

EL CARÁCTER PROPIO O GANANCIAL DE UN BIEN **ADQUIRIDO POR USUCAPION**

Por Gabriel B. Ventura*

SUMARIO: I- INTRODUCCIÓN. II- BIENES PROPIOS Y GANANCIALES. III- LA IMPORTANCIA DE LA CAUSA PARA DETERMINAR EL CARÁCTER DE LOS BIENES EN LA SOCIEDAD CONYUGAL. IV- DISTINTOS CASOS QUE PUEDEN PLANTEARSE. A) SUPUESTOS QUE NO GENERAN CONTROVERSA: 1) EL BIEN HA SIDO POSEIDO Y SE HA ADQUIRIDO POR USUCAPIÓN ANTES DE CELEBRADO EL MATRIMONIO, PERO LA SENTENCIA ES DE FECHA POSTERIOR. 2) EL BIEN HA COMENZADO A POSEERSE POR UNO DE LOS CÓNYUGES LUEGO DE CELEBRADO EL MATRIMONIO Y SE COMPLETA EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DURANTE LA VIGENCIA DE LA SOCIEDAD CONYUGAL. B) SUPUESTOS QUE PUEDEN GENERAR CONTROVERSA: 1) EL BIEN HA COMENZADO A POSEERSE POR UNO DE LOS CÓNYUGES ANTES DEL MATRIMONIO, PERO SE CUMPLE EL PLAZO DE USUCAPIÓN UNA VEZ CONSTITUIDA YA LA SOCIEDAD CONYUGAL. 2) CUANDO EL BIEN HA COMENZADO A POSEERSE POR UNO DE LOS CÓNYUGES DURANTE EL MATRIMONIO, PERO SE CUMPLE EL PLAZO DE USUCAPIÓN UNA VEZ DISUELTA LA SOCIEDAD CONYUGAL POR DIVORCIO. V- CONCLUSIONES

I- INTRODUCCIÓN

El matrimonio y la familia en base a él formada, no constituye sólo una agrupación de significativa importancia social, sino que existe también en él una conjunción o solución de capitales con recursos aportados por los cónyuges, obtenidos de sus respectivos trabajos, rentas y hasta de circunstan-

* Profesor Titular de Derechos Reales de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor Titular de Derecho Notarial I de la U.N.C. Profesor Titular de la Universidad Católica de Córdoba. Director de la Carrera de Notariado de la U.N.C. Miembro de número de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba. Miembro del Consejo de la Magistratura.

cias fortuitas. Esta situación obliga a una discriminación que, dado la naturaleza también espiritual del matrimonio, puede aparecer odiosa: la disociación total en cuanto a institución se refiere, entre el matrimonio y la sociedad conyugal. Dicha separación trae como consecuencia su regulación legal divorciada: el matrimonio en la ley 23515, y la sociedad conyugal a partir del art. 1217 del Código Civil.

Mientras en la regulación del matrimonio priman los aspectos morales y espirituales, en la previsión normativa destinada a la sociedad conyugal, en cambio, se atiende fundamentalmente al aspecto económico patrimonial y a la atribución de dominialidad, con las facultades propias de disposición y administración que emergen de la propiedad¹.

De lo expresado surge la importancia de determinar el carácter del bien, para aplicar correctamente el régimen de administración y disposición que le corresponda a cada cónyuge, según el origen de los bienes que componen el patrimonio conyugal. Igualmente dicha determinación repercutirá en el modo de partir los bienes en el futuro, sea en el sucesorio de alguno de los cónyuges, sea en el supuesto de divorcio.

Pues bien, si a este problema puntual le agregamos lo conflictivas que siempre resultan las adquisiciones por usucapión, el tema puede volverse tan controvertido como interesante.

Recordemos que en materia de prescripción aparecen circunstancias propias de este modo de adquisición, que contribuyen a complicar un poco la aplicación de los fundamentos legales de atribución del carácter del bien así adquirido. Entre ellas, cabe destacar: la realización en tiempo tan prolongado de todos los elementos que hacen factible la adquisición por prescripción; el supuesto efecto retroactivo de la adquisición al instante del inicio de la posesión "ad usucapionem"; y hasta la supuesta gratuidad del modo, según alguna doctrina.

De nuestra parte, entendemos que en el Código Civil Argentino, el tema ha sido regulado de manera bastante completa como para no dejar

¹ VENTURA, Gabriel B.; "Actos dispositivos en las comunidades de bienes", J.A. Fascículo 10, 2009 - III, pág. 14.

margen de opinión al respecto, aunque pueda disentirse sobre algunos aspectos. Creemos pues que la solución correcta pasa por efectuar una adecuada interpretación de las normas aplicables.

Procuraremos brindar un enfoque apropiado de la cuestión en las próximas breves líneas.

