¿USUCAPIÓN EN MATERIA DE PROPIEDAD HORIZONTAL?

Gabriel Anibal Fuster*

Sumario:

I. Introducción.
II. De la "cosa" objeto del derecho real de propiedad horizontal.
III. Acerca de la "cosa usucapible" en materia de propiedad horizontal.
IV. Análisis crítico de las posturas doctrinarias favorables a la admisión de la usucapión.
V. Conclusiones.

I. Introducción

Dentro de nuestro régimen de propiedad horizontal*(1)* existe un abanico extenso y variado de remedios jurisdiccionales a ejercer frente a la comisión de infracciones que atenten contra el equilibrio de las relaciones intersubjetivas emergentes del reglamento de copropiedad y administración.

Luego de analizar cada una de estas acciones en particular vemos que las mismas tienen plazos diferenciados de prescripción, transcurridos los cuales ya no pueden impetrarse válidamente las mismas para neutralizar las infracciones lesivas legitimantes de su ejercicio.

En particular, la ley de propiedad horizontal consagra expresamente dos acciones específicas, a saber:

a- el Interdicto de Obra Nueva previsto por el artículo 8vo (interrelacionado con el art. 7mo) de la Ley de Propiedad Horizontal N° 13.512 que constituye una auténtica defensa posesoria (artículos 2.496, 2.498, 2.499 y 2.500 del Código Civil) y cuyo plazo de prescripción resulta ser anual en virtud de lo dispuesto por el artículo 4.038 del Código de Velez

b- la acción de naturaleza personal o contractual prevista por el artículo 15 de la Ley N° 13.512 cuyo plazo de prescripción resulta ser decenal conforme lo prescripto por el artículo 4.023 de la ley de fondo.

Así, verificada una infracción al régimen de convivencia, habiendo transcurrido el plazo de prescripción de la acción ejercitable frente a dicha contravención sin que la misma se haya ejercido válidamente y teniendo en cuenta que el no ejercicio de una acción no purga vicios ni convalida

---

* Abogado. Profesor de Derecho Privado V. Fac. De Derecho y Cs. Sociales. Universidad Nacional de Córdoba.
1- Ley N° 13.512 B.O. 18/09/48.

irregularidades, nos preguntamos: ¿es posible el saneamiento de títulos por vía de la prescripción adquisitiva?, es decir, ¿la usucapión tiene cabida en materia de propiedad horizontal?

Para poder responder estas preguntas es que desarrollamos el presente trabajo investigativo, en el que vertimos nuestras opiniones sobre el tema que motiva el siguiente análisis.

Ii. De la "cosa" Objeto del Derecho Real de Propiedad Horizontal

Recordemos que en el ámbito de los derechos reales campea un principio esencial que reza: *"no hay derecho real sin cosa"(2)*; por lo que surge imperiosamente la necesidad de precisar cuál es esta "cosa" sobre la se ejerce el derecho real autónomo bajo estudio.

En efecto: enfrentarnos a la pregunta de si cabe o no la posibilidad de usucapir en materia de propiedad horizontal, requiere -como presupuesto esencial e ineludible- delimitar acabadamente el concepto de cosa objeto de cada derecho real de propiedad horizontal en particular.

Nuestro codificador brinda el concepto de cosa en el artículo 2.311 del Código Civil; éste resulta ser el concepto común dado por el derecho de fondo en el que deben abrevar todas las otras ramas en que contemporáneamente se divide el derecho.

Es decir, el concepto de cosa en nuestro sistema jurídico es uno solo y genérico y lo brinda el codificador en su creación normativa; a él deben acudir tanto el derecho tributario como el penal y demás divisiones del derecho.

Ahora bien, siendo el derecho real de propiedad horizontal un derecho especial, específico y de carácter diferenciado*(3)*, obviamente su objeto también reviste estos caracteres, constituyendo así una especie del género contenido en el artículo 2.311 del Código de Velez.

Participa de las cualidades de la cosa definida por el derecho común pero también cuenta con calidades propias distintivas. Es decir que la relación entre la cosa definida por el derecho común y la cosa objeto del derecho real de propiedad horizontal es de género a especie.

2- Nuestro codificador expresa en la nota al Título IV del Libro III, párrafo 9no del Código Civil: "...pues que la cosa es el objeto directo e inmediato, y no puede haber un derecho sin objeto...".

3- Algunos autores, al intentar delimitar o precisar técnicamente cuál es la naturaleza jurídica del derecho real de propiedad horizontal, utilizan la expresión sui generis (Hernán Racciatti en "Propiedad por pisos o por departamentos" Buenos Aires - Editorial Depalma 1982 Página 41; Alberto Aníbal Gabás en "Manual Teórico - Práctico de Propiedad Horizontal" Buenos Aires - Editorial Hammurabi 1991 Página 8, entre otros) (expresión que para nosotros resulta poco feliz, ya que lejos de echar luz sobre el concepto definido impone la necesidad de aclarar que debemos entender por sui generis, con lo cual la definición no ha cumplido su cometido), aunque nosotros preferimos la denominación seguida por otros de derecho real autónomo (Néstor Jorge Musto en "Derechos Reales" - Tomo I Editorial Astrea Marzo de 2.000 - Páginas 717/719 ; Alberto D. Molinario en "Inexistencia de personalidad del consorcio creado por la Ley Nacional 13.512." E.D. T.120 - Página 410.).

