



Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

TESIS

DOCTORADO EN CIENCIAS JURIDICAS

AUTOR: Dr. Pablo María Corna

TEMA: "La Prescripción Adquisitiva"

PROFESOR PATROCINANTE: Dr. Jorge Horacio Alterini

TRIBUNAL EXAMINADOR DESIGNADO: Dr. Santiago de Estrada

Dr. Alfredo Di Pietro

Dr. Jorge Mazzinghi

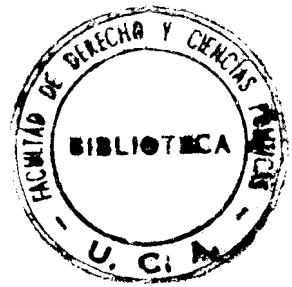
FECHA DEL EXAMEN ORAL: 5 de mayo de 1983.-

CALIFICACION: Distinguido

DOCTORADO EN CIENCIAS JURIDICAS

Proyecto de Tesis :

"LA PRESCRIPCION ADQUISITIVA "



Pablo María Corna

I.-ANTECEDENTES HISTORICOS:

1.- ETIMOLOGIA: proviene del latín "usus" que significa usar una cosa y de "capere" que equivale a .tomar. En el Derecho Romano la institución de la usucapio era utilizada para la adquisición del dominio por la posesión (usus) durante un cierto tiempo (1).-

2.-DERECHO ROMANO PRECLASICO: Esta institución, exclusiva del derecho quirritario. tenía por finalidad, en convertir en propietario a aquel que no detentaba esta situación jurídica. ya sea, porque el que le había trasmitido la cosa no lo era o no se había respetado las formalidades legales.- Por lo tanto, los peregrinos no tenían la posibilidad de utilizar este instituto por ser este un modo de adquisición del derecho civil.- Las doce tablas establecían que el dominio podía adquirirse por la posesión continuada e ininterrumpida de un año si la cosa era mueble y de dos años si era inmueble: "usus auctoritas fundi bienium, cetenarum reum anus esto" (2) Por usus, como dijimos se entiende a la posesión; por auctoritas,

(1)Ulpiano: "Usucapio est domonii adeptio per continuationem osessionis anni vel biennii. rerum mobilium anni, immobilium biennii. D. 41; 3.3. El término "immobilium" no es clásico, interpola "temporis lene definite", en lugar de "anni vel bienni. Ver Iglesias. "Derecho Romano" ed. Ariel-Madrid-año 1965-pág.273.-

(2) XII Tablas, VI-3



la ayuda que debe prestar el enajenante al adquirente (3). Ven-
cido el plazo legal de uno o dos años, según corresponda, se
consideraba que el usucapiente adquiriría un título inatacable.-
Las cosas furtivas, las que estaban fuera del comercio, las res
publicae, universitatis, sacrae, religiosae, los fundos
provinciales quedaban fuera del ámbito de este instituto (4).
También estaban expresamente prohibido por las doce tablas, la
usucapión de los cinco pies contados de la línea separativa de
los fundos contiguos, que tenían la función de demarcar la di-
visión de los mismos, y a su vez era utilizado para el paso de
las personas, animales y arados (5).-

3.-LA BUENA FE EN EL DERECHO ROMANO: Se discutía si el antiguo
Derecho Romano exigía la buena fe coma elemento necesario para

(3) El significado del término "auctoritas" se haya muy dis-
cutido. Para algunos era la "obligación de garantía del ven-
dedor", para otros "la sanción pública, que consagraba coma
propietario de la cosa al que la había usado o poseído durante
los plazos legales".- Ver Iglesias, ob. cit. pág. 274.- Salvat
Raymundo M; "Tratado de Derecho Civil-Derechos Reales" (actua-
lizado por Argañaraz) T.II-pág. 211-Ed. TEA. Quinta edición.

Maynz T.I #196 al 198, Pág. 291.-

(4)Gayo II, 45, 46, 48.- Bonfante, Pedro: "Instituciones de
Derecho Romano". Ed. Instituto Editorial Reus-año 1959-pág.285

(5)Gayo II, 47.-

llegar a usucapir. Parece que este elemento ético de la "bona fides", fue agregado con posterioridad, cuando el derecho progresa y se espiritualiza. Cuál era entonces el concepto de buena fe? La misma se daba cuando alguien que poseía una cosa creía que quién se la transmitió era el verdadero propietario o que nadie tenía un derecho mejor que el suyo. Evidentemente, descansaba sobre una creencia subjetiva errónea. El error que admitía era el error de hecho, no sirviendo para la usucapión el error de derecho (6). Por lo tanto, de aquí en más, los elementos necesarios para la usucapion ordinaria serán el justo título (fusta causa possidendi) y la buena fe (bona fides), lo que queda detalladamente legislado en el derecho justiniano.-

Sin embargo, en esta etapa, nos encontramos con casos anormales de usucapión, entre los que podemos mencionar la "usucapio pro herede" y la "usurreptio", verdaderos vestigios del antiguo derecho y que eran denominadas en común como "usucapio ex lucrativa causa" en oposición a la usucapión normal, que se la llamaba "pro suo" (7).-

a) La "usucapio pro herede" era concedida a quienes hubieren detentado bienes del causante con animus de dueño, por un plazo mínimo de un año, podían repeler las acciones de los herederos que reclamaren dichas pertenencias.- Como al

(6) Petit, Eugene: "Tratado Elemental de Derecho Romano"-Ed. Albatros-Buenos Aires, año 1961-pág. 298.-

(7) Gayo II. 52.-

decir de Bonfante (8), este tipo de usucapión era considerado como un "lucro malvado e injustificado" (improvo usucapio), se le fue imponiendo limitaciones, entre las que podemos mencionar, la del "heres necessarius" que quedaba a salvo de los efectos de este instituto. Posteriormente, un senado consulto dictado bajo Adriano permitió que prosperara una acción de Petición de herencia del heredero, aún frente a un poseedor anual. Pero la usucapión seguía siendo oponible a terceros. En la época de Marco Aurelio. se estableció el llamado "crimen expilatae hereditatis" por el cual se castigaba a quienes dolosamente se apoderaban de cosas hereditarias, subsistiendo el régimen que comentamos, solamente para los supuestos de posesiones de buena fe.-

b) Otro tanto va a ocurrir con la "usurreceptio ex fiducia", que se produce cuando el propietario "mancipia" una cosa, sea en virtud de un pacto de fiducia y por un determinado plazo, o para garantizar el cumplimiento de una obligación, y en ambos casos, antes de la restitución legal de la cosa, la recupera factimante y la posee por cualquier motivo durante un año, adquiere el dominio sin "fusta causa" ni "bona fides" (9).-

c) Finalmente. en el caso 'de la "usurreceptio ex proediatura", ocurre otro tanto y se da cuando un ex propietario recuperaba la posesión de un fundo, y lo poseía pacíficamente durante un año. y el cual había sido embargado

(8) Bonfante, Pedro-ob. cit. pág. 286

(9) Gayo: II, 61. Petit, Eugene -ob. cit. pág. 304

vendido por créditos a favor del estado. Esta "usurreptio se llamaba "ex proediatura". porque los adquirentes de los bienes vendidos a nombre del pueblo y del senado romano se llamaban preediatores (10).-

4.-Por extensión se aplicó la usucapión a la adquisición del usufructo (usucapio usufructos). Parece que en un tiempo se aplicó a la adquisición de las servidumbres prediales. Posteriormente una Lex Scribonia prohibió este tipo de usucapión. Sin embargo, esto no perjudicó la existencia de la usucapio libertatis, que funcionaba como una verdadera prescripción extintiva, aunque el ordenamiento jurídico romano lo consideraba como una verdadera usucapión(11), en virtud de la cual quedaba liberado un fundo de soportar una servidumbre por el no uso por un tiempo determinado. Es muestra de ello el siguiente fragmento del Digestor"Libertatem servitum usucapi posse verius est, quia eam usucapionem sustulit Lex Scribonia, quae servitutem constituebat, non etiam eam, quae libertatem praestatat sublata servitute (12).-

Pugliese, nos dice, que los elementos necesarios para la usucapio libertatis son los siguientes(13):

"1) Constitución de un estado de cosas contrario al ejercicio de una servidumbre;

2) Posesión de la cosa en las condiciones de libertad, nec vi, ne clam, nec precario por el tiempo transcuro-----

(10)Gayo: II, 61.-Petit, Eugene-ob. cit. pág. 304

(11)Pugliese, Giuseppe "La prescrizione acquisitiva" Unione Tipografico-Editrice Torinense- año 1921; pág. 16.-

rrido para la usucapión"

5.-LA USUCAPION EN EL DERECHO EXTRAQUIRITARIO Y DURANTE LA

EPOCA CLÁSICA: Como la usucapión era una institución de derecho quirritario con el andar del tiempo se vio la necesidad de crear una figura aplicable a los fundos provinciales. Nace así, por la acción de los presidentes y gobernadores provinciales la llamada "longui temporis proescriptio". que era en su origen un medio de defensa para repeler la reivindicación tardía. Posteriormente, esta excepción evoluciona, hasta asemejarse a una verdadera usucapión, otorgándosele al poseedor la "replicatio longi temposris" para conseguir la restitución de la cosa contra el desposeedor, aunque este fuera el verdadero propietario y sin importar que intentare oponer la "exceptio iusti dominii".-

Caracalla extiende (año 199) la proescriptio a las cosas muebles, y durante Diocleciano se encuentra este instituto aplicado en toda Italia. Su lenta y segura extensión a todo el Imperio, permitió que posteriormente se unificaran ambos institutos en uno solo.-

En definitiva, la diferencia entre la prescriptio y la usucapio. en la época clásica. consistía en que la primera protegía la propiedad quirritaria ganada por efecto del tiempo. la segunda en cambio, mantenía al titular que hubiera cumplido

(12) Digesto. Fr. 4.-

(13) Pugliese, ob. cit. pág. 16-P.7.-

con los requisitos legales en el ius possidendi. Los mismos consistían en los siguientes:

1) Que el poseedor detentara la cosa en virtud de una "fusta causa". La misma estaba compuesta por el titulus y la bona fides.-

2) Que el objeto a prescribir sea jurídicamente apto, es decir, que estuviera dentro del comercio.-

3) Una posesión continuada de diez años entre presentes o veinte entre ausentes. Se entendía por presentes cuando los sujetos habitaban la misma provincia y ausentes cuando habitaban provincias diferentes (14)

6.-DERECHO JUSTINIANO: Como consecuencia de haberse extendido la ciudadanía romana a todos los habitantes del Imperio y por ello haber perdido importancia la distinción entre fundos itálicos y provinciales Justiniano, decide unificar en un solo instituto la Usucapio y la proscriptio longui temporis.-

Para su aplicación, podemos enumerar que los requisitos exigidos eran los siguientes: a)res habilis, b)posesión, c)plazo o tiempo necesario, c)Iusta Causa, d)Bona Fides

a)Res Habilis: Queda abolida en esta época la distinción entre res mancipi y nec mancipi como también entre el dominio quiritario o in bonis. Por lo cual son usucapibles todas las

(14)Bonfante, Pedro: ob. cit. pág. 283 y s.s. Petit, Eugene: pag. 305 y s.s. Pugliese, Giuseppe: 16, N. 8. Diez-Picazo, Luis: "Fundamnetos de Derecho Patrimonial" Ed. Tecnos, pág.

cosas con excepción de: 1) cosas absolutamente inalienables o extra commercium; 2) cosas furtivas (res furtivae), cosas sustraídas violentamente (res vi possessae) salvo que hubiera vuelto a poder de su antiguo propietario; 3) Las cosas recibidas por el magistrado en virtud de donación contra la prohibición de la Lex Iulia repetundarum, hasta que no hayan sido restituida al donante o sus herederos; 4) inmuebles adquiridos por un poseedor de mala fe (novela 119-c); 5) los bienes del Estado (res fiscales) y del príncipe; 6) los bienes de la Iglesia, de las comunas o municipios y de las fundaciones pías 7) cinco pies entre los fundos contiguos; 8) las cosas en que la ley prohíbe su venta, como las litigiosas. los bienes inmuebles dotales, bienes de los pupilos y de los menores realizados sin cumplir con la respectiva formalidad legal; 9) las cosas heredadas y legadas en las cuales el heredero o legatario las enajena contrariando la voluntad del testador o no cumple con las cargas impuestas.-

b) Posesión: Exige que se tenga la voluntad de poseer continuamente la cosa durante el periodo apto para la usucapión. Las cosas deben ser objeto de posesión, quedan excluidas aquellas que han perdido su existencia individual por haber accedido a otras.-

c) Plazo o tiempo necesario: Se fija el plazo de tres años para las cosas muebles y para los inmuebles de diez años entre presentes, es decir cuando las partes habitaban la misma provincia y de veinte entre ausentes. A los efectos de cumplimentar la posesión continua se permite la accesión o unión de

posesiones, que tiene su origen en la antigua praescriptio. En las transmisiones a título particular ambas debían ser legales, en cambio, en las que se realizaban a título universal el heredero era investido de la posesión de su causante.-

La prescripción podía ser interrumpida de dos maneras: la interrupción natural por pérdida de la posesión o de la cosa, y la civil, por instauración de la re-vindicatio. Finalmente, con respecto a los días, estos se contaban enteros, día comenzado se consideraba ganado o terminado.-

c) Iusta Causa: (o iustus titulus) Bonfante la define como "aquella relación con el poseedor precedente que demuestra positivamente la ausencia de lesión ajena en la toma de posesión. y sería asimismo apta para justificar la adquisición de dominio" (15). Sucedió generalmente que el que transmitía no era el propietario, o si lo era no estaba facultado para hacerlo. Las fuentes mencionan la existencia de muchos títulos, pero la causa justificativa de la posesión se individualizaba con la partícula pro: pro emtore, pro donato, pro legato, pro dote, pro soluto (objeto dado en pago) (16). La designación genérica era expresada en el concepto "pro suo possidere" que indicaba la posesión en base a una causa justa.-

Otros autores, como Dernburg y Ferrini, explican la "fusta causa" como aquel complejo de hechos externos, los cuales hacen aparecer como legítima el señorío sobre una cosa poseída (17). Lo que explicaría más fácilmente cuando el anó-

(15) Bonfante. Pedro - ob. cit. pág. 290

(16) Dig. lib. 41 - T. 4.-

malo "pro derelicto" (objeto abandonado por el poseedor anterior) era considerado "iustus titulus" en el nuevo señor de la cosa. En contra de esta doctrina se elevan las voces de Pacchioni y Pugliese que se adhieren a la postura tradicional (18).-

Justiniano, contaba entre la "fusta causae" al titulo pro herede. Quedaban comprendidos dentro de este:

I.-Al heredero aparente que poseía de buena fe las cosas de la herencia.

II.-Al heredero verdadero que poseía de buena fe cosas que no eran de la herencia

I.-En cuanto al primer supuesto. podemos decir que no es otro que la "lucrativa pro herede usucapio". figura excepcional como hemos dicho (19), y resabio del antiguo derecho, al cual no se aplicaban los requisitos de la "fusta causae" y "bona fides". Justiniano. estableció para estos casos, la buena fe (titulo putativo) y el plazo de prescripción de tres años para las cosas muebles y diez o veinte años para los inmuebles.-

II.-El segundo supuesto, era también admitido en el derecho clásico, en cuanto suponía que el heredero creía la existencia de un título en cabeza del causante (titulo putativo),

(17)Ver Dernburg, Enrique - Pnd. N.220 - Ferrini, Contardo "Manuale di Pandette" N. 316 - 3a. ed. Milano-año 1908.-

(18)Paccioni, "Corso di Diritto Romano" - Vol. II-pág. 288.- Pugliese, Giuseppe: ob. cit., pág. 18 y 19-nota N. 4.- (19)Ver el presente trabajo, pág. 2 p. 2.-

sobre cosas determinadas (20).-

Justiniano, cree con esto, haber conciliado la "usucapio pro herede", con el nuevo régimen por él instaurado al cual lo considera más justo. Sin embargo, le impone una li-

tación más: no se puede usucapir contra el "heres sous" y cosas que el verdadero heredero hubiera realmente obtenido la posesión. Quedaba de esta manera abierta la acción de petición de herencia o el Interdicto Quorum bonorum.-

d) Bona Fides: En esta época el cristianismo se ha extendido por todo el Imperio, y este elemento ético va impregnando el derecho en su totalidad. Es este un elemento subjetivo. Es la existencia de un error, la creencia de recibir la cosa del verdadero propietario y en constituirse legítimo titular de la cosa que se adquiere.-

La buena fe era exigida al comienzo de la posesión, no importando que después llegara al conocimiento del sujeto que su detentación no fuera la que correspondiera al verdadero estado de cosas que suponía legítima. "Mala fides superveniens non nocet." (21)

Se discutía en cierto tipo de adquisiciones, coma

(20) Nuestro Código en el art. 2449 establece el supuesto en que el heredero haya creído que el causante era el propietario y poseedor de la cosa, continúa detentando ella en nombre del verdadero poseedor (ver Cód. Civil Anotado de Llambías, Jorge Joaquin y Alterin, Jorge H. glosa al art. 2449-Ed. Abeledo Perrot ed. 1981.-

(21) El Derecho canónico, en cambio exige la buena fe durante toda la época de la posesión prescriptiva, el canon 1512 nos

la "pro soluto", si era necesario que la "bona fides" existiera en el momento de la celebración del contrato o de la adquisición de la posesión. Los proculeyanos exigían la buena fe en el momento de la tradición y los sabinianos, en cambio, al momento de celebración del contrato. Justiniano, cree conciliar ambas posturas exigiendo la buena fe en los dos supuestos.- (22)

En la época clásica, Paulo y Ulpiano se habían proclamado contrarios al título putativo como apto para la usucapión. Justiniano introduce en el "Corpus Iuris" la opinión contraria de Nerazio y Africano en favor de su validez, pero con ciertas limitaciones en su aplicación, pareciendo que quedaba reducida esta a la "usucapio pro herede" (23).-

7.-PRAESCRIPTIO LONGISSIMI TEMPORIS: Tenemos su antecedente en una constitución de Teodosio II que la estableció para los supuestos en que se quisieran ejercer acciones reales o personales estas quedaban extinguidas por el transcurso de los treinta años, a excepción de la acción hipotecaria. Por lo -----

dice: "Ninguna prescripción vale, sino hay buena fe, no solo al comienzo de la posesión, sino todo el tiempo de la misma que se requiere para la prescripción". En cambio, para nuestro derecho basta que ella haya existido al inicio de la posesión, art. 4008, segunda parte.-

(22)Vease Bonfante, Pedro: ob. cit. pág. 293.-Petit, Eugene: ob. cit., pág. 208.-Pugliese, Giuseppe: ob. cit., pág. 19.-

(23)Uease Petit, Pedro: ob. cit. pág. 309.-Bonfante, Pedro: ob. cit., pág.292.-Pugliese, Giuseppe, ob. cit. pág. 19.-En el Derecho Canónico el título putativo es apto para la prescripción corta.-

tanto, al cabo de ese plazo. el poseedor de mala fe, cesaba de estar expuesto a la "rei vindicatio", pero no adquiría la propiedad de la cosa. por lo cual, se perdía la posesión no tenía acción legal para recuperarla.-

Una "rescriptio" de Constantino estableció que si el poseedor detentaba una cosa por el plazo de cuarenta años adquiría la propiedad de esta.-

Justiniano estableció, que si se había poseído de buena fe por el plazo de treinta años de cosas pertenecientes a particulares y cuarenta de cosas pertenecientes a la Iglesia, al Fisco Imperial, obras pías y municipios adquiría la propiedad de ellas (24).

