceden previa verificación de la concurrencia de sus presupuestos, verosimilitud del derecho y peligro en la demora, que son recaudos que interactúan entre sí, por lo que a mayor presencia de uno de ellos, puede atenuarse la exigencia del otro, máxime si lo acreditado fuera el peligro en la demora, a mérito de la función preventiva de la responsabilidad civil, de la que la norma que comentamos recepta una de sus

manifestaciones, justamente para evitar daños a terceros.

Esa herramienta preventiva no es otra, en este caso, que la anotación que venimos aquí abordando. Pero, además resulta, que el tercer párrafo de esta norma no pide al juez que haga ningún análisis de verosimilitud del derecho.

El legislador no solo omite este requisito, sino que le ordena al juez mandar inscribir de oficio esta anotación. ¿Dónde se ha visto una medida cautelar concedida sin analizar siquiera mínimamente la verosimilitud del derecho? Ese elemento era desde siempre el alma de toda cautela, hasta que el nuevo Código introdujo la función preventiva de la responsabilidad civil, con lo cual el elemento axial de las medidas cautelares pasó a ser el peligro en la demora (14).

Sin embargo, aún con una alta peligrosidad en la demora, tiene que existir también, una dosis respetable de verosimilitud del derecho, justamente para impedir aventuras judiciales o juegos de lotería, sin comprar billete. Al menos una presencia raigal, un matiz convincente, de verosimilitud del derecho debe existir para librar toda medida cautelar.

Pero hay otro elemento a considerar: si se repasa el texto del art. 229 CPCC de la Nación, se observa que en su in fine, él señala que «Cuando la demanda hubiere sido desestimada, esta medida se extinguirá con la terminación del juicio. Si la demanda hubiese sido admitida, se mantendrá hasta que la sentencia haya sido cumplida».

Ergo, hasta es dudoso que a tenor de esa norma del CPCC sea aplicable el inc. b) del art. 2 de la Ley 17.801 y que la anotación de litis debiera caducar a los cinco años. La anotación de litis es antes una medida publicitaria que una cautela clásica, dado que no hace otra cosa que comunicar a terceros una situación litigiosa.

Puestos en puristas, hacer caer cualquier anotación de litis a la que se aplique el art. 229 CPCC a los cinco años de inscripta podría traer consecuencias desfavorables para quien lo disponga; ello, sencillamente, porque se está dejando de lado una directiva expresa de esa norma, que es que, en el peor de los casos la anotación debe obrar hasta la terminación del juicio. Incluso en ese supuesto hay dos normas en conflicto, no siendo buena idea prescindir de una de ellas, sino armonizarlas.

Creemos que con mayor razón aún no debe aplicarse la caducidad de pleno derecho en el caso de la anotación que prescribe el art.1905 CCivCom.; ergo, pendiente de decisión el juicio, no cabe disponer cancelación alguna de la prenotación.

Es que, la prenotación que esta norma plasma, aunque de moro imperfecto, fundamentalmente busca publicitar la situación litigiosa del inmueble, para atar las manos del titular dominial para que no se desprenda del bien y perjudique a terceros, cediéndoles un litigio en vez de un bien; tal anotación busca lograr que eventuales adquirentes de ese inmueble, no puedan invocar su buena fe, con lo que los efectos de la sentencia que acogiera la usucapión tendría efectos reipersecutorios contra ellos.

Como está redactada la norma, claramente la anotación no se dirige a poner en conocimiento del juicio a los titulares registrales del bien, pues ellos serán notificados en el expediente, sino que la frase final «a fin de dar a conocer la pretensión» resulta reveladora de la intención legislativa de este párrafo, el que sumado a lo dispuesto por el art. 1893 CCivCom. arroja como resultado, que lo que se busca con este mecanismo, es -sobre todo- advertir a terceros

interesados acerca de la pretensión usucaptiva existente sobre el lote.