II- BIENES PROPIOS Y GANANCIALES

Como primer paso para determinar una regulación sobre el tema, las leyes distinguen los bienes propios de los gananciales. Son bienes propios aquellos que aportan los cónyuges al momento de contraer matrimonio, y los que recibiesen durante el matrimonio, por herencia, donación o legado.

Eso es lo que establece el art. 1263 del Código Civil. Posteriormente, en el artículo 1271, sienta una pauta general, luego de referirse a situaciones particulares en los artículos intermedios. Dice el artículo 1271 que: *“Pertenecen a la sociedad como gananciales, los bienes existentes a la disolución de ella, si no se prueba que pertenecían a alguno de los cónyuges cuando se celebró el matrimonio, o que los adquirió después por herencia, donación o legado”*. Como puede advertirse surge del dispositivo, una clara presunción “*iuris tantum*” de ganancialidad, que sólo cede frente a prueba en contrario.

Otro tema fundamental a tener en cuenta a la hora de determinar el carácter de los bienes, es el hecho de que el régimen de bienes en el matrimonio es de orden público. Esta afirmación resulta determinante de la importancia que el legislador atribuye a dicho régimen que obliga al juzgador a ser muy minucioso a la hora de las interpretaciones. Por ejemplo ya no podríamos simplemente interpretar que la presunción de ganancialidad cede frente a simple prueba en contrario, sino que deberíamos agregarle “contundente” prueba en contrario. En efecto, la especial trascendencia que el legislador da a la regulación de la sociedad conyugal, no permitiría en nuestra opinión atri-

buir el carácter de prueba suficiente, por ejemplo, la sola declaración de los cónyuges en cuanto al origen propio con el que se adquiere el bien².

Igualmente, el hecho de haberse pronunciado el legislador atribuyendo el orden público en una normativa, hace aplicable la regla de Papiniano, “las normas de orden público no pueden ser alteradas por pactos particulares” (“*ius publicum privatorum pactis non potest*”) sentada casi literalmente en el art. 21 del Código Civil. Los particulares no pueden a su arbitrio modificar los pronunciamientos legales respecto de una institución de orden público. Lo aquí dicho, aplicado al punto precedente, refuerza nuestro argumento, pues si los cónyuges por mutuo acuerdo pudiesen determinar el carácter del bien, se estaría haciendo primar la voluntad particular frente al interés general del orden público, alterándose así el principio sentado en el art. 21 del Código.

Corresponde remarcar igualmente que todo el régimen de los derechos reales, entre los que se cuenta también las reglas para la adquisición por usucapión y la naturaleza misma de dicho modo adquisitivo, está imbuido de orden público³. Lo que hace que el problema que tratamos presente

² Es común en el acto notarial de adquisición efectuar tales declaraciones. En general la doctrina le otorga eficacia a los fines de determinar el carácter del bien, cuando comparece igualmente el otro cónyuge y asiente las expresiones del adquirente en cuanto al origen propio del dinero con el que se adquiere. Tenemos estudiado el asunto en VENTURA, Gabriel B. “Los bienes propios y gananciales como objeto de calificación registral”, en Revista Notarial de Córdoba, 1993, N° 66, pág. 28. Decíamos allí que: “En el momento de confeccionarse el título adquisitivo el cónyuge podrá formular declaraciones en cuanto al origen del dinero o de la cosa, en caso de tratarse de una permuta; pero ello no tiene la virtualidad de hacer desaparecer el principio de ganancialidad del art. 1271 del C.C.. La prueba en contrario que exige la mencionada norma para atribuir el carácter de propio al bien adquirido durante la comunidad conyugal, no la constituye la sola declaración. Ello, aun seguido de la conformidad del cónyuge”.

³ En lo que respecta a los derechos reales, ALLENDE, Guillermo L. “Panorama de Derechos Reales”, Ed. La Ley, Bs.As. 1967, pág. 65, 66, expresa que “[...] las normas que rigen los derechos reales, [...] como resulta de la propia definición que hemos dado, son normas sustancialmente de orden público”. 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”. Ver también nuestro “Algunos aspectos de la usucapión en la propiedad horizontal”, en “Prescripción”, Ed. Alveroni, Córdoba, 2005, pág. 219.

una doble faceta de interés legal e interpretativo; el orden público tanto en el ámbito de los derechos reales, como en la sociedad conyugal.

En el ámbito de la sociedad conyugal y la naturaleza de los bienes que la integran, el orden público surge especialmente de la norma del art. 1218 del Código Civil que, conforme a la regla de Papiniano, establece que *“Toda convención entre los esposos sobre cualquier otro objeto relativo a su matrimonio, como toda renuncia del uno que resulte a favor del otro o del derecho a los gananciales de la sociedad conyugal, es de ningún valor”*.

