

# **LA USUCAPIÓN POR EL CONDÓMINO Y DEMÁS COMUNEROS<sup>1</sup>**

Por Gabriel B. Ventura

## Sumario

INTRODUCCIÓN - LA TEORÍA DE LA CAUSA DE LA POSESIÓN – INTERVERSIÓN DEL TÍTULO - EL ANIMO DE POSEER EN FORMA EXCLUSIVA DEL COMUNERO FRENTE A LOS LLAMADOS ACTOS DE MERA TOLERANCIA - INCIDENCIA DE LA TEORÍA QUE CONSIDERA QUE LO ÚNICO QUE PRESCRIBE SON LAS ACCIONES - PRESUNCIÓN DE REPRESENTACIÓN EN LA POSESIÓN EN LAS COMUNIDADES: A) EN EL CONDOMINIO, B) EN LA COMUNIDAD HEREDITARIA, C) EN LA SOCIEDAD CONYUGAL DISUELTA - LA “COLABORACIÓN” DE LOS OTROS MIEMBROS DE LA COMUNIDAD

## INTRODUCCIÓN

La posibilidad de adquirir por usucapión una cosa, por parte de uno de los titulares en el condominio o en otros supuestos de comunidad, siempre ha generado polémicas tanto desde el punto de vista académico, como desde el punto de vista práctico.

Obviamente no nos referimos a la posibilidad de adquisición en condominio por usucapión, en una porción indivisa cada adquirente. Esta situación no presenta interés especial, dado que se encuentra tácitamente regida y regulada ante la sola existencia del condominio y la posibilidad de

---

<sup>1</sup> Disertación pronunciada en la Academia, con fecha 5 de octubre de 2010.

coposesión prevista en el art. 2407 del Código Civil, lo que hace que la aplicación lisa y llana de las normas nos permita prever esa consecuencia indubitada<sup>2</sup>. Aludimos en cambio, a la especial situación que se da cuando uno de los condóminos o comuneros pretende adquirir el todo de la cosa, oponiéndose al derecho del resto de los titulares del condominio o de los miembros de la comunidad.

La jurisprudencia ha tenido especial recelo en pronunciarse por la adquisición por usucapión por parte de uno de los comuneros, cuando éste, aprovechando su ocupación pacífica de la cosa, a veces por simple tolerancia de los otros, llega a cumplir el plazo legal para adquirir. Por otra parte, por expresa disposición de ley, los actos de administración que realice uno de los comuneros, se rigen por las reglas del mandato, lo que dificulta esgrimir la posesión *animus domini*.

Ocurre que, de las características exigidas a la posesión para que se genere el natural efecto adquisitivo de la usucapión, deberá remarcarse en estos casos, la exclusividad; es decir la posesión también excluyente de todo otro pretensor, sobre todo atendiendo a quienes ostentan también sobre la cosa un “ius possidendi”, como el condómino, el heredero de los bienes del acervo antes de la partición, el cónyuge luego de disuelta la sociedad conyugal antes de liquidada, etc.

## **LA TEORÍA DE LA CAUSA DE LA POSESIÓN – INTERVERSIÓN DEL TÍTULO**

---

<sup>2</sup> LAFAILLE, Héctor; “Derecho Civil – Tratado de los Derechos Reales”, Ediar, Bs.As. 1944, Tomo II, N° 1068, pág. 214. ARGANARAS, Manuel J., anotando a SALVAT, Raymundo M. “Derecho Civil Argentino – Derechos Reales”, TEA, Bs.As., 1959, T III, pág. 17, nota 5. MARIANI de VIDAL, Marina, “Curso de Derechos Reales”, Zavalía, Bs.As. 1997, T 2, pág. 124.

No resulta tan fácil advertir el ánimo de dueño exclusivo en un sujeto que es además condómino o heredero junto con otros sujetos, como cuando el sujeto que posee carece por completo del derecho de hacerlo, o el título que lo justifique, aunque malo o incompleto, no resulta compartido con otras personas. Al primero se le exigirá una prueba mucho más acabada de su exclusividad respecto de los otros comuneros.