En lo atinente a este último, sea cual fuere nuestra postura doctrinaria acerca de su naturaleza jurídica, sabido es que *"...el objeto de este derecho es siempre un inmueble edificado, en el cual sobre ciertas partes cada consorcista tiene un derecho exclusivo y sobre las otras un derecho común, concretado en un cuota parte o parte indivisa o "porcentual", derecho común que se establece "al sólo efecto de hacer posible el primero"(4).*

Acertadas resultan las palabras de Elena I. Highton cuando dice "El conjunto del objeto exclusivo, más la cuota ideal correspondiente de las cosas comunes, forma una unidad, está íntimamente ligado." y agrega "Puede entenderse así que la unidad funcional está constituída por la parte exclusiva más la participación en las partes comunes"*(5)*.

Precisamente, el objeto del derecho real de propiedad horizontal -como derecho autónomo, nuevo y distinto- es la "unidad funcional", conformada tanto por las partes privativas o exclusivas como por las cosas o partes comunes.

Pero ésta no debe ser confundida con el edificio en su totalidad, ya que por un lado tenemos la unidad funcional, que constituye el objeto de cada derecho real de propiedad horizontal en particular y por otro - muy distinto - el inmueble edificado, que es la cosa sobre la cual recae la suma de los derechos reales de propiedad horizontal de todos y cada uno de los consorcistas*(6)*.

Por ello creemos que cuando -en el párrafo arriba transcripto- Marina Mariani de Vidal habla de que *"...el objeto de este derecho es siempre un inmueble edificado..."* sin duda alguna usa la palabra "objeto" (o al menos así debería hacerlo) en el sentido de sustrato o soporte y no como objeto propiamente dicho o cosa, ya que ésta es -sin duda alguna- la unidad funcional.

Ahora bien, ésta no podría existir jamás sin el edificio que le sirve de sostén.

Así es que el inmueble edificado constituye el objeto (en sentido estricto) de todo el régimen de propiedad horizontal, mas no de cada derecho real de propiedad horizontal individualmente considerado*(7)*.

De este modo lo entiende la doctrina cuando dice: *"Como condición primera para la existencia del (...) régimen previsto por la ley 13.512 debe*

4- Ver Marina Mariani de Vidal en "Curso de Derecho Reales" Tomo 2 Zavalía Editor Impreso en Junio de 1.997 - Página 235.

5- Así lo expresa Elena I. Highton en su obra "Propiedad Horizontal y Prehorizontalidad" Editorial Hammurabi - Impreso en Julio de 2.000 - Página 141.

6- "La suma de los derechos de propiedad horizontal de todos los consorcistas recae sobre una sola cosa, un inmueble edificado y cada uno sobre un sector del edificio, estructurado de modo tal que forma una unidad autónoma pero que integra un mismo bloque de construcción." (Del fallo de 1ra instancia confirmado por la Cámara) (C.N.Civ., sala C, setiembre 19-989. Epifanio, Osvaldo C. c. Banco de Galicia y Buenos Aires LALEY, 1.991-A, 333).

7- Juzg. 1° Inst. Esp. Civ. y Com. n° 22, firme, 26/7/85, LL, 1.987-A-517; ED, 122-669.

haber un edificio, como objeto de este derecho, como elemento de hecho en donde se ejerce aquél derecho. La vida del consorcio y la del propio dominio horizontal está unida indisolublemente al referido sustrato material, este elemento físico es condición sine qua non para la vida del sistema"(8).

Podemos decir entonces que el concepto de cosa en materia de propiedad horizontal se configura por la unidad funcional, la que -a su vez- se compone tanto por las llamadas partes privativas o exclusivas (conforme lo prescripto por el artículo 1ero de la Ley N° 13.512) como por las denominadas cosas o partes comunes (según lo establecido por el artículo 2do de la misma ley).

A las primeras, la doctrina especializada las ha conceptualizado diciendo: *"La unidad exclusiva es el espacio o por el parcelamiento de un edificio, delimitado por muros perimetrales (maestros) divisorios de otras unidades o que lo separan del exterior, tanto verticales como horizontales (pisos y techos), que con un destino determinado, puede ser de propiedad exclusiva de una o varias personas. Al hablar de unidad exclusiva se sobreentiende que dicho dominio comprende a su vez todo lo que se encuentra dentro de dicha unidad, lo que va adherido a ella como complementario y a su vez todas aquellas partes o servicios que sirven con exclusividad a dicha unidad(9)".*

Las segundas, en cambio, son aquellas que pertenecen en condominio y por partes ideales a cada uno de los consorcistas y que - por tanto - salen de la esfera de su dominio exclusivo pero *"...sin las cuales sería imposible, inconveniente o incómodo el uso y goce del objeto exclusivo (...)(10)".*

Las preguntas que irremediablemente surgen entonces son ¿qué cosas o partes de un edificio han de resultar comunes y cuáles privativas?, y ¿en base a qué criterio habremos de realizar esta diferenciación?.

La doctrina existente en la materia ha advertido esta necesidad imperiosa de precisar cuál es el criterio o parámetro legal a emplear para poder encuadrar las cosas o partes que han de ser comunes y las que han de ser privativas*(11)*.

Para ello ha echado mano del principio de necesidad común *(12)(13)* que se encuentra consagrado normativamente en la primera parte del artículo 2do de la Ley N° 13.512.