8.-LA PRESCRIPCIÓN EN EL DERECHO MEDIOEVAL: Extinguido el Imperio en Occidente, la legislación de los pueblos bárbaros en aquellos tiempos no distinguían las relaciones de propiedad y posesión, confundidas en el concepto de la "Gewere". no pudieron acoger de inmediato el instituto de la prescripción. El derecho germánico no le atribuía al tiempo eficacia para la adquisición de derechos. Solo se le admitía en ciertos casos como extintiva de derechos a los efectos prácticos de evitar pleitos y contestaciones interminables. que estaban basados en el plazo de un año y un día (25).-

(24) Ver Iglesias, Juan-ob. cit. pág. 281; Petit, Eugene ob. cit. pág.310.- Pugliese, Giuseppe - ob. cit. pág. 20 N.11; Bonfante, Pedro ob. cit. pág. 294; Gastan Tobeñas "Derecho Civil Español, Común y Foral" - T. II; pág. 332, Ed. Reus, - año 1978 - Díez Picazo, Luis -ob. cit. pág. 581.-.

(25) Beneyto, "Instituciones de Derecho Histórica Español", Barcelona, año 1930 - vol 1 - pág. 212.-

Son ejemplo de esto algunos fueros municipales españoles como el de Brighuera, Alcalá, Soria, Zorita y Molina (26).-

Pasados los primeros tiempos de influencia germanica, y con el correr de los primeros siglos de la alta Edad Media, y debido al renacer de la cultura y del estudio del derecho, sobretodo por influencia de la Escuela de Bolonia, se fue receptando el derecho romano en el derecho común, sin perjuicio de la influencia moderadora del derecho canónico.-

Aparece así, por influencia de este último la llamada prescripción inmemorial, que da por sentado la existencia de una posesión inmemorial. La doctrina escolástica llega a la conclusión que la memoria humana sobre la tierra no se conserva por testimonio directo más allá de tres generaciones (tria genicula). lo que se computa en treinta y tres años cada una de ellas (27). Esta prescripción inmemorial prevalece sobre los títulos anteriores a la posesión centenaria. Tiene su fundamento en los siguientes supuestos:

a) Ante el transcurso del tiempo y posible desaparición de títulos que demostraran ciertos derechos que estaban unidos al orden público en su protección y defensa quedaban saneados a través de una posesión inmemorial.-

b) Ante ciertos bienes en que el Estado y la

(26)Castan Tobeñas. José - ob. cit. pág. 333.-

(27)Vease que treinta y tres años fue la edad de Cristo en la tierra, y la triple generación quizá sea explicable porque desde antiguo se consideraba al número tres como sagrado o representante de la divinidad.-

Iglesia declaran imprescriptibles, pero que la aplicación práctica de este principio es imposible, dado la falta de registros adecuados, y a los efectos de una mayor seguridad jurídica, se permite su prescripción a través de una posesión inmemorial.-

9.- Como ejemplo de ello podemos mencionar:

a) Los bienes pertenecientes a la Iglesia Romana son usucapibles en base a la prescripción inmemorial. La ley 26, Tit. 29. Part. 3a. nos dice: "Las otras (cosas) que pertenecieren a la Iglesia de Roma tan solamente non la podría ganar por menor tiempo de cient años". Esta doctrina escolástica tiene su fundamento en las Decretales (De prescr., X, 2, 26 -c VII; IX; -XIII) y se mantiene en el actual Código de Derecho Canónico, en el canon 63-p.2 ("possessio centenaria val inmemorialis"). -

b) Los señoríos: La ley XII, Título I, part. 2a. nos dice: "E ha poderío cada uno de ellos (los señores) en su tierra en facer justicia o en todas las otras cosas que -han ramo de señorío, según dicen los privilegios que ellos han de los emperadores e de los reyes que les dieron primeramente el señorío de la tierra, o segund la antigua costumbre que usaron de luengo tiempo". Por lo tanto, a través de esta prescripción inmemorial se suplía la imposibilidad de reconstrucción de antiguos títulos (quod licet consuetudo inmemoriales habeat vim tituli seu privilegia, aut constitutii).-

c) Las regalías: La ley única del Título XXXVI del Ordenamiento de Alcalá nos decía: "de aquí adelante ningu-

no non tome portadgo, nin peage, nin ronda, nin castellería non teniendo cartas nin provillegios porque lo puedan tomar, e non aviendo ganado por uso de tanto tiempo acá que se pueda ganar segúnt derecho". A su vez el Papa Inocencio III había decidido que el derecho de percibir ciertas regalías como la de cobrar peaje, guía y de sal debía ser concedido por el Emperador o por el Papa excepto que sea justificado por una antigua y consetudinaria costumbre de cuyo origen la cual no se tenga memoria" (28).-

d) Privilegios de franquicias y exenciones fiscales: La ley 6a del Título XVII del libro VI de la Novisima Recopilación reconoce que se puede demostrar franquicias y exenciones fiscales, en ausencia de títulos materiales, mediante la prescripción centenaria. "El que no tuviere que títulos que prestar y se ayuda de prescripción immemorial". Mas adelante agrega que el "que alega y prueba prescripción immemorial" se encuentra exento del pago de ciertas obligaciones fiscales, tanto para el presente como para el futuro.-

e) Cosas Públicas: La ley 7a. Tit. XXIX, Partida 3a. establece la imprescriptibilidad de las cosas de dominio público a favor de los particulares. Pero, como ya hemos dicho (29), la práctica jurídica contraria lleva a la conclusión que a través de la prescripción inmemorial se permite la adquisición de estos bienes. Ejemplo de esto es lo opinión del glosador Gregorio López que al ^Preguntarse si " sed an praes-

(28)Constitución del año 1209-26-X.-

(29)Ver punto 7 b de este trabajo.-

cribirentur istae res, quae sunt in usu publico, praescriptio-
ne immemoriale?" el mismo se responde "videtur quod sic", en
virtud del alcance de la prescripción inmemorial, "omnia excep-
to libero homini usucapiuntur centum annis".-(30)

f) Mayorazgos: La Ley 41 de Toro, que se haya re-
petida en la Ley 1a. Tit. XVII, Libro X, de la Novísima Reco-
pilación estableció: "Mandamos que el mayorazgo se pueda pro-
bar por la escritura de constitución del, con la escritura de
la licencia del Rey que la dió, seyendo tales las escrituras
que fagan fee, o por testigos que depongan por las formas que
el derecho quiere del tenor de dichas escrituras; e assimesmo
por costumbre immemorial, probada con las calidades que con-
cluyan los pasados haber tenido o poseído aquellos bienes
por mayorazgo".- La legislación protegía al mayorazgo como
una institución fundamental para la conservación de la socie-
dad feudal. Pero, con el transcurso de los siglos se podía
haber destruido los títulos de su constitución, por lo que se
la permitía probar su existencia y aún modificaciones en
cuanto a su extensión por la posesión inmemorial o centenaria.
Estan de acuerdo los glosadores Antonio Gómez, que al comentar
las leyes de Toro nos dice "quia possessio per tempore
immemoriale habet vim legitimi tituli et concessionis",
asimismo de igual opinión es Luis de Molina que afirma:
"Praescriptio immemoria lis in rebus maioratus etiam contra
omnes sucessores admitti tur". En igual doctrina se inclinan

(30)García de Enterría. Eduardo: "Dos estudios sobre la usu-
canibn en el derecho administrativo' - peg- 44 y 45_ Instituto
de Estudios Politicos - Madrid - año 1955-

Gregorio López y el mayoraguista Trobat (31).-

g) También se podía adquirir por posesión inmemorial muchos otros derechos, como las servidumbres continuas y aparentes y discontinuas, según lo establecía la Partida 3a. Ley 15. En nuestro derecho vigente, Velez fue claro al establecer en la segunda parte del art. 3017: "Las servidumbres continuas no aparentes, y las servidumbres discontinuas aparentes y no aparentes no puede establecerse sino por título. La posesión aunque sea inmemorial no basta para establecerlas."

10.-En Francia y Alemania. cuando se imponen las invasiones barbaras caecen desuso el sistema prescriptivo romano. Con el transcurso del tiempo, al- irse_receptando nuevamente derecho romano aparece regulado en la Costumbre de París en su art. 113 la prescripción de diez y veinte años con el requisito de justo título_y buena fe. Asimismo se regulaba una prEscripción general en ausencia de alguno de los antedichos elementos de treinta años.-

En cambio, otras costumbres como la de Orleans y Cataluña (Usatge Ommes Causae) establecieron un solo regimen de prescripción por el plazo de treinta años.-

11.- LA PRESCRIPCION ADOUISITIVA EN EL DERECHO PATRIO: Producida la Revolución de Mayo, se siguió aplicando las normas hispanicas, con las modificaciones que establecieron las diver

(31)García de Enter a. Eduardo - ob. cit. págs. 46/48.-

sas legislaturas locales hasta la sanción del Código Civil. Nor lo tanto, era de aplicación en la prescripción corta el plazo de diez o veinte años, según fuere entre presentes o ausentes con los requisitos de justo título y buena fe, de treinta años, cuando faltare algunos de esos elementos y de cuarenta años con un plazo adicional de cuatro años más de gracia, cuando se prescribiere contra bienes del dominio del estado. (L. 21-Tit. XXIX-Part. III; L.7-Tit.XXIX,Part.III).-

La legislatura de la Provincia de Buenos Aires, sanciona el día 29 de julio de 1867 la ley N.500, que deroga el plazo de gracia de cuatro años a favor del estado, para reclamar sobre un bien en el cual un particular estuviere prescribiendo un bien del estado. A tal efecto, el art. único de dicha ley decía: "La posesión de terrenos situados en el municipio de esta ciudad y en los ejidos de los pueblos de campañas, continuada sin interrupción por cuarenta o más años, forma suficiente título de propiedad contra toda gestión de dominio por parte del fisco o de las municipalidades" (32).- Entre los años 1857 y 1870, la legislatura de Buenos Aires, dicta diversas leyes que se refieren al otorgamiento de títulos sobre inmuebles propiedad del estado y poseídos por los particulares por un mayor plazo de cuarenta años, por la venta de inmuebles sobrantes, según surgiera de los títulos, venta preferencial a los arrendatarios de bienes provinciales, etc. (33).-

(32) Levitán, José: "Prescripción adquisitiva de dominio"-2a. edición-año 1977-Ed. Astrea, pág. 31.-

(33) Levitán. José: ob. cit. pág. 24 y s.s.-

Finalmente, la ley 340 sanciona el Código Civil, el cual entró en vigencia el primero de enero de 1871 el cual en la Sección Tercera del Libro IU regula el régimen legal de la prescripción, tanto liberatoria como adquisitiva. En el Capítulo III de la Sección y Libro antes indicado se regula la usucapión de inmuebles. Cabe agregar, que la reforma establecida por la ley 17711 en el art. 4016 bis llenó el vacío de la usucapión de cosas muebles robadas o perdidas por parte de terceros de buena fe.-

#2.-PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA Y LIBERATORIA.- DIFERENCIAS ENTRE AMBAS INSTITUCIONES.- NATURALEZA JURÍDICA.- FUNDAMENTO.- ORDEN PÚBLICO.- ACCIONES IMPRESCRIPTIBLES.- IRRENUNCIABILIDAD.- CADUCIDAD: COMPARACIÓN CON LA PRESCRIPCIÓN.

11.-El tiempo, factor esencial en la existencia de la vida humana y necesario para la producción del devenir histórico va a tener lógicas consecuencias en las relaciones jurídicas. De manera, por el cumplimiento de los plazos fijados por las partes o por las leyes, se producirá el nacimiento o extinción de las acciones, derechos y obligaciones--

12.-Prescripción: concepto.- El artículo 2219 del Código Civil francés define a la prescripción como un "medio de adquirir o libertarse por un cierto lapso de tiempo, y bajo las condiciones determinadas por la ley" de derechos u obligaciones. Nuestro código, teniendo por antecedente la norma anteriormen-

te expuesta y al art. 1933 del proyecto de Goyena, describe en a segunda parte del articulo 3947 a la prescripción "como un medio de adquirir un derecho, o de libertarse de una obligación por el transcurso del tiempo".-

A su vez, la primera parte del art. 3947 nos dice que "los derechos reales y personales se adquieren y se pierden por la prescripción" No es exacto que todos los derechos reales se puedan adquirir por la prescripción adquisitiva, puesto que quedan afuera de este modo de adquisición los derechos reales de garantía y las servidumbres discontinuas aparentes y no aparentes, y las servidumbres continuas y no aparentes. Por otro lado, verdaderamente los derechos creditorios u obligacionales no se extinguen por el transcurso del tiempo. Ante la inactividad del acreedor, lo que sucede , es que funciona la prescripción liberatoria en cuanto extingue la acción o facultad de reclamar coercitivamente ante el órgano jurisdiccional el cumplimiento de la obligación, la que subsiste solo como obligación natural (arts. 515, 516 y 518).-

13.-Naturaleza juridica: Savigny (34), criticó la doctrina unitaria de la prescripción, la cual proviene de los glosadores, quienes veían en ella una causa común en la adquisición y extinción de derechos por el transcurso del tiempo. Ambos institutos, la prescripción extintiva y adquisitiva, para este autor no son más que causas peculiares de modificación de los derechos particulares a que se aplican.-

(34) Sistema de Derecho Romano Actual" 4, #177, y 5 # 237.-

Antes que Savigny, Pothier había reconocido el error de tratar como un solo instituto ambas prescripciones. Al encabezar su tratado de la prescripción (35) nos comenta sobre el tema "se trata bajo este epígrafe de dos especies de prescripciones que nada tienen de común, salvo el nombre. Llamaremos a una prescripción con efecto de adquirir, y a la otra, prescripción con el efecto de liberar".-

Los autores desde Aubry y Rau consideran equivocada la doctrina unitaria y tratan ambas prescripciones como figuras autónomas (36). Igual criterio siguen los modernos proyectos y legislaciones, como el proyecto franco italiano de las obligaciones, los Códigos civiles Alemán, Suizo, Italiano de 1942, el Brasileño, el Boliviano y el portugués de 1966.-

(35) Pothier, Robert Joseph: "Ouvres, Traité de la prescription que résulte de la possession"- pág. 330 y IX, pág. 317). segunda edición, Ed. Enri Plon, Paris 1961.-

(36) Aubry Charles M.B.S. y Rau, Charles: "Cours de Droit Civil Français" #210, pág. 290, tercera edición-año 1863. Cose, Impremeur Editeur.- Cof. Planiol, Marcel y Ripert, George: "Traité élémentaire de droit civil" T. III, N. 688, pág. 589, décima edición, Ed. Libraire Générale de Droit et Jurisprudence-Messineo. Francesco: "Manual de Derecho Civil y Comercial" traducción de Santiago Sentis Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América-año 1971, T. III, pág. 314. Mazeaud. Henri León y Mazeaud, Jean: "Lecciones de Derecho Civil", parte II. Vol. IV, pág. 194 y parte II, T. III, pág. 409.- Puoliese, Giuseppe: ob. cit.. pág. 28.-

El Anteproyecto de Bibiloni legisla la prescripción liberatoria en el Libro IV, Título XVI, y la adquisitiva en el Título siguiente. Adopta tal metodología legislativa, por entender que sin perjuicio de no poderse construir una teoría general de la prescripción adquisitiva y extintiva hay elementos que le son comunes como las causas y plazos de interrupción y suspensión, la situación del juez en el proceso y el momento de alegarla (37). En cambio el proyecto de 1936 trata la prescripción adquisitiva aparte de la liberatoria como uno de los modos de adquirir los derechos reales. Igual criterio adopta el anteproyecto de 1954. Sin embargo, el Código Civil Mexicano adopta -----

(37) Al respecto Bibiloni nos dice: "una y otra se rigen por disposiciones comunes sobre su acaecimiento. Comunes son las reglas sobre computación y trascurso de los términos, sobre la suspensión e interrupción, sobre la situación del juez del proceso, y de la naturaleza de sus efectos respecto de los derechos mismos ejercitados. Nadie podrá cometer error sobre la extensión de la usucapión a casos no perceptuados como susceptible de ella desde que son reglas limitadas a relaciones jurídicas circunscriptas por la ley...Con eso solo se demuestra que la prescripción extintiva y la usucapión no son tan opuestas como se pretende y que nada justifica la separación de institutos distintos, es cierto, pero afines, sometidos a preceptos comunes aunque tengan caracteres individuales. ("Reforma del Código Civil! anteproyecto de Juan Antonio Bibiloni, T. III-pág. 582/583 Ed. Guillermo Kraft. Ltda. año 1940).-"

el criterio sustentado por Bibiloni (38).-

14.-Podemos mencionar como notas distintivas entre la prescripcon adquisitiva y liberatoria a (39):

1) La usucapión se refiere y se aplica a los derechos reales que se ejecen por la posesión con exclusión de los de garantía. La prescripción liberatoria se aplica a la extinción de ciertas acciones que no son las reales, las que perduran mientras subsista el derecho al cual protegen (40).-

2) Desde el punto de vista del funcionamiento la prescripción liberatoria funciona "odio negligentiae" mientras que la usucapión "favore possessionis".

3)En cuanto a los efectos, la prescripción liberatoria produce la extinción de la acción (41), la adquisitiva, en cambio, consolida al poseedor transformandolo en titular del derecho

(38) Código Civil mexicano para el Distrito Federal y en materia federal: arts. 1135 y s.s.

(39) Sobre el tema ver a Diez-Picazo, Luis: ob. cit. pág. 582, # 580.-

(40) Sobre las acciones imprescriptibles ver el pr. 24 del presente trabajo.-

(41) Se ha discutido si la prescripción liberatoria en su naturaleza jurídica consiste en ser una acción o una excepción. Esta distinción es importante, porque si entraña ser una acción, puede ser solicitado su reconocimiento por el interesado como fundamento de una demanda para que se reconozca la extinción judicial de una obligación ; en cambio, si es una excepción, debe esperar que accione el titular del crédito para poder oponer su defensa. La doctrina mayoritaria a la

real, siendo de esta forma un modo de adquisición de los derechos reales (42).-

4) La usucapión, a diferencia de la prescripción liberatoria tiene su ámbito de aplicación en los Derechos Reales, en cuanto es causa de extinción de estos derechos patrimoniales (43).

cual adherimos sostiene la primer postura: conf. Salvat, Raymundo M. "Tratado de Derecho Civil Argentino-Obligaciones", N. 2051- Couture, L.Ley T. I, N.66-Rezzónico, Luis Maria, ob. cit. pág. 1102.-

(42) Bibiloni, nos dice que atento lo dispuesto en el art. 3964, en cuanto el juez no puede suplir de oficio la prescripción, y esta debe ser opuesta por la parte interesada oportunamente (art. 3962), "si no lo hace, si no se defiende oponiendo la excepción perentoria, el derecho ejercitado y la acción que se apoya en él, producen todos sus efectos. No están extinguidos. La prescripción no ha hecho, pues, adquirir el derecho opuesto al ejercitado. No hay dos dominios posibles sobre una cosa. El del reivindicante existe en toda su integridad y el juez no puede suplir la prescripción que la parte no opone, condena. La prescripción no es un modo de adquirir ni extinguir derechos. Es una facultad deferida por la ley para defenderse e impedir el ejercicio de un derecho contra una persona que debe invocarla para que se le reconozca una situación jurídica incompatible con la acción intentada" ob.cit. pág. 581.-

(43) Art. 2606 C.C.- Ver también Díez-Picazo, Luis: ob. cit. pág. 583.