Es así como la ya conflictiva figura de la usucapión, cuando se va a producir en aquellos casos en que hay otros sujetos que también tienen intención posesoria, es decir cuando se parte de un supuesto de coposesión, aunque más no sea por una porción indivisa, como en el caso del condominio, o una cuota parte, como podría considerarse en los supuestos de disolución de sociedades sin liquidación, etc. adquiere matices muy interesantes. Entre otros aspectos, surge la especial necesidad de precisar cuándo realmente los restantes comuneros han sido excluidos, como para considerar que el único que quedó en posesión del bien, pueda llegar a adquirir por usucapión el total de la cosa poseída.

Desde este punto de vista, aunque aparezca como injusto, está en mejor situación quien posee sin título alguno, que el que posee en virtud de un título que lo coloca en paridad con otros sujetos de manera compartida. En efecto, la aplicación de la llamada teoría de la causa, o de la voluntad abstracta, en expresiones de Ihering<sup>3</sup>, obliga a apelar al título que justifica la posesión; por lo menos esa será la estrategia defensiva del demandado por usucapión. En esa causa o título pues, aparecerá el derecho de dominio o “al dominio” de manera compartida, si se nos permite la expresión, lo que se erigirá en una presunción de difícil contradicción, si apelamos a la citada teoría. La causa possessionis del supuesto usucapiente, le estaría

---

<sup>3</sup> IHERING, Rudolf Von. "La voluntad en la posesión", Trad. Adolfo Posada, Ed. Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1896, pág. 31, Dice: "En realidad, esta teoría sustituye la voluntad con la causa possessionis, pudiendo en tal respecto llamarse teoría de la causa. La voluntad no juega aquí, in concreto, papel alguno; el animus domini está totalmente eliminado como condición de la posesión".

impidiendo, o al menos dificultando, esgrimir la posesión del cien por ciento de la cosa.

Si bien es cierto que el poseedor siempre tendrá latente la posibilidad de intervertir su título, en los términos del art. 2458 del Código Civil respecto del porcentual de su posesión, estimamos que dicha conducta no será del todo sencilla en estos casos, ya que la representación presumida de uno de los comuneros en favor de todos, exigirá en la práctica que se le haya planteado reclamo concreto de éstos para dejar acreditado su “*animus proprium*”.

Hay situaciones en las cuales tanto el *animus domini* del poseedor, como el *animus detinendi* del tenedor, aparecen presumidos por ley por el reconocimiento que significa la causa documentada; y, ni el ocupante ni el juez podrán ignorar allí el motivo de la ocupación. Si ella determina que se está en presencia de un tenedor, sólo mediante una excepcional tarea probatoria permitiremos que dicho tenedor, así presumido por la *causa detentionis*, se erija en poseedor *animus proprium*. Es la teoría de la causa de la posesión, como la llama Ihering, o teoría de la voluntad abstracta por oposición a la voluntad concreta del individuo que ocupa<sup>4</sup>. La imposibilidad de penetrar en el contenido anímico de los actos del ocupante obliga a apelar a presunciones que, si bien en nuestro Código Civil no estarían consagradas de manera expresa, surgen por vía de inducción, tal como ocurre con la presunción de posesión.

Por ello siempre hemos sostenido que el Código Civil argentino ha adoptado la postura de la posesión subjetiva, defendida por Savigny, pero atenuada por la teoría de la causa. Si el ocupante en cualquier momento de la relación real ha reconocido la tenencia, será casi imposible pretender luego una relación posesoria. Por otra parte es lo que creemos que surge de

---

<sup>4</sup> En realidad la denominación “Teoría de la causa de la posesión”, el propio Ihering la reivindica como propia, frente a la publicación arrogándose autoría que efectúa uno de sus discípulos, Giessen, y deja acreditada la prioridad de su uso en el hermoso prólogo a su “La Voluntad en la posesión”, Ob.Cit. pág. 8 y 9.

manera expresa del art. 2462, inc. 6 del Código Civil, que expresa: “Quedan comprendidos en la clase del artículo anterior (tenencia): ... 6º. El que continuase en poseer la cosa después de reconocer que la posesión o el derecho de poseerla pertenece a otro”.

En algunas legislaciones como en el Código Civil francés, por ejemplo, la posesión es presumida directamente por ley y sólo mediante prueba expresa de quien la niegue podrá determinarse la relación real tenencia por parte de su ocupante<sup>5</sup>.