Seguidamente la ley en cuestión realiza -dentro del referido precepto-

---

8- Ver Alberto Aníbal Gabás en obra oportunamente citada en nota n° 3 Pág. 57

9- Ver Alberto Aníbal Gabás en obra oportunamente citada en nota n° 3 Página 97.

10- Ver Elena I. Highton en obra oportunamente citada en nota n° 5 - Página 95.

11- "(...) 31. DETERMINACIÓN DE LOS BIENES COMUNES. CRITERIO LEGAL.- En todo edificio dividido en pisos o departamentos hay cosas que necesariamente deben ser comunes, sea porque de ellas depende la existencia e integridad de la construcción (...), sea porque contribuyen al logro del uso y goce más conveniente o de máximo disfrute por parte de sus propietarios (...)" de Hernán Racciatti en "Propiedad por Pisos o por Departamentos" Roque Depalma Editor Segunda Edición Buenos Aires 1.958 Página 70.

una enumeración de las cosas o partes de un edificio que hemos de considerar comunes, la cual no resulta ser taxativa *(14)* por lo que en el reglamento de co-propiedad y administración podrán y deberán establecerse otras de igual calidad *(15)*.

A su vez, el uso de las partes comunes se encuentra reglado por el artículo 3ero -primera parte- de la ley de propiedad horizontal, siendo también aplicables analógicamente los preceptos normativos contenidos en los artículos 2.710 a 2.714 del Código Civil (regulatorios del condominio de indivisión forzosa).

Sobre el particular la jurisprudencia tiene dicho: "En el régimen de la propiedad horizontal las normas propias de convivencia y vecindad exigen que cada propietario use de los bienes comunes sin causar perjuicio alguno ni restringir el legítimo derecho de los demás" (C.N.Civ., Sala B, E.D., 26-103; conf. Sala F, E.D., 22-761).

Asimismo, dentro de las partes comunes debemos diferenciar entre aquellas partes o cosas que son necesaria o ineludiblemente comunes de las que son circunstancial o no necesariamente comunes*(16)*.

Así lo entiende Marina Mariani de Vidal -a quien seguimos- cuando efectúa la distinción de las cosas comunes entre: *"...1) aquellas que son indispensables para la seguridad del edificio o para la subsistencia del sistema, porque son absolutamente necesarias al uso y goce común..." y "...2) aquellas cuyo uso y goce común no es indispensable sino sólo conveniente... ...Las enunciadas en primer término son partes necesariamente comunes, cuya privatización no es viable ni siquiera con el consentimiento unánime de todos los copropietarios." (lo subrayado nos pertenece)(17)*.

Consideramos oportuno aclarar que con la discriminación conceptual hasta aquí realizada de cada una de las partes que conforman la unidad

---

12- "La ley 13.512 adopta el principio que podría llamarse de necesidad común, como criterio único para determinar en cada caso concreto cuáles serán las partes del inmueble que, al encuadrarse en sus disposiciones, deberán pertenecer en propiedad a sus dueños." (C.N.Civ., Sala E, E.D., 11-388. C.N.Espec.Civl y Com., Sala I, E.D., Rep. 17, Pág. 790, n° 84; Sala IV, E.D.-101-434)-

13- "(...) Conforme a lo que llevamos expuesto, nuestra ley adopta el principio que podríamos denominar de necesidad común, como criterio índice para determinar, en cada caso concreto, cuáles serán las partes del inmueble que, al encuadrarse en sus disposiciones, deberán pertenecer en copropiedad a sus dueños. (...)" y "(...) El principio referido se encuentra normativamente establecido por la primera parte del art. 2... (...)" de Hernán Racciatti en obra oportunamente citada en nota n° 11 Página 70.

14- "(...) la lista transcrita debe considerarse confeccionada exemplificationis causa (...)"de Hernán Racciatti en obra oportunamente citada en nota n° 11 Página 73.

15- Recordemos que el art. 3ero del Decreto N° 18.734/49 - al establecer las cláusulas que obligatoriamente debe contener el Reglamento de Copropiedad y Administración dice que deberá efectuar: "...3) Enumeración de las cosas comunes...".

16- "(...) a) Las cosas de uso común del edificio simplemente consideradas. Se trata de cosas que aunque no necesarias están incorporadas al destino del edificio.(...) (...) b) Las cosas de uso común indispensables o necesarias. Son cosas sin las cuales, ni real, ni legalmente, podría existir el sistema. (...)"de Elena I. Highton en "Propiedad Horizontal y Prehorizontalidad" Editorial Hammurabi - Impreso en Julio de 2.000 - Página 99.

17- Al respecto ver Marina Mariani de Vidal en obra oportunamente citada en nota n° 4 - Página 243/244.

funcional, no pretendemos cumplir una mera labor compiladora del material doctrinario y jurisprudencial existente sobre el particular (la que obviamente carecería de toda originalidad) sino que intentamos delimitar exactamente cuál es el alcance de la cosa objeto del derecho real de propiedad horizontal.

En efecto: ésta resulta ser la unidad funcional (compuesta tanto por las partes privativas o exclusivas como por las cosas o partes comunes) y reconoce su fuente o causa eficiente en el reglamento de co-propiedad y administración, el cual a su vez reviste naturaleza contractual y por imperio del artículo 1.197 del Código Civil deviene en ley para las partes (consorcistas).

