

ALGUNOS ASPECTOS DE LA USUCAPIÓN **EN LA PROPIEDAD HORIZONTAL¹**

Por Gabriel B. Ventura*

SUMARIO

INTRODUCCIÓN - I- LA PROPIEDAD HORIZONTAL – ESTADO DE PROPIEDAD HORIZONTAL – II- LA USUCAPIÓN DELIMITADA POR LA POSIBILIDAD DE POSEER – III- EL ORDEN PÚBLICO PRESENTE EN EL DERECHO REAL – IV- DISTINTAS SITUACIONES: 1- INMUEBLE QUE NO SE HALLA EN “ESTADO DE PROPIEDAD HORIZONTAL”; 2- “POSESIÓN” TRANSGREDIENDO EL DESTINO ESTATUARIO; 3- “POSESIÓN” DE PARTE DE UNA PARCELA HORIZONTAL - V- CONCLUSIONES

INTRODUCCIÓN

El derecho real de propiedad horizontal exige en nuestra regulación positiva el reglamento de copropiedad y administración, cuyo contenido, entre otros elementos necesarios, enmarca su objeto². Esta exigencia, amén de asegurar una configuración estatutaria previa, que impone destinos a las unidades, disponiendo espacios comunes a los fines puramente

¹Publicado en “Prescripción”, Ed. Alveroni, 2005, Dirigido por Luis Moisset de Espanés y Manuel Cornet

* Profesor Titular de Derechos Reales de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor Titular de Derecho Notarial de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor Titular de Derecho Notarial. Profesor Titular de Derecho Notarial de la Universidad Católica de Córdoba y Director de la Escuela de Notariado de la Universidad Nacional de Córdoba.

² No en todos los sistemas del derecho comparado es obligatorio el reglamento de copropiedad y administración. Así, por ejemplo, en Francia, Bélgica, Chile y Uruguay no es menester; y en caso de no haberse dictado, se aplican supletoriamente las disposiciones legales. Ver sobre el punto HIGHTON, Elena I. “Derechos Reales - Propiedad Horizontal y Prehorizontalidad”, Ed. Ariel Bs.As. 1979, pág. 127, 128. Conf. RACCIATTI, Hernán; “Manual de Propiedad Horizontal”, Ed. Depalma, Bs.As. 1998, pág. 95.

edilicios y funcionales, pareciera resistirse a la aplicación de los conceptos comunes de usucapión, o, al menos sugiere que los principios que inspiran la institución sufrieran una importante modificación a su respecto.

Sin embargo, no podemos negar a su vez que se configuran igualmente, aún en los inmuebles afectados a propiedad horizontal, los motivos y circunstancias que desde tiempo inmemorial se vienen esgrimiendo para dar justificativo a la usucapión. Se hará necesario entonces adecuar las situaciones de posesión comunes, a la que se pueda dar en materia de Propiedad Horizontal, sobre todo aludiendo a aquellos espacios que, por reglamento, están destinados a la aireación y funcionalidad del complejo común.

La doctrina viene estudiando con minuciosidad los recaudos necesarios para posibilitar la adquisición por usucapión, tanto la existencia de la posesión misma con las condiciones exigidas para ello, la llamada “posesión ‘ad usucapionem’”, como el transcurso del tiempo y sus avatares (interrupción, suspensión y dispensa).

Sin embargo, poco se han detenido los autores en torno a la posibilidad de adquirir por usucapión bienes que, por decirlo de alguna manera, requieren de un recaudo administrativo previo para poder poseerse o aquellas que, por disposiciones administrativas, no admiten la división en superficies determinadas, en razón de lo cual no sería factible su posesión o, al menos no con fines usucaptivos.

Así, todo lo relacionado con las leyes de unidad económica mínima en el ámbito de las Provincias y también las ordenanzas municipales relativas a parcelamientos mínimos, tanto en el dominio común como en cada parcela de propiedad horizontal, deberían ser objeto de un estudio detallado, con el correspondiente pronunciamiento en cuanto a si puede adquirirse un inmueble que no respeta dichas exigencias.

Entre estas últimas situaciones podemos incluir los inmuebles que sin estar afectados a propiedad horizontal pretenden ser adquiridos dentro de ese régimen; o incluso las parcelas que pretenden ser adquiridas dentro del

sistema pero adjudicándoles un destino diferente al estatuido en el respectivo reglamento de copropiedad y administración.