Si la voluntad del legislador fue indudablemente crear un instrumento publicitario para advertir a terceros, mandándosele a los jueces ordenar de oficio su inscripción, queda claro que el fin u objetivo de la medida no se cumpliría si, al cabo de cinco años, ella cayera, al conjuro de un plazo de caducidad no establecido en el ordenamiento en que ella se inserta, sino conjeturado por intérpretes que exhiben una imaginación frondosa y que al socaire de ella van mucho más allá del texto legal, a campo traviesa.

Y en este punto no puede menos que recordarse el texto del art. 2572 CCivCom., intitulado «Facultades judiciales», que edicta: «La caducidad sólo debe ser declarada de oficio por el juez cuando está establecida por la ley y es materia sustraída a la disponibilidad de las partes».

Si los propios jueces, que antes podían hacerlo en todos los casos, no pueden declarar la caducidad sustancial de oficio, salvo respecto de derechos no disponibles, lo que implica que el legislador ha recortado sus poderes (15), menos aún pueden los registradores o los intérpretes, instaurar una caducidad conjetural, respecto de un mandato directo del legislador dado a los jueces de actuar de oficio, disponiendo una medida publicitaria -no una cautela- erga omnes.

De admitirse ello, la paradoja sería que personas no investidas del poder de juzgar, tendrían mayor poder en este punto que los propios magistrados, lo que es inadmisibile.

Porque es necesario destacarlo, una interpretación certera de las normas en juego arroja como resultado que los arts. 37 y 2 inc. b) de la Ley 17.801 no resultan aplicables a la «anotación de litis» establecida por el art. 1905 CCivCom. Ello, en primer lugar, porque la medida creada por el legislador sustancial, no encaja en los supuestos captados por el inc. b) de la Ley 17.801, ya que no es ni un embargo, ni una inhibición, ni ninguna otra providencia cautelar.

En segundo término, y en el peor de los casos, no siendo claramente una medida cautelar la indicada por el legislador, dada la finalidad u objetivo que persigue, hacerla encajar a la fuerza en el molde del inc. b) referido, para así aplicarle la caducidad de pleno derecho que emana del art. 37 de la Ley 17.801, implica la tergiversación del texto y el espíritu del art. 1905 CCivCom., por conducto de una conjetura, es decir, un procedimiento intelectual no verificable y esencialmente voluntarista.

Podría ponerse incluso en juego un serio problema de responsabilidad civil y del Estado, creado por una hermenéutica tal. Pongamos el ejemplo de un tercero que compra del titular registral que está siendo sometido a juicio de usucapión, como legitimado pasivo, el bien en litigio, en la ignorancia de que se tramita ese pleito, porque a los cinco años de asentada esa anotación fue dada de baja por el registrador y no es informada, por ende.

Ese perjudicado podría, con fundamentos más que atendibles, demandar civilmente al registrador por los daños que sufriera y, correlativamente, reclamar al Estado por falta de servicio, dado que la anotación que debía figurar en el folio real del inmueble, no le fue informada, por una decisión personal del registrador, carente de base legislativa y surgida de una mera conjetura. Si ni los jueces están habilitados para interpretar la ley al extremo de cambiarla a su gusto o desnaturalizarla a su particular criterio, menos aún lo está un funcionario administrativo.

Y si el juez en el oficio que mandó inscribir la prenotación informando de la existencia del litigio, ha cumplido con la exigencia legal, no poniéndole plazo, el registrador no puede limitar de su coeto la extensión de esa anotación.

La visualización de las consecuencias de tal medida, es un test indicador superlativo de buen criterio y convence del acierto de esta hermenéutica que proponemos. Los juicios de usucapión duran mucho más que cinco años y, como la inscripción no se dirige a la contraparte en el juicio, debe asegurarse la mayor publicidad posible de la existencia de la pretensión. Ello solo se logra no limitando en el tiempo la anotación, sino manteniéndola sine die, mientras dure el juicio.

Por otra parte, de permitirse la caducidad en este supuesto se aplicaría por analogía un plazo de decaimiento que surge de una conjetura y de la yuxtaposición de una norma inaplicable a este caso, lo que hemos censurado cuando comentamos el régimen de la caducidad en el tomo 14 de nuestro Código Civil y Comercial comentado, así como en un voto de nuestra autoría (16).