La jurisprudencia así lo ha entendido en fallos como el que reseñamos seguidamente, a saber: *"El derecho real de propiedad horizontal es un derecho autónomo, nuevo y distinto de los derechos reales enumerados en el art. 2.503 del Cód. Civil, que recae sobre una unidad funcional formada por un objeto exclusivo consistente en un departamento (del verbo "partiri" que implica la idea de una partición de un edificio), y un porcentaje de cosas comunes(18)".*

Podemos decir entonces que la cosa objeto del derecho bajo estudio está tabulada por ley, pero no por la normativa genérica del derecho de fondo (artículo 2.311 del Código de Velez) sino por una ley especial obligatoria para el consorcio en cuestión y que es el referido reglamento de copropiedad y administración (y subsidiariamente la Ley N° 13.512).

Una vez de acuerdo con lo dicho más arriba acerca de que la cosa objeto del derecho real de propiedad horizontal es una especie del género de la misma contenido en el artículo 2.311 del Código Civil que reviste características propias y distintivas, podemos señalar que una de éstas es la de ser indivisible.

En efecto: la calidad fundamental que reviste la unidad funcional o cosa objeto del derecho real de propiedad horizontal es la de ser indivisible, conforme el criterio de indivisibilidad jurídica prescripto por el Código de Velez en la segunda parte del artículo 2.326.

Al estudiar de las cosas divisibles e indivisibles (artículo 2.326 del Código Civil) hemos visto que la noción de divisibilidad jurídica no corresponde a la física, ya que materialmente no existe cosa que no pueda descomponerse en minúsculas partes.

Así lo entiende el maestro Savigny cuando señala que "...en el sentido natural de las palabras, todas las cosas son susceptibles de descomposición

---

18- 1ra Instancia Esp. Civil y Com., Juzg. N° 22, firme, julio 26-985. Ledie, S.A. c. Kohan de Goldenberg, Fenny LA LEY, 1987-A, 517 ED, 122-669 (924-SJ).

en partes, y por consiguiente son divisibles*(19)*".

Jurídicamente una cosa es divisible cuando puede fraccionarse en singulares partes de manera que cada una de éstas tenga la misma especie, cualidad y función que el todo.

Así, la división de un edificio en propiedad horizontal realizada por descripción y planos es de tipo jurídica y no material, ya que de la misma resultan unidades funcionales que configuran esas partes cada una de las cuales conserva idéntica función y calidad que el todo.

Nos preguntamos si -a su vez- es posible subdividir cada una de las partes (privativas y comunes) que conforman la unidad funcional (es decir, la cosa objeto del derecho real de propiedad horizontal).

Sin duda alguna, sí es posible hacerlo desde el punto de vista material pero no lo es desde la óptica jurídica.

Ello -reiteramos- por imperio del criterio de indivisión establecido por el artículo 2.326 -segunda parte- del Código de Velez. Y debemos destacar que hablamos de indivisión y no de indivisibilidad*(20)*.

Así, subdividir -a su vez- la unidad funcional en cada una de las partes que la componen no es posible por cuanto ello volvería antieconómico su uso y aprovechamiento.

Recodemos que la razón de ser de las cosas o partes comunes es la de favorecer la seguridad del edificio o el uso y aprovechamiento de las partes privativas, existiendo respecto de aquellas un verdadero estado de indivisión análogo a un condominio con indivisión forzosa, cuyas normas jurídicas serán aplicables en tanto y en cuanto sean compatibles con el régimen de la Ley N° 13.512.

III. Acerca de la "cosa usucapible" en materia de Propiedad Horizontal

Delimitada ya la cosa que constituye el objeto del derecho real de propiedad horizontal, a saber: unidad funcional, podemos sin más adentrarnos en el análisis acerca de si es factible o no la usucapión (reglada por el artículo 3.948 -subsiguientes y concordantes- del Código Civil) dentro del régimen de la Ley N° 13.512.

Nuestro derecho de fondo preceptúa que es susceptible de prescripción adquisitiva toda cosa cuya posesión o dominio sea adquirible (artículo 3.952 del Código Civil).

¿Y qué cosas son susceptibles de posesión?

19- Transcripto por el codificador en la nota al artículo 669 del Código Civil..

20- En efecto, decimos que el criterio es de indivisión y no de indivisibilidad porque entendemos que si es posible el fraccionamiento por la única vía legal admisible que sería la modificación reglamentaria en la forma y con plena observancia de las prescripciones contenidas en la Ley N° 13.512.

Las que están en el comercio. Así resulta por imperio del artículo 2.400 del Código de Velez y de los preceptos normativos complementarios del anterior que están contenidos en los artículos 2.336 y 2.337 del mismo cuerpo legal.

Teniendo en cuenta que dentro del régimen de la Ley N° 13.512 la única cosa existente es la unidad funcional y siendo que sólo ella está en el comercio, es en consecuencia la única susceptible de posesión y dominio. ¿Se imaginan a alguien vendiendo -por ejemplo- un muro maestro, o un palier? (aclaramos que siempre estamos hablando de un muro, palier o lo que fuera, en forma autónoma, aislada y separada, es decir, en sí misma)

Aunque alguien pudiese imaginárselo (lo que hablaría a las claras de una enorme y generosa imaginación) en modo alguno se nos ocurriría pensar que pudiera ser comprado.