Procuraremos en este breve ensayo pronunciarnos sobre estos extremos; pero dejando sentadas previamente cuestiones que, sin dudas, darán pié a nuestra posición al respecto.

I- LA PROPIEDAD HORIZONTAL – ESTADO DE PROPIEDAD HORIZONTAL

Una situación particular que ha sido objeto de debate doctrinario, es la que respecta al momento de nacimiento de la Propiedad Horizontal. Dado que el sistema establecido por la ley 13.512, determina una serie de recaudos previos al sometimiento: Formación del consorcio; plano de afectación, dictado del Reglamento de copropiedad y administración por escritura pública e inscripción del mismo en el Registro de Propiedades, podría llegar a sostenerse que una vez cumplidos éstos, ya estamos en presencia de la propiedad horizontal. Esa constituye una doctrina a nuestro parecer facilista y sólo aproximativa si nos adentramos a estudiar las consecuencias que genera el solo cumplimiento de estos recaudos puramente administrativos.

Por ello decíamos que esa es tan sólo una de las posiciones que se ha sostenido. La postura que creemos correcta exige que, además del cumplimiento de los recaudos enunciados, existan propietarios diferentes, por lo menos en lo que respecta a una de las unidades funcionales³.

³ HIGHTON, Elena I.; en su "Derechos Reales", Ed. Ariel Bs.As., Vol. 4, pág. 105 -106 expresa: "Mientras una sola persona sea propietaria de todo el inmueble, o lo sean varias en condominio sin haberse procedido a la adjudicación de las distintas unidades, no existirá aún derecho real de propiedad horizontal" [...] "Luego de constituido el estado de propiedad horizontal, con la transferencia de una unidad de modo tal que existan por lo menos dos propietarios, nacen los derechos reales de propiedad horizontal; así es aunque uno sea propietario y el otro dueño de todas las restantes". ADROGUÉ, Manuel I. y ROMANELLI, Horacio I. "Reflexiones en torno de la ley de Propiedad Horizontal", en "Temas de Derechos Reales", Ed. Plus Ultra, Bs.As. 1979, pág. 147; manifiestan expresamente su postura contraria "La división del objeto de derecho, esto es, el fundo edificado en una pluralidad de unidades autónomas, ocurre por la virtualidad propia del cumplimiento de los requisitos constitutivos y no por razón de la enajenación de las unidades particulares que conforman el inmueble edificado". En el Derecho español, llega a sostener Mariano FERNANDEZ MARTIN - GRANIZO en su "La Ley de Propiedad Horizontal en el Derecho Español", EDR, Madrid 1983, pág. 285 que entre los recaudos para tener un edificio para considerarse afectado al régimen de

En efecto, sostenemos que el cumplimiento de los trámites administrativos previos y hasta la redacción por escritura pública del reglamento de copropiedad y administración, no hace más que colocarnos en la posibilidad jurídica de dar inicio al sistema, mediante la enajenación de las parcelas horizontales nacidas⁴. Mientras no se haya enajenado al menos una, decimos que estamos ante el llamado “Estado de Propiedad Horizontal”⁵ o simplemente “estado de horizontalidad” (por oposición a la verticalidad establecida casi paradigmáticamente por Vélez en el art. 2518 y 2519 del Código Civil).

Podríamos definir esta situación diciendo que es el **estado transitorio en que se encuentra una propiedad inmueble que posibilita legalmente la creación, modificación, transmisión, etc. de derechos sobre sus distintas unidades funcionales como parcelas horizontales jurídicamente independientes**. Pero, insistimos, hasta que no se haya transferido por lo menos una de ellas no hay propiedad horizontal.

De nuestra parte agregamos que también debe considerarse nacida la Propiedad horizontal cuando un acreedor adquiere una expectativa sobre una de las parcelas. Bastaría pues, en nuestra opinión, para que nazca la propiedad horizontal, con que un sujeto determinado trabe un embargo sobre una de las parcelas, dado que por estar ya preparadas todas las unidades para receptor titularidades diversas, tolera también un embargo diferenciado del inmueble general. Igualmente deberemos considerar nacida la propiedad horizontal cuando otro sujeto distinto al propietario del edificio obtiene a su favor un boleto de compraventa referido a una de las unidades funcionales⁶.

propiedad horizontal (enumera cinco) es necesario que las unidades pertenezcan a distintos propietarios.