Por ello podemos asegurar, tal como lo pone de manifiesto Guastavino, que “la calidad de los bienes en el matrimonio, depende, en principio exclusivamente de la ley – y ésta ha de considerarse de orden público (...)”⁴

En el artículo 1272 del Código Civil se establece en una larga enumeración en nueve párrafos, los casos especiales de bienes gananciales; pero previamente se ha determinado la regla para atribuir el carácter a los bienes adquiridos con posterioridad al matrimonio. Por ello la enumeración de la norma no resulta incompleta, ni requiere aclaración alguna respecto a su carácter enumerativo o taxativo, dado que los supuestos consignados son sólo los que podrían generar alguna duda sobre el carácter del bien, como es el caso de los obtenidos por rifas; o el caso de los derechos intelectuales; o el valor de las mejoras introducidas a bienes propios, etc.⁵

⁴ GUASTAVINO, Elías P.; “La calificación dual de bienes en el matrimonio”, en LL, T° 123, pág. 185. Resultan ilustrativas, sin embargo, las expresiones de APARICIO, Juan Manuel, “Contratos”, Ed. Hammurabi, Bs.As. 1997, Tomo 1, pág. 93, quien aclara que “El dato exterior de que una disposición legal no puede ser derogada por la voluntad de los particulares y constituye un límite a la autonomía de éstos, no es suficiente para concluir que esa norma compromete el orden público”.

⁵ Resulta interesante advertir que el art. 1272 C.C., “in fine”, menciona todas las manifestaciones de los derechos intelectuales: el derecho autoral (ley 11723), el derecho de patentes (ley 24481) y el de diseño ornamental (Dto. Ley 6673/63), pero no las marcas (ley 22362). Los objetos mismos de esas regulaciones: la obra intelectual, el invento y el diseño, en su aspecto moral, serán propios; pero el producido de ellos, aspecto pecuniario, durante la sociedad conyugal será ganancial. Creemos que la omisión a las marcas, obedece a la nula o casi nula apreciación del aspecto moral o espiritual de la marca comercial que es el objeto tutelado. Ver sobre el punto VENTURA, Gabriel B.; “Derechos Intelectuales”, Ed. Alveroni, Córdoba, 2001, pág. 134, en el que decíamos: “Debe interpretarse, así, que el legislador consideró que en su totalidad es ganancial, dado lo ínfimo del aspecto moral que puede en las marcas advertirse. No se hace aquí necesario efectuar distingo alguno, por ello tanto el aspecto moral como el pecuniario tendrán carácter ganancial”.

Queda bien claro que la atribución del carácter de los bienes debe surgir de la aplicación de la regla general establecida en el artículo 1271, ya transcrito, acotada por la enumeración del 1272. Casos especiales, como los supuestos contenidos en los artículos 1266 al 1270 y 1273, terminan de perfilar el criterio legal de determinación del carácter de los bienes. Pero, lo remarcamos una vez más, sin dudas prima en la regulación de las normas citadas el principio “in dubio pro comunitate”, respecto de la que hay un pronunciamiento expreso en el artículo 1271. En caso de duda deberemos considerar la ganancialidad de todos los bienes quedados al momento de la disolución de la sociedad conyugal, por cualquier causa que ella se produjere, divorcio o muerte de alguno de los cónyuges⁶, salvo, claro está, como reza la norma, cuando pudiere acreditarse, de manera indubitada, el carácter propio.

III- LA IMPORTANCIA DE LA CAUSA PARA DETERMINAR EL CARÁCTER DE LOS BIENES EN LA SOCIEDAD CONYUGAL

Como se puede advertir y resulta natural en un sistema jurídico particularmente causalista, no abstracto, como en el que nos encontramos inmersos, en la determinación del carácter de los bienes en el matrimonio interviene de manera decisiva, tanto la calidad de la causa (donación, herencia o legado), según lo expresado en el art. 1271 del Código, como el momento de su producción, tal como surge de los artículos 1267 y 1268.

Recordemos que en nuestro sistema jurídico, contrariamente a lo expresado por Highton⁷, el derecho real no se desprende jamás de la causa que le dio origen. Esa causa estará siempre sosteniendo, respaldando y, en

⁶ VENTURA, Gabriel B.; “Los bienes propios y gananciales como objeto de calificación registral”, Ob.cit. También analizamos el supuesto en nuestro “Los bienes mixtos en el derecho civil argentino”, Revista Notarial, La Plata, 1984, N° 876, pág. 1179.

⁷ HIGHTON, Elena; “Lineamientos de Derechos Reales”, Ed. Ad-hoc, Bs.As. 1991, pág. 39, dice: “En tanto los derechos personales continúan vinculados al contrato que es su causa generadora, los derechos reales se independizan del acontecimiento que los hace adquirir”. Ver sobre el punto la clarísima explicación de LÓPEZ DE ZAVALÍA en su “Curso introductorio al Derecho Registral” Ed. Zavallía, Bs.As. 1993, pág. 125, 126.

nuestro caso, calificando la cosa objeto del derecho real como propia o ganancial, según los casos. Obviamente nos referimos a la causa fuente o causa generadora; concretamente estamos aludiendo al acto jurídico que da nacimiento al derecho cuya calificación en propio o ganancial estamos procurando⁸. En efecto los artículos 1267 y 1268 del Código Civil, como veremos, aportan elementos que ayudan a la interpretación adecuada del tema central de nuestro estudio: determinar el carácter de una cosa adquirida por usucapión dentro del régimen general de bienes en el matrimonio.

