

23 de octubre de 2020

***OTRA VEZ SOBRE LA USUCAPIÓN Y LA POSESION,
PERO AHORA EN MALA COMPAÑÍA***

*La justicia convirtió a un ocupante en propietario.
Algunos de sus argumentos son una peligrosa arma de doble filo.*

No tenemos muchos datos acerca de cómo Aldo llegó a vivir a un departamento en la calle Anchorena, en un barrio de alta clase media en Buenos Aires.

Lo que sí sabemos es que luego de residir allí muchos años, en 2010 se presentó ante la justicia para pedir que reconociera que, dado el transcurso de los veinte años que exige el Código Civil, su posesión se había convertido en propiedad.

Su pretensión fue resistida por la Ciudad de Buenos Aires, por lo que sospechamos que el propietario anterior de aquel departamento fue alguien que murió sin dejar herederos. Esto es así porque la ley dispone que, en esos casos “los bienes corresponden al Estado nacional, provincial o a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según el lugar en que están situados”.

Así es probable que Aldo haya ido a vivir allí para asistir a aquel último ocupante, por ejemplo, y luego de la muerte de éste, haya hecho del departamento su casa. También pudo haber ocurrido que el propietario, dueño de varias viviendas, “le prestara” ésta a Aldo, sin documento alguno que reflejara la situación. O quizás Aldo compró el departamento en cuotas, a pagar

durante algún tiempo y durante el proceso, el dueño haya muerto.

Los abogados nos sorprendemos de la cantidad enorme de situaciones jurídicas en las que las partes no han tomado recaudo alguno para dejar constancia de sus derechos. ¿No seremos en parte responsables de ese desorden? ¿Los costos transaccionales tendrán algo que ver?

Volviendo al caso, ¿por qué no hay detalles acerca de cómo o por qué fue Aldo a vivir a esa casa? Porque, como dijo la justicia, “la propiedad de cosas inmuebles se prescribe por la posesión continua de veinte años, con ánimo de tener la cosa para sí, *sin necesidad de título y buena fe por parte del poseedor*”.

Lo cierto es que en agosto de 2020 (apenas diez años después de iniciada la cuestión) la justicia falló a favor de Aldo y declaró “adquirida por usucapión la propiedad” de la calle Anchorena, “con efecto retroactivo a enero de 1990”.

La Ciudad apeló. Sostuvo que Aldo “no probó haber poseído el bien durante el lapso necesario y que había sido mal notificado el demandado”. (En nuestro número an-

terior¹ explicamos que las demandas de este tipo deben dirigirse contra quien aparece registrado como su propietario).

Según parece, el inmueble estaba a nombre de Ana Bologna [nombre ficticio] y la demanda se notificó a un tal Luis Bologna, supuesto hijo de la anterior. La Cámara² descartó analizar esa cuestión, pues consideró que había quedado cerrada cuando, en primera instancia, y ante la imposibilidad de ubicar a los herederos de Ana, se designó al Defensor Oficial para representarlos: “Lo central de esa decisión, no refutado antes ni ahora, es que los derechos de todos aquellos que revisten la calidad de herederos de la titular registral, atinentes a la cuestión debatida, *aparecen debidamente protegidos* por cuanto están representados por el Defensor Oficial designado después de la publicación de edictos”.

En palabras algo más crudas: en la época de las redes sociales el Código Procesal nos exige leer los edictos judiciales en un diario impreso, todos los días, antes de ir a la cama. (Hay quienes llaman a esto “realismo mágico”).

Por suerte, la Cámara tuvo presente que “en el marco de un juicio de usucapión, *ni el allanamiento ni la rebeldía del demandado bastan por sí solos para la admisión de la demanda*, toda vez que por estar en juego la adquisición de un derecho real, el proceso está fuertemente imbuido por el orden público y como tal es indisponible, debiendo el órgano judicial dictar sentencia sobre el mérito de la prueba producida, pese al allanamiento o la rebeldía del demandado”.

¹ “Usucapión, posesión, usurpación”, *Dos minutos de doctrina*, XVII:903, 20 de octubre de 2020.

² In re “B. c. B.”, CNCiv (G), 30 julio 2020; #13038404#262868499#20200730081108611; *ElDial.com* XXIII:5569, AABF7A, 21 octubre 2020.