⁴ MARIANI de VIDA, Marina; “CURSO DE DERECHOS REALES”, Ed. Zavalía, Bs.As. 1997, Tomo 2, pág.244 dice: “[...] para que puedan nacer los distintos derechos de propiedad horizontal en relación a un edificio, es indispensable que exista con anterioridad el denominado *estado de propiedad horizontal*, al cual se llega con la redacción en escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble del Reglamento de Copropiedad y Administración, que ha de regir la vida del consorcio correspondiente a ese inmueble”.

⁵ MUSTO, Néstor J.- “DERECHOS REALES”, Ed. Rubinzal Culzoni, 1983, pág. 32. El autor no obstante referirse al “estado de propiedad horizontal”, no efectúa claramente el distingo entre el “estado...” y la propiedad horizontal ya constituida.

⁶ COSTANTINO, Juan Antonio; “Propiedad Horizontal”, Ed. Juris, Rosario 2002, pág. 106; dice: “[...] no es necesario que la enajenación se haya instrumentado en escritura pública, y

No puede negarse que la verticalidad típica del dominio (arts. 2518 a 2521 del Código Civil) se mantiene intacta mientras un solo sujeto sea propietario de todo el conjunto. No es dable imaginar allí propiedades diferentes, ni consorcio, ni asambleas, ni admitiríamos hablar de “quorum”, ni de mayoría alguna para adoptar decisiones. Hay pues un dominio común que se encuentra ya en “estado de horizontalidad”.

Estimamos que distinguir con claridad esta etapa previa al nacimiento, permitirá interpretar adecuadamente las normas sobre usucapión dentro del sistema.

II- LA USUCAPIÓN DELIMITADA POR LA POSIBILIDAD DE POSEER

Sabido es que la posesión pública, pacífica, sin suspensión e ininterrumpida es la que habilita a la adquisición por usucapión. Sin estos recaudos no será factible la aplicación de la figura de la usucapión, ni respecto del dominio común, ni de cualquier otro derecho real que se ejerza por medio de la posesión. Por esta razón será necesario igualmente que el objeto a usucapir sea también susceptible de posesión ya que sin ésta no hay usucapión posible.

El art. 2400 del Código Civil establece que “todas las cosas que están en el comercio son susceptibles de posesión [...]”. Y en armónica correspondencia el 3952 del mismo cuerpo legal, efectuando esta apreciación que mencionábamos en el párrafo precedente, establece con claridad: “Pueden prescribirse todas las cosas cuyo dominio o posesión puede ser objeto de una adquisición”. Así, concluimos que no puede ser objeto de posesión una plaza, una calle y todo lo que no sea susceptible de estar en patrimonio privado.

En realidad, cuando la norma del 2400 del Código Civil alude a la comerciabilidad de las cosas para posibilitar la usucapión incurre en el error de considerar que no pueden poseerse todas las cosas que están fuera del co-

registrado en legal forma para la vigencia del régimen de propiedad horizontal[...].

mercio. No es así, tenemos expresado, junto a Moisset de Espanés, que no es factible aplicar aquella clasificación de las cosas que atiende a la posibilidad de ser objeto de actos entre vivos a los supuestos que posibiliten la adquisición por usucapión. Para estos casos se exige una otra distinción: a) cosas que están fuera del comercio y que no pueden incorporarse a un patrimonio privado, como las cosas afectadas al dominio público de los estados; y b) cosas que están fuera del comercio pero que son susceptibles de estar en patrimonio privado.

La primera especie de esta última categoría admite a su vez otra sub-distinción: cosas cuya imposibilidad de incorporación a un patrimonio privado está establecida respecto de todos los sujetos, ej.: el ya dado referido a los bienes del dominio público de los estados; y cosas cuya imposibilidad se refieren sólo a algunas personas, ej.: inmuebles ubicados en zonas de seguridad que no podrían ingresar al patrimonio privado de un extranjero. El art. 4 del Decreto Ley 15.385/44, modificado por ley 22.153, prohíbe la adquisición por prescripción de los bienes inmuebles urbanos o rurales del estado nacional, provincial o municipal, situados en los límites de las zonas de seguridad⁷.