De igual manera podríamos admitir la presunción de tenencia cuando la causa que motiva la ocupación sólo puede estar referida a esa relación real<sup>6</sup>. Esta interpretación salva un importante escollo para el juzgador a la hora de precisar el ánimo. Sostenemos pues, aun a pesar de su falta de contemplación expresa, que, en nuestro sistema, existe la presunción de posesión, que sólo caerá cuando quien contradiga dicha presunción acredite que ese ocupante posee por otro<sup>7</sup>.

El artículo 2353 del Código Civil consagra el principio de “inmutabilidad de la causa”, cuando expresa que “Nadie puede cambiar por sí mismo, ni por el transcurso del tiempo, la causa de su posesión”, que resulta una transcripción literal del proloquio romano “nemo sibi ipsa causam possessionis mutare potest”. Por ello, si la causa de la ocupación, está lo suficientemente documentada como para significar un verdadero aporte probatorio, eliminaría toda posibilidad de invocar posesión por parte del tenedor, ya que constituye un constante reconocimiento de la relación real que se tenga en su consecuencia. No le bastará aquí al ocupante erigirse en poseedor por su sola voluntad, a pesar del 2458 del Código, pues la “voluntad abstracta” de la ley, surgida de la causa, le impedirá hacerlo. No

<sup>5</sup> Art. 2230 Código Civil Francés: “On est toujours présumé posséder pour soi, et à titre de propriétaire, s’il n’est prouvé qu’on a commencé à posséder pour un autre”.

<sup>6</sup> MAZEAUD, Henry, León y Jean. “Lecciones de Derecho Civil”, Trad. Alcalá Zamora y Castillo, Ed. EJEA, Bs.As. 1960, Parte Segunda, Vol IV, pág. 144. Dice: “El *animus* se aprecia *in abstracto*, por referencia a un ocupante tipo colocado en la misma situación”.

<sup>7</sup> SALVAT, Raymundo M. “Tratado de Derecho Civil Argentino – Derechos Reales”, Ed. TEA, Bs.As. 1961, Tomo I, pág. 26 y 27.

es otro el motivo por el que cada vez que el poseedor entrega, aunque sea en préstamo una cosa, se recomienda confeccionar un contrato escrito que así lo indique. La causa detentionis aportará aquí la seguridad al poseedor de no perder su relación real, al impedir la interversión prevista en el 2458 C.C. Salvo casos excepcionales, ningún juez que se precie de justo podrá considerar intervertida la posesión frente a un contrato indubitado que acredite la situación de tenencia del pretendido poseedor.

Pero no podemos negar que la posibilidad de interversión del título, en los supuestos en que no pueda acreditarse la causa, estará siempre latente. Así, un cambio en el ánimo del ocupante, que trueca de “animus detinendi” a “animus domini”, puesto de manifiesto en los actos posesorios previstos en el art. 2384 C.C.<sup>8</sup>, seguido del efecto excluyente del anterior poseedor<sup>9</sup>, determinará la pérdida de la posesión para éste y la adquisición de aquél.

### **EL ANIMO DE POSEER EN FORMA EXCLUSIVA DEL COMUNERO FRENTE A LOS LLAMADOS ACTOS DE MERA TOLERANCIA**

Sin embargo, a pesar de lo que venimos exponiendo, no es fácil advertir la diferencia entre el “animus domini” del poseedor en los casos comunes, con el que pueda comenzar a ejercer el comunero por el cien por ciento de la cosa poseída. El tema se pone de manifiesto en la mayor tolerancia que, sin dudas, tendrán los otros comuneros frente a actos de posesión supuestamente exclusiva del usucapiente. Obviamente no será lo mismo que uno de los hermanos, por ejemplo, con animo de exclusividad posea el inmueble que constituyó la sede del hogar familiar, que cuando se

---

<sup>8</sup> VENTURA, Gabriel B.; “Aspectos probatorios del juicio de usucapión”, en LL Córdoba, 1988, pág. 887. “Conceptualización de los actos posesorios”, en Revista Notarial de Córdoba, N° 61, pág. 95.