Es imposible, porque -en sí mismos- no son cosas; en decir, no configuran la cosa especial y específica objeto del derecho real de propiedad horizontal.

Lógicamente, si no es susceptible de posesión, tampoco resulta adquirible a título de dominio y menos aún por vía de la prescripción adquisitiva.

En consecuencia, siendo que en materia de propiedad horizontal la única cosa susceptible de posesión y dominio es la unidad funcional debemos concluir sin más que la usucapión sólo cabe respecto de ella.

En efecto: la unidad funcional resulta ser la única cosa idónea y suficiente para ser poseída y -en consecuencia- para dar derecho a ella.

Y por lo tanto, el objeto susceptible de prescripción adquisitiva es la unidad funcional como un todo, conformada tanto por las partes privativas o exclusivas como por las cosas o partes comunes.

Precisamente, la adquisición por prescripción de las partes comunes sólo cabe como indisolublemente unidas a las partes privativas de la unidad funcional adquirida en usucapión.

Obviamente, si nosotros adquirimos un departamento -entendiendo por tal la parte exclusiva o privativa de la unidad funcional- por prescripción adquisitiva ineludiblemente también estaremos adquiriendo de este mismo modo las cosas o partes comunes (dentro de las cuales estarán incluídas tanto las que lo son necesariamente como circunstancialmente).

Ello en virtud de que ambas partes, es decir las privativas y las comunes, configuran un todo, que resulta ser -precisamente- la cosa objeto del derecho real de propiedad horizontal, a saber: unidad funcional.

Sobre el particular creemos pertinente recordar las palabras de Hernán Racciatti cuando dice: *"...el dominio sobre las partes privativas y el condominio sobre las cosas comunes se yuxtaponen íntimamente, por lo*

cual y como lo dice la ley, la transferencia de la porción exclusiva lleva implícita la de las partes comunes ... "(21).

Dado que las partes o cosas comunes no constituyen la "cosa" tabulada por ley que es objeto del derecho real de propiedad horizontal (es decir, no son cosas en estricto sentido técnico-jurídico), concluímos que ellas no pueden ser usucapibles en sí mismas (es decir, en forma individual, autónoma y separadamente de las partes privativas).

Pero sí pueden serlo cuando lo son como consecuencia de la adquisición por prescripción de las partes exclusivas respecto de las cuales la indivisibilidad es esencial.

Ello -en nuestra opinión- por imperio de lo prescripto en la segunda parte del artículo 2.326 del Código Civil o -en opinión de la doctrina mayoritaria- en virtud del principio de indisoluble unión entre dominio común y dominio individual*(22)(23)*.

Para nosotros este último resulta ser un artilugio intelectual tendiente a tratar de superar el problema que se le plantea a los autores que lo esgrimen, cuando tienen que explicar por qué no se puede disponer separadamente de las partes privativas y comunes si -como ellos dicen- cada una de ellas son cosas en sentido estricto.

Si así lo fuesen debería poder disponerse de ellas en forma independiente; lo que no resulta ser así, pero no por este principio sino -en nuestra opinión- porque la cosa objeto del derecho real de propiedad horizontal (unidad funcional) es indivisible.

En definitiva: en modo alguno podemos creer que las partes privativas o exclusivas y las partes o cosas comunes son -cada una de ellas individualmente consideradas- cosas indisolublemente unidas entre sí.

Muy por el contrario, son partes de una misma cosa (unidad funcional) respecto de la cual rige un criterio de indivisibilidad (o, más precisamente, de división).

IV. Análisis crítico de las posturas doctrinarias favorables a la admisión de la usucapión *(24)*

Al estudiar acerca de la posibilidad de usucapión en materia de

---

21- Ver Hernán Racciatti en obra oportunamente citada en nota n° 11 Página 33.

22- Sobre el particular ver Poirier, Pierre en "La propiedad horizontal. "Condominium"" Editorial Depalma Buenos Aires - 1.950 - Página 25; Edmundo Gatti Jorge H. Alterini en "El derecho real. Elementos para una teoría general" Abeledo Perrot 1.993 - Página 102.

23- "No es posible ejercer el derecho sobre el objeto exclusivo sin el correlativo derecho sobre las cosas comunes, pues son éstos indispensables (en su mayor parte) para hacer posible el derecho sobre lo exclusivo. Están indisolublemente unidos ambos derechos de dominio y condominio, por lo que, aunque nada se diga, quedan involucrados en cualquier acto jurídico sobre lo exclusivo; no hay más que un solo bien con dos aspectos particulares." de Elena I. Highton en obra oportunamente citada en nota n° 5 - Página 141.

propiedad horizontal Elena I. Highton en su obra "Propiedad Horizontal y Prehorizontalidad"*(25)* expresa *"...lo relevante en el caso es que el objeto usucapible debe ser una cosa o parte de una cosa suficiente para dar derecho exclusivo a ella."*

Creemos advertir en esta expresión la simiente del error de la reconocida doctrinaria y sus seguidores por cuanto ella confunde el término cosa que emplea la ley N° 13.512 (cuando dice por ejemplo en su artículo 2do: *"...y sobre todas las cosas de uso común del edificio..."* y que ha acuñado la doctrina cuando señala: *"...B) Cosas y partes comunes..." (26)* con el concepto técnico-jurídico de cosa objeto del derecho real de propiedad horizontal.