También ocurre lo mismo respecto de las leyes que impiden el fraccionamiento de los campos en zonas rurales, tales como la prevista por las que establecen la unidad económica mínima de cada zona. Esta unidad económica mínima procura evitar que las tierras queden demasiado pequeñas como para posibilitar la subsistencia de una familia tipo dedicada a la producción agropecuaria. En el ámbito urbano existen las ordenanzas que prevén el parcelamiento mínimo, para impedir el fraccionamiento de terrenos que atenten contra la salubridad de la población. Pues bien, en todas las situaciones en que la posesión ejercida contradiga estos preceptos, podremos afirmar que existe imposibilidad de poseer o, en otras palabras, no habrá posesión, dado que el objeto, en su extensión, no admitirá tal relación real.

⁷ VENTURA, Gabriel y MOISSET DE ESPANÉS, Luis; "Prescripción de la acción reivindicatoria", LL. Córdoba, 1986, pág. 17.

III- EL ORDEN PÚBLICO PRESENTE EN EL DERECHO REAL

Un aspecto que no podemos desdeñar de ninguna manera, y que tiene relación con lo que venimos exponiendo, es la relación inseparable entre los derechos reales y el orden público que sobre ellos impera. Al efecto, Guillermo Allende, expresa que “[...] las normas que rigen los derechos reales, [...] como resulta de la propia definición que hemos dado, son normas **sustancialmente de orden público**”⁸.

Los sujetos implicados en la constitución, modificación o extinción de derechos reales no pueden abstraerse del régimen que la ley les ha impuesto. El legislador los crea (art. 2502 del Código Civil) y les impone el contenido básico, y son muy pocos los casos en que se admite, y en mínima dosis, la autonomía de la voluntad para poner límite a su ejercicio y contenido (como el contenido y ejercicio de las servidumbres, o el contenido de los reglamentos de copropiedad).

Es la aplicación del brocardico del sabio jurisconsulto romano Papiniano: *“Ius publicum privatorum pactis non potest”* (el orden público no puede ser alterado por pactos privados)⁹. Obvio es que si no admitimos que los **pactos**, como contratos, convenios o acuerdos entre particulares, puedan derogar principios de orden público de los derechos reales, menos aún podremos admitir que lo hagan actos unilaterales, como podrían serlo actos posesorios durante más de veinte años.

⁸ ALLENDE, Guillermo L. “Panorama de Derechos Reales”, Ed. La Ley, Bs.As. 1967, pág. 65, 66. Igualmente HIGHTON, Elena I. en su “Lineamiento de derechos reales”, Ed. Ad-hoc, Bs.As. 1991, pág. 45; expresa: “[...] el régimen legal de los derechos reales está dominado por el orden público, mientras que el de los derechos personales está basado en la autonomía de la voluntad. De ello se desprende que la reglamentación del código civil en materia de derechos reales es inderogable y que, por el contrario, en cuanto a derechos personales, es supletoria”.

⁹ ALLENDE, Guillermo L., Ob.Cit. pág. 66. El propio Vélez Sarsfield en una parte de la nota al art. 2828 dice: “[...] Los actos y contratos particulares no podrían derogar la disposición del artículo, porque la naturaleza de los derechos reales, [...] está fijada en consideración al bien público y al de las instituciones políticas, y no depende de la voluntad de los particulares”.

IV- DISTINTAS SITUACIONES

Las situaciones que pueden presentarse son básicamente tres: 1) Inmueble que no se halla en estado de propiedad horizontal y pretende adquirirse en ese régimen; 2) “posesión” contradiciendo el destino estatuario del reglamento de copropiedad y 3) “posesión” de parte de una parcela de propiedad horizontal.

1- INMUEBLE QUE NO SE HALLA EN “ESTADO DE PROPIEDAD HORIZONTAL”

De igual manera deberemos razonar respecto del tema que aquí nos ocupa, la usucapión de parcelas horizontales. Así diremos que según cuál sea la etapa en la que nos encontremos en materia de propiedad horizontal, resultará o no factible la posibilidad de adquirir por usucapión una parte del inmueble. Por ejemplo, si se posee, aun con ánimo de dueño, tan sólo uno de los pisos de un edificio de cuatro, no será factible la adquisición por usucapión, dado que el inmueble no permite una posesión diferenciada de cada piso, pues no se encuentra en estado de horizontalidad.