<sup>9</sup> VENTURA, “Interversión de título”, La Ley, Córdoba, 2001, pág. 259.

trate de un tercero, ajeno por completo al dominio del bien. Sin dudas en el primer caso será frecuente que los actos posesorios llevados a cabo por el comunero poseedor “ad usucapionem” sean más tolerados que los del tercero ajeno a comunidad alguna.

Por otra parte no debemos dejar de advertir que son frecuentes en todos los supuestos de comunidad, los llamados “repartos de uso”, cuando por acuerdo, tácito o expreso, verbal o escrito, cada uno de los condóminos o comuneros ocupa una cosa determinada o un lugar dentro de una misma cosa<sup>10</sup>.

Podemos advertir así que uno de los factores que dificultan la acreditación del “animo proprium” por parte del comunero, será demostrar que su posesión no fue consecuencia de actos de mera tolerancia ni de simples convenios de uso.

El Código Civil Francés expresamente en el art. 2232, determina que “Los actos de pura facultad y los de mera tolerancia no pueden fundar ni posesión ni prescripción”. Lamentablemente en nuestra legislación no hay norma similar, por lo menos no con la misma contundencia.

Aparece sí, y en normas más contundentes aún, en el Código Civil de Chile, cuya regulación, como ley madre, ha sido tomada también por los Códigos Civiles de Colombia, Ecuador, Honduras, El Salvador, Perú (hasta 1984), entre otros<sup>11</sup>.

Nos resulta tan didáctica la norma del art. 2499 del Código Civil Chileno que lo transcribimos textualmente:

---

<sup>10</sup> KOZAK de VALDÉZ, Verónica; “Tratado teórico-práctico del condominio”, Ed. Cathedra Jurídica, Bs.As. 2010, pág. 255.

<sup>11</sup> MOISSET DE ESPANÉS, Luis, en su bellísima “Codificación Civil y Derecho Comparado”, Ed. Zaválfa, Bs. As. 1994, pág. 112, dice: “Encontramos, pues, toda una familia de códigos americanos que se han moldeado a imagen y semejanza del chileno; en su estructura metodológica son iguales, pues tienen la misma cantidad de libros y las materias están distribuidas de manera idéntica”. VENTURA, Gabriel B.; “Actos dispositivos en las comunidades de bienes”, J.A. Fascículo 10, 2009-III, pág. 17, 18.

*“La omisión de actos de mera facultad, y la mera tolerancia de actos de que no resulta gravamen, no confieren posesión, ni dan fundamento a prescripción alguna.*

*Así el que durante muchos años dejó de edificar en un terreno suyo, no por eso confiere a su vecino el derecho de impedirle que edifique.*

*Del mismo modo, el que tolera que el ganado de su vecino transite por sus tierras eriales o pascos, no por eso se impone la servidumbre de este tránsito o pasto.*

*Se llaman actos de mera facultad los que cada cual puede ejecutar en lo suyo, sin necesidad del consentimiento de otro”.*

La doctrina crítica, en general, la carencia de norma similar en el Código Argentino; sin embargo de nuestra parte, ciertamente con alguna indulgencia interpretativa, percibimos la exclusión de los actos de mera tolerancia para posibilitar la usucapión, en las expresiones del art. 4015 del Código Civil que, aunque reiterativas en lo conceptual, exige en el usucapiente el “ánimo de tener la cosa para sí”. No dejamos de reconocer, tal como lo hacen los críticos, que la expresión no es del todo feliz, pues si no existiere tal ánimo no habría posesión, según lo exigido por el artículo 2351 del Código Civil que define esta relación real<sup>12</sup>.