Dicho de otro modo: en este tipo de juicios, en los que está en juego el derecho de propiedad, *es necesario probar el derecho*, pues no basta que el demandado no conteste o que acepte la exigencia del demandante.

Superada esa cuestión, la Cámara pasó al tema más relevante: si Aldo, como poseedor, se había convertido en propietario.

En otras palabras, determinar si era aplicable la *prescripción adquisitiva*, según la cual “el poseedor de una cosa inmueble adquiere la propiedad de ella por la continuación de la posesión, durante el tiempo fijado por la ley”.

Esa adquisición de la propiedad “es uno de los efectos más importantes de la posesión, ya que al prolongarse en el tiempo, una situación de hecho se transforma en una de derecho y de tal manera hace coincidir la apariencia con la realidad”.

Innecesariamente, a nuestro parecer, los jueces dijeron que ese efecto, por el cual el transcurso del tiempo convierte al poseedor en propietario, “refleja la función social de la propiedad expresamente reconocida por la Convención Americana de Derechos Humanos”.

Más aun, “cuando la posesión es para fines de vivienda” —como ocurría en el caso—, ello “encuentra sustento en la Constitución Nacional que consagra el derecho al acceso a una vivienda digna y en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que resguarda el derecho a una vivienda adecuada”.

Nos parece que no es así. La usucapión (nombre técnico de la prescripción adquisitiva) tiene su origen en el derecho romano. No es fruto de ningún mandato constitucional. Opera como consecuencia de

dos situaciones contrapuestas: la renuncia o el abandono del propietario que no se defiende ante la posesión por otro y la necesidad de dar certeza y seguridad a las relaciones jurídicas al consolidar una titularidad aparente o el *statu quo* del poseedor.

El derecho a la vivienda digna establece, en nuestra opinión, una obligación que debe satisfacer el Estado mediante políticas adecuadas, ya sea para financiar la construcción y compra de viviendas dignas como mediante el establecimiento de normas mínimas sanitarias y de habitabilidad, calidad constructiva y ambientales que impidan el hacinamiento, la urbanización de tierras no aptas y otros males contemporáneos.

Pretender usar la prescripción adquisitiva (un derecho individual) para asegurar el derecho (social) a la vivienda es recurrir al instrumento equivocado (y usar el Poder Judicial para eso, un disparate). En efecto, si la usucapión fuera a convertirse en herramienta de política habitacional, ¿por qué no reducir los veinte años a sólo dos o permitir que la rebeldía del propietario opere el milagro jurídico de transformar la posesión en dominio?

Los jueces recordaron que “el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales [de las Naciones Unidas], en su Observación General N° 4 sobre el derecho a una vivienda adecuada, destaca, entre los aspectos que deben ser tenidos en cuenta en la materia, en primer lugar, *la seguridad jurídica de la tenencia*”. (Señalemos que en el caso se discutía sobre *la posesión* y no sobre la tenencia —que, como veremos, es una cosa distinta—, por lo que la cita agrega poco a la claridad de la decisión).

Seguramente lo que dice ese Comité debe ser cierto, pero nos parece que antes de reforzar la seguridad de la tenencia debe asegurarse la estabilidad del derecho de

propiedad. De nada servirá tener “buenos tenedores” o poseedores si cuando lleguen a propietarios su derecho será endeble y frágil.

En el caso, Aldo narró que poseía el inmueble desde julio de 1989, donde se estableció con su mujer y su hijo, “con ánimo de dueño, efectuando todas las reparaciones, reciclajes, mejoras, refacciones y gastos necesarios para mantenerlo, pagando las expensas comunes ordinarias y extraordinarias, tomando parte en las reuniones del consorcio a título de dueño, abonando todos y cada uno de los impuestos que lo gravaban, como así también los servicios pertinentes”.

La Cámara dejó en claro que “dada la naturaleza peculiar de este modo de adquisición del dominio y aun cuando el derecho se consolida sin necesidad de una sentencia que así lo declare, es evidente que cuando se recurre a la justicia en busca de esa sentencia, *deben ser objeto de plena prueba todos los hechos que han servido de base a la adquisición*”.