Aclarando lo dicho recordemos el art. 18 de la ley 13.512 que oportunamente declara que “A los efectos de la presente ley, quedan derogados los artículos 2617, 2685 in fine y 2693 del Código Civil, así como toda otra disposición que se oponga a lo estatuido en esta ley”. Adviértase que el legislador del '48, con sabiduría, aclaró en la norma que la derogación lo es sólo **“a los efectos de la presente ley”**, con lo cual queda perfectamente establecido que el citado dispositivo continúa prohibiendo la división horizontal en otras situaciones que no se enmarquen en la ley de propiedad horizontal¹⁰. Concretamente el art. 2617 del C.C. continua expresando para la

¹⁰ No tuvo en cambio ese buen criterio el autor de la 25509, cuando al crear el Derecho real de superficie forestal eliminó, lisa y llanamente, la superficie entre los derechos reales suprimidos. Daría pie así a imaginar la posibilidad de adquirir por usucapión el derecho real de superficie forestal cuando en realidad ello sólo será posible siempre que el bien esté en estado de superficialidad (obviamente también se exigirá un “animus” acorde al derecho pre-

generalidad de los supuestos, salvo para la ley 13.512, que “El propietario de edificios no puede dividirlos horizontalmente entre varios dueños, ni por contrato, ni por actos de última voluntad”. Esta prohibición subsiste mientras no esté en aplicación la ley a cuyo respecto se ha derogado el art. 2617, es decir la ley 13.512.

Quien quiera generar una división horizontal que no esté siendo aplicación de la citada ley, tropieza con el dispositivo del art. 2617 del Código Civil que, con acierto a nuestro parecer, mantiene su vigencia en tales casos.

Antes de acceder al estado de propiedad horizontal, tenemos un solo inmueble y, por ende, se hará aplicable respecto de ese objeto, lo dispuesto por el art. 2405 del Código Civil que establece que “Cuando la cosa forma un solo cuerpo, no se puede poseer una parte de él, sin poseer todo el cuerpo”. De manera tal que, por el principio de accesoriadad del dominio, previsto en el art. 2518 al 2521 del Código Civil, que prevé un dominio vertical, quien posea el quinto piso de un edificio, por ejemplo, posee en realidad todo el inmueble sobre el que se asienta el edificio (art. 2405 y 2408 del Código Civil) y si son varios los poseedores, cada uno en pisos diferentes, deberán acordar un porcentaje de coposesión y adquirir todos el dominio vertical del inmueble, ya que se haría aplicable respecto de esa cosa inmueble el art. 2409 del C.C. cuando establece que “dos o más personas pueden tomar en común la posesión de una cosa indivisible y cada una de ellas adquiere la posesión de toda la cosa”. En realidad puede ocurrir que sea divisible hori-

tendido); o sea que se hayan practicado los estudios a que alude la ley 25080 de bosques cultivados y hasta que el forestador y el proyecto aprobado se encuentren inscriptos en los registros especiales creados al efecto. Por ello en nuestra ponencia presentada a las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, (Rosario) decíamos a este respecto que “[...]debe concluirse que, a pesar de no estar enumerada como causa de adquisición en el art. 5 de la ley 25509, el derecho de superficie puede adquirirse por la prescripción o usucapión. Tanto sea la ordinaria, (art. 3999 del C.C.) cuando exista una falencia que transforme la causa adquisitiva en justo título (art. 4010 del C.C.), como la extraordinaria (arts. 4015 y 4016 del C.C.), frente a un poseedor en las condiciones de ley. En este último supuesto exigiremos que el poseedor cumpla con los recaudos administrativos previstos establecidos en la ley de Inversiones para Bosques Cultivados 25080, al que podríamos denominar “estado de superficialidad”, de igual manera que requerimos, como mínimo, el llamado “estado de propiedad horizontal” para admitir al usucapión de una unidad de P.H.”

zontalmente y que pueda ser autorizada una futura propiedad horizontal; pero hasta que no se coloque en estado de horizontalidad, es indivisible en ese sentido. No pueden pretenderse posesiones diferenciadas porque el inmueble no se encuentra en estado de propiedad horizontal y permitirlo implica violentar la norma del art. 2617 del Código Civil.