15.- Fundamento: Es conveniente que situaciones inestables y dudosas queden resueltas a través del tiempo ante la inacción de los interesados. Si el acreedor o el propietario no reclaman su crédito o su propiedad dentro del plazo establecido no es justo que estas situaciones inciertas se prolonguen indefinidamente, más cuando se ha borrado el acto de la memoria de los protagonistas. por ello. los romanos la llamaban "Patrona generis Humanis et finem sollicitudinis et litium". Otra razón es la presunción de la inactividad del titularer del derecho implica en ciertos casos una renuncia tácita a los mismos. También se tiende a consolidar la estabilidad jurídica en la relaciones y transacciones económicas, quien estaría seguro que aquél que le trasmite la propiedad no es su verdadero titular, pudiendo estar sometido a una reivindicación tardía? Si las cosas materiales fueran imprescriptibles sería imposible el estudio de títulos en los inmuebles, base imprescindible para seguridad en dichas adquisiciones.-

Por lo tanto, como dice Llambías "!facilita la prueba del dominio ya que no hace necesaria la demostración de la legitimidad del título durante el lapso de la prescripción. ahorrando la prueba de la legitimidad anterior. que si no tuviese un término resultaría imposible"(44)

Poe Ultimo. se castiga a los titulares que abandonan ciertos bienes materiales. consolidando la propiedad el el actual poseedor. De esta manera. se busca, que vuelvan al circuito económico, estos bienes, que de otra manera quedarían improductivos.-

(44) "Tratado...Parte General" pág. 672.-

16.-Se pueden clasificar a las teorías que intentan justificar a la usucapión en dos corrientes:

a)Teorías subjetivas: basan el fundamento de la prescripción en consideraciones humanas, aquí quedan encuadrados aquellos que sostienen la importancia del presunto abandono del propietario de su derecho, o su actuar negligente o desinteresado(45).-

b)Teorías objetivas: Las teorías objetivas, en cambio, fundamentan este instituto en causas que son ajenas a la naturaleza humana, como fines de utilidad social, donde conviene dar seguridad y estabilidad al poseedor que detenta la cosa por un cierto tiempo, como asimismo a las transacciones económicas,

(45)Algunos autores ven en la prescripción "una pena infligida al propietario o autor negligente". Ver sobre el tema a Pugliese, Giuseppe, ob. cit. p. 19 y 20. También se ha sostenido que es una sanción, pena o renuncia" Ricci, "Corso teorico-pratico di prescrizione nel diritto civil italiano" T. 5 N. 143. Domat nos dice que "todas estas especies de prescripciones, que hacen adquirir o perder derechos, están fundadas sobre esta presunción: que el que goza de un derecho debe tener algún justo título sin el que no se le habría dejado gozar tanto tiempo; que el que deja de ejercer un derecho ha sido despojado por alguna justa causa" Domat, Jean: Oeuvres. Traité de lois civiles" Ed. Ches Louis Tenré, Paris 1822. Ver también: Machado ob. cit. T. XI, pág. 18; Savigny, C. ob. cit. T. III, pag. pág. 196 y 197.-

como facilitar la prueba del dominio (46).-

c)Teorías mixtas:Entienden sus partidarios, que lo que verdaderamente tiende a justificar la prescripción son razones de orden subjetivo como objetivo. Así Lafayette, nos dice que no solo "la negligencia del propietario no es una razón determinante de la prescripción adquisitiva", lo que hay que valorizarlo "como una consideración moral de gran valor que nos permite mirarlo bajo una luz más favorable, y disminuir el carácter expoliativo que a primera vista se le suele atribuir" a la prescripción (47).-

Para Pothier lo explica como una pena o negligencia del acreedor o propietario. Ob. Cit. T. II. N. 679. 718 y 723. Ver también sobre las clasificaciones de las teorías sobre la prescripción adquisitiva a Gomes. Orlando "Direitos Reais", Ed. Forense, Rio de Janeiro, edición año 1976.-

(46)Para Mourlon la prescripción se funda "en una presunción legal de una causa legítima de adquisición o liberación" "Répétitions écrites", T. III N. 1753 y 1754.Para Diez-Picazo este instituto "fue introducido en atención al bien público y no se trata con ella de favorecer y de proteger con ella intereses individuales sino un interés social general de la vida económica y jurídica" Ob. Cit. pág. 588-p.585.-

(47)Direitos das Cosas, vol. 1. pág. 171.-Los redactores del Código napoleónico se han inclinado por una postura mixta, ejemplo de ello es el informe presentado en el Cuerpo Legislativo por el Tribuno Goupil-Préfeln el 24 del ventoso del año XII, que dice así: "La prescripción es odiosa. sin duda. si ella es empleada por la mala fe para hacer de la usurpación un

17.-Orden Publico: "De todas las instituciones del derecho civil, la prescripción es la más necesaria para el orden social" nos decía Bigot de Prémeneau al presentar ante el Cuerpo Legislativo el proyecto de título relativo a la prescripción(48) Este insustituto, introduce seguridad en el derecho dado que se está poniendo límites en el tiempo a las reclamaciones jurídicas. Por ello Laurent tan claramente alegaba: "Representaos un instante el estado de una sociedad en la que pudieran alegarse derechos que dataran de diez mil años! (49). De otro modo sería imposible para los sujetos conservar indefinidamente la documentaciones que demuestre la extinción de las obligaciones y la titularidad de los derechos reales. Llegándose así a verdaderas pruebas imposibles o diabólicas--

Muchos sostienen que de esta manera se legalizan

título legal de propiedad o para negar una adquisición que no esté completada (o sea insuficiente) por ella. La opinión pública hace justicia de la expoliación; pero se encuentra sin otros medios y sin la fuerza para el restablecimiento de los principios de la lealtad y la moral que son necesarios...La prescripción es una de esas instituciones beneficiosas y saludables sobre las cuales reposa la tranquilidad de todos, de las familias y del orden social; ella debe ser consagrada por la legislación de todos los pueblos organizados y que reconocen el derecho de propiedad"--"Code Napoleon, suite de l'exposés des motifs, sur choque loi, présenté par les Orateurs du Gouvernement;...PARIS-Chez Firmin Didot, Libraire-Ed. 1808.-

(48) Fenet, T. XV, pág. 573.-

(49) Laurent, Francois: "Principes de droit civil"-4 ed. Ed. Bruylant-Cristhe y Cía. - Bruselas 1876/1878-T.XUIII-N.5.-

verdaderos despojos, en donde el deudor en que no se haya liberado invocará la prescripción, o el poseedor reclamará la propiedad por haber realizado actos posesorios en un inmueble durante el plazo legal. Lo que aquí se castiga también, como hemos dicho. la negligencia del acreedor y se pretende que los bienes económicos no queden indefinidamente inexplorados (50). Por ello, es tan justa la apreciación de Bigot de Prémeneau: "Si, de resultas, la equidad se encuentra vulnerada, solo puede ocurrir en casos particulares. La justicia general se ha hecho; y de ese instante, los intereses privados que puedan sentirse lesionados deben ceder ante la necesidad de mantener el orden social (51).-

18.-Irrenunciabilidad: El art. 3965 de nuestro código nos dice: "Todo el que puede enajenar, puede remitir la prescripción ya ganada, pero no el derecho de prescribir para lo sucesivo". Son antecedentes inmediatos de esta norma los art. 2220 y 2221 del C. C. Francés y el 2127 del C.C. Napolitano. Velez en la nota es bien claro al decirnos que "renunciar a una prescripción cumplida es renunciar al objeto mismo que la prescripción ha hecho adquirir, y por consiguiente puede hacerlo el que tenga capacidad para enajenar. Pero renunciar con anticipación a la prescripción, es derogar por pactos una ley que interesa al orden público, y autorizar convenciones que favorecen el olvido de los deberes de un buen padre de familia, fomentado la incuria en perjuicio de la utilidad general.

(50) Ver las teorías que explican el fundamento de este instituto, p. 15 Y 16, pág. 26 de este trabajo.-

(51) Fenet, T. XV, pág. 575.-

Si se permitiese tales renunciaciones, -vebdrían a ser de estilos en los contratos, y la sociedad quedaría desarmada, desde que se le quitaba su más firme apoyo"

19.- Pueden los acreedores oponerse a la renuncia de la prescripción que haga el deudor? El art. 3963 nos da la respuesta: "Los acreedores y todos los interesados en hacer valer la prescripción. pueden oponerla a pesar de la renuncia expresa o tácita del deudor o propietarios" En este caso, el derecho prescrito o la obligación liberada es un derecho patrimonial del deudor, que al disponerlo en forma gratuita perjudica a los acreedores, teniendo estos en consecuencia la acción que le brinda el art. 967 (52).-

Pero, si el deudor lo dispone en forma onerosa, habrá que ver los distintos supuestos. Si es en virtud de una transacción nos encontramos con una doble prestación, abandono por ambas partes de derechos contrarios, y rige la aplicación de los arts. 968 y s.s. Los mismos extremos se darán para los distintos actos jurídicos a título oneroso.-

En cambio, si se promueve una acción reivindicatoria. y el deudor no opone la prescripción en tiempo oportuno en perjuicio de sus acreedores, puede demandarse la nulidad del acto? Habrá que demostrar la colusión entre el deudor y el reivindicante, sino nos encontramos ante la auotoridad de la

(52) Troplong citado en la nota al 3963, refiriéndose a estos casos nos dice: "si quereis mostraros generosos no prevaleciendoos de una caducidad que os repugna, podeis haceros sin duda, pero a condición de libertaros ante todo de las deudas más urgentes, y que no comprometais la suerte de los acreedo-

cosa juzgada.-

20.- Cuáles son los interesados que habla el art. 3963? Aquí podemos mencionar a los fiadores de las obligaciones personales. Extinguida la acción, queda liberado el fiador, y mal puede el deudor hacer renacer **la** fianza o garantía en la renuncia de la prescripción.-

21.- En el supuesto de los herederos habrá que ver el carácter de estos. Tanto los herederos presuntivos como los instituidos no se verán afectados por las decisiones que tome el poseedor que haya usucapido una propiedad.-

Distinto es el caso de los herederos forzosos si ven afectada la legítima. En este supuesto, como estamos ante un acto gratuito podrán reclamarlo aún del antiguo propietario porque habría ingresado en el patrimonio del causante (53)

21.-El acreedor hipotecario, podrá ejecutar una hipoteca sobre un inmueble en donde hubiera prescrito la obligación, y el deudor hubiere renunciado a la prescripción? Si el inmueble está en poder del deudor y no se perjudicase a terceros, evi-

res que han sabido mantener sus derechos" Prescription N.103 y s.s. Velez a su vez agrega: "los acreedores pueden hacer valer todos los derechos y acciones de los deudores que no sean exclusivamente personales de estos".-

(53) Conf. Machado, Olegario: "Exposición y comentario del Código Civil Argentino", pág. 67-Felix Lajouane, Editor-ed. año 1903.-

dentamente que sí. Pero si ha sido transmitido a título oneroso a un tercer poseedor, habrá que ver si la renuncia a oponer la prescripción extintiva se produjo antes o después de la transmisión. Si es en el último supuesto, creemos que es de plena aplicación el art. 3166, y la solución será la positiva (54).-

22.-Si se ha hipotecado un inmueble ganado por prescripción no podrá el deudor renunciar dicho derecho a favor del antiguo propietario en perjuicio del acreedor. Seguiría valiendo la hipoteca y el acreedor podría perseguirlo aún en manos de su antiguo dueño, porque el constituyente del derecho de garantía era propietario de la cosa sobre la cual se suponía constituir este derecho real, conf. con el art. 3119 (55).-

23.-La renuncia a la prescripción puede ser expresa o tácita. Es expresa, cuando resulta de una manifestación expresa e inequívoca de la voluntad, contenida en un acto que así lo demuestre. La tácita, resultará de los hechos que demuestren su abandono, como por ejemplo, ante una reivindicación no oponer la prescripción como excepción.-

(54)Ver Laurent: ob. cit. T. 32 N. 215.-Llerena, Baldomero:

"Derecho Civil, Concordancias y Comentarios del Código Civil Argentino"-Carlos Casavalle, Editor- Ed. año 1891.-pág.386.-

(55)Conf. Laurent: ob. cit. T. 32 N.215 y s.s. - Machado. Olegario: ob. cit. T. 11, pág. 67-Llerena, Baldomero: ob. cit. T.7, pág. 386 y 387.-

24.-Acciones imprescriptibles. Distintos Supuestos: El principio de prescriptibilidad de las acciones no es absoluto. Hay ciertos derechos que se pueden ejercer en cualquier momento porque no lo perjudica el transcurso del tiempo.

25.-El art. 4019 establece el principio de la prescriptibilidad de las acciones, con las excepciones que allí enumera. De esta manera establece en el inc. 1 que es imprescriptible "la acción de reivindicación de la propiedad de una cosa que está fuera de comercio". Ello es lógico dado que estas cosas son inalienables por su condición legal y por lo tanto pueden ser reclamadas en cualquier momento.-

26.-La misma acción de reivindicación es en principio imprescriptible por el carácter perpetuo del dominio (art. 2510) y tiende al reconocimiento de la existencia del derecho real (art. 2756) en virtud del cual recupera la posesión perdida (art. 2758 y 2772). Por lo tanto, la podrá ejercer el titular del derecho real hasta que este no lo pierda sea en forma voluntaria o involuntaria por la usucapión.-

También son legitimados activos para el ejercicio de la acción de reivindicación y podrán ejercerlos como tal hasta que no pierdan su derecho por cualquier causa de extinción, entre las cuales contamos el no uso por el plazo de diez años, el usufructuario (art. 2772, 2876 y 2924), el usuario y habitador (arts. 2950, 2772 y 2924).-

27.-Sin embargo, el código parecería traer dos supuestos de excepción, donde se manifestaría la prescriptibilidad de la acción de reivindicación. Una de ella es con relación a la avulsión. El art. 4039 nos dice que "se prescribe por seis meses, la acción de los propietarios ribereños para reivindicar los árboles y porciones de terrenos, arrancados por la corriente de los ríos". Algunos autores, han considerado, que este supuesto del art. 4039 donde se hace cesar una acción de por sí imprescriptible, es un caso de usucapión y no de prescripción liberatoria (56).-

En cambio, otros autores parecerían que sostienen la doctrina contraria a la cual adherimos en el sentido en que nos encontramos frente a una excepción a la imprescriptibilidad de la acción de reivindicación (57).-

(56)ver: Llambias, Jorge J., Alterini, Jorge H. Código Civil Anotado-T.IV-A, pág. 372-glosa al art. 2584-Llambias, Jorge J. "Tratado de Derecho Civil-Obligaciones" ed. Perrot-T.III-N. 2109),pág. 453/454. El autor citado, opina que "el punto de partida de esta prescripción de seis meses debe ubicarse en el comienzo de la realización de los actos posesorios que efectuó el poseedor actual de las cosas removidas por el avulsión". En el mismo sentido, en que estamos ante un caso de usucapión se pronuncian Spota A. G. "Tratado de Derecho Civil", vol. 10 N. 2267 bis; Borda, G. A. "Tratado de Derecho Civil" D. Reales-T. II - N. 1139 - Segovia. L."Código Civil Comentado" T.II, pág. 786, nota 51 al art. 4041.-

(57)Salvat, que en primer momento pareciera que se inclina por la tesis contraria al decir que "pasados los seis meses, la ley considera la propiedad adquirida por el dueño del fundo

28.- El otro caso es el del art. 3890 que establece que "si el acreedor prendario ha sido desposeído de la prenda contra su voluntad, puede reivindicarla durante tres años".-

Velez cita en la nota como antecedente al art. 2279 del Código Civil Francés que le acuerda la acción de reivindicación durante tres años a quien ha perdido o le han robado una cosa mueble. Dicho plazo se cuenta desde que haya sucedido la pérdida o robo de la cosa mueble, y el adquirente debe de ser de buena fe.-

A su vez Martou citado también por el codificador nos dice: "que el derecho de reivindicación con que el art. 2279 arma al propietario en caso de pérdida o de robo, puede ser invocado por el poseedor pignoraticio"(58) El código civil

donde los árboles y porciones de terreno han ido a depositarse siendo por esta causa que la acción de reivindicación queda extinguida"; pero enseguida sostiene que el plazo se cuenta desde el momento que el ribereño ha tenido "conocimiento de los hechos" - Obligaciones T. III, pág. 635 - nota N. 504.-Machado, sostiene que "la prescripción comenzará a correr desde que el hecho tuvo lugar, sin esperar a que el propietario haya conocido la pérdida sufrida" y además en la nota al art. 4039 nos dice que "esta acción es la que se prescribe por seis meses" ob. cit. T. 11 r pág.340/341.- Para Rezzónico, esta "acción de los propietarios ribereños para reivindicar los árboles y porciones de terrenos arrancados por la corriente de los ríos (avulsión)" prescribe a los seis meses. Rezzónico, Luis María - Estudio de las Obligaciones en nuestro Derecho Civil - Ediciones Depalma - novena edición - año 1986.- (58) Martou. II; 452.

francés le otorga al acreedor prendario que hubiera sido despo-
seido contra su voluntad la facultad de reivindicar la cosa en
los términos del art. 2279 inc. 2 de dicho cuerpo legal (59).
Por lo tanto queda equiparado el régimen de reivindicación de
cosas muebles por parte del propietario que la hubiera perdido
o le hubieran robado con la reivindicación del acreedor
prendario.-

En cambio, nuestro código en su redacción origi-
naria, estableció a diferencia de la legislación francesa, en
la cual tuvo de inspiración en esta materia, imprescrip-
tibilidad de las cosas muebles adquiridas por terceros ad-
quirentes de buena fe de cosas robadas o perdidas, salvo la
limitación del art. 2768 en cuanto hace al pago del precio que
el poseedor hubiere hecho (60). De esta manera queda demostrada
que el legislador rompió la armonía que existía en la fuente
que tomó de modelo. Por lo tanto, el problema planteado es el
determinar si el plazo que establece el art. 3890 es a) un caso
de prescripción adquisitiva por parte del poseedor de la cosa
mueble?; b) es un supuesto de caducidad en el derecho de
ejercer la acción reivindicatoria por parte del acreedor pren-
dario?; c) o es un supuesto de prescripción de la acción rei-

(59) Mazeaud, Henri y Leon-Mazeaud, Jean: ob. cit. póg. 116 y
s.s. (n. 78). Ver de los mismos autores Parte II, vol. IV-pág.
235 y s.s. (n.1516) sobre la adquisición de la propiedad de los
muebles por la posesión de buena fe (Régimen de los arts. 2279 y
2280).-

(60) Ver pr.160 y s.s del presente trabajo.-

vindicatoria?