En el primer caso, la palabra cosa se toma en sentido lato y vulgar y bajo ningún punto de vista encuadra en la configuración técnica de lo que jurídicamente constituye la cosa como objeto del derecho real de que se trata en la Ley N° 13.512.

En nuestra opinión ésta es la unidad funcional, conformada -en su estructura interna- por las partes privativas y las comunes.

En cambio, para Elena I. Highton tanto las partes exclusivas individualmente consideradas como las partes comunes en sí mismas son cada una de ellas cosas en sentido técnico-jurídico y, por lo tanto, susceptibles de posesión, dominio y adquisición por vía prescriptiva.

De este modo la autora bajo análisis confunde las partes con el todo, creyendo que cada una de ellas es cosa en sentido técnico jurídico; cuando en realidad las mismas son sólo partes de la única cosa existente en materia de propiedad horizontal: la unidad funcional.

Al partir en su razonamiento de premisas erradas (precisamente que cada una de las partes que componen la unidad funcional son "cosas" en sentido estricto) obviamente sólo puede arribar a conclusiones igualmente equivocadas (que cabe la posibilidad de usucapir cada una de estas partes en forma separada).

Asimismo, un error muy frecuente y que también debemos desterrar consiste en considerar que el objeto del derecho real de propiedad horizontal es la parte privativa.

La equivocación finca en asimilar la unidad funcional al departamento

---

24- En este estadio queremos aclarar que en el punto inmediato anterior hemos vertido nuestra postura acerca de la posibilidad de usucapión en materia de propiedad horizontal, fijando precisamente los límites dentro de los cuales cabe la prescripción adquisitiva. Seguidamente y bajo este acápite habremos de analizar las otras posturas doctrinarias distintas de la nuestra atacándolas desde adentro, es decir, explicitando sus premisas y siguiendo su propio razonamiento para luego terminar exponiendo sus defectos y carencias. Al hacer esto último no queremos que se confunda el lector y piense que estamos adhiriendo a otra postura diferente (con lo cual obviamente estaríamos siendo contradictorios a lo manifestado en el item inmediato anterior).

25- Ver Elena I. Highton en obra oportunamente citada en nota n° 5 - Página 137.

26- Ver Marina Mariani de Vidal en obra oportunamente citada en nota n° 4 - Página 237.

o, lo que es lo mismo, a la parte exclusiva, cuando en realidad es mucho más amplia y abarcativa que eso.

Tal como lo hemos desarrollado en el punto inmediato anterior, la misma incluye tanto las partes privativas o exclusivas como las partes o cosas comunes.

Y dado que la cosa (unidad funcional) objeto del derecho real de propiedad horizontal es indivisible - por imperio de lo prescripto en la segunda parte del artículo -2.326 del Código de Velez-, nos permitimos disentir con aquellas opiniones doctrinarias que admiten la usucapión separadamente tanto sobre las cosas o partes exclusivas como sobre las cosas o partes comunes.

Algunas lo hacen sin dar demasiados fundamentos (por no decir ninguno). Simplemente se limitan a decir que no ven obstáculo alguno a esta posibilidad*(27)*.

Otras lo hacen -precisamente- desmembrando el objeto del derecho real de propiedad horizontal, es decir: la cosa (unidad funcional) en virtud de considerar que cada una de las partes -en sí mismas- de la unidad funcional resultan ser cosas.

Separan así las partes privativas o exclusivas de las comunes (mas omitiendo diferenciar las partes que son comunes necesariamente de las que lo son circunstancialmente) para finalmente concluir que sólo cabe la prescripción adquisitiva respecto de la parte exclusiva por ser el único objeto que puede dar derecho exclusivo a ella*(28)*.

Ahora bien, ¿qué sucede con las cosas o partes comunes de un edificio?. En relación a ellas Elena I. Highton ha dicho: *"Pero se presentan otras situaciones en que puede darse excepcionalmente la usucapión, para convertir cosas comunes en propias(29)"*.

Recordemos que por partes o cosas comunes debemos entender tal como lo hemos desarrollado en el acápite inmediato anterior aquellas que son esenciales para asegurar el uso y goce común o la seguridad del edificio. Es decir que no pueden no ser comunes, ya que si dejaran de serlo se volvería imposible la existencia de todo el régimen de propiedad horizontal en sí.

En nuestra opinión, las cosas comunes no son cosa en el sentido técnico jurídico receptado por la Ley N° 13.512 y por tanto no cabe respecto de ellas ni la posesión ni el dominio.

27- "La prescripción adquisitiva es uno de los modos de adquirir el dominio por el transcurso del tiempo, perfectamente aplicable al dominio horizontal, permitiendo a toda persona que posea una unidad funcional (de dominio exclusivo) por un período que determina la ley, reclamar ese derecho." de Alberto Aníbal Gabás en obra oportunamente citada en nota n°3 Pág. 35.

28- "En la propiedad horizontal puede ocurrir la usucapión de un departamento, situación que se regirá por los principios generales, pues la propiedad exclusiva pasará de un titular a otro, como si se tratara de cualquier otro inmueble. (...)" de Elena I. Highton en obra oportunamente citada en nota n° 5 - Página 138.

29- Ver Elena I. Highton en obra oportunamente citada en nota n° 5 - Página 138.

No obstante, si admitimos por un instante al menos que cada una de las partes que conforman la unidad funcional configuran, en sí mismas y separadamente, cosas en sentido técnico jurídico, vemos que esta postura doctrinaria resulta carente de completitud y lógica.