Debe comprenderse cabalmente que la analogía nunca puede ser una matriz obligacional, ni el germen o fundamento de creación de sanciones o de imposición de requisitos dirimentes de derechos no previstos por el legislador; ello, pues tales procederés vulnerarían la recta interpretación del art. 19 de la Constitución Nacional.

La analogía o la conjetura basada en ella no constituyen mecanismos para crear la ley «ad gustum» por quienes deben interpretarla fielmente, ni son vestiduras formales para inventar deberes jurídicos no surgidos de la normativa o limitaciones temporales de órdenes judiciales, como en este caso.

Dicho todo ello, consideramos que la «anotación de litis» que ordena esta norma, una vez inscripta por el Registro no caduca a los cinco años, no resultando de aplicación al caso los arts. 37 y 2 inc. b) de la Ley 17.801. Ello, dado que la finalidad que se persigue en el tercer párrafo del art. 1905 CCivCom. no es otra que advertir, anotar, poner en guardia, a terceros interesados sobre la pendencia de un juicio de usucapión, en el que se disputa ese bien y esa teleología es incompatible con la caducidad de pleno derecho aplicada conjeturalmente a los cinco años.

De ello deriva que una publicidad suficiente y eficaz, como busca el legislador en los arts. 1892 y 1893 CCivCom., se logra solo manteniendo la vigencia de la anotación durante todo el trámite de la acción de usucapión, de modo de cortar de raíz corruptelas, aprovechamientos y abusos de confianza. Guste o no, ese es el criterio que surge de una interpretación sensata, finalista y lograda del art. 1905 CCivCom.

Igualmente, creemos que de lege ferenda, debería mejorarse la redacción de este párrafo en la primera reforma que se haga, aclarándose que se trata de una prenotación que tiene efectos asimilables a una anotación de litis, que ella debe mantenerse inscripta durante todo el trámite del proceso y que, los jueces deben, al momento de dictar sentencia, ordenar al Registro que - firme que se encuentre ésta- deje sin efecto la prenotación, ya que ha quedado vaciada de sentido, cuando se ha dictado sentencia y ella ha adquirido firmeza y sido inscripta.

En cuanto a las objeciones que se pueden hacer sobre la duración indefinida de esta anotación, ellas pueden hacerse a un lado, si se piensa que aplicar a la medida que esta

norma crea un plazo de caducidad no previsto en ese sino en otra norma, sancionada 54 años antes, lo que implica una conjetura desmesurada, que desborda toda hermenéutica sostenible, según pautas aceptadas.

Como dijimos en un voto, el recurso a la analogía es francamente inadmisibles en una materia de orden público como es la de los derechos reales, atados a un sistema de número cerrado establecido legislativamente, no cabe recurrir a la analogía para ampliar a situaciones no previstas en el régimen de los derechos reales legislados (17).

Parece mentira, pero ese párrafo es de estricta aplicación a este caso, a pesar de las diferencias fácticas con aquél, el principio es el mismo: en el ámbito de los derechos reales, regido por el orden público (art. 1884 CCivCom.), recortadas las facultades judiciales por el legislador (art.1896 CCivCom.), no procede aplicar la analogía o, peor, la conjetura, para asignarle a una medida que el legislador manda adoptar de oficio al juez un cariz procesal y, de ello, conjeturar que se le aplica un plazo de caducidad, asignado a un supuesto bien diverso.

(1) CACC Trelew, Sala A, 19/05/2016, «D'ADAM, J. c/ Sucesores de FERNÁNDEZ, I. s/ Prescripción Adquisitiva» (Expte. 434 - Año 2015 CAT), Eureka Chubut, voto Dr. López Mesa.

(2) ROBERT, André, «Conditions de la prescription acquisitive décennale d'un immeuble», en Recueil Dalloz, t. 1995, sec. Sommaires commentés, p. 192.