29.- Negamos la posibilidad de que nos encontremos ante una prescripción adquisitiva de cosas muebles, porque aunque el acreedor prendario no pueda promover la acción reivindicatoria **Si** lo podrá hacer el propietario de la cosa con las limitaciones del art. 2768 y 4016 bis. del Código.-

30.- Algunos autores se inclinan a creer que nos encontramos ante un plazo de caducidad para ejercer la acción de reivindicación (61), postura que no compartimos por entender que la caducidad debe interpretarse en forma restrictiva.-

31.- Finalmente creemos que nos encontramos ante otro supuesto de prescripción liberatoria de la acción de reivindicación dado que el legislador nada aclara sobre la naturaleza de esta acción.- (62)

(61) Conf. Llambías, Jorge Joaquín; ob. cit. "Tratado...Obligaciones" T. I, pág.718 - n. 589-Allende, Guillermo L. y Mariani de Vidal: "Los privilegios en la ley de concursos y en el Código Civil", pág. 70-Victor P. de Zavalía-Editor-año 1974

(62) En el derecho comparado la mayoría de las legislaciones le acuerdan acciones posesorias y petitorias al prendario. En el derecho italiano además de estar habilitado para ejercer las defensas posesorias tiene acciones petitorias. ejerciendo de esta manera la acción de reivindicación a "nomine proprio de una acción ajena. o sea que usa de ella iure alieno: exactamente. según la noción de sustitución procesal (art. 81 del

32.-La acción confesoria es imprescriptible cuando tenga por finalidad el reconocimiento de la plenitud de las servidumbres hasta tanto este derecho no se haya extinguido (arts. 3045 al 3067). -

Lo mismo ocurre, cuando se tenga por finalidad la protección de las restricciones al dominio reguladas en el Título UI del Libro III del Código. El ejercicio de dicha legitimación surge del art. 2796 en cuanto habla de la protección de los "derechos inherentes a la posesión, que se determinan en este Código" que no son otros que la contrapartida de las "obligaciones inherentes a la posesión" del art. 2418 (63).-

C. de Proc. Civ." por el término que la podría utilizar el propietario.- (Ver. art. 2789/1790 C. C. italiano-Messineo. Francesco: "Manual de Derecho Civil y Comercial" Traducción de Santiago Sentis Melendo-Ediciones Jurídicas Europa América. año 1971-Buenos Aires.- pág. 89. Igual postura adopta el Código Civil Boliviano: art. 1406: "El acreedor que ha perdido involuntariamente la posesión de la cosa recibida en prenda, puede ejercer, además de las acciones en defensa de la posesión, la acción reivindicatoria, si ella corresponde al constituyente". En cambio, en el derecho alemán se la concede en "iure proprio" - ver Hedemann, J. W. "Tratado de Derecho Civil" vol. II - pág. 492 - Ed. Revista de Derecho Privado - año 1955 (63) Conf. Mariani de Uidal, Marina: "Curso de Derechos Reales" Ed. Victor P. de Zavalia - T.III - año 1975 - pág. 166-P.3.-

33.-La acción negatoria que tiende a la protección de la libertad del ejercicio de los derechos reales (art. 2800 y 2801) y como tal es imprescriptible hasta que alguien pueda oponer una usucapión contraria (art. 4019 - inc. 4) (64)

34.-El Código enumera entre las acciones imprescriptibles la de "división" mientras dure la indivisibilidad de los comuneros y la del propietario de un fundo encerrado por las propiedades vecinas, para pedir el paso por ellas a la vía pública (art. 4019 inc. 3 y 6). Igual carácter tienen la acción de deslinde de inmuebles, de construcción de muros, cercos y fosos, de construcción de acueducto en predio ajeno (conf. art. 3082) y la de recibir aguas de predios superiores cuando ello fuere motivado por razones de riego o funcionamiento de establecimientos industriales (art. 3097) (65).-

En estos casos, el fundamento de la imprescriptibilidad se encuentra en que estamos ante "facultades que corresponden a ciertos derechos, -que no viven independientemente de estos"(66). "El derecho...forma la base de donde nacen las facultades que el individuo ejerce para gozar o usar de las

(64)Conf. Llambías, Jorge "Tratado de Derecho Civil" Parte General, pág. 675, N. 2106.- Machado, ob. cit. pág. 269.-

(65)Ver anteproyecto Bibiloni, art. 3425. inc. 6. proyecto de 1936, art. 323, inc. 8 y 9: anteproyecto de 1954. art. 322, inc. 5 y 6.-

(66)Llambías, Jorge J. "Tratado..."Parte General. pág. 675. N. 2107.- Llambías. Jorge Joaquín. Alterini, Jorge Hóctor "Código Civil..." T. IU-A Glosa a los arts. 2515, 2516 y 2518-pág. 310

cosas" (67). Estas gozan de las características de "non datur praescripto" porque se hallan "atadas" al ejercicio de los derechos y subsistirán hasta que estos se extingan.

35.- El Código nos dice que es imprescriptible "la acción relativa a la reclamación de estado, ejercida por el hijo mismo" (art. 4019, inc. 2). La doctrina está de acuerdo en que son imprescriptibles todas las acciones referentes a las relaciones familiares y pueden ser deducidas en cualquier momento para obtener el reconocimiento del estado familiar (68). Esta solución fue propuesta en el anteproyecto de Bibiloni (art. 3389; Proyecto de 1936, art. 323 inc. 4 y anteproyecto de 1954 art. 306, 2a. parte).-

36.-El inc. 5 del art. 4019 incluye también entre las acciones imprescriptibles la "de separación de patrimonios, mientras que los muebles de la sucesión se encuentran en poder del heredero". El art. 380 del Código Civil Francés declara que a los tres años prescribe la acción para solicitar la separación de patrimonios, pero en el caso de los inmuebles esta puede ejercerse mientras se encuentre el bien en poder del heredero. La nota de Velez al inc. de referencia dice que "esta es una de las acciones que no se prescriben directamente, pero si indirectamente prescribese las cosas", por lo que parecería que

(67)Machado, José Olegario, ob. cit. T. 11-pág. 271-comentario al art. 4019. inc. 6.-

(68)Machado, José Olegario, ob. cit. T.11, pág. 263 y s.s.-comentario al art. 4019-inc. 2)-Llambias. Jorge Joaquin, "Trata-

tuvo la intención de que se refería a los inmuebles. Segovia hace notar que dado que es similar la situación de los muebles e inmuebles, el art. 3443 autoriza la separación mientras esté en poder del heredero, o del heredero de éste. (69).

37.-Caducidad. Comparación con la prescripción: Probablemente la caducidad es uno de los temas más oscuros del derecho. Jossierand la define como "el plazo que concede la ley para hacer valer un derecho, para realizar un acto determinado, y que tiene carácter fatal. Una vez transcurrido y ocurra lo que ocurra, el derecho no puede ser ejercitado, el acto no puede ser ya cumplido: el retardatario incurre en una verdadera pérdida: pierde la prerrogativa, la posibilidad que le concedía la ley"(70). A su vez, Aubry y Rau, la explican diciendo que "cuando la ley por razones particulares vinculadas al carácter de la acción y a la naturaleza de los hechos o relaciones jurídicas, que le dan nacimiento, acuerda esa acción con la condición de ser ejercida en un tiempo determinado, a cuya expiración ello importa una caducidad y no constituye una variedad de la prescripción (71).-

(69) Segovia, José Olegario: "Exposición y Comentario..." T. 11-pág. 270/271-comentario al inc. 5 del art. 4019.-

(70) Jossierand, Louis "Derecho Civil" Ed. La Editorial Católica -Madrid- N. 1002.-

(71) Aubry y Rau: ob. cit. T. VI-pág. 516-N. 771.-También nos dicen los autores citados que la caducidad produce la extinción del derecho, con independencia del accionar negligente de la parte en cuanto ejercitan o no la acción. Ver pié de página N. 7 en la obra citada.-

38.-Otros autores, como Tissier(72) sostienen que no existen diferencias entre prescripción y caducidad. Igual criterio adopta Bibiloni, que en el art. 3390 nos dice "Los derechos que en virtud del acto jurídico constitutivo o por disposición legal, solo existen por tiempo determinado o deben ser ejercidos dentro de él, no están sometidos a las reglas de prescripción. Caducan por la expiración del término, si no se dedujese la acción o se ejerciese el derecho; se aplican en este caso las disposiciones sobre interrupción de la prescripción" (73)

39.-Recientes posturas doctrinarias, entienden que la diferencia entre la caducidad y la prescripción, estriban en que la

(72) Prescription. N. 36.-

(73) Anteproyecto... ob. cit. pág.584 - T. III.- Por ello para Bibiloni, los plazos de caducidad no son más que casos especiales de prescripción que "se caracterizan por ser establecidos para efectuar hechos dentro de ellos, sea en el acto constitutivo, sea independientemente del acuerdo o voluntad de los interesados, con el objeto de caducar la facultad por el simple transcurso de ellos". Semejante criterio adopta el proyecto de 1936, al establecer en el art. 305 "in fine" que "les son aplicables las reglas sobre interrupción de la prescripción prevista en el art. 316". Es decir, ambos no aceptan que puedan suspenderse los plazos de caducidad. sino suspenderse. Por lo tanto, en su naturaleza jurídica, entienden que son supuestos especiales de prescripción.-

primera es correlativa a un poder o potestad. mientras que la prescripción lo es a un derecho subjetivo(74).-

40.-La doctrina nacional entiende en su mayoría que las diferencias entre ambos institutos consiste en que:

1) La caducidad extingue el derecho, en cambio la prescripción solamente la acción. Por lo tanto, la caducidad, produce un efecto más intenso, por lo que su aplicación en caso de duda de estar ante uno u otro instituto es que nos encontramos frente a una prescripción. Otra consecuencia que fase deriva de lo expresado, que cumplida una obligación prescripta ella no puede repetirse por encontrarnos frente a una obligación natural, hay pago válido (art... 516 C.C.) En cambio si se cumple una obligación caduca, hay pago inválido, sin causa, por lo que puede repetirse (art. 793 C. C.) (75).-

2)La prescripción es una institución de carácter general que afecta, en principio a todos los derechos. La caducidad, en cambio. afecta a ciertos derechos particulares. que nacen con una vida limitada en el tiempo. Para vernos eximidos de la prescripción-se requiere la existencia de una norma de carácter general (76).-

(74)Messineo, Francesco: ob. cit. T. II-pág. 76-p.13bis.-

(75) Ver: Troplong: ob. cit. T. I N. 27- Galli, en "Tratado de Derecho Civil...Obligaciones" de R. Salvat N.2311 b.-Rezzonico, Luis Maria: ob. cit. pág. 1205 y s.s. T. II- Llambias, J. J. "Tratado...Parte General" T. I. pág. 699/700, N. 2148 y 2149.-

(76)Llambías, J. J. "Tratado...Parte General" T.II, pág. 700 N. 2149.-

3) La prescripción puede verse afectada en su curso por la suspensión e c interrupción. La caducidad, en cambio no, sus plazos son perentorios. Si no se ejerce el derecho dentro del mismo, este se extingue (77.-

4) En cuanto a su origen,, la prescripción tiene su fuente en la ley. La caducidad, en cambio puede ser establecida por la ley o por la convención de las partes. Distintos son los fundamentos de una y de otra. La prescripción tiende al mantenimiento del orden social y de la seguridad jurídica. La caducidad, en cambio no, al ejercicio de un derecho dentro de un plazo determinado.-

5) Por último, la prescripción suele tener plazos más amplios que la caducidad. atento la índole de derechos subjetivos que tienden a proteger.-

(77) Conf. Lambías, J. J.: "Tratado...Parte General" T. II, pág. 700, N.2149.- Rezzonico. Luis María: ob. cit. T. II, pág. 1205 y s.s. Bibiloni, en cambio sostiene que conviene que la caducidad se vea afectada por la suspensión. Ver p. 38 del presente trabajo y nota 73.-

3.-SUJETOS. QUIENES Y CONTRA QUIENES SE PUEDE USUCAPIR. PERSONAS FISICAS, JURIDICAS Y DE DERCHO PUBLICO Y PRIVADO. CAPACIDAD.

41.-El art. 3951 nos dice que "El Estado general o provincial, y todas las personas jurídicas están sometidas a las mismas prescripciones que los particulares, en cuanto a sus bienes o derechos susceptibles de ser propiedad privada; y pueden igualmente oponer la prescripción".-

El antiguo derecho patrio establecía que este regimen estaba dada por la prescripción de diez o veinte años entre presentes o ausentes con justo título o título colorado que era aquel que tenía visos de autentico título sin serlo.-La prescripción de treinta años por la cual se adquiría las cosas sin título (78). La de cuarenta años para adquirir los bienes raíces de la Iglesia local y de las ciudades o villas cuando no fueren de uso común. Finalmente la prescripción centenaria o inmemorial para adquirir los bienes de la Iglesia

(78)Se discutió mucho si durante la vigencia del derecho hispánico era necesaria la buena fe durante el tiempo de la prescripción treintaañal. Había una corriente muy fuerte que sostenía que debía primar en este tema el Derecho Canónico, el cual establece el requisito permanente de la buena fe durante el plazo prescriptivo. Ver Molinario, Albero D. "De las Relaciones Reales": pág. 274, Ed. "La Ley" año 1965.-

Romana de las ciudades o villas cuando fueren de uso común(79)

42.-El Código ha establecido la equiparación de las personas en cuanto ellas pueden sufrir o ganar para sí la prescripción. Si embargo, este principio de equiparación, ha dejado a salvo de este instituto, por la índole de los derechos de que se trata, los bienes pertenecientes al dominio público del estado y de la Iglesia Católica que están destinados al culto de Dios, como templos, altares, ornamentos sagrados, etc. (80).-

43.-Por lo tanto, sin perjuicio de la salvedad expuesta en el párrafo anterior, la prescripción puede ser opuesta y corre a favor de las personas públicas y privadas, quedando comprendidas dentro de estas últimas: 1) las personas físicas; 2) las sociedades civiles y comerciales; 2) las asociaciones y fundaciones autorizadas por el estado (art. 43 y 45 C.C.);

3) las simples asociaciones que no son personas jurídicas (arts. 46

(79) ver P.8 del presente trabajo; pág. 13 y s.s.

(80) El art. 2345 nos dice: "Los templos y las cosas sagradas y religiosas corresponden a las respectivas iglesias y parroquias, y están sujetas a las disposiciones de los artículos 33 y 41. Estos bienes pueden ser enajenados en conformidad a las disposiciones de la Iglesia Católica respecto de ellos, y a

Las leyes que rigen El patronato nacional". Ver Llambías, Jorge Joaquín: "Tratado...Parte General" ob. cit. pág. 244; N. 1354.-

C.C.); 4) Las entidades que no requieren autorización para funcionar pero que se le reconoce personalidad jurídica, como el consorcio de propietarios, etc.; 5) Las sucesiones vacantes; 6) Los fallidos.-

44.-Personas físicas: El código le reconoce a las personas físicas la plena capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, salvo los casos que expresamente las declara incapaces, conforme lo dispone el art. 54 del C.C. Entre los actos permitidos se encuentra el de adquirir derechos reales por prescripción, capacidad a la que alude expresamente el art. 3950 al decirnos que "Todos los que pueden adquirir pueden prescribir". Se refiere la norma a la adquisiciones de derechos reales, puesto que para la adquisición de la posesión basta tener uso completo de razón según lo dispone el art. 2392.-

45.-La prescripción corre también contra la mujer casada, a tal efecto el art. 3971 en su parte pertinente nos dice "...la prescripción corre contra la mujer casada, no solo en cuanto a los bienes cuya administración se ha reservado, sino también respecto a los bienes que han pasado a la administración del marido". El legislador ya se había enrolado en este tema en la moderna corriente de excluir privilegios que produjeran supuestos de excepción de sujetos que no estuvieran sometidos a sufrir la prescripción, o que se produjeran a su favor la suspensión de la misma. Debemos hacer notar, que ya la ley de derechos civiles de la mujer la había prácticamente equiparado al marido, en cuanto a la administración y disposición de bienes. Finalmente la ley 17711 suprime del art. 55 a las mujeres

nes.-

46.-Incapaces: El Código había establecido en el art. 3966 que "La prescripción no corre contra los menores de edad, estén o no emancipados, no contra los que se hallen bajo una curatela, aunque la prescripción hubiere comenzado en la persona de un mayor a quien haya sucedido, con excepción de los casos en que las leyes hubieren establecido lo contrario". La doctrina había considerado que esta norma establecía un excesivo privilegio a favor de estos, a pesar de la clara enunciación del art. 58 del C.C. La ley 17711 dispone en la nueva redacción del art. citado que la prescripción corre contra los incapaces que tengan representantes legales, en el supuesto que no estén designados se aplicará la suspensión de la prescripción conforme lo dispone el art. 3989.-

47.-Con respecto a los entes que no son personas físicas, y que hemos enunciado anteriormente en el N.43 son susceptible de ganar la prescripción como de sufrir la misma siendo suficientemente claro el art. 3951 al incluir a las personas jurídicas.

48.-Sucesiones vacantes: El art. 3977 del C.C. establece que "La prescripción corre contra una sucesión vacante y a favor de ella, aunque no esté provista de curador". Hagamos notar que en nuestro derecho las herencias vacantes no son sujetos

de derecho, son masas de bienes que son objeto de derecho, que tienen su titular, el cual es desconocido ignorando su condición de heredero, o ante la inexistencia de este será en consecuencia el Estado quién, por imperio del art. 2342, inc. 3 le pertenecen los bienes vacantes y mostrencos. Si se desea interrumpir la prescripción durante este período se deberá demandar al curador de la sucesión. Si este no se haya designado aún, y en dicho lapso se cumple el plazo prescriptivo, sea a favor o en contra de la sucesión es de aplicación el art. 3980 del C.C., en cuanto se refiere a la imposibilidad de obrar, prolongando el plazo prescriptivo hasta tres meses después de haber cesado el impedimento.(81)-

49.-Fallidos: La prescripción corre a favor y en contra de estos, así lo establece expresamente el art. 3979 del c.c. En consecuencia deberá demandarse para imterrumpir la prescripción al síndico del concurso, y este a la inversa estará legitimado para promover la correspondiente acción petitoria cuando el bien sea propiedad del fallido.-

50.-Acción de los acreedores y otros interesados* remisión, ver el N. 18 y s.s. del presente trabajo.-

(81)Conf. Llambías, Jorge J. "Tratado...Parte general" T. II N 2130 bis-pág. 688.-

4.-OBJETO DE LA USUCAPION. DERECHOS ADQUIRIBLES POR PRESCRIPCION.