Por otra parte cuando se recaba una posesión que no sea un acto de mera tolerancia, no se alude sólo al ánimo del supuesto poseedor, sino que se está involucrando también en la situación la actitud de quienes podrían efectuar reclamo y que no lo hacen, a veces no por desidia, sino en virtud de una relación social, familiar o de vecindad. Esta manera de actuar del “dominus” no sólo no debe ser objeto de reproche jurídico, sino que debe ser incentivada y protegida de manera expresa por el derecho, como que es éste una herramienta de pacificación y realce de los más importantes valores

---

<sup>12</sup> LAFAILLE, Héctor; “Derecho Civil – Tratado de los Derechos Reales”, Ediar, Bs.As. 1945, Tomo I, N° 772, pág. 585, 586. MARIANI de VIDAL, Marina; en su “Curso de Derechos Reales”, Ed. Zavallia, Bs.As. 1997, Tomo 3, pág. 289, en nota 21, explica que la redundancia conceptual de la expresión posesión “con ánimo” o “a título de dueño” proviene del derecho francés en el que se distingue erróneamente la posesión a título de propietario de la posesión precaria.



humanos y sociales<sup>13</sup>. Como bien lo expresa Areán de Díaz de Vivar, si los actos que se hacen posibles por la tolerancia amable del propietario se consideraran hábiles para plantear usucapión, “...desaparecería toda armonía en la vida de la comunidad”<sup>14</sup>. Es el caso del propietario que, por buena relación con su vecino, tolera el paso de éste por senda marcada en su campo para acortar camino. Si el día de mañana el vecino pretende adquirir una servidumbre de paso esgrimiendo esos hechos, tal situación no es la querida por el legislador, pues simplemente se trató de un acto de mera tolerancia que no debería ser eficaz para la adquisición por usucapión.

Esa actitud de tolerancia, a la que el derecho no debe necesariamente “castigar” posibilitando la extinción de los derechos de quien así procede, se advertirá potenciada ante las relaciones familiares. ¿Cuántas veces uno de los hijos queda en el hogar paterno y carga con el cuidado de los padres hasta su muerte? No sería deseable, y sin dudas no está en el espíritu de la ley, que en estos supuestos, el resto de los herederos deba exigir la inmediata entrega de la vivienda y los objetos familiares, para evitar que el ocupante pueda luego, con el transcurso de los años, esgrimir usucapión alguna sobre los mismos.

Es por estos motivos que nos atrevemos a exigir de los jueces una prudencia suma al pronunciarse en estas situaciones, pues no siempre habrá incuria y negligencia en los comuneros pretendidamente excluidos por el poseedor “ad usucapionem”. La interversión del título prevista en el art. 2458 del Código Civil, sin que resulte imposible, exigirá aquí una prueba mucho más acabada que en los supuestos normales.

---

<sup>13</sup> En igual sentido expresa LAFAILLE, Ob.Cit, N° 775, pág. 589, que “La ley debe fomentar esta inclinación y no entorpecer la armonía dentro de la vida colectiva”. SALVAT, Raymundo M. “Tratado de Derecho Civil Argentino – Derechos Reales”, Tomo II, Ed. TEA, Bs.As. 1962, N° 929, pág. 228.

<sup>14</sup> AREÁN de DÍAZ DE VIVAR, Beatriz; “Juicio de Usucapión”, Ed. Hammurabi, Bs.As. 1984, pág. 87.

## INCIDENCIA DE LA TEORÍA QUE CONSIDERA QUE LO ÚNICO QUE PRESCRIBE SON LAS ACCIONES

Sabemos bien que la regla general en materia de prescripción adquisitiva, según lo deja sentado Vélez en la nota al artículo 4015 del Código Civil, que remite a Troplong, es justamente la prescriptibilidad de todas las acciones<sup>15</sup>. Dice la nota citada que “Nada puede escapar al imperio de la prescripción: ella excluye todo favor y todo privilegio, y se extiende sobre todos los derechos”. Si a esta regla le sumamos la idea de que lo único que prescribe siempre son las acciones, según ya hemos sostenido en otras oportunidades<sup>16</sup>, deducimos como consecuencia que, prescripta una acción, sea reivindicación, reducción, petición de herencia, partición, etc., como lógica consecuencia de ello resultará la adquisición del dominio, o del derecho de que se trate, por parte de quien resulta beneficiado por la prescripción<sup>17</sup>. Podríamos sentar como principio que, cada vez que las leyes confieren una acción recuperativa, amén de aparecer latente una prescripción extintiva respecto de la misma cuando transcurran los plazos y las demás condiciones legales para que se configure, se generará también, aunque nada se diga, la posibilidad de adquisición del derecho cuya tutela por la acción prescripta no permite la recuperación del mismo a su anterior titular.