IV- DISTINTOS CASOS QUE PUEDEN PLANTEARSE

Para hacer nuestro análisis comenzaremos por descartar los supuestos que estimamos no resultarán controvertidos en cuanto a la calificación del bien adquirido por usucapión; para referirnos luego, de lleno, a los que sí podrían generar alguna cuestión.

A- SUPUESTOS QUE NO GENERAN CONTROVERSIA:

1- EL BIEN HA SIDO POSEIDO Y SE HA ADQUIRIDO POR USUCAPIÓN ANTES DE CELEBRADO EL MATRIMONIO, PERO LA SENTENCIA ES DE FECHA POSTERIOR.

En tales supuestos, aunque el juicio declarativo de usucapión se tramitara luego de constituida la sociedad conyugal, sabido es que el dominio ingresó antes al patrimonio del cónyuge usucapiente, dado que la sentencia sólo tiene efecto declarativo y no constitutivo⁹. Luego, en tales casos estamos claramente ante la adquisición anterior al matrimonio que determina, conforme al art. 1271 primera parte, que el bien es propio del usucapiente. Como habíamos adelantado el supuesto no admite duda.

⁸ Como bien sostiene LOPEZ DE ZAVALÍA, en nuestro sistema jurídico, el derecho real no se desprende jamás de la causa que le dio origen. Id. nota anterior.

2- EL BIEN HA COMENZADO A POSEERSE POR UNO DE LOS CÓN- YUGES LUEGO DE CELEBRADO EL MATRIMONIO Y SE COM- PLETA EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DURANTE LA VIGENCIA DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.

Este caso tampoco presenta dificultad alguna, dado que tanto el inicio como el cumplimiento del plazo de la posesión se dan durante la sociedad conyugal. El bien será indiscutiblemente ganancial, en aplicación del art. 1272, primer párrafo, del Código Civil.

Igual que en el supuesto anteriormente previsto, resulta intrascendente que luego del divorcio se realice el juicio declarativo de usucapión, o se lo haya hecho con anterioridad al mismo. El efecto declarativo de la sentencia, según habíamos adelantado, a los efectos determinantes del carácter del bien, resta toda importancia al momento mismo del pronunciamiento.

B- SUPUESTOS QUE PUEDEN GENERAR CONTROVERSIA:

Hay casos, en cambio, en los que por distintas circunstancias podría resultar dudoso el carácter del bien, cuando la causa de adquisición ha sido la usucapión. Ello se debe a que se involucran en el debate otros pronunciamientos; por un lado se hace trabajar de manera inapropiada el efecto declarativo de la sentencia de usucapión al cual ya nos hemos referido; y por el otro hacen ingresar también un, para nosotros, antojadizo y arbitrario efecto retroactivo al resolutivo judicial, ficticio y carente de todo fundamento legal, como veremos más adelante.

⁹ MOISSET DE ESPANÉS, Luis; "Prescripción", Ed. Advocatus, Córdoba, 2004, pág. 125. Musto, Néstor J.; "Derechos Reales", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1983, Tomo II, pág. 258. LEVITAN, José; "Prescripción adquisitiva de dominio", 2 da. Ed. Bs. As. Ed. Astrea, 1979, pág. 138. LAPALMA BOUVIER, Néstor D.; "El Proceso de Usucapión", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1979, pág. 19. MARCOLIN de ANDORNO, Marta N.; "Prescripción Adquisitiva", 2da. Ed. Zeus, 1975, pág. 119-121. AREAN DE DIAZ DE VIVAR, Beatriz; "Juicio de Usucapión", Bs. As. Ed. Hammurabi, 1984, pág. 297-298. VENTURA, Gabriel B. "La Acción Reivindicatoria del adquirente por usucapión antes de la sentencia que declara su dominio", en "Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield", Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000, Tomo III, pág. 171, 172. VENTURA, Gabriel B.; "Tracto Abreviado Registral", Ed. Hammurabi, Bs.As. 2005, pág. 59.

El proclamado efecto retroactivo de la usucapión considera que, una vez pronunciada la sentencia declarativa, la adquisición se remonta al momento inicial de la posesión, concretamente, siguiendo los lineamientos del Código Civil, a la medianoche del día en que el adquirente comenzó a poseer (art. 24). Si en ese preciso instante pues, el adquirente era soltero, el bien será propio.