COSAS INMUEBLES Y MUEBLES.-

51.-El art. 3952 del Código Civil nos dice: "Pueden prescribirse todas las cosas cuyo dominio o posesión puede ser objeto de una adquisición"

(82)

(82) Troplong realiza una clasificación de las cosas que pueden prescribirse, y nos dice en el comentario que hace al artículo 2226 del Código Civil francés y que nuestro codificador reproduce en este artículo: "Hay cosas que son imprescriptibles por sí mismas, otras que no lo son sino por razón de su destino, y otras por razón de las personas que las poseen. Las cosas imprescriptibles por sí mismas. son aquellas que por destino natural pertenecen a todo el mundo, y no son susceptibles de apropiación privada. como el mar, la libertad del hombre, etc. Las cosas imprescriptibles por razón de su destino, son aquellas que por si mismas admiten la propiedad privada: pero que por un destino accidental, están retiradas del comercio y afectadas al uso público, como los caminos, las calles, etc. Mientras estas cosas se conservan afectadas al servicio público, permanecen imprescriptibles; más como su destino es por el hecho del hombre que lo ha creado, puede también el hombre destruirlo. Las cosas que no son prescriptibles por razón de las personas que las poseen son las que pertenecen a personas privilegiadas, contra las cuales no corre la prescripción. Cuando el privilegio cesa y la persona entra en el derecho común, la prescripción sigue su curso y continúa su acción". Troplong, ob. cit. comentario al art. 2226 del C.C. francés.-

Como señala la norma pueden prescribirse todas las cosas que se hallen dentro del comercio y que por lo tanto pueden ser poseídas por los particulares.(83). Cabe preguntarnos si las cosas que se hallan fuera del comercio pueden ser objeto de usucapión. Al respecto el art. 2400 en su primera parte establece que "Todas las cosas que están en el comercio son susceptible de posesión", y el art 2337 nos dice que las cosas están fuera del comercio por su inenajenabilidad absoluta o por su inenajenabilidad relativa, y a continuación declara que son absolutamente inenajenables: "1.Las cosas cuya venta o enajenación fuere expresamente prohibido por la ley; 2.Las cosas cuya enajenación se hubiere prohibido por actos entre vivos o disposiciones de última voluntad, en cuanto este código permita tales prohibiciones".-

Con respecto al primer inciso tenemos comprendido dentro de esta categoría a los bienes del dominio público que por estar destinados a un uso común y excluida de posesión. Con respecto al segundo inciso entran dentro de este aquellas prohibiciones que el código permite establecer a la libre enajenabilidad las cuales encontramos en los arts. 1364 en cuanto declara válida la cláusula que prohíbe enajenar la cosa vendida a persona determinada en el contrato de compraventa y la del art. 2613 al establecer que "los donantes o testadores no pueden prohibir a los donatarios o sucesores en sus derechos. que enajenen los bienes muebles e inmuebles que les donaren o dejaren en testamento, por mayor término que el de diez años".

- - - - -

(83)Conf. Segovia, Lisandro, ob. cit. T. II, pág. 738;-ver nota 24.Esta norma, se relaciona con los artículos 2400, 2459 y 2604.

En este caso, en los inmuebles cabe preguntarnos si en el supuesto del art 1364 puede ser poseído para ganar la prescripción adquisitiva por parte del sujeto al cual le estaba prohibida la enajenación, y en el art. 2613 puede ser poseídos por terceros los mismos bienes a para llegar a la adquisición del dominio por usucapión. Parecería que no, tesis a la cual nos inclinamos dada la economía del código en la materia. Debe cesar las causas de inalienabilidad para poder ser poseídos dichos bienes.-

Con respecto al art. 2338 que establece que las cosas "que son relativamente inenajenables las que necesitan una autorización previa para su enajenación". Aquí quedan comprendidos los bienes del dominio privado del estado, los bienes de los incapaces y de los adquiridos gratuitamente por los emancipados, los cuales pueden prescribirse adquisitivamente al establecer el código que la prescripción corre sobre dichos bienes del dominio privado del estado y contra los incapaces.

52.- Las cosas muebles son en principio imprescriptible. Así lo había establecido el código civil al no establecer ningún plazo de usucapión para estos bienes. La ley 17711 intercala el art. 4016 bis que establece "El que durante tres años ha poseído con buena fe una cosa mueble robada o perdida, adquiere el dominio por prescripción. Si se trata de cosas muebles cuya transferencia exija inscripción en registros creados o a crearse, el plazo para adquirir su dominio es dos años en el mismo supuesto de tratarse de cosas robadas o perdidas. En ambos casos la posesión debe ser de buena fe y con tinua"

De esta manera queda solucionado un viejo problema que la doctrina en forma unánime señalaba. El Código de Comercio en el art. 477 ya imponía un límite a la reivindicación del art. 2412 del C.C.

53.-Finalmente pueden prescribirse el usufructo y las servidumbres continuas y aparentes (arts. 4015: 2812 inc, 4 y 3017) Con respecto a la prescripción del usufructo difícilmente se de porque el poseedor en la práctica va a preferir alegar el dominio, derecho real más completo que el primero.-

4.-Posesión para usucapir. Actos posesorios. Unión de posesiones. Actos de simple facultad y de mera tolerancia.

54.-La posesión para usucapir debe contener los siguientes caracteres: 1) posesión a título de dueño; 2) posesión continua y no interrumpida y 3) posesión pública y pacífica.

55.-El art. 2351 del C.C. nos dice que "Habrá posesión de las cosas cuando alguna persona, por sí o por otro, tenga una cosa bajo su poder, con intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad". Como señala la norma, el sujeto prescribiente debe tener además del "corpus" el "animus domini", sin reconocer en otro ningún tipo de derecho sobre la cosa que está detentando. Por ello, el "animus domini" significa comportarse como propietario sobre la cosa. Si se reconoce en la posesión de la cosa a otro nos encontramos frente a la tenencia, art. 2352 instituto que no sirve para alcanzar la usucapión.-

Sin embargo, no se debe descartar la posibilidad que se esté excluyendo de la posesión a algún condómino por otro y se esté ganando su parte en el condominio. También puede darse el caso poco probable, que el poseedor reconozca en otro la nudo propiedad y de esta manera salo gane el usufructo sobre la cosa.-

No olvidemos, que el "animus domini" debe estar exteriorizado a través de hechos, conf. lo dispone el art. 913 del C.C., el que se va a expresar sobre el corpus, y es por ello que el art. 2384 nos da con carácter enunciativo los actos posesorios, del cual se va a inferir el animus y por ello

presumir la posesión. (84)

56.- La exigencia de la continuidad en la posesión está enunciado en el art 3999 para la prescripción breve y en el 4015 para la larga. Que quiere significar nuestra ley con que la posesión debe ser continua? Entendemos con Salvat (85) que esta debe ser sin intermitencias ni lagunas. Recordemos que el art. 2445 al decirnos que "la posesión se retiene y se conserva por la sola voluntad de continuar en ella, aunque el poseedor no tenga la cosa por si o por otro. La voluntad de conservar la posesión se juzga que continúa mientras no se haya manifestado una voluntad contraria", por lo tanto, le basta al despojante haberse introducido en la posesión y haber realizado actos posesorios, y luego, con posterioridad conservar la posesión "mero animus" por el tiempo para usucapir y ganar la propiedad. Algunos autores, como Llerena (86), Machado (87), Legón (88), Dassen Vera Villalobos (88 bis), entienden que la conservación de la posesión por el art. 2445 solo beneficia los poseedores legítimos del art. 2355, es decir aquellos que su posesión se haya ejercitada en virtud de un derecho real, y no a los poseedores ilegítimos.

Legón sostiene que la diferencia

(84) Ver Llambías, J. J.-Alterini, J.H. en C. C. Anotada, pág. 123 (comentario al art. 2384).-

(85) Salvat, R. Ob. cit. pág. 229-T. II.-

(86) Llerena, Baldomero: ob. cit. pág. 150-comentario al art. 2481. También ver comentario al art. 2445, pág. 118.-

(87) Machado, José Olegario: comentario al art. 2445-pág. 364.-

(88) Legón, ob. cit. pág. 232, Núm. 7.-

(88 bis) Dassen, Julio y Vera Villalobos, Enrique: "Manual de Derechos Reales" Parte General, Ed. TEA año 1962, pág. 121.-

se encuentra explicada en que los- poseedores legítimos cuentan con la presunción "iuris tantum" de los arts. 2411 y 4003 del C.C. (89). Destaquemos que estas posturas no se ven sustentadas por ninguna disposición legal en nuestro código.-

Sin embargo, hagamos notar que la postura savigniana de Velez no es tan rígida como parecería, el art. 2445 debe integrarse en su aplicación con el 913, de lo que resulta que el "animus" no implica la mera voluntad íntima, sino debe ser expresarse por actos exteriores (90). Para Ovejero para determinar si subsiste la posesión hay que ver si el poseedor tiene la posibilidad de restablecerse en el corpus(91). Salvat(92) y Legon(92bis), en cambio sostienen que lo importante es ver la posibilidad material de poder disponer-`de la cosa, si ello no existe, no hay posesión (art. 2452), o ella se ha perdido. Queda a salvo, los casos de poder ejercer la posesión por imposibilidad temporaria como en lugares de difícil acceso según las épocas del año y que deban habitarse en forma transitoria.

57.- Velez en la nota al art. 2481 distingue la diferencia en-

(89)Legón, ver nota anterior. También consultar Llambías, J.J.-Alterini, J. H. Código Civil Anotado, T. IV-A comentarios a los arts. 2445 y 2481.-

(90)Llambías, J.J.-Alterini, J.H. "Código Civil Anotado" T. IV-A comentario al art. 2445.-

(91) Ovejero, Daniel: ob. cit. pág. 220-p.112.-

(92)Salvat, R. ob. cit. T. I, pág. 181-Núm. 222.-

(92 bis)Legon, ob. cit. T. I pág. 112; pág. 115 N. 5-T.VII, pág 232 N. 7.-

cia entre la discontinuidad con la interrupción, nos dice al referirnos al tema "que es preciso no confundir la discontinuidad de la posesión con la interrupción de la posesión. Sin duda que una posesión es discontinua. cuando ha sido interrumpida, pero una posesión puede ser discontinua sin haber sido interrumpida. La discontinuidad tiene por causa la omisión del que posee, mientras que la interrupción supone un hecho positivo, sea el hecho del poseedor. por ejemplo, el reconocimiento que hiciese del derecho del propietario, sea el hecho de un tercero, como una desposesión o una citación en juicio"(93).-

58.- El instituto de la "unión de posesiones" legislado en los arts. 2474 al 2476 los cuales se hayan ubiados en el Titulo III del Libro III del c.c. en cuanto se refiere a la accesión de posesiones para poder ejercer las acciones posesorias "strictu sensu" y sus correlativos 4004 y 4005 en materia de usucapión, y teniendo en cuenta especialmente lo establecido por el codificador en los arts. 3417 y 3418 en materia hereditaria configura este importante instituto, el cual es util para ganar la anualidad en materia posesoria o la usucapión cuando el adquirente no cuenta porer si solo con el tiemon suficiente para estos casos. Veremos a continuación en que caso el poseedor puede unir voluntariamente su posesión con el

(93)Ver también Molitor J. P.: "La possession, la revindication la publicienne et les servitudes" pág. 194- p.106-Librarie Générale de H. Hoste, Editeur-Paris 1868.-

causante y en cuales está obligada a soportar las consecuencias de la calidades los vicios de la posesión de su transmitente.-

59.-Sucesión universal: El art. 3417 nos dice: "El heredero que ha entrado en la posesión de la herencia, o que ha sido puesta en ella por juez competente, continúa la persona del difunto, y es propietario, acreedor o deudor de todo lo que el difunto era propietario, creador o deudor, con excepción de aquellos derechos que no son trasmisibles por sucesión..." y el 3418: "El heredero sucede no sólo en la propiedad sino también en la posesión del difunto. La posesión que este tenía se le transfiere con todas sus ventajas y sus vicios..." Si aceptamos la distinción entre los sucesores universales y los herederos, la adquisición "ipso iure" de la posesión solo cabría para estos últimos. El fisco en el caso de las herencias vacantes y los legatarios están obligados a pedir que se les ponga en posesión de las cosas (arts. 3589 y 3768)-

El principio establecido en el art. 2475 en cuanto sostiene que "la posesión del sucesor universal se juzgará siempre unida a la del autor de la sucesión; y participa de las calidades que este tenga" se encuentra refirmado en el art 4004 en materia de usucapión breve al establecer que "el sucesor universal del poseedor del inmueble, aunque sea de mala fe, puede prescribir por diez años cuando su autor era de buena fe; y recíprocamente, no es admitida la prescripción en el caso contrario, a pesar de su buena fe personal". En el último supuesto de esta norma no le quedaría al poseedor más remedio

que recurrir a la prescripción veiteañal, pudiendo en este caso unir su posesión con la de su causante a los efectos de cumplir con el plazo establecido (94)-

60.-Sucesión particular: A diferencia de la "sucesión universal" en la que el heredero continúa la personalidad del causante con todos los efectos explicados, en la "sucesión singular", el sucesor puede unir facultativamente su posesión a la de su antecesor. Para que ello tenga lugar se debe cumplir con ciertos requisitos:

a)Ninguna de las posesiones a unir debe ser viciosa: El art. 2475 exige que para unir dos posesiones, solo podrán si ambas no son viciosas. Por lo tanto, si existe algunos de los vicios enumerados en el art. 2364 no podrá hacerse uso de este instituto. Por otro lado, el art. 4005 en materia de prescripción adquisitiva en su última parte establece que un sucesor podrá unir "la posesión a la de su autor, si las posesiones son le-

(94)Para Machado, considera este autor que es excesivo que se transmita al sucesor universal los efectos de los arts. 3417 y 3418 del C.C. en cuanto a la ficción de continuidad de la personalidad del causante en el heredero en cuanto se refiere a la calidad de la posesión. Considera, que estas son personales e inherentes a cada uno de los individuos, y que es injusto en que se esté escudando el heredero en la buena fe del causante cuando este no lo es, y reciprocamente sufra su mala fe. Propone que sea considerado en una reforma legislativa. Ver ob. cit. T.11, comentario al art. 4004, pág. 198.-

gales" Cuál es el alcance de que ambas posesiones sean legales? Para algunos autores, como Lafalille (95), y Legón (96) entienden en que ninguna de las posesiones deben ser viciosas. Esta es la postura que sigue el derecho francés fuente e la norma (97). Para otros autores como Segovia (98), Mariani de Vidal(99) y Borda (100) entienden que ambas deben ser de buena fe. Alterini (101) considera con justa razón que la polémica es poco trascendente debido a que "no hay que confundir las posesiones a los efectos de ser idóneas para la usucapión breve, donde indudablemente se requiere que ambas sea de buena fe, con la unión de posesión en general". Por ello, salvo en el caso de la prescripción corta que por exigencia del art. 3999 que establece que el poseedor sea de buena fe, en el supuesto de la prescripción larga es irrelevante que cualquiera de las posesiones sean o no de las mismas calidades, bastando que ambas no sean viciosas.-

(95)Lafaille, Héctor, ob. cit. Vol. I.-pág. 216 y s.s. p.252.-

(96)Legon, ob. cit. pág. 322.-

(97)Mazeaud, Henri-Mazeaud, Leon: ob. cit.parte II-Vol. IV-pág.200-N.1489.-

(98)Segovia, Lisandro: ob. cit. T.II-pág. 759-comentario al art. 4007.-

(99)Mariani de Vidal, Marina: ob. cit. T. I-pág. 115.-

(100)Borda, Guillermo: "Tratado de Derecho Civil", Derechos Reales -Ed. Perrot - Bs. As. 1975-pág. 322/323-N.381.-

(101)Alterini, Jorge "Codigo Civil Anotado" dirigido por el Dr. J.J. Llambias. comentario a los arts. 2474/75/76-pág. 234

b) Debe proceder la una de otra sin que exista solución de continuidad entre ambas, como apunta bien Lafaille (102) a pesar del defecto de redacción del art. 2476 que reza "que es necesario que ellas no hayan sido interrumpidas por una posesión viciosa". La interrupción por el tercero puede ser viciosa o no, y en este último caso tampoco podrá unir su posesión con su antecesor por la falta de continuidad.-

c) Que estén unidas por un vínculo jurídico: Debe haber un vínculo jurídico entre ambas, es decir que haya por ejemplo una venta, una permuta o una cesión de derechos. De esta manera, si el que sigue se introduce en el inmueble aprovechando que su antecesor abandona su posesión, aunque sea voluntariamente, no podrá unirla a la de este por hallarse ambas desvinculadas.

d) La unión es facultativa: La unión depende de la voluntad del sucesor particular. Si le conviene, la unir , como por ejemplo para lograr la prescripción veinteañal. En ciertos casos, en la prescripción decenal, si su posesión es de buena fe y llega a los diez años y tiene justo título y su causante es de mala fe, es lógico que no la una, porque con el plazo cumplido le bastar para haber adquirido su derecho.-

(102) Lafaille, Héctor: ob. cit. Vol. I-pág. 217 p.252.-Ver Molitor, ob.cit. pág. 185 - p.100- Segovia, Lisandro: T. II pág. 65 comentario al art. 2478-nota 20.

61.-Actos de simple facultad: El art. 2232 del C.C. francés al referirse a este tipo de actos nos reza que "los actos de mera facultad y los de simple tolerancia no pueden fundar ni posesión ni prescripción". El código civil español nos dice en el art. 1942 ubicado en el capítulo II del Título XVIII donde trata el tema de la prescripción adquisitiva que "no aprovechan para la posesión los actos de carácter posesorio, ejecutados en virtud de licencia o por mera tolerancia del dueño"(103). También se refiere a ello el código civil chileno en el art. 2499 al disponer que "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"(104).-

El legislador argentino probablemente no consideró necesario legislar en este tema puesto los que lo ejecutan no lo hacen a título de dueño y no se favorecen para ganar la prescripción adquisitiva.

Lafaille señala con acierto que la dificultad estriba en caracterizarlos, dado que suelen confundirse con los "facultativos" y aún con los de mera "tolerancia", categorías que se mencionan aún dentro de los mismos textos juntos con

(103)Anota Jean Carbonier que el legislador español cometió un error de pluma en esta norma, puesto que lo correcto es que debiera decir "prescripción" en lugar de "posesión". Ob. cit. pág. 356.-

(104)El código civil colombiano es más explícito al disponer

ellos (105).-

La doctrina ha discutido desde la sanción del Código napoleónico el alcance del art. 2232, ocurriendo lo mismo en todos aquellos ordenamientos que han brevado en dicha fuente. Tampoco escapa a la problemática de distinguir el alcance de estos actos y sus diferencias con los posesorios aquellas legislaciones como la nuestra donde no los distinguen explícitamente. Por lo tanto nos encontramos con diferentes interpretaciones doctrinarias de los actos de simple facultad y de mera tolerancia.-

a) Para algunos, con respecto a los primeros, in-

en el art 2520: "La omisión de actos de mera facultad, y la mera tolerancia e actos de que no resulta gravamen, no confieren posesión, no dan fundamento a prescripción alguna.