No se trata de aplicar por analogía la situación de posesión de parte de un inmueble en dominio común. En efecto, cuando el poseedor sólo posee una parte de un inmueble, por aplicación del principio “quantum possessum tanto prescribuntur” sólo podrá adquirir por usucapión la porción que efectivamente haya sido objeto de los actos posesorios del usucapiente, para lo cual debe delimitarse la fracción mediante el pertinente plano de usucapión, y siempre que no se alteren con ello los principios de unidad económica mínima, en zona rural, ni de parcelamiento mínimo urbano. Pero en los casos de posesión con pretensión de horizontalidad, dicha solución no es factible, dado que existe una prohibición expresa, fundada en el interés público. Sólo puede subdividirse horizontalmente un inmueble si lo es por el sistema establecido en la ley 13.512, que prevé como recaudo previo la afectación al estado de propiedad horizontal, según veníamos exponiendo. Como habíamos dicho, a los fines de la usucapión, el artículo 2617 continúa en vigor, para todos los otros efectos que no sean la división horizontal por medio de la ley 13.512, pero subsiste para cualquier otro efecto, entre ellos, para prohibir una posesión diferenciada horizontalmente de otra sobre el mismo inmueble.

No se trata de una cuestión puramente formal o ritual de atenerse a la ley por la ley misma; debe tenerse presente, que cuando se exige el cumplimiento de los recaudos de la ley 13.512 se está exigiendo, indirectamente, el cumplimiento de normas de seguridad, salubridad e higiene, que vienen adosadas, metafóricamente hablando, por las reglamentaciones provinciales y municipales sobre edificación, salubridad, urbanización, etc. que existan en el lugar donde se halle el inmueble. Por ello la aprobación de los planos respetando las normas de policía aparecen como un obstáculo insalvable para

el edificio que no cumpla con los recaudos legales. Se garantiza así, la seguridad y salubridad de las viviendas insertadas en el sistema de propiedad horizontal.

A pesar de los principios rectores que venimos sentando no queremos desconocer que en ciertos casos podríamos admitir la usucapión cuando aún el inmueble no se encuentra en estado de horizontalidad; pero es necesario remarcar que son supuestos excepcionales, en los cuales no se genera inconveniente alguno ni para el adquirente por usucapión, ni para el propietario del resto del inmueble que continuará “dominus” de las restantes parcelas. Se trata de casos en los que si bien no existe el “estado de horizontalidad”, al menos el mismo ha sido encaminado y tanto física como jurídicamente es factible su concreción. Como ejemplo de estos supuestos excepcionales, que no hacen más que confirmar la regla general que hemos sentado, podemos mencionar el caso de un adquirente por boleto de compraventa de una futura propiedad horizontal. Si el inmueble aún no está afectado no encontramos inconveniente alguno para que mediante la acción de escrituración (arts. 1185 y 1187 del Código Civil), pueda previamente exigirse la afectación al “estado...”, aún por vía compulsiva mediante la acción pertinente¹¹, para luego concretar la formalización de escritura de venta de la respectiva unidad de propiedad horizontal a la que se había comprometido el propietario del edificio.

Sin embargo, para los supuestos generales, la regla que debemos dejar sentada es que **no puede adquirirse por usucapión una unidad de propiedad horizontal, si el inmueble en el que se encuentra ubicada no se halla previamente en estado de horizontalidad.**

2- “POSESIÓN” TRANSGREDIENDO EL DESTINO ESTATUARIO

¹¹ En dicha escritura de reglamento deberán observarse las cláusulas de estilo si el propietario no es el otorgante directo y debe sustituirlo el Juez, tal como ocurre en una simple escritura de venta, cuando el vendedor en el boleto resulta remiso a suscribir la escritura pertinente.

Como ya hemos expresado, a diferencia de otros sistemas, en nuestro sistema jurídico positivo, la propiedad horizontal tiene como presupuesto obligado el reglamento de copropiedad y administración, razón por la cual éste pasa a integrar el haz de facultades y el enmarque de cada una de las propiedades privativas que se hayan generado, así como las prerrogativas que puedan tenerse sobre cada parcela.

Ese estatuto enmarca, conforme a las previsiones legales (arts. 3, 4, 5, 6, 7, 8 de la ley 13.512 y arts. 3 del Decreto 18.734) describe y destina cada parte del edificio.

Ahora bien, sentadas estas reglas nos preguntamos: ¿puede ocuparse, aun en transgresión, con una finalidad distinta de la prevista en el reglamento, por ejemplo un patio común o un pasillo de acceso general, mediante una posesión “ad usucapionem”? Adviértase que nuestro interrogante no apunta a la posibilidad de adquirir por usucapión, sino que, más aún, pretende un pronunciamiento sobre uno de sus básicos presupuestos, la factibilidad de la posesión sobre dicho sector, con sus dos elementos “corpus” y “animus” (art. 2351 del Código Civil).