En una norma concreta, el artículo 4019 del Código Civil, el legislador toma especial recaudo de enumerar las únicas acciones que, a su decir, no tienen prescripción. Allí, en el inciso tercero aparece como imprescriptible “*La acción de división, mientras dura la indivisión de los comuneros*”. Sin

<sup>15</sup> MOISSET DE ESPANÉS, Luis y VENTURA, Gabriel B. “Prescripción de la Acción Reivindicatoria”, en LL Córdoba, 1986, pág. 18.

<sup>16</sup> VENTURA, Gabriel B. “La prescripción liberatoria y la usucapión” en Zeus, Rosario, Diario 2849, 1986, Tomo 40.

<sup>17</sup> COLMO, Alfredo; “De las Obligaciones en General, 3ra Ed. Abeledo Perrot, Bs.As., 1961, Nº 917 a), pág. 627, Para este autor el planteo, aunque arriba a la misma conclusión, es justamente al revés. Dice: “(...) lo prescripto y extinguido es el derecho, no sólo la acción, y con él la acción para hacerlo valer”.

dudas con esta expresión “comuneros” se está aludiendo al condominio y a los demás supuestos de comunidad<sup>18</sup>.

Pero cabe remarcar que, mientras el artículo 3460 del Código Civil marca una excepción para el caso en que el heredero poseedor hace cesar la indivisión en los hechos, no aparece norma similar para los supuestos de condominio. El principio de la aplicación analógica acude aquí a superar el vacío, según lo sentado en el art. 16 del Código. Pues bien, esa cesación de la indivisión en los hechos, que menciona la norma como recaudo para que se produzca la prescripción, no es otra cosa que la interversión del título. La que, como se dijo, por tratarse de una figura de derecho con titularidad compartida, será más dificultosa de probarse que cuando no hay causa en cotitularidad o comunidad.

## **PRESUNCIÓN DE REPRESENTACIÓN EN LA POSESIÓN EN LAS COMUNIDADES**

Reforzando lo expresado, en cuanto a la dificultad probatoria de la interversión del título los párrafos anteriores, debemos tener presente que, para casi todos los supuestos de comunidad, existen normas que presumen una cierta representación de uno de los comuneros en favor de los otros en la posesión de las cosas objeto del condominio, o de los bienes que integran la masa. Sin dudas estos dispositivos aparecerán esgrimidos por el resto de los comuneros, frente a la pretensión de usucapión por el poseedor. Ya que

---

<sup>18</sup> Para nosotros, el condominio no sería un supuesto de comunidad, puesto que en el condominio romanista, que es el adoptado por Vélez para nuestro País, hay propiedad exclusiva sobre la parte indivisa y cada condómino tiene amplias facultades dispositivas sobre la misma, tal como se establece en los arts. 2676, 2677 y 2678 del Código Civil. Véase sobre el punto nuestro “Ley 17.801. Registro de la Propiedad Inmueble. Comentada. Anotada”, Ed. Hammurabi, Bs. As. 2009, nota al artículo 16, pág. 303. También en VENTURA, Gabriel B. “Actos Dispositivos en las Comunidades de Bienes”, en Jurisprudencia Argentina, Número Especial, Fascículo 10, 2009-III. Decíamos allí que “Estas situaciones de comunidad suelen confundirse con el condominio, figura de derecho real en la que, merced a la existencia de la parte ideal o porción alícuota determinada, cada condómino sí tiene la libre disponibilidad de su parte y hasta los acreedores pueden embargársela, etc. (arts. 2676 a 2679 del Código Civil).

la posesión a título de condómino o “proherede” no es idónea para usucapir el todo de las cosas poseídas<sup>19</sup>. Veamos cada caso:

#### a) **EN EL CONDOMINIO**

Así, las normas de los arts. 2701 y 2709 del Código Civil, representarán todo un problema para el condómino poseedor “ad usucapionem” del cien por ciento de la cosa, ya que por la primera de las normas el condómino que administre el objeto del condominio será reputado mandatario de los otros y, como tal, se le aplicarán las normas del mandato. Tengamos presente que muchos de los actos posesorios enumerados en el art. 2384 del Código Civil, por ej.: el cultivo, la percepción de frutos, las reparaciones o mantenimiento de la cosa y hasta su simple ocupación, aparecerán también en los hechos, y frente a la comunidad concreta, como meros actos de administración. A su vez, sabemos que el mandatario es tan sólo tenedor de la cosa y, como tal, representante de la posesión del propietario, según lo dispuesto en el art. 2352 del Código Civil; de lo que resultará la dificultad extrema del condómino en cuanto a probar su “animus rem sibi habendi” sobre el cien por ciento de la cosa en condominio. ¿Cómo pueden advertir los otros condóminos que quien está ocupando los bienes de la comunidad pretende poseer por sí y no está tan sólo administrando la cosa común?, ¿Cómo puede reprochárseles no haber accionado frente a esta presunción legal que les confiere el derecho a considerarlo administrador, y hasta sujeto a una rendición de cuentas, según lo sentado en el artículo 1909 del C.C.?

Los interrogantes planteados y la contundente norma del art. 1908 C.C. que considera mandatario infiel al que prefiere sus propios intereses antes que los del mandante, resultan más que suficientes para demostrar lo

---

<sup>19</sup> SALVAT, Raymundo M. Ob.cit., Tomo II, N° 928, pág. 226, dice: “La posesión debe ser, no sólo una posesión ejercida a título de dueño, sino que también en carácter de exclusivo propietario de la cosa. Si, por el contrario, la posesión se ejerce en carácter de condómino o de coheredero, por lo mismo que se reconoce en otros un derecho de condominio o de comunidad hereditaria, la posesión no podría servir de base para la prescripción contra estos últimos”.

difícil que será la acreditación eficaz de la posesión “animo proprium” del comunero. Hasta podría endilgársele que, no sólo no administró fielmente la cosa poseída, como mandatario que era, sino que, aprovechando esa mala administración, luego pretende apropiársela.

La jurisprudencia ha aplicado el supuesto con la prudencia que exigimos. Así se ha dicho que “El pago de impuestos o erogaciones producto de tareas de mantenimiento o construcción, realizadas en el inmueble común por uno de los condóminos, importan actos de administración y no alcanzan para la interversión del título, mientras que aquel que pretende la usucapión, no pruebe en forma clara e inequívoca, la exteriorización de su voluntad de privar de la posesión a los demás condóminos”<sup>20</sup>.

Otro tanto ocurre con el 2709 del C.C. citado que, en una cierta contradicción con lo establecido en el 2701 que hemos analizado en los párrafos anteriores, pregona que “Cualquiera de los condóminos que sin mandato de los otros, administrase la cosa común, será juzgado como gestor oficioso”. En la práctica la conclusión será la misma, puesto que la norma genérica del 2288 del C.C. que se ocupa de la gestión de negocios ajenos, apunta al mismo objetivo. En efecto, el gestor será considerado un mandatario sometido a todas las obligaciones previstas para esta figura; y como tal, se presumirá que es un tenedor de la cosa y no un poseedor. Obviamente nos referimos en relación a la porción que excede de su parte en el condominio.

#### **b) EN LA COMUNIDAD HEREDITARIA:**

En cuanto a la comunidad hereditaria, la situación en general, en materia de usucapión por el “proherede” en contra de la comunidad, es similar a la que se produce respecto del condominio.

---

<sup>20</sup> Cám. de Apelaciones Concepción del Uruguay, Sala Civil y Comercial, 1999/07/15, “Bariffo de Volpi, Amalia J. c/ Cattáneo, Manuel R. y otros”, en LL Liteoral, 2000-231, transcripto por SMAYEVSKY, Miriam y PENNA, Marcela A. “Usucapión”, Ed. La Ley, Bs.As. 2007, pág. 128.

Al respecto encontramos la norma del artículo 3449 del Código Civil que expresamente hace valer la posesión de uno de los herederos a favor de todos los miembros de la comunidad hereditaria. En efecto, la citada norma expresa que “Si hay varios herederos de una sucesión, la posesión de la herencia por alguno de ellos, aprovecha a los otros”. Este dispositivo, daría pie a considerar que resultaría virtualmente imposible la adquisición por usucapión por parte de uno de los herederos en contra de los demás; sin embargo no podemos negar que, en este punto, el legislador ha querido evitar de manera directa dicho efecto.