Así el 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, o paste en ellas, 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 de consentimiento de otro". El código civil italiano no ha mantenido precepto análogo que figuraba en el art. 688 del código de 1865; semejante postura también adoptó el legislador boliviano al no reproducir el art. 1534 de su antiguo ordenamiento.-

(105)Lafaille, Héctor: ob. cit. Vol. I, pág. 587.

terpretan que dicho género de actos, son los que ejercen en uso de la libertad que a cada cual le incumbe (106).-

b) Otro grupo de autores vinculan el tema con la posesión y consideran que no pueden encuadrarse en ella por algunas de las siguientes razones:

1) Porque no se ejerce con carácter exclusivo sobre bienes de la comunidad (107).-

2) Porque lo realiza el propietario en su fondo(108). -

3) Por alguna de las dos razones expuestas (109)

c) Algunos, en cambio, estiman que aquí nos encontramos con hipótesis de las servidumbre- negativas (110)

d) Hay quienes asimilan los actos de "simple facultad" a los los de "mera tolerancia" considerando que ambos son

(106) Laurent, "Principes de Droit Civil Francais", T.XXXIII pág. 311. N. 298. Demolombe, T. XI, N. 178. Mazeaud. Henri y Leon, ob. cit. Paete II, Vol. IV, pág. 56, N.1441. También Legon, Fernando, ob. cit. pág. 227, Mariani de Vidal, M. ob. cit. vol. III, pág. 120. Peña Guzman, Luis A. ob. cit. T.III, pág. 211-N.634.-

(107) Podemos citar a Troplong, ob. cit. N. 112, 381 y s.s., Marcadé, ob. cit. T. XII, pág. 89

(108) Guilloard, I; N. 499.-

(109) Ver: Pugliesse, ob. cit. pág. 335, N. 164.- Aubry y Rau, ob. cit, T.II, N. 179.-

(110) Ver Colmet de Santerre, VIII, 338 bis. Pugliesse, ob. cit. pág. 336, N.164.-

equivalentes (111).-

e) Lecomte después de criticar todos los sistemas propone la siguiente definición: "Pura facultad es el beneficio que puede resultar y que efectiva y normalmente se deriva, en virtud de la disposición de los lugares por uno o varios individuos, del no ejercicio por otro, de una o varias prerrogativas inherentes a su derecho de propiedad" (112). Pone diversos ejemplos sobre el tema, como el aprovechamiento de las aguas surgentes o pluviales por el vecino de un terreno inferior por no haberla utilizado el vecino del inmueble superior; el goce de una vista sobre un terreno, cuyo propietario no ha ejercido el derecho de edificar; la abertura de ventanas o vistas en pared divisoria, no medianera (113).-

Lafaille considera este criterio demasiado restrictivo, ya que no debe reducirse la mera facultad a las omisiones, por mucho que en esta esfera puedan presentarse con mayor frecuencia y producirse entonces, la confusión con la simple tolerancia (114).-

En principio cuando alguno no ejerce un derecho o

(111)Locré, XVI, N. 53.

(112)Lecomté, Henri, "Essai sur la notion de la faculté en droit civil", pág. 285/286.-

(113)Lecomté, Henri, ob. cit. pág. 287/288.Sobre las síntesis doctrinarias expuestas ver: Lecomté, Henri: ob. cit. pág. 285 y s.s., Pugliese, Giuseppe ob. cit. pág. 331, N.163; Lafaille, Héctor, ob. cit. vol. I, pág. 586, N. 773.-

(114)Lafaille, Héctor: ob. cit. T. I, pág. 588.-

no lo usa, no por ello adquiere un derecho sobre la cosa ajena quien se beneficie con ello. Recordemos que el dominio no se pierde por el no uso, lo que no ocurre con el usufructo y servidumbres donde si tiene campo de aplicación porque la ley lo autoriza. -

Se ha señalado, que para usucapir se necesita un avance sobre el derecho ajeno, "mientras que cada cual ejerza el suyo o deje de hacerlo, lo mismo cuando se proceda con ausencia del titular, nada podrá adquirirse por el transcurso del tiempo (115).-

62.-Actos de "mera tolerancia": Este tipo de actos envuelve en si una conducta pasiva. Aqui el dueño del inmueble permite el uso de un fundo como un acto de cortesía, de familiaridad, (116), entroncándose con el antiguo concepto romano de "precarium", concesión revocable a voluntad del otorgante (117).-

Como ejemplo de ello podemos dar, cuando se permite el paso sobre un fundo ajeno, apertura de ventanas a menor distancia de la permitida, cuando en los campos abiertos se permite que el vecino haga pstar sus animales a determinadas horas. El problema es muchas veces, como señala Borda es ver cuando se está en presencia de actos posesorios o de simple tolerancia (118). Estos actos, generalmente, se realizan en largos intervalos y son compatibles con el goce ordinario

(115)Planiol y Ripert, "Traिताire elementaire" I, N. 2957.-

(116)Merlin, ob. cit. T. XII, pág. 736

(117)Dig. Lib. 41, Tit. 2, Ley 41.-

de la cosa por el dueño de ella; este lo tolera porque no le causa perjuicio apreciable, faltándole a quien lo realiza el animus domini para ser verdaderos actos posesorios (119).

(119)Lafaille, Héctor: ob. cit. vol.I pág. 588, N.774

63.-Suspensión de la prescripción: Es la detención temporaria del curso de la prescripción en favor de ciertas personas (menores, insanos, conyuges, etc.) o por ciertas causales que la ley determina, sin que se aniquile retroactivamente el tiempo corrido con anterioridad (120).-

La justificación de este instituto ha dado lugar a que la doctrina se encuentre dividida, así para Picard (121), ella es una medida de equidad inventada a favor de ciertas personas que no están en condiciones de interrumpir la prescripción cuando ésta corre en su contra, para Aubry y Rau su (122) su fundamento está dado en que, son un favor personal que reclama la condición personal de los que son protegidos (por la ley) para rechazar la prescripción, o una dispensa de accionar que motiva el beneficio de ciertas personas en detrimento de otras a las que le corre la prescripción; Troplong, lo fundamenta en la máxima: "agere non valenti non currit proscriptio (123), Josserand, en cambio sostiene que viene a constituir una anomalía, por lo menos para quien ve en la prescripción un medio de prueba de la propiedad, eternizándose así la duración de la prescripción adquisitiva, cuyo curso va a encontrarse suspendido durante varios años, con lo que se

(120)Capitant, Henri "Vocabulario jurídico", Traducción de Aquiles Horacio Guaglianone, Ed. Depalma, 1961-pág. 532.-

(121)Ver Planiol M. y Ripert, G. ob. cit. T. III, núm. 735, pág. 622.-

(122)ob. cit. T. II, #214, pág. 301

(123)ob. cit. T. II, pág. 700.-

torna más difícil e incierta la prueba de la propiedad inmobiliaria (124). Para los hermanos Mazeaud su fundamento está dado por una razón de justicia, supuestos que se dan cuando existan causas que imposibiliten demandar la interrupción de la prescripción (125). Hagamos notar que estas "causas" deben ser establecidas por la ley disposición que trae el código francés en el art. 2251: "La prescripción corre contra toda clase de personas, a menos de que se encuentren en alguna excepción establecida por la ley" (126).-

(124) Jossierand, L., ob. cit. T. III, N. 1586, pag. 187.

(125) Mazeaud, Henri y León, ob. cit. parte II, vol. III, pág. 421, Num. 1181.-

(126) En la antigua legislación francesa, los Parlamentos habían establecido una regla muy general: la prescripción se suspendía siempre a favor de los que se encontraban en la imposibilidad de demandar, fuese cual fuese la causa de esa imposibilidad: "contra non valentem agere, non currit praescriptio" (contra los que no pueden demandar, no corre la prescripción). Algunas Parlamentosas habían sido tan generosas en la aplicación de este principio que lo habían llegado a aplicar en supuestos en que el acreedor no había demandado por ignorancia de su derecho, tornándolo ineficaz el instituto de la prescripción. De allí la razón del art. 2251 que establecieron los redactores del Código napoleónico. Igual criterio siguen la generalidad de las legislaciones modernas. Ver Mazeaud, Henri y Leon: ob. cit. parte II, vol. III, pág. 421, núm. 1181

64.-La diferencia entre la suspensión y el instituto de la interrupción de la prescripción estriba en que mientras la primera no borra el efecto de la prescripción ocurrido con anterioridad a la causa a la cual le da lugar, la segunda aniquila los efectos ya cumplidos.-

El art. 3983 de nuestro código nos dice "El efecto de la suspensión es inutilizar para la prescripción, el tiempo por la cual ella ha durado; pero aprovecha para la prescripción no solo el tiempo posterior a la cesación de la suspensión, sino también el tiempo anterior en que ella se produjo". -

Las causas de suspensión en nuestra legislación, tanto en el sistema de Velez como después de la reforma consisten en:

a)La minoridad (art. 3966 anterior a la reforma de la ley 17711).-

b)la sujeción bajo curatela (art. 3966 anterior a la reforma de la ley 17711).-

c)supuesto de tutela y curatela del art. 3973

d)El matrimonio (arts. (3969 y 3970).-

e)Supuesto del heredero beneficiario (art. 3973)

f)La imposibilidad proveniente de fuerza mayor (art. 3980).-

Nos referiremos separadamente a cada uno de estos supuestos.-

65.- a)La minoridad: El art. 2252 del cód. civil francés dispone que "la prescripción no corre contra los menores ni con -

tra los sujetos a intererdicción" Lo que se buscaba era proteger a los menores aún contra la negligencia de su representante legal. Por ley del 9 de julio de 1956 se atempera el viejo criterio ampliando las excepciones del art. 2.278 del código francés. disminuyendo el privilegio de los menores e interdictos. De esta manera, en beneficio del interés público ceden los viejos privilegios que tenían estos sujetos, quedando abierta solamente la acción por responsabilidad contra representantes(127). Igual criterio siguieron legislaciones como el código suizo donde no se toma en cuenta la incapacidad como factor de suspensión o prolongación de la prescripción. El código alemán (128) prolonga la prescripción de

(127)Mazeaud, Henri y León, ob. cit., parte II, vol. III, pág. 421 y 424. Núms. 1181 y 1184.-

(128)Código alemán, art. 206: "Si una persona incapaz de celebrar negocios jurídicos o limitada en la capacidad negocial está sin representante legal, la prescripción que corra contra ella no se consuma antes del transcurso de seis meses contados a partir del momento en que la persona se hace ilimitadamente capaz o cesa la falta de representación. Si el plazo de prescripción es menor de seis meses, el periodo de tiempo determinado para la prescripción se subroga en el lugar de los seis meses.-

Estas disposiciones no se aplican en tanto que una persona limitada en la capacidad negocial tenga capacidad procesal.-

los derechos de los incapaces carentes de representantes hasta seis meses después de nombrado el representante o adquirida la capacidad. El código civil italiano, en cambio, suspende la prescripción contra los menores no emancipados e interdictos por enfermedad mental, durante el tiempo que carecieren de representantes legales y por seis meses posteriores a su designación o cesación de la incapacidad (129).

66.-El antiguo art. 3966 decía: "La prescripción no corre contra los menores, estén o no emancipados..." Se ve claramente que el privilegio que le concedía el código civil a los menores, verdaderamente exagerado podía llegar a suponer en algunos casos la suspensión de la prescripción cuando se daba la sucesión de varios menores en un crédito o una propiedad.- Hubiera sido quizá más justo, que la suspensión se diera en los supuestos de falta de representante legal y hasta que este fuere designado.-

(129)Código civil italiano: art. 2942. Suspensión por la condición del titular.- La prescripción queda en suspenso: 1)contra los menores no emancipados y los sujetos a interdicción por enfermedad mental, por el tiempo por el que no tienen representante legal y por seis meses siguientes al nombramiento del mismo, o a la cesación de la incapacidad; 2)en tiempo de guerra, contra los militares en servicio y los pertenecientes a las fuerzas armadas del Estado y contra aquellos que se encuentran por razones de servicio siguiendo a dichas fuerzas, por el tiempo indicado por las disposiciones

Sin embargo, Velez había puesto dos supuestos de excepciones, los legislados en los arts. 3967 y 3968 y que conciernen a la prescripción de la acción del menor llegado a la mayoría de edad contra su tutor, por los hechos de la tutela, corre en caso de muerte, contra sus herederos menores; y la referente a la prescripción de la acción de nulidad contra los actos jurídicos, comenzada contra un mayor corre igualmente contra los herederos menores.-

67.-La ley 17.711: El nuevo art. 3966 ha dispuesto: "La prescripción corre contra los incapaces que tuvieren representantes legales. Si carecieren de representación, se aplicará lo dispuesto en el art. 3980". Llambias critica la técnica legislativa en la redacción de este art., por considerar que repite un principio ya asentado con anterioridad que es el de reiterar para los incapaces el principio general del curso de la prescripción respecto de todos los no exceptuados (130). Sin lugar a dudas, la solución propuesta a pesar del defecto de técnica legislativa lleva en definitiva a una solución más justa que la legislada en el código.-

68.-b)La•sujeción bajo curatela: El antiguo art. 3966 compren-

(130)Llambias, Jorge Joaquín, "Tratado de ...Parte General", T.II, pág. 684-Núm. 2121 bis. Este autor propone como artículo 3966 el siguiente: "Cuando se cumpla una prescripción en perjuicio de un incapaz que carezca en ese momento de representante. se aplicará lo dispuesto en el art. 3980".-

día también a los sujetos bajo curatela: "La prescripción no corre contra los menores de edad, estén o no emancipados, ni contra los que se hayan bajo curatela aunque la prescripción hubiere comenzado en la persona de un mayor a quien hayan sucedido, con excepción de los casos en que las leyes hubieren establecido lo contrario". Como bien señala Llambías, la norma favorecía a los siguientes sujetos (131):

- 1) Las personas por nacer (art. 57, inc. 1)
- 2) Los dementes declarados tales (art. 57, inc. 3)
- 3) Los sordomudos que no saben a darse a entender por escrito (art. 57, inc. 3)
- 4) Los ausentes simples (ley 14.39.4, arts. 19 y 20)
- 5) Los condenados a prisión por más de tres años (Cód. Penal art. 12).-

69.-Solución de la ley 17.711: remitimos a lo dicho en el núm. 67 del presente trabajo.-

70.-Supuesto de tutela o curatela del art. 3973: Dicha norma dice: "La prescripción de las acciones de los tutores y curadores contra los menores y las personas que están bajo curatela, como también las acciones de éstos contra los tutores y curadores no corren durante la tutela y curatela". El artículo resuelve el caso en que un tutor o curador encontrase entre los bienes poseído por su pupilo un inmueble de su propiedad, lo que le plantea la problemática de dejarlo prescribir o ac-

(131) Llambías, Jorge Joaquín: "Tratado...Parte General" pág.

cionar para interrumpir la prescripción y recuperarlo. Esto es lo que busca evitar la ley al establecer este supuesto de suspensión (132).-

Igualmente queda suspendida la prescripción en el supuesto inverso, cuando deba de accionar fuera el pupilo contra el tutor o curador.

Esta norma era verdaderamente superflua en el regimen de Velez dada que se superponía con el art. 3966. Ahora después de la reforma, cobra autonomía esta norma dado que es una excepción al nuevo art. 3966 (133)

72.-El matrimonio: El código establece dos supuestos de suspensión tratando evitar de este modo que se resquebraje la unidad matrimonial.-

El primero de ellos se haya contemplado en el art. 3969 al disponer que la "prescripción no corre entre marido y mujer, aunque estén separados de bienes, y aunque esstén divorciado por autoridad competente"

La ley ha querido que la suspensión subsista aún cuando exista separación de bienes y hasta el divorcio. Deja abierta de esta manera la posibilidad de una posible reconciliación evitando de esta manera la iniciación de procesos y citaciones judiciales que podrían enervar las circunstancias que dieron lugar a la desunión matrimonial.-

(132)Ver: Aubry y Rau, ob. cit. # 214! 5=

(133)conf. Llambias, Jorge Joaquín, ob. cit. "Tratado...Parte General", T. II, pág. 687, Núm. 2129.-

Entendemos que la suspensión de la prescripción subsiste aún con disolución vincular dispuesta mediante la vigencia del art. 31 de la ley 14.394, dado que no fue establecida ninguna excepción expresa a ello (134).-

El segundo caso de suspensión por causa del matrimonio está dado por el art. 3970, según el cual "la prescripción es igualmente suspendida durante el matrimonio, cuando la acción de la mujer hubiere de recaer contra el marido. sea por un recurso de garantía. o sea porque lo expusiese a pleitos, o a satisfacer daños e intereses'". Ejemplo: un marido vende como suyo un bien de su mujer a un tercero, esta entabla la acción de reivindicación y el adquirente cita de evicción al marido. La acción de la mujer se mantiene en suspenso. Como bien señala Velez citando a Troplong en la nota al art. 3970: "se ha considerado con mucha razón que una mujer cuya acción tuviera la consecuencia inmediata de poner a un extraño en el caso de reclamar sus derechos del marido, o exigirles las indemnizaciones debidas, se abstendría de ocurrir a los jueces para salvar sus derechos, y se sacrificaría así sus intereses y los de sus hijos, a la afección conyugal" (135).-

73.-e) Supuesto del heredero beneficiario: El art. 3972 dice:
"La prescripción no corre contra el heredero que ha aceptado

(134) Llamblas, Jorge Joaquin: ob_ cit. "Tratado.-Parte General". pág. 685-Núm.2224

(135) Troplong, ob. cit. T. II, N. 768, pág. 286.-

la herencia con beneficio de inventario, respecto de sus créditos contra la sucesión". La herencia con beneficio de inventario supone la existencia de un patrimonio especial en cabeza del heredero, lo que podría llegarse a la incongruencia de tenerse que demandarse a sí mismo para interrumpir la prescripción. Con la suspensión se supera dicho problema.-

74.-f) Imposibilidad proveniente de fuerza mayor: Es un principio generalmente admitido que nadie está obligado a lo imposible (ad impossibilia nemo tenetur) (136) De esto se pueden pre-

(136) En el derecho romano encontramos el fundamento del principio consagrado "agere non valenti, non currit praescriptio" cuya fuente es el #2, tít. 40, lib. 7, cod. Rom. en el que el Emperador Justiniano dirigiéndose a Juliano que era prefecto del pretorio le dice: "a fin de que esta ley no parezca incompleta, pues se ha ordenado que las prescripciones corran contra los hijos de familia, por lo que respecta a sus bienes maternos, desde el momento en que han dejado de estar bajo la patria potestad, no se ha ordenado nada especialmente con relación a los otros bienes. Ordenamos por esta ley aclaratoria que no se pueda oponer ninguna prescripción a los hijos de familia por lo que concierne a toda clase de bienes, que no son adquiridos por sus padres, excepto desde el momento en que han podido ejercer una acción; es decir desde que han salido de la patria potestad".- Conf. Aubry y Rau, ob. cit. #214; Zacharie, ob. cit. #848; Marcado, ob. cit. comentario al art. 2251. En la legislación podemos citar como ejemplo de imposibilidad de

sentar diversos supuestos, alguien que en tiempo de guerra debe cumplir servicio fuera de la República, o el insano que no tiene representante legal y deja cumplir una prescripción(137) Velez había dispuesto en el antiguo art. 3980: "Cuando por razones de dificultades o imposibilidad de hecho, se hubiere impedido temporalmente el ejercicio de una acción, los jueces están autorizados a librar al acreedor, o al propietario de las consecuencias de la prescripción cumplida durante el impedimento, si después de su cesación el acreedor o propietario hubiera hecho valer sus derechos inmediatamente"

Llambias (138) hace notar que este precepto merecía tres observaciones:

1)Más que un supuesto de suspensión nos encontrábamos con una prolongación de la prescripción, dado que no cesaba o se detenía en ningún momento el curso de la misma.-

2)La exención de la prescripción cumplida no era automática, el interesado debía hacerla valer inmediatamente.-3)La autorización que le concedía la ley a los .