Agregó que “difícilmente esos hechos, por su variedad y reiteración a lo largo de los años puedan ser probados a través de una única prueba. De ahí que la convicción del juez se dará, por lo general, como el resultado de distintas pruebas combinadas. Es lo que se denomina *prueba compuesta*, que es la que deriva de la composición de pruebas simples, que al ser consideradas aisladamente, no hacen prueba por sí solas, pero al ser evaluadas en conjunto, pueden llevar al juez a un pleno convencimiento”.

Los jueces agregaron que en el proceso de usucapión la prueba de testigos es muy importante, pero el fallo no puede basarse exclusivamente en la prueba testimonial.

Esa prueba “tiene un valor preponderante, pero debe estar corroborada por evidencias de otro tipo que formen la prueba compuesta respecto de la posesión; por ejemplo, la acreditación del pago de impuestos”.

Varios testigos declararon a favor de Aldo, pues aseguraron que vivía en el inmueble junto con su mujer y su hijo ya en 1989 o 1990 y que había realizado arreglos en techos, pisos, baño y cocina, pintura y cambio de ventanales: en definitiva, *había actuado como dueño*.

Incluso uno de esos testigos mencionó que Aldo “le había contado que había depositado un dinero importante y después pagaba cuotas, pero que estaba teniendo problemas con los papeles”, lo que, en nuestra opinión, habla de una posible operación de compra inconclusa y que la prescripción veintenal fue quizás usada como mecanismo para perfeccionarla.

Según los jueces, “estos testimonios coinciden en señalar que [Aldo] y su familia vivían en el departamento que intentan usucapir desde 1989, 1990 o 1992, que realizaron diversos arreglos en pisos y paredes y que actuaban como dueños. Pero [Aldo] también acompañó abundante prueba documental en aval de su reclamo, por lo que de ninguna manera puede sostenerse que la pretensión se sustentó sólo sobre los testimonios recogidos”.

Para el tribunal, no fue menester que la prueba abarcara todo el período necesario para prescribir: “las evidencias deben remontarse a un lapso que cubra una parte considerable de aquél, de modo de producir un convencimiento suficiente acerca del comportamiento del pretense poseedor, en tal calidad”.

Aldo acreditó “mediante el aporte de profusa documentación, el pago —no en un solo

acto, sino a lo largo del tiempo— de tributos y servicios” hasta 2010 (año de comienzo del juicio) de la tasa por alumbrado, barrido y limpieza desde 1989, los servicios de gas desde 1991, las expensas del edificio desde 1989; el agua corriente desde 1998, la electricidad desde 1991 y el servicio telefónico desde 1992.

El tribunal dejó a salvo que si bien “la acreditación del pago de los impuestos dejó de ser un requisito fundamental para la procedencia de la [usucapición], dicho pago es especialmente considerado como elemento probatorio que sigue teniendo gran importancia para el éxito de la acción”.

La Cámara aplicó la teoría según la cual “tampoco se requiere que los recibos estén extendidos a nombre de quien aspira a usucapir ni que se demuestre el pago durante todo el lapso de posesión, [porque] la tenencia de los recibos de pagos de impuestos y tasas resulta una prueba corroborante de la posesión, dado que se presume que quien tiene en su poder el recibo de gravamen de la propiedad es quien ha efectuado el pago”.

Resaltó también “que a efectos de adquirir el derecho real de dominio por prescripción no interesa la manera en que se adquiere la posesión, la que podría ser de mala fe o viciosa, afectada por violencia, clandestinidad o abuso de confianza [pues] si ella fue viciosa en su origen, el plazo de veinte años comienza a correr cuando los vicios han quedado purgados”.

Por eso, “*no importa el modo como el demandante haya tomado la posesión de la casa, sino que se haya comportado como verdadero propietario durante el plazo que exige la ley*”. Aclaremos que ésta no fue una invención del tribunal para este caso, sino que se trata de una norma clásica del derecho civil.

El tribunal sostuvo que si la Ciudad pretendió establecer que Aldo fue un mero *tenedor* (es decir que si bien ejercía un poder de hecho sobre la cosa, se comportaba como un representante del poseedor y no como dueño, por lo que no podría usucapir) debió haberlo probado.