Creemos que no; ya que si bien existe, y de manera palpable, una relación real excluyente entre el sujeto ocupante y el objeto delimitado por el reglamento de copropiedad, dicha relación no puede ser de una posesión, y debe posibilitarse su recupero por el consorcio y su afectación al destino originario. La prescripción adquisitiva no puede aquí hacer valer sus efectos, pues la cosa no puede poseerse.

Esto es así por dos motivos; en primer lugar porque hay una ley nacional que lo impide. Se trata de un objeto que sólo puede poseerse **a los fines** del complejo en el cual se halla y establecido en el pertinente reglamento de copropiedad y administración. En segundo lugar porque permitir un destino diverso, aun sólo en la posesión, es atentar contra el orden público y se hace aplicable el principio “ius publicum privatorum pactis non potest” dado que se está poniendo en juego la seguridad, salubridad y funcionalidad del inmueble mismo. En los hechos esta trasgresión puede manifestarse

como 1) falta de luminosidad o aireación en los ambientes de las propiedades horizontales, en el caso de patios ocupados y construidos en propiedad exclusiva; 2) falta de acceso por pasillos comunes o accesos incómodos, por permitir la posesión exclusiva de un titular; 3) falta de seguridad por tolerar cargas excesivas, en los casos de innovaciones que exceden la superficie de la parcela; etc.¹²

La ley 13.512, sus reglamentarias y el estatuto mismo de cada edificio afectado, delimita y exige en forma precisa la determinación de cuáles son las partes comunes y privativas del inmueble en el cual se encuentran las parcelas horizontales. Se trata pues de una imposición de orden público ya que, tanto la utilización apropiada de las parcelas individuales, como la salubridad de sus ocupantes están en juego y, obviamente no pueden quedar al arbitrio de particulares que se den el lujo de desconocer esos preceptos.

No podemos pretender que por el hecho de que la posesión se abstraiga del sustento jurídico que le da el título, pueda desconocer restricciones, límites y destinos atribuidos estatutariamente. No podemos asignar al poseedor, por sustentar sólo una posesión hecho, más facultades que las que tiene el dominus.

Si el poseedor pretende un dominio por usucapión debe pues, conforme al ánimo exigido por ley (art. 2351 C.C.) comportarse como lo haría el propietario. Pero no cualquier propietario de un dominio común, sino el propietario de una parcela horizontal con su "ley particular" que es el estatuto reglamentario. Por otra parte no sería el único caso en que se obliga al poseedor a un comportamiento anímico determinado, no olvidemos que tam-

¹² "Si se tiene en cuenta que del espacio existente sobre ellos dependen la luz, la visión y la aireación de distintas unidades, encontrándose, en esa medida, destinado al aprovechamiento colectivo, parece adecuado interpretar que aquella norma reglamentaria (alude a espacio común de uso exclusivo) en el sentido de que lo previsto en ella como privativo respecto de la superficie descubierta no es el dominio sino el uso. Adviértase que aunque pueda considerarse que no se está estrictamente ante los patios solares que menciona el art. 2º, inc. a) de la ley 13.512 como sectores de dominio común, en virtud de no hallarse los de autos en la planta baja del edificio, la situación guarda estrecha analogía, ya que en ambos casos el espacio aéreo tiene un mismo destino común al vincularse a la iluminación y aireación del edificio". Consorcio Virrey Loreto 1762/66 c. Picallo de Matera, Diana s/ Sumario", Expte.69561 (10/11/87) citado por Marina Mariani de Vidal en su "Colección de Análisis Jurisprudencial", Ed. La Ley, Bs.As. 2002, pág. 425. (lo que está entre paréntesis en el texto, es nuestro).

bién respecto de la posesión misma, sin efectuar distinciones entre posesión legítima o ilegítima, ni de dominio común o de propiedad horizontal, el Código Civil regula en el capítulo 3 del título 2 del libro tercero, “De las obligaciones y derechos inherentes a la posesión”. En efecto, en el artículo 2418 del Código Civil se establece expresamente que “El que tuviera **posesión de cosas inmuebles**, tendrá para con sus vecinos o terceros, las obligaciones impuestas en el título 6 de este Libro”; es decir todo lo que hace a las restricciones y límites del dominio. Adviértase que el legislador alude al simple poseedor, no exige titularidad dominial alguna. Sin dudas, aún sin estar expresamente establecido, en la posesión dentro de un complejo afectado a propiedad horizontal se aplican también estos mismos dispositivos.