obrar por fuerza mayor, al Código Civil Italiano art. 2942, ver nota 129 del presente trabajo, código brasileño art. 169 y ley N: 19 del 10/02/47; ley N. 1025 del 30/12/1949 y art. 452 código comercial del Brasil; código boliviano, art. 1502 inc. 1; Código Mexicano (D. Federal) art.1167 , incs. V y 'JI.- (137)C. Nac. Civil Sala D, E. D., T. pág. 282

(138)Llambías, Jorge Joaquín, ob. cit. "Tratado...Parte General" T. II, pág. 688, Núm. 2130.-

jueces, estaba referida a que estos debían valorar si había existido imposibilidad de obrar (139)

75.-La reforma de la ley 17711: El art. 3980 reformado dice: "Cuando por razón de dificultades o imposibilidad de hecho, se hubiere impedido temporalmente el ejercicio de una acción, los jueces están autorizados a liberar al acreedor, o al propietario de las consecuencias de la prescripción cumplida durante el impedimento si después de su cesación el acreedor o propietario hubiese valer sus derechos en el término de tres meses". "Si el acreedor no hubiere deducido la demanda interruptiva por maniobras dolosas del deudor, tendiente a postergar aquélla, los jueces podrán aplicar lo dispuesto en este artículo". (140).-

Existe aquí una prolongación del plazo de prescripción si el afectado hace valer su derecho dentro del plazo leal. Por otra parte es acertado el temperamento de la reforma de reemplazar el adverbio "inmediatamente" por el plazo de tres meses que es de caducidad. De esta manera no queda supeditado a la interpretación judicial el otorgar la liberación

(139)Segovia, Lisandro; ob. cit. comentario al art. 3982, pág. 749, nota 69. También Machado, Olegario; ob. cit. T. IX, pág. 104, comentario al art. 3980.--

(140)El anteproyecto de 1954 dice en el art. 314 segunda parte: "También se suspenderá la rescripcción durante el lapso en que el titular estuviere imposibilitado por fuerza mayor para hacer valer su derecho si intentare la acción correspondiente

del efecto prescriptivo, basta plantearlo dentro del plazo establecido.-

Llambias critica el agregado final al art. 3980, considerando que es innecesario y casuista, pues, puede entrañar "una interpretación errónea con respecto a otras situaciones análogas no incluidas que podrían quedar desechadas mediante una indiscreta aplicación del principio "qui dicit de uno negat de altero", v. gr. la no deducción de demanda en tiempo útil para interrumpir la prescripción a causa de la ignorancia o error excusable sobre la existencia del derecho prescripto, que es una hipótesis típica de funcionamiento de la imposibilidad moral de obrar" (141).-

76.-Relatividad de la suspensión: El art. 3981 establece que "el beneficio de la suspensión de la prescripción no puede ser invocado sino por las personas, o contra las personas, en perjuicio o a beneficio de las cuales ella está establecida, y no por sus cointeresados o contra sus cointeresados". Ejemplo: la norma puede aplicarse en el supuesto de que un inmueble que se haya en condominio de varias personas, la suspensión solo favorece al beneficiario y no a los demás condóminos contra quienes sigue corriendo la prescripción. También ante una cosa dada en usufructo, es poseída por un tercero con animo de dueño, y el usufructuario es menor de edad sin habersele designado representante legal, la suspensión aprovecha a este y no al

(141) Llambias, Jorge Joaquín, ob. cit. "Tratado...Parte General", T. II, pág. 690, 2130 bis.-

nudo propietario (142)-

77.-El principio enunciado en el art. 3981 tiene su excepción en la norma siguiente (art. 3982): "La disposición del artículo anterior no comprende las obligaciones o cosas reales indivisibles". -

Entendeos que el verdadero pensamiento del legislador fue el de referirse a los derechos reales indivisibles. Supongamos el caso de una servidumbre real indivisible, si entre los copropietarios del fundo dominante existe alguien a favor de quien se suspenda la prescripción, dicho hecho va a ser aprovechado por los demás por el carácter indivisible de este derecho real (art. 3007 y 3062). (143).-

(142) Salvat, Raymundo M., ob. cit. "Tratado...Derechos Reales" T. II, pág. 280. Núm. 997.

(143) Este art. 3982 tiene su fuente en Aubry y Rau, y probablemente fue mal traducido, puesto que este autor dice al respecto "la regla de que hemos hablado, recibe sin embargo excepción, tanto a lo que se refiere a la materia real indivisible, cuanto a lo que concierne a las obligaciones indivisible"; ob. cit. T. II, #214, texto a la nota 37, pág. 310.- Conf. Segovia. L. ob. cit. T. II, Pág/ 750, Núm.78, Llerena, Baldomero, ob. cit. T. VII, pág. 403, comentario al art. 3982, Segovia, Olegario, ob. cit. T. XI, pag. 120, comentario al art. 3982; Rezzónico, Luis Maria, ob. cit. pág. 1135.-

78.-Interrupción de la prescripción: La prescripción se interrumpe cuando sobreviene algún acontecimiento que desvirtúa los efectos ya consumados (144) Es decir, se produce la inutilización del plazo prescriptivo ocurrido, y si la prescripción se reanuda habrá que contar el plazo desde dicho evento. A tal efecto, nos dice el art. 3998: "Interrumpida la prescripción, queda como no sucedida la posesión que la ha precedido; y la prescripción no puede adquirirse sino en virtud de una nueva posesión".-

La interrupción de la prescripción adquisitiva puede ocurrir de la siguiente manera:

1) Interrupción natural, el poseedor es privado de la posesión, contra su voluntad (art. 3984).-

2) Por interrupción civil, que a su vez puede resultar:

a) por demanda judicial contra el poseedor (art. 3986);

b) sometimiento de la posesión a juicio de arbitres (art. 3988)

c) del reconocimiento expreso o tácito que hiciera el poseedor a favor de aquel contra quien prescribe (art. 3989).-

El abandono voluntario que hiciera el poseedor de la posesión es un supuesto de pérdida de esta por la propia voluntad del prescribiente (art. 2454) (145).-

(144) Carbonier, Jean, ob. cit. pág. 364.-

(145) Conf. Argañaraz, en Salvat: "Tratado...Derechos Reales", pág. 281, nota 358 a.-En contra Machado, Olegario: "La interrupción de la posesión puede tener lugar en dos modos: 1) contra la voluntad del poseedor; 2) por la voluntad del mismo" ob. cit. T. XI, pág. 128, Num. 1082. Conf. con esta postura encon-

79.- Interrupción natural: Ella se encuentra legislada en el art. 3984: “ La prescripción se interrumpe cuando se priva al poseedor durante un año, del goce de la cosa por el antiguo propietario, o por un tercero, aunque la nueva posesión sea ilegítima, injusta o violenta” debemos complementar el concepto que nos da el art. Citado con el art. 3985: “Aunque la posesión de un nuevo ocupante hubiese durado más de un año, si ella misma ha sido interrumpida por una demanda, antes de expirar el año, o por el reconocimiento del derecho del demandante, la nueva posesión no causa la interrupción de la posesión”.-

Veamos un ejemplo, si una persona está poseyendo un inmueble y lleva diez y nueve años en el, y es desposeído por un tercero y entabla la acción posesoria para recuperar su posesión antes del año, obteniendo sentencia favorable aunque esta haya sido dictada con posterioridad a dicho plazo, el sujeto habrá ganado la prescripción adquisitiva por haber superado el plazo de los veinte años (arts. 4015 y 4016) como consecuencia de que el art. 3984 establece la ficción jurídica que la posesión se considera no interrumpida. Pero, si el poseedor deja pasar el año sin entablar acción posesoria, se considera que su posesión originaria fue irremediamente perdida, y cualquier recuperación posterior en la detentación de la cosa será considerada nueva posesión.-

tramos a Salvat en ob. Cit. “Tratado...Derechos Reales” T. II pág. 282, Núm. 1001.- Notemos que si el prescribiente abandona voluntariamente la posesión para luego recuperarla no cumple

80.-Vemos que el art. 3984 exige desposesión material de la cosa de manos del poseedor. A su vez esta desposesión puede provenir, de un tercero, o del "antiguo" propietario como incorrectamente dice la ley porque éste todavía no perdió su derecho de propiedad por no haberse cumplido el plazo legal para prescribir (146).

81--No hace distinciones el art. 3984 en cuanto a los efectos que va a producir la nueva posesión sea esta ilegítima, injusta o violenta. Esto había dado lugar a dudas y soluciones doctrinarias dispares en el derecho romano y en los autores que comentan el código civil francés (147) en el supuesto de la desposesión violenta. Legón (148) critica la terminología utilizada en la parte final del art. que comentamos dado que no concuerda con la clasificación que hace el legislador sobre la posesión ilegítima en los arts. 2355, 2355, 2354 y concordantes recordemos que a tal efecto, la posesión ilegítima puede ser de buena o mala fe (art.2355), la de mala fe puede presentarse como viciosa o no viciosa (149). Por lo tanto queda sin sentido la posesión "injusta". También es redundante que la norma haga referencia a la posesión "violenta" siendo esta una clase de posesión viciosa (arts. 2364 al 2357) bastando por

(145) Conf. Salvat. R.: ob. cit. "Tratado...Derechos Reales", pág. 283, Núm. 1002.-

(147) Pothier, T. XI, Presc. Núm. 40.-

(148) ob. cit. T. Pág. 380.-

(149) ver Llambías, J.J. y Alterini, J. H. ob. cit. "Código..."

lo tanto a que se hubiera referido a la posesión "ilegítima".

82.-Como dijimos en el p. 79 para que la privación material de la posesión produzca interrupción de la misma es necesario que esta haya durado *un* año con total inactividad del poseedor. Si por el contrario, el poseedor recurre a los remedios legales que la ley le otorga para la restitución de la posesión, o reconocimiento de sus derechos, en ese caso no se producirá la interrupción (art. 3585)(151)

(150)El anteproyecto ábiloni (art. 3409) y el proyecto de 1936 (art. 1556) repiten el mismo error.-

(151) ver: Troplong, "Prescripción" Núm. 544, Vazeille, "Prescripción", Núm. 175. Notemos que el instituto de la interrupción de la prescripción se pone en relación con las acciones posesorias calificadas que exigen la anualidad en la posesión y que solo pueden ser entabladas por el plazo de un año (arts. 2473 y 4035). En el derecho romano, donde encontramos el origen de esta relación, se data que aquel que había sido privado por la fuerza de una cosa, se lo consideraba que la poseía aún, mientras duraba el tiempo en que la podía reclamar por algunos de los interdictos. La misma ficción pasó al derecho francés, es interesante como señala Machado (T. XI, comentado al art. 3985) recordar las palabras del orador del gobierno ante el cuerpo legislativo, Bigot de Préameneu:

"Hay interrupción natural cuando el hecho mismo de la posesión es

El art. 3985 dispone que el antiguo poseedor puede interrumpir la posesión con la iniciación de una demanda antes de expirar el año. Esta demanda consistió generalmente en un interdicto de recobrar que legislan los códigos de procedimiento locales o una acción *de despojo* (art.2490

interrumpido. Si cuando se trata de un fundo, esta interrupción se ha prolongado un cierto tiempo, se presume que es un simple error de parte de *quien se apoderó* de él. Se presume también que él estaba en posesión ha vuelto a tomarla, o ha reclamado inmediatamente que ha tenido conocimiento de la ocupación, y que no la ha consentido. Se *ha considerado* que, si la ocupación momentánea de un fundo bastase para privar de los efectos de la posesión, sería una causa de desorden; que todo poseedor estaría a cada momento a tener un proceso para justificar su derecho de propiedad...La regla de la posesión anual respecto de inmuebles ha regido siempre en Francia; es más propia para mantener el orden público. Es durante el transcurso de un año en que los frutos se han recogido; es durante ese tiempo que una posesión pública y continua toma un carácter que impide confundirla con una simple ocupación. Así, nadie puede ser despojado del título de poseedor sito por la posesión de otra persona durante un año; y por la misma razón la posesión que no ha sido de un año no ha podido interrumpir la prescripción". Machado critica *innecesaria* esta ficción que aún conserva la legislación moderna (ver Machado ob. cit. en el presente texto).-

C.C.) o de restitución calificada (art. 2487)

También puede ocurrir como señala Salvat(152) que produciéndose la desposesión por un tercero sin titulo alguno, el poseedor con justo titulo y buena fe, confiándose en la eficacia del suyo opta por ejercer **la** acción petitoria (art. 2482).7

En consecuencia, iniciada la acción de restitución antes del año, y obteniéndose sentencia favorable, aunque esta se dicte después de vencido este, se tendrá por no interrumpida la posesión del antiguo poseedor. En ello el texto de la ley es claro: "aunque la posesión de un nuevo ocupante hubiese durado más de un año, si ella misma ha sido interrumpida por una demanda, antes de expirar el año, ...la nueva posesión no causa la interrupción de la Hrzscripción" (art.3985)

83.-También establece el art. 3985 que la interrupción se tendrá por válida "por el reconocimiento del derecho del demandante". Este reconocimiento puede al producirse en juicio, tiene el valor de sentencia. Puede producirse también el reconocimiento sin haber existido demanda judicial, entendemos que dicho supuesto tendrá el mismo efecto anterior(153).-

(152)Salvat, Raymundo M., ob. cit. "Tratado...Derechos Reales" T. II, pág. 285, Núm. 1005.-

153)Machado nos hace notar que pasa si el reconocimiento tanto judicial como extrajudicial a favor del antiguo poseedor se produce después de haber expirado el año. Sin perjuicio de recuperar la cosa, se tiene por interrumpida la posesión? Este autor se inclina por la negativa, por una razón de justicia, y

84.-Debemos observar que el art. 2455 establece que la desposesión en caso de violencia se produce inmediatamente: "La posesión se pierde cuando por el hecho de un tercero sea desposeído el poseedor o el que tiene la cosa por él, siempre que el que lo hubiese arrojado de la posesión, la tome con ánimo de poseer". Puede ser "arrojado" de la posesión el poseedor o su representante para encontrarnos con el vicio de los arts. 2365 al 2368. La pérdida de la posesión en este caso es inmediata. En cambio el art. 2456 legisla otro supuesto: "Se pierde también la posesión cuando se deja que alguno la usurpe, entre en posesión de la cosa y goce de ella durante un año, sin que el anterior poseedor haga durante ese tiempo acto alguno de posesión, o haya turbado la que la usurpó". La norma se refiere aquí especialmente al vicio en la adquisición de la posesión en forma clandestina (art. 2370), aunque por generalización se aplica a toda adquisición que se realiza en forma no violenta como también aquellas que son realizadas por abuso de confianza, simplemente de mala fe (mala fe no viciosa) o en forma ilegítima de buena fe (art. 2356) (154).-

autor entiende que la norma puede interpretarse de dicha forma (Ver ob. cit. con comentario al art. 3985). Salvat considera sin entrar en valoraciones ni discusiones que en el -"reconocimiento fuera de juicio, la antigua posesión continúa en este caso en toda su plenitud y no puede, por consiguiente, existir interrupción de la prescripción". ob. cit. "Tratado...Derechos Reales", T. II, pág. 285, Núm. 1006.-

(154)Ver Llambías, J. J. y Alterini, J.H. ob. cit. "Código C.

Como ya hemos anotado, en el Derecho Francés la posesión se pierde en todos los supuestos al año de la pérdida efectiva de la posesión(155), siguiendo de esta manera en gran parte la vieja tradición romana. Por lo tanto queda armonizada estas normas relativas a la desposesión con las de interrupción de la misma(156).-

En Puesto derecho esto no ocurre, por lo tanto, cuáles son el alcance de estas normas y como se relacionan con los arts. 3984 y 3985? Nos encontramos con diversas corrientes doctrinarias que polemizan entre si. De esta manera, hay quienes en forma mayoritaria entienden que el art. 2456 hay que interpretarlo en el sentido literal, es decir, "que si el usurpador goza de la cosa durante un año, sin que el anterior poseedor haga durante ese tiempo acto alguno de posesión, o haya turbado la que la usurpó ". Podemos incluir dentro de esta doctrina, en la cual nos enrolamos, a Llerena(157), Salvat (158), Lafaille(159), Ovejero (160), Molinario(161), Alterini

(155)Ver nota 151.-

(156)Art. 2243 C. C. francés y 23 C. Procedimientos.También Mazeaud, ob. cit. parte II, vol. IV, pág. 202, Núm. 1493.-

(157)Ob. cit. T. IV, comentario al art. 2456 y T. XI, comentario al art. 3984.-

(158)Salvat, Raymundo, ob. cit. "Tratado...Derechos Reales" Núms. 239, 244 (T. I) y 1007 (T.II).-

(159)Lafaille, Héctor, ob. cit. "Tratado...Derechos Reales", N. 182, nota 187, pág. 164.-

(160)Ob. cit. Núm 117, pág. 227.-

J. H.(162), Peña Guzman(163) y 8orda(164). Lafaille y Ovejero apuntan que durante el año coexisten dos posesiones, la del antiguo poseedor que no la perdió por ficción jurídica, y la del nuevo que la puede hacer valer contra terceros(165). Otra corriente interpreta que atento el art. 2401 no pueden subsistir dos posesiones sobre una cosa, por lo tanto la pérdida es inmediata con la usurpación. Entienden que lo que legisla el art. 2456 es la pérdida del "ius possessionis" que se producirá con la prescripción de las defensas posesorias. Adhieren a esta doctrina, Segovia(166), Argañaraz(167), Dassen Vera Villalobos(168), Garrido Andorno(169), Laquis(170), Highton(171)

(161)Ob. cit. pág. 283 y s.s. Especialmente nota 524.-

(162)"Código Civil Anotado", Llambias, J.J. y Alterini, J.H.

T. IV-A comentario al art. 22456, pág. 204. También ver de Alterini, J.H. "La locación y los derechos reales con función equivalente", La Plata Núm. 176.-

(163)Peña Guzman, Luis A., ob. cit. T. I, Núm. 272, pág. 350 y T, II, Núm. 657, pág. 227.-

(164)ob. cit., Núm 89, pág. 89.-

(165)Notas 158 y 160.-

(166)Ob. cit. T. II, pág. 59 nota 188.-

(167)En Tratado de Derecho Civil actualizado por este autor, T. II, pág. 286, nota 365a.-

(168)"Manual de Derechos Reales", Tipográfica Editora Argentina, ed. 1962.-Pág. 124, Núm75.-

(169)"Código Civil Anotado", Libro III, "Derechos Reales", T.I

Legón en postura aislada distingue en posesión legítima e ilegítima, conservándose la primera un año y perdiéndose la segunda en forma instantánea(172).-

85.-En nuestra opinión los arts. 3984 y 3985 establecen un régimen de carácter especial en la materia que ellos regulan. La posesión queda perdida en el instante mismo de la desposesión violenta como lo establece el art. 2455. Pero tratándose de la prescripción las normas mencionadas establecen un régimen excepcional en que la pérdida de la posesión queda subordinada a que no sea demadado por el antiguo poseedor dentro del año a que se le restituya la cosa, o no se haya reconocido su derecho. Por lo tanto, si ello ocurriere, no habrá sido interrumpida la prescripción.-

86.-Interrupción civil: Hemos dicho (p. 78) que la interrupción civil se podía producir: a)por demanda judicial contra el poseedor; b)por sometimiento de la posesión a juicios de árbitros; c)por reconocimiento expreso o tácito que hiciera el poseedor a favor de aquel contra quien prescribe (art. 3989).- Veremos por separado cada uno de estos casos.-

pág. 401 y s.s.-

(170)"Derechos Reales", T. I, pág. 457 y s.s.