Según los jueces del caso, “probado el elemento externo de la relación posesoria, en caso de duda debe presumirse que existe posesión y no tenencia”.

Ese *elemento externo* del que hablaron los jueces está constituido por los actos posesorios típicos sobre inmuebles que menciona el Código Civil: “su cultura, la percepción de frutos, su deslinde, la construcción o reparación que en ellas se haga, y en general, su ocupación, de cualquier modo que se tenga”.

Claro que, “tratándose de una finca urbana, a diferencia de lo que ocurre en un inmueble rural, no es posible acreditar actos posesorios tales como instalación de alambrados, vallas, cercos, plantaciones, etcétera”, por lo que “los actos posesorios están representados a través de la ocupación pacífica e ininterrumpida del inmueble por más de veinte años”.

En el caso, como se probó que Aldo habitó la casa con su grupo familiar, ello “permite presumir —pues lo contrario sería apartarse del sentido común— la constante y cotidiana realización, por parte del actor y sus familiares, de actos que denotan comportarse como dueño, tales como, por ejemplo, la realización de eventuales mejoras e inevitables reparaciones que en más de veinte años forzosamente han de haberse efectuado, máxime si en ningún momento se ha afirmado, ni surge de elemento alguno, que tales eventuales mejoras y las presumibles reparaciones efectuadas lo hayan sido por

cuenta del propietario ni que éste las haya abonado”.

En conclusión, el tribunal entendió que Aldo le dio al departamento “el uso que podría darle el verdadero propietario”; que “la posesión nunca fue turbada en modo alguno, [pues] nadie promovió un interdicto o una acción posesoria; mucho menos una acción reivindicatoria, ni siquiera un simple desalojo” y que “debía presumirse la intención de poseer del reclamante respecto del bien en litigio si siempre se comportó a su respecto como si fuera el dueño, sin reconocer ningún derecho sobre aquél y no se probó que esa posesión, ejercida en forma pública y pacífica, fuera turbada”.

En consecuencia, “debía entenderse —a la luz del conjunto de las pruebas reseñadas— que [Aldo] había venido ocupando el inmueble desde hace cerca de treinta años, con ánimo de comportarse como dueño, poseyendo en forma exclusiva y excluyente”.

Los jueces, en consecuencia, confirmaron la sentencia y Aldo fue confirmado como propietario.

Pero... a sus razonamientos impecables, basados en las normas que rigen en la Argentina desde incluso antes que el Código Civil de 1869, los jueces agregaron un argumento innecesario y, por cierto, muy peligroso: “hay una necesidad social de que la propiedad sea asegurada y, en consecuencia, que la larga posesión sea protegida y puesta al abrigo de toda contestación”.

A la absoluta falta de relación lógica entre el antecedente (“asegurar la propiedad”) y el consecuente (“proteger la larga posesión”) el *Filosofito* (que nos lee en borrador) la llama un *non sequitur*.

A esa aberración lógica, los jueces agregaron que “*los derechos no pueden ser ejercidos indefinidamente* [porque] la vida social impone que determinados hechos de una cierta antigüedad pasen a pertenecer al terreno de la historia y no puedan ejercer influencia en la vida actual”.

Las consecuencias de semejante principio, explicitado así, sin más, son francamente aterradoras. ¿“La vida social” impone semejante cosa? ¿No debería ser, en el mejor

de los casos, la ley? Si alguien es padre de un hijo de cincuenta años, ese hecho, de cierta antigüedad, ¿debe pasar a la historia, así ese padre se libera de sus obligaciones hacia su hijo? Si se ha firmado un contrato a largo plazo, renovado muchas veces, ¿pertenece también a la historia y se lo puede dejar de cumplir?

¿De dónde salen —y peor: ¿adónde van?— estas ideas?

* * *

Esta nota ha sido preparada por Juan Javier Negri. Para más información sobre este tema pueden comunicarse con el teléfono (54-11) 5556-8000 o por correo electrónico a np@negri.com.ar.

**Este artículo es un servicio de Negri & Pueyrredon Abogados a sus clientes y amigos.
No tiene por objeto prestar asesoramiento legal sobre tema alguno.**