(3) Cfr. Cabuli, Ezequiel, La prescripción adquisitiva. Un remedio para subsanar títulos de propiedad de bienes inmuebles, LA LEY 2017-E, 704.

(4) Ver nuestro comentario al texto vigente del art. 1899 CCivCom., en LÓPEZ MESA, Marcelo - Barreira Delfino, E. (Directores), «Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Anotado. Interacción normativa, jurisprudencia seleccionada. Examen y crítica», Editorial Hammurabi, Buenos Aires, tomo 11-A, en prensa.

(5) Yzquierdo Tolsada, Mariano, Usucapión de cosa propia. Carácter del título resoluble de cara a la usucapión ordinaria, Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil, N° 52, Cívitas, Madrid, 2000, pp. 73-92.

(6) CACC Trelew, Sala A, 07/03/2012, «VERA VAZQUEZ, O. y Otra c/ JARAMILLO BELTRÁN, R. s/ Prescripción adquisitiva», Eureka, voto Dr. López Mesa.

(7) MORALES MORENO, Antonio Manuel: La usucapión, en Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid, N° 3, Madrid, 2000, p. 187.

(8) MORALES MORENO, Antonio Manuel: La usucapión, p. 187.

(9) CACC Trelew, Sala A, 13/11/2012, «Hugas E. y otros c/ Sucesión de Humphreys S. D. y otras s/ Prescripción adquisitiva» (Expte. 237 - Año 2012 CAT), Eureka, voto Dr. López Mesa.

(10) Ver nuestro comentario al texto vigente del art. 1897 CCivCom., en LÓPEZ MESA, Marcelo - Barreira Delfino, E. (Directores), «Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Anotado. Interacción normativa, jurisprudencia seleccionada. Examen y crítica»,

Editorial Hammurabi, Buenos Aires, tomo 11-A, en prensa.

(11) Ver nuestro comentario al texto de los arts. 1897 a 1905 CCivCom., en LÓPEZ MESA, Marcelo - Barreira Delfino, E. (Directores), «Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Anotado. Interacción normativa, jurisprudencia seleccionada. Examen y crítica», Editorial Hammurabi, Buenos Aires, tomo 11-A, en prensa.

(12) SABENE, Sebastián E.: La usucapión inmobiliaria. Su análisis procesal a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación, JA 2017, tomo I-.

(13) IV Congreso Nacional de Derecho Civil en homenaje a «Hench Aguiar», Libro de Conclusiones. Publicación de la Universidad Nacional de Córdoba. Córdoba 1971. Tomo 2, p. 448.

(14) Sobre el alcance de esta prevención y su incidencia sobre las medidas cautelares, ver el excelente fallo de la CACC Neuquén, Sala III, 27/11/2019, «DA.VI.TEL S.A. C/CALF S/CUMPL. CONTRATO», con voto del Dr. Fernando M. Ghisini, publicado en Microjuris, como MJJ 122172.

(15) Ver nuestro comentario al art. 2572 CCivCom., en LÓPEZ MESA, Marcelo - Barreira Delfino, E. (Directores), «Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Anotado. Interacción normativa, jurisprudencia seleccionada. Examen y crítica», Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2019, tomo 14.

(16) CACC Trelew, Sala A, 21/09/2011, «Gamez, M. A. C. c/ Hughes, R. R. s/ División de condominio» (Expte. 41 - Año 2011 CAT), Eureka Chubut.

(17) Véase cuanto dijéramos en nuestro voto en el fallo de la CACC Trelew, Sala A, del 21/09/2011, Gámez, M. A. C. c/ Hughes, R. R. s/ División de condominio» (Expte. 41 - Año 2011 CAT), Eureka.

(*) Académico de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y de Córdoba - Académico de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires - Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP) - Profesor de postgrado (Universidad Austral, UMSA) - Profesor visitante de las Universidades Washington University (EEUU), de París (Sorbonne-París Cité), de Coimbra, etc.- Autor de 36 libros de Derecho Civil o Procesal Civil. Comentarista, anotador y exégeta del Código Civil y del Código Civil y Comercial argentino.