Veamos pues cuáles son esos supuestos conflictivos:

**1- EL BIEN HA COMENZADO A POSEERSE POR UNO DE LOS CÓN-
YUGES, ANTES DEL MATRIMONIO, PERO SE CUMPLE EL PLA-
ZO DE USUCAPIÓN UNA VEZ CONSTITUIDA YA LA SOCIEDAD
CONYUGAL.**

Sosteniendo el efecto retroactivo que hemos reseñado en los precedentes párrafos, podríamos fundar el carácter de propio del bien, como lo hace alguna jurisprudencia que reseñamos más adelante, en el proclamado efecto retroactivo de la sentencia. Sin embargo, en nuestra opinión, el supuesto tiene consagración legal en dos normas que, correctamente interpretadas, no permiten dudar del carácter de propio del bien adquirido en las circunstancias del supuesto analizado; y sin necesidad de apelar a un inexistente efecto retroactivo de la sentencia. En efecto, los artículos 1267 y 1268, son plenamente aplicables al caso.

La primera de las normas, el art. 1267, aludiendo a la causa, determina que *“La cosa adquirida durante la sociedad, no pertenece a ella aunque se haya adquirido a título oneroso, cuando la causa o título de adquisición le ha precedido y se ha pagado con bienes de uno de los cónyuges”*.

Este artículo exige algunas interpretaciones más minuciosas que su sola literalidad. En efecto, una rápida lectura niega admisibilidad al supuesto de hecho normado; pues si la causa ha precedido a la sociedad conyugal, como reza la norma, se habría adquirido antes de ella y punto; no cabría du-

dar sobre su carácter. ¿Porqué entonces la expresa previsión legal? Creemos que ello obedece a que, dentro del mecanismo de adquisición del derecho real, dominado por la teoría del título y modo (art. 577 C.C.) bien podría ocurrir que, aun elaborado el título, imaginemos una compraventa, todavía no se hubiere entregado la cosa. En tal supuesto, el dominio recién quedaría constituido mediante el cumplimiento de la tradición traslativa, a pesar de que la causa ya se encuentra perfeccionada.

Armonizando aún más el supuesto normado con lo que acontece regularmente, diremos que quien suscribe un boleto de compraventa inmobiliario, aun sin considerar a este instrumento como el contrato definitivo¹⁰, sin dudas ha iniciado la causa, generando el derecho a exigir la escrituración, según lo establecido en el art. 1185 del C.C.. En nuestra opinión, eso ya bastaría para hacer aplicable el art. 1267 que estamos analizando. El bien comprometido en el boleto, si se abonó con dinero de uno de los cónyuges, aun luego de contraídas nupcias, será propio de éste.

De la misma manera deberá entenderse que la causa, en materia de usucapión, se ha iniciado en el instante mismo del inicio de la posesión; ello aun negando el efecto retroactivo de la sentencia a esa fecha, según ya hemos sostenido.

Para nosotros, siguiendo este último argumento, resulta indiferente la asignación del efecto retroactivo de la sentencia al inicio de la posesión, pues por imperio del art. 1267, a los fines de calificar el bien en propio o ganancial, debe estarse a la causa, y ésta está integrada por el inicio de la posesión.

Corresponde remarcar, aunque haya quedado implícito, que la norma citada sólo resultará aplicable a los fines de la calificación del bien como propio o ganancial, según surge de la clara voluntad del legislador y de la ubicación del dispositivo; y no sería correcto usar su pronunciamiento para fundar el efecto retroactivo de la usucapión al inicio de la posesión.

¹⁰ VENTURA, Gabriel B.; "Naturaleza del Boleto de Compraventa. Repercusiones procesales", Abeledo Perrot, Buenos Aires, Octubre 2012, pág. 1152.

La última aclaración obedece a que, como habíamos adelantado, negamos rotundamente el citado efecto retroactivo remontado al inicio de la posesión “ad usucapionem”. No debe confundirse el efecto declarativo de la sentencia, con el hecho de atribuir a ésta alguna consecuencia que nos lleve hasta el inicio de la posesión. Son cuestiones completamente separadas. Asignar semejante efecto retroactivo, amén de ser una ficción que exigiría una expresa previsión legal, significaría considerar arbitrariamente el dominio adquirido desde el inicio mismo de la posesión “ad usucapionem”. Reiteramos que negamos contundentemente de nuestra parte dicho efecto. No hay norma alguna que lo prevea, ni necesidad de proclamarla para solucionar las consecuencias de la adquisición¹¹.

Igualmente se hace menester aclarar que cuando negamos el efecto retroactivo, nos referimos a que no aceptamos que debamos hacer trabajar el título de usucapionem desde el inicio de la posesión; obviamente que el pronunciamiento judicial declarará el dominio a partir del cumplimiento del plazo de usucapionem y no desde la sentencia, pero ese es otro asunto. Ahí si advertimos una lógica sumisión del concepto de declaratividad con el de retroactividad. Si la sentencia es declarativa, justamente ello se debe a que, con pronunciamiento o sin él, el usucapiente ya es dominus por el solo hecho de haber poseído en las condiciones de ley y durante el lapso estipulado; la sentencia sólo declara esa situación y considera, como resulta lógico, adquirido el dominio desde dicho cumplimiento, aun cuando el resolutivo judicial hubiere demorado años en salir a la luz.