Así, acudiendo ahora al dispositivo del artículo 3460 del Código Civil, completamos el esquema de Vélez en cuanto a la posibilidad de usucapir por parte del heredero que posee con ánimo de exclusividad algunos bienes de la herencia. Dice el artículo 3460 que *“La acción de partición de herencia es imprescriptible, mientras que de hecho continúe la indivisión; pero es susceptible de prescripción, cuando la indivisión ha cesado de hecho, porque alguno de los herederos, obrando como único propietario, ha comenzado a poseerla de una manera exclusiva. En tal caso la prescripción tiene lugar a los veinte años de comenzada la posesión”*.

### **c) EN LA SOCIEDAD CONYUGAL DISUELTA:**

Producida la disolución de la sociedad conyugal por divorcio o nulidad, bien puede ocurrir que uno de los ex cónyuges quede en ocupación de algunos bienes que correspondían como gananciales, a la sociedad conyugal. Recordemos que la norma del art. 3969 que suspendía la prescripción entre marido y mujer aunque estuvieren divorciados, apuntaba al régimen anterior a la ley 23515 de divorcio vincular. Luego de la sanción de ésta, en 1987, el supuesto puede válidamente presentarse.

Pues bien en estos casos, tal como hemos visto para los supuestos de condominio y comunidad hereditaria, la presunción de representación en la posesión aparecerá por analogía con las normas previstas para los

supuestos de condominio o de los “proherede”. Igualmente será de aplicación el art. 3460 que hemos transcripto más arriba, en tanto el ocupante interviera su título, manifieste por actos exteriores su intención de poseer por sí y tal conducta desplace al otro miembro de la comunidad.

Concretando, si el ex cónyuge, luego del divorcio, continúa poseyendo y aspira a una usucapión, deberá demostrar de manera acabada, tal como lo exigíamos para los otros supuestos, que lo hace no sólo con ánimo de dueño, sino con exclusividad. Caso contrario se presume la representación en pro de la comunidad, o en su caso, la mera tolerancia por parte del otro miembro de la sociedad disuelta.

### **LA “COLABORACIÓN” DE LOS OTROS MIEMBROS DE LA COMUNIDAD**

Es frente a la expresión del legislador en el artículo transcripto: “indivisión que ha cesado de hecho”, que aparece lo que habíamos adelantado respecto de los actos de mera tolerancia. Sobre todo en el marco de las relaciones familiares. Por ello siempre hemos sostenido la necesidad de una suerte de “colaboración” por parte de los restantes comuneros para arribar a una prueba contundente de la interversión del título.

El encomillado que hemos usado en “colaboración” obedece a que está empleada la expresión en sentido metafórico, dado que obviamente no podemos esperar que quien resultará perjudicado con la interversión del título del poseedor, preste espontáneamente algún tipo de ayuda. Nos estamos refiriendo en realidad al requerimiento o intimación efectuada por algunos de los comuneros, exigiendo el uso o disposición de la cosa. Ello dará oportunidad al poseedor para responder su pretensión demostrando su “animus domini” sobre toda la cosa poseída.

De no contarse con esa suerte de colaboración cuando alguno de los miembros de la comunidad pretende o exige usar o disponer de la cosa, los signos de la interversión por parte del comunero “ad usucapionem” deberán ser inequívocos; pues creemos que, en la mayoría de los casos aparecerán como simples actos de administración, con la presumida relación de tenencia respecto de las porciones alícuotas o cuotas que le podrían corresponder a los otros condóminos o comuneros.

En un caso así, ya no estamos autorizados a presumir la representación; todo lo contrario, el poseedor está expresando de manera directa su voluntad de poseer por sí, sea oponiéndose a la restitución, sea negando la comunidad o rechazando la partición. Es merced a esta actitud que ha quedado demostrado el alzamiento característico de la interversión del título. Si bien deberá destruir la presunción de protagonista de la “causa possessionis”, ya no tiene en su contra la otra presunción de representación en la posesión de los otros comuneros. Cabe acotar, como resulta manifiesto, que el inicio de la posesión “ad usucapionem” quedará marcado recién luego de esta actitud.

Gabriel B. Ventura