Decimos que adolece de incompletitud porque no analiza todas las posibilidades que pueden verificarse; en efecto, no se hace una diferenciación entre las cosas o partes necesariamente comunes y las cosas o partes circunstancialmente comunes.

Como nada se dice al respecto, esta ausencia o falta de diferenciación nos autoriza sin más a suponer que -dentro de esta corriente- el régimen de usucapión es idéntico en ambos supuestos.

Así, en nuestra opinión y siguiendo el hilo lógico interno de esta doctrina, el régimen de usucapión debería ser diferenciado según se trate de cosas necesaria o circunstancialmente comunes, ya que la distinción entre éstas obedece a razones esenciales o sustanciales y no meramente formales.

De este modo, no sería posible la usucapión respecto de las cosas necesariamente comunes por cuanto no podrían nunca salir del dominio común de cada consorcista por ser esenciales para la convivencia bajo el régimen de propiedad horizontal.

Recordemos que el fundamento de su carácter común es verdaderamente de orden público; el interés público o social o general del consorcio resulta comprometido, encontrándose por encima de los intereses individuales de cada consorcista en particular.

Por ello, si se admitiera la usucapión en materia de cosas o partes necesariamente comunes de un edificio sujeto a las prescripciones de la Ley N° 13.512, todo el régimen de propiedad horizontal caería por devenir en imposible su existencia.

Por lo tanto, haciendo nuestros los argumentos de esta doctrina (que reiteramos no compartimos y consideramos errados) y partiendo de sus propias premisas entendemos que sólo cabría la adquisición por vía prescriptiva respecto de las cosas o partes privativas de un edificio y de las cosas o partes circunstancialmente comunes.

Según esta corriente doctrinaria no habría impedimento alguno para que respecto de ellas se verifique el remedio saneador (usucapión) de situaciones patológicas (infracciones al régimen de propiedad horizontal), pero jamás podrían usucapirse las cosas necesariamente comunes por ser imprescindibles a los fines de la existencia de todo el régimen de propiedad horizontal.

En relación a la posibilidad de adquirir por vía prescriptiva las llamadas cosas comunes de uso exclusivo, debemos señalar que ellas tampoco han sido objeto de un estudio pormenorizado por parte de la doctrina bajo crítica.

Recordemos que por ellas entendemos aquellas cosas o partes de un edificio que si bien pertenecen en condominio a todos los consorcistas están afectadas al uso privativo del propietario de una unidad funcional en particular*(30)*.

La doctrina mayoritaria entiende que es prácticamente imposible que se adquiera por prescripción adquisitiva en propiedad una cosa o parte común de uso exclusivo de un edificio*(31)*.

El argumento es que su uso está tabulado por ley, es decir, por el reglamento de co-propiedad y administración, el cual -dada su naturaleza contractual y por imperio del artículo 1.197 del Código Civil- es ley para las partes (consorcistas).

En consecuencia, su relación real va a ser siempre la de un tenedor interesado pero jamás la de un poseedor animus domini, presupuesto necesario e imprescindible para la verificación de la usucapión.

Ahora bien, la doctrina utiliza un término que nos llama poderosamente la atención y que consiste en la palabra "prácticamente", la cual nos permite concluir -sin temor a equivocarnos- que esta posibilidad no resulta proscripta de manera total y absoluta por los autores.

La pregunta entonces surge irremediable ¿cuándo podría adquirirse por usucapión un espacio común de uso exclusivo?.

La única posibilidad viable sería que el dueño de la unidad funcional que tiene acceso a este espacio común de uso exclusivo intervirtiendo el título (configurándose así el supuesto previsto por el artículo 2.458 del Código Civil) dejase de detentar la cosa como tenedor para pasar a hacerlo como poseedor.

Si bien creemos que la verificación de este supuesto sería enormemente dificultosa, dependería de las circunstancias de cada caso concreto, las que se deberían apreciar en el supuesto particular bajo análisis.

Verbigracia: supongamos que el espacio común de uso exclusivo fuese un patio común pero de uso exclusivo y que su propietario procediera a hacer un cerramiento (techado del mismo en toda su extensión).

Éste para poder usucapir debería manifestar -al ser intimado por vía notarial u otro medio fehaciente- que está poseyendo a título de dueño y recién a partir de ese momento comenzaría a correr el tiempo necesario para

---

30- "Son cosas comunes de uso exclusivo aquellas que perteneciendo a la comunidad, están afectadas al exclusivo uso de una unidad funcional, o más por excepción, pues lo corriente es la primera hipótesis. (...) (...) No se trata de una modalidad especial del derecho de propiedad horizontal, sobre las dos únicas que reconoce, privativa y común, sino de un destino especial asignado a la última." de Andrés Rafael Palmiero en "Tratado de la propiedad horizontal" - Editorial Depalma Buenos Aires 1.974 - Página 258.

31- "(...) Por el contrario, parecería prácticamente imposible llegar a apropiarse de cosas comunes de uso exclusivo (por ejemplo, un patio o azotea) por este medio, pues justamente su uso en provecho particular está reglamentariamente previsto, sin que dé lugar a la adquisición en propiedad, ya que todo el tiempo se está reconociendo la titularidad o señorío superior en los demás. " de Elena I. Highton en "Propiedad Horizontal y Prehorizontalidad" Editorial Hammurabi - Impreso en Julio de 2.000 - Página 139.

adquirir en propiedad por prescripción.