Sostenemos pues, sin necesidad de retrotraernos al inicio de la posesión, que la sentencia resulta declarativa porque no agrega sustancialmente nada a la adquisición dominial que ya se ha producido en el instante mismo del cumplimiento del plazo de usucapionem.

¹¹ En materia de partición de condominio, por ejemplo, una norma expresamente así lo dispone. En efecto el art. 2695 del C.C. determina, amén de la declaratividad de la partición, la retroacción. Curiosamente los dichos efectos, en materia de condominio, se encuentran en la misma norma como si estuviesen vinculados necesariamente. Quizás por ello en el efecto de la sentencia de usucapionem, aparezca esa relación como inseparable, cuando en realidad son consecuencias diversas.

Hemos usado la expresión “sustancialmente” porque no cabe dudar que, en lo formal, sí la sentencia confiere la llamada “titularidad cartular”, que brinda el documento acreditativo de los extremos legales¹². Esta titularidad cartular es lo que permitirá, al dominus, transferir el dominio del bien o constituir gravámenes sobre el mismo. En definitiva, el pronunciamiento judicial declarativo, hace ingresar el dominio del bien al tráfico comercial. Antes de éste, el poseedor, a pesar de ser propietario, al no contar con la acreditación de su derecho real, sólo hubiera podido ceder sus derechos posesorios¹³.

En definitiva, creemos que el carácter propio del bien en el supuesto que estamos analizando, surge de aplicar adecuadamente la norma del art. 1267 del Código Civil, sin necesidad de acudir a un inexistente efecto retroactivo que remonte el dominio al inicio de la posesión. Ese instante determina el comienzo de la elaboración de la causa, del cómputo del lapso necesario para la constitución del derecho, pues allí se empezó a gestar, por así decir, este modo de adquisición.

En cuanto al pago del precio, al que alude la norma que estamos analizando, creemos que no corresponde hablar de precios con relación a los modos. Pues tampoco es adecuado atribuir onerosidad o gratuidad alguna a los modos. En efecto, a pesar de la encumbrada doctrina que así lo hace¹⁴, esa caracterización sólo puede aplicarse a los títulos convencionales, que

¹² VENTURA, Gabriel B.; “Tracto Abreviado Registral”, Ed. Hammurabi, Bs.As. 2005, pág. 56 a 59. Decíamos en esa oportunidad que la “titularidad” de un derecho real podía hacer referencia a tres circunstancias: “Titularidad real”, que se obtiene mediando título y modo; “titularidad registral” que surge tan sólo de las constancias registrales; y finalmente “titularidad cartular” que significa ostentar un documento acreditativo de la causa de adquisición, tal como la sentencia de usucapión que aquí nos ocupa. Ver también sobre el punto VENTURA, Gabriel B.; “Dinámica de la adquisición de los derechos reales y su repercusión registral” en Anuario de Derecho Civil, Ed. Alveroni, Córdoba, 1994, pág. 195 a 197.

¹³ Recordemos que para ceder la posesión basta con la sola traditio (art. 2377 del C.C.); si se acostumbra efectuar un contrato de cesión de derechos posesorios, es sólo a los fines de trasladar también al cesionario de la posesión los derechos que ésta ya había generado al transmitente, y poder sumar así los plazos (art. 2474 C.C.). Al mismo tiempo queda constancia de la no intrusión del poseedor actual. Ver sobre el punto VENTURA, Gabriel B.; “Cesión de derechos posesorios”, Abeledo Perrot – Córdoba, Agosto 2008, página 839.

¹⁴ MARIANI DE VIDA, Marina; “Derechos Reales”, Ed. Zavalía, Bs.As. 1997, Tomo 1, pág. 299. HIGHTON, Elena I. “Derechos Reales – Dominio y Usucapión”, Segunda Parte, Ed. Hammurabi, Bs.As., 1983, pág. 6.

constituyen el complemento causal cuando el modo es derivado; es decir a los contratos; jamás podría calificarse un modo en sí, como oneroso o gratuito; menos aún calificar de gratuito un modo originario como la usucapión, en la que no hay parte alguna a la que se pudiere adeudar prestación alguna. En los modos originarios como la usucapión, la causa es la ley misma¹⁵.

La jurisprudencia ha dicho que “Habiendo iniciado uno de los cónyuges la posesión *animus domini* de un inmueble siendo soltero y cumplido después del matrimonio el término de la prescripción adquisitiva, el inmueble es propio suyo dado el efecto retroactivo de ésta”¹⁶. Como habíamos expresado, salvo por las seis últimas palabras transcritas, compartimos el pronunciamiento, pero estimamos que el fundamento es otro.

Otro fallo, en idéntico sentido, dice: “Tiene carácter de propio el inmueble que uno de los cónyuges comenzó a poseer con anterioridad al matrimonio, aunque el término de la prescripción treintaenal se cumpla con posterioridad”¹⁷.