3- “POSESIÓN” DE PARTE DE UNA PARCELA HORIZONTAL

Entre los contenidos exigidos imperativamente por la ley (art. 9 ley 13.512 y 3 Dcto. 18734), el reglamento debe proveer la descripción precisa y destino de cada parte del edificio, tanto los espacios y cosas comunes, cuanto las partes privativas que darán origen a las parcelas horizontales exclusivas. Esta circunstancia transforma a cada parcela horizontal en una unidad indivisible, ya que su modificación repercutirá en el reglamento que la describe y contiene. Tanto su extensión como su destino, según ya vimos, estará preestablecido en el reglamento de copropiedad y administración.

Conforme a lo dicho, estimamos que no puede modificarse la configuración física de la parcela, ni por contrato (venta, donación, permuta, etc.) ni por causas puramente legales como la usucapión. El estar afectado a propiedad horizontal, hace de esa cosa (el cubo de aire) un elemento sometido en cuanto a su forma, uso y destino, a lo que establezca su estatuto reglamentario y transgredirlo sugiere un alzamiento respecto del orden público que impera en materia de derechos reales.

CONCLUSIONES

- 1- Las leyes que establecen la unidad económica mínima en el ámbito de las Provincias y también las ordenanzas municipales relativas a parcelamientos mínimos, influyen de manera decisiva en la imposibilidad de admitir una posesión “ad usucapionem” si la parcela poseída no respeta dichas exigencias.
- 2- La necesidad del reglamento de copropiedad y administración en la propiedad horizontal, hace que este derecho real no tolere la aplicación de los conceptos comunes de usucapión.
- 3- La propiedad horizontal no existe mientras todo el edificio afectado pertenezca al mismo dueño. Es necesario que, por lo menos, una parcela haya sido enajenada o que exista un tercer acreedor con pretensiones hacia una de las parcelas.
- 4- El cumplimiento de los trámites administrativos previos y hasta la redacción por escritura pública del reglamento de copropiedad y administración, no hace más que colocarnos en la posibilidad jurídica de dar inicio al sistema, mediante la enajenación de las parcelas horizontales. Dicha situación es la que se denomina doctrinariamente “Estado de Propiedad Horizontal” o simplemente “estado de horizontalidad”.
- 5- En consecuencia podríamos definir el estado de propiedad horizontal diciendo que *es el estado transitorio en que se encuentra una propiedad inmueble que posibilita legalmente la creación, modificación, transmisión, etc. de derechos sobre sus distintas unidades funcionales como parcelas horizontales jurídicamente independientes.*
- 6- Para adquirir por usucapión será necesario que el objeto a usucapir sea susceptible de posesión ya que sin ésta no hay usucapión posible.

- 7- Los derechos reales están tan relacionados con el orden público, que los sujetos implicados en su constitución, modificación o extinción no pueden abstraerse del régimen jurídico que la ley les ha impuesto. Es la aplicación del brocardico "*ius publicum privatorum pactis non potest*".
- 8- Por ello los actos posesorios que se concreten sobre las unidades funcionales afectadas a Propiedad Horizontal o sobre los espacios comunes tampoco pueden abstraerse del destino y configuración que les marca el reglamento de copropiedad y administración.
- 9- Un inmueble sólo puede dividirse horizontalmente atendiendo a la ley 13.512 que exige la previa afectación, según surge del art. 2617 del Código Civil que, a esos efectos, continúa en vigencia. Toda otra división, generada por vía convencional o por vía fáctica unilateral, carece de validez para generar una propiedad horizontal.
- 10- Por ello, hasta que el edificio no se encuentre en "estado de propiedad horizontal", no deja de ser una cosa indivisible (en cuanto a su verticalidad) haciéndose aplicables así las normas de los arts. 2405 y 2408 del Código Civil.
- 11- Consecuencia de lo antedicho, cuando el edificio no se halla en estado de propiedad horizontal, no puede adquirirse por usucapión uno de los pisos o "departamentos" aludiendo al régimen de la ley 13.512.
- 12- Igualmente, no podrá contradecirse el destino que le ha sido asignado por reglamento a lo supuestamente "poseído" por el usuca-
piante, puesto que no pudo válidamente poseerse con un destino diverso al establecido estatutariamente.
- 13- Tampoco puede adquirirse, por idénticos fundamentos, parte de una parcela de propiedad horizontal.

Gabriel B. Ventura