Ahora bien, qué pasaría si ese espacio fuese necesariamente común por tratarse -en el ejemplo bajo estudio- de un patio solar, es decir, imprescindible para proveer de luz y aire al edificio.

En ese supuesto, creemos que -aún- cuando se procediese como hemos dicho más arriba - sería imposible para el dueño prescribir por existir un fundamento superior de orden público que hace que la cosa no sea usucapible.

Y esa razón superior consistiría en la necesidad de salvaguardar la convivencia bajo el régimen de propiedad horizontal instaurado por la Ley N° 13.512; convivencia que sería imposible si permitiéramos que un espacio que se ha establecido que sea común por ser esencial para permitir la misma se convirtiera en privativo.

Lógicas y acertadas resultan las conclusiones de la doctrina bajo análisis, si partimos de entender -como lo hace ella- que en sí mismas tanto las partes privativas como las comunes son "cosas" en sentido estricto.

En nuestra opinión -reiteramos a fuer de ser tediosos- esto no es así y constituye precisamente la parte medular del error en que incurre la referida doctrina.

Aún cuando admitiéramos -por un instante al menos- que cada una de las partes que conforman la unidad funcional son, en sí mismas y separadamente, cosas en sentido técnico jurídico, encontraríamos un nuevo valladar a la admisión de la usucapión en materia de propiedad horizontal que sería el propio artículo 2.338 del derecho de fondo.

En efecto: según esta norma están fuera del comercio por inenajenabilidad relativa las cosas que requieren de autorización previa para su enajenación.

Así, al estar fuera del comercio no pueden ser poseídas (artículo 2.400 del Código de Velez) y -por tanto- no cabe respecto de ellas la posibilidad de ser adquiridas por vía prescriptiva.

Esto es lo que acontece en materia de propiedad horizontal en donde -por ejemplo- se requiere de autorización del consorcio a efectos de convertir en privativo un espacio común de uso exclusivo (patio solar).

Por lo tanto, aún si fuesen cosas en sentido estricto cada una de las partes que componen la unidad funcional, ellas no serían susceptibles de posesión ni adquiribles por vía prescriptiva en virtud de encontrarse fuera del comercio por inenajenabilidad relativa.

De este modo, entendemos que partiendo de las propias premisas (equivocadas por cierto) de esta doctrina debe concluírse -igualmente a como lo hacemos nosotros que tampoco son usucapibles cada una de las partes que componen la unidad funcional.

Con lo dicho dejamos evidenciada sin más la falta de lógica intestina de que adolece la doctrina bajo estudio.

V. Conclusiones

Finalmente y a modo de colofón extraemos las siguientes conclusiones, a saber:

1- Enfrentarnos a la pregunta de si cabe o no la posibilidad de usucapión en materia de propiedad horizontal, requiere -como presupuesto esencial e ineludible- delimitar acabadamente el concepto de cosa objeto de cada derecho real de propiedad horizontal en particular.

2- El concepto de cosa en materia de propiedad horizontal se configura por la unidad funcional, la que -a su vez- se compone tanto por las llamadas partes privativas o exclusivas (conforme lo prescripto por el artículo 1ero de la Ley N° 13.512) como por las denominadas cosas o partes comunes (según lo establecido por el artículo 2do de la misma ley).

3- Siendo el derecho real de propiedad horizontal un derecho especial, específico y de carácter diferenciado, obviamente su objeto también reviste estos caracteres, constituyendo así una especie del género contenido en el artículo 2.311 del Código de Velez. Participa así de las cualidades de la cosa definida por el derecho común pero también cuenta con calidades propias distintivas.

4- La relación entre la cosa definida por el derecho común y la cosa objeto del derecho real de propiedad horizontal es de género a especie.

5- La cosa objeto del derecho bajo estudio está tabulada por ley, pero no por la normativa genérica del derecho de fondo (artículo 2.311 del Código de Velez) sino por una ley especial obligatoria para el consorcio en cuestión y que es el referido reglamento de copropiedad y administración (y subsidiariamente la Ley N° 13.512).

6- La calidad fundamental que reviste la unidad funcional -o cosa objeto del derecho real de propiedad horizontal- es la de ser indivisible, conforme el criterio de indivisibilidad jurídica prescripto por el Código de Velez en la segunda parte del artículo 2.326.

7- En la inteligencia de que la cosa susceptible de posesión y dominio es la unidad funcional en los términos ya explicitados, creemos que sólo cabe la usucapión respecto de ella; es decir, sobre la única cosa susceptible de configurar el objeto del derecho real de propiedad horizontal.

8- Dado que las partes o cosas comunes no constituyen la "cosa" tabulada por ley que es objeto del derecho real de propiedad horizontal (es decir, no son cosas en estricto sentido técnico jurídico), concluímos que ellas no pueden ser usucapibles en sí mismas (es decir, en forma individual,

autónoma y separadamente de las partes privativas).

9- Aún cuando admitiéramos que cada una de las partes que conforman la unidad funcional son, en sí mismas y separadamente, cosas en sentido técnico-jurídico, encontraríamos un nuevo valladar a la admisión de la usucapión en materia de propiedad horizontal que sería el propio artículo 2.338 del derecho de fondo.