La otra norma a la que aludíamos ut supra, fundante del carácter propio del bien adquirido en el supuesto bajo análisis, es el art. 1268. Esta norma, aunque no haya sido utilizada ni esgrimida en doctrina, resulta aún más contundente que el art. 1267 a esos fines. Dice el art. 1268 del Código Civil, que no pertenecen a la sociedad conyugal “...*los bienes que antes de la sociedad poseía alguno de los cónyuges por un título vicioso, pero cuyo vicio se*

¹⁵ Tenemos expresado que la teoría del título y modo también funciona cuando el modo es derivado, contrariamente a lo opinado por GATTI, Edmundo; “Derechos Reales – Teoría General”, Ed. Lajuane, Bs.As. 2006, pág. 241, 242. Igualmente HIGHTON, Elena I.; “Derechos Reales...” Ob. y Parte citadas, pag. 2. También en su “Derechos Reales – Propiedad Horizontal”, Ed. Ariel, Bs.As. 1979, pág. 121, dice: “La teoría del título y modo (o de la doble causa: causa remota y causa próxima) se circunscribe a la adquisición o constitución de derechos reales que se ejercen por la posesión, por actos entre vivos y en forma derivada”. Favorable a nuestra postura ver LOPEZ DE ZAVALIA, Fernando J.- “Derechos Reales”, Ed. Zavallia, Bs.As. 1989, Tomo I, pág. 265, quien dice: “Todos los modos, sin excepción alguna, tienen en este sentido título. Para algunos modos, como la tradición, el título consiste en un negocio jurídico, para otros, como la apropiación, (el título) reside en la ley...” (lo entre paréntesis nuestro, la frase original del autor –seguramente sólo por error en la tipografía– consigna “el modo”). Ver nuestro “Tracto Abreviado Registral”, Ob.cit. pág. 45 a 56. También en “Dinámica de la Constitución de los Derechos Reales...” Ob.cit. pág. 199. Decíamos ahí que “Sea el modo originario o derivado, siempre debe existir un complemento causal. Sin causa el modo no posibilita la constitución de ningún derecho real”.

¹⁶ SCBA, 29-5-56, LL. 86-628.

¹⁷ Cám. Nac. Civil, C, 20/7/54, JA, 1954-IV-44.

hubiese purgado durante la sociedad, por cualquier remedio legal". Sin dudas uno de los remedios a los que alude la norma, amén de la confirmación (art.1059 C.C.), la convalidación (art. 2504 C.C.), la ratificación (art. 1161 del C.C.), es la usucapión, que resulta la reina de los saneamientos de títulos. Este modo justamente viene a solucionar no sólo la nulidad, sino también la falta de todo título adquisitivo.

La jurisprudencia sí a apelado también al art. 1268 del C.C.; a este respecto, se ha dicho que "El art. 1267, Cód. Civ., es armonioso con la reglamentación contenida en los arts. 1268 y 1270 del mismo ordenamiento, desde que en todos ellos se contemplan adquisiciones posteriores al matrimonio, pero fundadas en un título anterior, de modo que siempre existe, en el momento del matrimonio, un derecho -por lo menos eventual- del cónyuge de adquirir la cosa después de ese tiempo. Por ende, si dicho derecho era propio, esta condición se comunica a la cosa incorporada al patrimonio del adquirente en virtud de la realización"¹⁸.

2- CUANDO EL BIEN HA COMENZADO A POSEERSE POR UNO DE LOS CÓNYUGES, DURANTE EL MATRIMONIO, PERO SE CUMPLE EL PLAZO DE USUCAPIÓN UNA VEZ DISUELTA LA SOCIEDAD CONYUGAL.

Estimamos que, siguiendo el mismo criterio con el que resolvimos el supuesto anterior, una correcta solución para el que aquí planteamos sería que, habiéndose iniciado el plazo durante la vigencia de la sociedad conyugal, su causa obliga a calificar el bien de ganancial (art. 1267 C.C.), aun cuando el plazo se hubiere cumplido una vez disuelta la sociedad conyugal¹⁹.

¹⁸ Cám. Nac. D, 23/12/81, ED. 100-175.

¹⁹ Por imperio del art. 221 del Código Civil (modificado por ley 23515), en los casos de nulidad del matrimonio, corresponderá igual solución cuando hubiera buena fe de ambos cónyuges. Pero si hubo mala fe de ambos, por el efecto "ex tunc" atribuido a la sentencia en estos casos, según surge del art. 223, será menester acreditar cuál de los dos miembros de la

V- CONCLUSIONES

1- El carácter de los bienes en el matrimonio, en cuanto a si es propio o ganancial, determina de manera concreta el régimen de administración y disposición que corresponderá a cada cónyuge. Igualmente dicha calificación repercutirá en el modo de partir los bienes en el futuro, sea en el sucesorio de alguno de los cónyuges, sea en el supuesto de divorcio.

2- En materia de prescripción adquisitiva, las circunstancias propias de este modo de adquisición, como el tiempo, el efecto declarativo de la sentencia de usucapión y su supuesta retroacción, complican la aplicación de las reglas comunes para adjudicar carácter propio o ganancial a los bienes adquiridos por usucapión.

3- Sin embargo el tema ha sido regulado de manera bastante completa en el Código Civil como para dejar poco margen de opinión al respecto. La solución correcta a cada situación pasa por efectuar una adecuada interpretación de las normas aplicables.

4- El régimen de los bienes en la sociedad conyugal es de orden público; lo que obliga al juzgador a ser muy minucioso a la hora de las interpretaciones; y al mismo tiempo hace aplicable la regla de Papiniano, “las normas de orden público no pueden ser alteradas por pactos particulares” (“*ius publicum privatorum pactis non potest*”) sentada casi literalmente en el art. 21 del Código Civil.

sociedad cuyo matrimonio fue anulado, ha sido el efectivo poseedor del bien. Si ello no pudiese determinarse, estimamos que, por ser una cuestión puramente fáctica, deberá estarse a la prueba.

5- El régimen general de los derechos reales, entre los que se cuentan también los principios para la adquisición por usucapión y la naturaleza misma de dicho modo adquisitivo, está también imbuido de orden público; lo que hace que el problema que tratamos presente una doble faceta de interés legal e interpretativo: el orden público tanto en el ámbito de los derechos reales, como en la sociedad conyugal.

6- En la determinación del carácter de los bienes en el matrimonio interviene de manera decisiva, tanto la especie de la causa (donación, herencia o legado), según lo expresado en el art. 1271 del Código, como el momento de su producción, tal como surge de los artículos 1267 y 1268.

7- En nuestro sistema jurídico, contrariamente a lo expresado por cierta doctrina, el derecho real no se desprende jamás de la causa que le dio origen. Esa causa estará siempre sosteniendo, respaldando y, en nuestro caso, calificando la cosa objeto del derecho real como propia o ganancial, según los casos.

8- Para determinar el carácter del bien cuando se ha adquirido por usucapión, corresponde descartar los casos que no generan controversia, cuales son: 1) cuando el bien ha sido poseído y se ha adquirido por usucapión antes de celebrado el matrimonio, pero la sentencia es de fecha posterior; 2) cuando el bien ha comenzado a poseerse por uno de los cónyuges luego de celebrado el matrimonio y se completa el plazo de usucapión durante la vigencia de la sociedad conyugal. En el primer supuesto, como la sentencia es sólo declarativa el bien será propio; mientras que en el segundo resultará indubitadamente ganancial.

9- Los casos que pueden generar controversia en cuanto al carácter de los bienes adquiridos por usucapión se presentan porque se involucran en el de-

bate un mal interpretado el efecto declarativo de la sentencia, y un efecto retroactivo que carece de todo fundamento legal.

10- Cuando el bien ha comenzado a poseerse por uno de los cónyuges antes del matrimonio, y el plazo se cumple una vez constituida la sociedad conyugal, por aplicación de los arts. 1267 y 1268 del Código Civil, el bien será propio del cónyuge que comenzó a poseer.

11- La correcta interpretación del art. 1267 del C.C., obliga a considerar que la causa o título de adquisición ha precedido a la sociedad conyugal, cuando uno de los cónyuges ha comenzado a poseer la cosa usucapida antes de contraer nupcias, dado que en ese instante se inicia la elaboración de la causa.

12- La sentencia declarativa de usucapión no tiene efecto retroactivo. No debe confundirse el efecto declarativo del resolutivo, con el hecho de atribuir a éste alguna consecuencia que nos lleve hasta el inicio de la posesión. Son cuestiones diferentes. El pronunciamiento judicial remontará sus efectos a la fecha en que se completó el lapso de la posesión “ad usucapionem”; no al inicio de la posesión. Lo contrario sería una ficción que hubiera exigido del legislador un pronunciamiento expreso.

13- El art. 1268 del Código, resulta otra norma que fundamenta de manera contundente el carácter propio del bien que comenzó a poseerse antes del matrimonio y completó su plazo de usucapión luego de éste. Sin dudas uno de los remedios a los que alude la norma, amén de la confirmación (art.1059 C.C.), la convalidación (art. 2504 C.C.), la ratificación (art. 1161 del C.C.), es la usucapión, que resulta la reina de los saneamientos de títulos. Este modo justamente viene a solucionar no sólo la nulidad, sino también la falta de todo título adquisitivo.

14- Cuando el bien ha comenzado a poseerse por uno de los cónyuges durante el matrimonio, pero se cumple el plazo una vez disuelta la sociedad conyugal, tal como en los casos ya expresados, para calificar el bien deberá tenerse en cuenta el instante del inicio de la posesión; por lo que, en dichos supuestos, el bien será ganancial.