(171)"Derechos Reales" Núm. 160 y s.s.

(172)ob. cit. T. III, pág. 223 y s.s.

87.-a), Interrupción de la prescripción por demanda judicial contra el poseedor: Establece el art. 3986 en su primera parte que "La prescripción se interrumpe por demanda contra el poseedor o deudor, aunque sea interpuesta ante juez incompetente o fuere defectuosa y aunque el demandante no haya tenido capacidad legal para presentarse en juicio". Exige el artículo que sea presentada una demanda contra el poseedor. Es decir un reclamo judicial, formal, y aún defectuoso, interpuesto ante un juez aunque sea incompetente por parte del demandante de su mejor derecho.(173).En cambio el modelo francés al artículo nos dice que basta "una citación ante la justicia" (art. 2244) (174). Puede también el mismo efecto interruptivo si la pretensión es expresada a través de una reconvencción, excepción, es decir un acto auténtico que tenga por fin producir la interrupción de la posesión(175).-

(173)La pretensión tiene que estar referida al hecho del reclamo de la posesión, así una denuncia por usurpación no interrumpe la prescripción, E. D. T.56-pág.627 ni una sucesión E.D. T.41-pág. 773.-

(174)En el derecho romano no se interrumpía la prescripción por la presentación del reclamo ante el magistrado porque no había sido todavía desposeído el poseedor, por lo tanto podía seguir prescribiendo contra terceros. Pero en cambio si el reclamante triunfaba la sentencia era retroactiva al día de la presentación de su pretensión. Esto era técnicamente más justo de acuerdo a la naturaleza del derecho que estudiamos. En cambio en nuestro derecho, la demanda interrumpe la pres-

Es necesario la notificación de la demanda para interrumpir la prescripción? Entendemos que no, y esta es la doctrina dominante a la cual nos adherimos(176)

entre una demanda formada ante la justicia por citación, cuando las partes no han abierto la contienda judicial, y una demanda formada incidentalmente o por reconvencción cuando las partes están en presencia del juez? La expresión de nuestro artículo, "citación en justicia", debe, pues, entenderse de una manera extensa; hubiera sido más exacto decir. "una demanda ante la justicia" Presc. pág. 82. Núm. 562.-La antigua legislación hispánica sobre la cual innova Velez. exigía una demanda judicial contra el poseedor y que este fuera citado o emplazado por el juez, para que pudiera conocer la demanda (Ley 7, tít. 11, Lib. 2, Fuero Real 29,., tít. 29, Part. 3 y 65 de Toro).-

(176)Conf. Machado: ob. cit. T. XI, pág.138, comentario al art 3986; Llerena, ob. cit., T. VII, pág. 409 comentario al art. 3986; Salvat, R. "Tratado de las obligaciones en general" T. III, núms. 2133/5; Argañaraz, actualizado por este autor, pág 287, núm. 1007a; Llambias, J.J. ob. cit. "Tratado...Parte General", T. II, num. 2134, Peña Guzman, L. A., ob. cit. T. II, pág. 229, núm. 659, Rezzonico, L. M. ob..cit. T. II, pág. 1142 Segovia entiende que la demanda interrumpe la prescripción siempre que se la notifique, ob. cit. T. II, pág. 752, nota 86 La doctrina judicial mayoritaria adopta el criterio mayoritario: C.S.N., 9/10/1940, J.A. T. 72, pág. 505; E.D. T.50, pág. 550; E.D. T. 40. pág. 271.-

Finalmente, el art. 3986 en su última parte nos dice que igual se tendrá por interrumpida la prescripción si el demandante no tuviera capacidad legal para presentarse en juicio.-

88.-b) Sometimiento de la posesión a juicio de árbitros: "El artículo 3988 nos dice que: "El compromiso hecho en escritura pública, sujetando la cuestión de la posesión o propiedad a juicio de árbitros, interrumpe la prescripción". Tiene por antecedente esta norma una decisión de la Corte de Paris del 9 de junio de 1826 que para justificar que un compromiso arbitral interrumpa la prescripción, fue necesario asemejarlo al concepto de demanda a fin que quedara comprendido en la disposición del art. 2245. Por ello la Corte francesa al referirse al tema que "el compromiso, en derecho, produce el efecto de una demanda ante el juez ordinario" (177). Velez, tomando esta doctrina redacta el art. 3988 en la forma transcripta anteriormente.-

La ley exige, siguiendo la tradición del derecho patrio hispánica que el compromiso deba ser hecho en escritura

(177) Ver: Machado, ob. cit. comentario al art. 3988, Troplong, ob. cit. comentario al art. 2245, N. a: J4 Laurent, ob. cit. T. XXXII; pág. 126, Núm. 119.- En el derecho romano una constitución de Justiniano había establecido: "Plenius tamen et generaliter definimus conventum in scriptis apud compromissarium iudicem factum, itá temporis interruptionem iducere, quasi in ordinario iudicio lis fuisset inchoata".

pública. Machado señala que si las legislaciones locales autorizan en sus códigos procesales que el compromiso se pudiera establecer en otro tipo de instrumentos ello también interrumpiría la prescripción porque el juicio habría comenzado con el sometimiento de la cuestión a'la cual se la reconoce litigiosa a juicio arbitral.(178).

89.-Otro problema que se plantáa es que si la escritura compromisoria es nula por un defecto de forma produce o no los efectos del art. 3988. Debemos de distinguir:

a) Si los Códigos locales aprueban o permiten la constitución de compromisos en instrumentos privados este interrumpe la prescripción.(p. 88).-

b)En caso contrario, si las legislaciones locales exigen la escritura pública, y se hiciere el compromiso por instrumento privado, es de apliczción lo dispuesto en el art. 977 que establece: "Cuando se hubiese orenado exclusivamente una clase de instrumento público, la falta de esa especie no puede ser suplida por especie diferente", por lo tanto no tendría dicho acto ningún efecto interrumpitivo. Al interesado, le quedaría abierta la posibilidad de exigir la elevación a escritura pública por lo dispuesto en el art. 1185. Claro está, que la presentación de la demanda para elevar a escritura pública el compromiso arbitral dará lugar a la interrupción.-

c)Ei la escritura pública fuera nula por falta de algún elemento extrínscos entendemos que en este caso se produce el

(178)0b. cit. T. XI, pág. 152, comentario al art. 3988. -

efecto interruptivo, dado que hay reconocimiento de partes que hay situación litigiosa (179).-

89.-Si la nulidad es de fondo, como por incapacidad de alguna de las partes, debemos distinguir los siguientes supuestos: a) incapacidad del reclamante: aplicando por analogía el art. 3986, se producirá la interrupción de la prescripción.-

b) incapacidad del poseedor: en este caso, estaría realizando un acto de consentimiento que puede tener por finalidad disponer de sus derechos sin la correspondiente autorización. Hasta que dicho acto no sea saneado, no producirá la interrupción prescriptiva.-

c) Incapacidad del árbitro: existe reconocimiento de las partes que hay una cosa litigiosa. La incapacidad, muerte o renuncia del árbitro no va a afectar el efecto interruptivo del acto.-

90.-La segunda parte de la norma en cuestión establece: "sujetando la cuestión de la posesión o propiedad a juicio de arbitras". Está bien en claro que aquí se discute es el hecho de la posesión que va a tener como efecto que por el transcurso del tiempo se llegue al derecho de propiedad. O puede ser también, alguien que teniendo un justo título se considere en su buena fe propietario de la cosa. El código establece, que de esta manera queda en forma irrevocablemente interrumpida la prescripción, perdiéndose por lo tanto el plazo transcurrido hasta ese momento. Pero, si se sujeta a compromiso una pose-

(179) Cónf. Machado, ob. cit. T. XI, comentario al art. 3988,

sión o propiedad ya ganada por el transcurso del tiempo, en dicho caso el árbitro se verá obligado a fallar a favor del poseedor o propietario. El compromiso arbitral no podrá dejar sin efecto el tiempo ya transcurrido ni el efecto que este produce, que es el que el poseedor gana el "ius possessionis" o la propiedad según sea el caso. Nos encontramos con un derecho adquirido por el prescribiente, y si este se quisiera desprenderse de la cosa a favor de su reclamante, deberá recurrir al instituto de la donación o renuncia del derecho de dominio a favor de determinada persona.-

91.-Finalmente la última parte del art. 3988 establece que el acto compromisorio "interrumpe la prescripción". Nuestro legislador siguiendo la doctrina francesa que comentamos soluciona un vacío legislativo dejado por el codificador francés o que tuvo que recurrir a una solución jurisprudencial. Pigeau (180), aconsejando a la corte de Paris dijo: "la prescripción se interrumpe durante el compromiso, porque los árbitros representan, respecto de las partes, a los tribunales ordinarios; no comienza su curso sino cuando el poder de los árbitros ha concluido" Es clara la confusión del autor francés en cuanto pretende que el "compromiso arbitral" interrumpe "durante" la actuación de los árbitros, cuando la interrupción produce irrevocablemente la pérdida de los efectos de la prescripción con respecto al tiempo pasado, sin afectar el porvenir.-
Por lo tanto, no debe confundirse los efectos

(Ver: Troplong, ob. cit. Núm. 594; Laurent, ob. cit. Num. 119, Machado, ob. cit. comentario al art. 3988, T. XI. -

de este instituto con los de la suspensión(181). Velez ha sido claro en el tema al disponer que el acto compromisorio interrumpe la prescripción(art. 3988). Pero esto no implica, que si el juicio arbitral se prolonga indefinidamente en el tiempo y de la última diligencia transcurre veinte años, el poseedor habrá ganado en ese caso una nueva usucapión y habrá adquirido definitivamente el derecho real.-

92.-Qué sucede si el actor desiste del procedimiento iniciado, o si las partes abandonan el compromiso, o los árbitros tienen insuficiencia de facultades o vence el plaza para arbitrar? Llambías entiende que se aplica por analogía lo dispuesto en el art. 3987 (182) en cuanto queda eliminado el efecto interruptivo. Nos inclinamos por la doctrina contraria por las siguientes razones:

a)Ubicación del art. 3987 puesto con anterioridad a la interrupción por compromiso arbitral(art. 3988). Si el legislador hubiera deseado expresamente que la doctrina del art. 3987 fuera común a la interrupción por demanda y al compromiso arbitral la hubiera colocado ambos artículos en orden inverso;

b)El compromiso arbitral es un acto jurídico en el cual intervienen todas las partes interesadas. Por lo tanto se desprende

(181)Conf. Machado, ob. cit. T. XI, comentario al art. 3988, pág. 151.-

(182)Ob. cit. "Tratado... Parte General", T.II, pág. 696, Núm.

que han deseado interrumpir definitiva y voluntariamente la prescripción transcurrida(183).-

93.-El artículo que estamos analizando no distingue si es necesario sujetar la cuestión de la posesión o propiedad a jui-

(183)Cónf. Machado, Ob. cit. comentario al art. 3988, T. XI, pág. 152. Llerena, Ob. cit. comentario al art. 3988, pág. 412. Legón, en cambio propone para lograr una solución más justa, el compromiso arbitral y el juicio que de él se derive suspenda la prescripción. Ob. cit. pág. 413, Núm. 18. Sibiloni asimila esta situación a una emanda iniciada ante un tribunal especial; anteproyecto art. 3416: "Si la demanda debe ser deducida ante un tribunal arbitral, la interrupción se produce por la celebración del compromiso. Si los árbitros no han sido nombrados en él, o si su nombramiento es procedente por otra causa, o no puede la jurisdicción arbitral conocer antes de la realización de otro hecho o condición, la prescripción queda interrumpida por el hecho que el que pretende un derecho hizo todo lo necesario para que se resolviera la cuasa". Son de aplicación en consecuencia lo dispuesto en los arts. 3412 y 3413. El proyecto de 1936 dice al respecto, art. 317: "El otorgamiento de un compromiso arbitral interrumpe la prescripción. Cuando no designase arbitros, o por cualquiera circunstancia fuese menester nombrarlos, o si la jurisdicción arbitral sólo pudiera actuar, después de cumplida una condición, bastará que el interesado haga cuanto de él dependa para la marcha del procedimiento".-

cío arbitral o árbitros amigables, componedores. La ley no distingue por lo que las partes quedan libradas a su arbitrio elegir entre ambos institutos(184).-

94 -El artículo 3989 establece: "La prescripción es interrumpida por el reconocimiento, expreso o tácito, que el deudor o el poseedor hace del derecho de aquel contra quien prescribe". Encontramos el antecedente de esta norma en el proyecto de García Goyena (art. 1987), donde aquél autor le hace el agregado de "expreso o tácito" que no figura en el modelo francés (art. 2248).-

Puede suceder que la prescripción esté cumplida y por lo tanto el derecho ganado, en consecuencia el derecho que allí se renuncia es más bien un acto de enajenación. En cambio cuando está corriendo el plazo de prescripción la renuncia que a ella se pueda hacer es a una expectativa porque el derecho aún no está adquirido. Troplong explica magistralmente y en pocas palabras esta doctrina: "toda la diferencia está en que se renuncia a una prescripción cuando está adquirida, y que se interrumpe una prescripción cuando no se ha cumplido"(185).

(184)Conf. Segovia, ob. cit. T. II, pág. 753, Nota 92. Machado, ob. cit. T. XI, comentario al art. 3988. Argañaraz, en Salvat: ob. cit. "Tratado...Derechos Reales", T. II, Núm. 1007C, pág. 289; Peña Guzmán, ob. cit. T. II, Núm. 660, pág. 230.-

(185)Ob. cit. pág. 131, Núm. 613.-

95.-Sujeto activo del reconocimiento: La ley nos habla que en materia usucapiva que es el poseedor. Se discute cual es la capacidad necesaria para que el reconocimiento sea util. Primeramente hagamos notar que en el supuesto del parrafo anterior (p. 94) donde estamos ante una renuncia de un derecho ya adquirido y por ende ante un acto de enajenación no hay duda que la capacidad requerida será la de disponer. Con respecto a la prescripción no cumplida la mayoría de la doctrina se inclina que es necesario la capacidad para disponer(186).

(186)Conf. Laurent porque se está por consolidar el derecho de propiedad. Ob. cit. T.XXXII, N. 124, pág. 132, Aubry y Rau, cit. T. II, #215, Segovia: "Importando el reconocimiento de un derecho ajeno que se posee como propio, una renuncia a la posesión y sus ventajas, y una especie de enajenación del inmueble que se prescribe, no podrá hacerlo sino el que tenga capacidad para disponer del inmueble". Ob. cit. T. II, pág. 753, nota 93. Machado: "Como se comprende, para todos estos actos se necesita capacidad de enajenar en la persona que hace el reconocimiento; porque si bien no existe en realidad la enajenación de un derecho adquirido, la renuncia priva al que lo hace de un derecho en expectativa". Ob. cit. T. XI, pág. 156, comentario al art. 3989. Llerena ídem., ob. cit. T. III, pag. 413 comentario al art. 3989, conf. Peña Guzman, T. II, pág. 231, Núm. 661. Para Llambias se requiere la capacidad necesaria para cambiar el estado de su derecho (art. 1040 C. C.) Ob. cit. "Tratado...Parte General", pág. 697, Núm. 2144.- En opinión contraria encontramos a Pugliese para quien esta re-

También puede realizarse el reconocimiento por medio de mandatario. Se requerirá que se cumplan con respecto a este instituto las disposiciones sobre capacidad. Lo mismo ocurrirá con respecto a la gestión de negocios, cuando esta ratificada es de aplicación la retractividad del art. 2304 del Código Civil. -

Pueden los representantes necesarios de los incapaces realizar actos de renuncia del tiempo ganado en la prescripción? Para Pugliesse(187) como estamos ante situaciones de hecho acepta la validez de estos actos siempre que no estén viciados de violencia o dolo. El error, para este autor, puede ser opuesto como causa de revocación del reconocimiento por no ser titular de derecho el prescribiente (derecho en expectativa) y el verdadero titular es extraño a lo actuado. Machado(188), en cambio, posición a la cual adherimos, sostiene que no tiene facultades para impedir que se consolide en su pupilo algún derecho de propiedad. Pero si ha hecho perder la posesión de la cosa por entrega material de esta al reclamante se habrá interrumpido la prescripción y le deberá al pupilo

nuncia hay que analizarla en los hechos, si ha sido cumplimentada en un acto bilateral será necesaria la capacidad para enajenar, si ha sido expresada en un acto unilateral bastará la capacidad de disponer. Ob. cit. pág. 485, Núm. 246. Para Legón estamos ante la simple documentación de un hecho, para la cual se requiere conciencia" Ob. cit. pág. 417.-

(187)Ob. cit. pág. 487, Núm. 246.-

(188)Ob. cit. T. XI, pág. 157, comentario al art. 3989.-

los daños y perjuicios correspondiente de su mala administración.-

96.-El acto de reconocimiento. Naturaleza jurídica: Es un acto por medio del cual el poseedor reconoce el mejor derecho sobre la cosa en otro sujeto. En cuanto a la naturaleza jurídica del acto reconocitivo nos encontramos con una primer doctrina de carácter contractualista sostenida por Dunod quien expresa que toda vez que exista un reconocimiento expreso o tácito de la propiedad en otro sujeto se producirá una interrupción civil convencional (bilateral) (189). Marcadá refuta esta concepción, al decirnos que un acto emanado de un poseedor tenga el carácter de un reconocimiento interruptivo, no es indispensable que se haya formalizado con el propietario; ni tampo-

(189)Ver Troplong, ob. cit. Núm. 620. También Fadda e Bensa se incorporan a esta corriente contractualista al sostener que el reconocimiento debe ser realizado frente al acreedor; 1)porque equivale a una interpelación; 2)porque debe contener una seria afirmación de la vitalidad del derecho; 3)porque por analogía se entiende que queda comprendido dentro del art. 1358. Ver Pugliese, G. ob. cit. pág. 284, núm. 245.- Con respecto al primer punto podemos hacer notar que el reconocimiento de derecho ajeno no necesita ser notificado ni interpelado el acreedor o propietario y con respecto al segundo punto si el reconocimiento se realiza en forma clara y unilateral no por ello necesariamente se creará estado de dudas con respecto a la afirmación realizada por el poseedor, quedando en gran medida reducido el problema a un medio de prueba.-

co que se haya aceptado por este (190).-

Un segundo grupo de doctrina son aquellas que sostienen que nos encontramos dentro del acto unilateral por la intervención de una sólo de las partes (art. 1138 C.C.). Debemos distinguir aquí dos posturas: a) aquellas que simulan el reconocimiento a una renuncia; b) doctrinas que consideran que nos encontramos ante un mero acto unilateral.

97.-a) Doctrinas que asimilan el reconocimiento a una renuncia: Podemos citar aquí a: Laurent (191) quien sostiene que se renuncia al tiempo de la prescripción que ha corrido a favor del poseedor, Baudry-Lacantinerie-Tissier lo expresa como renuncia renuncia al beneficio de la prescripción comenzada, pero más adelante aclara que esta renuncia se asimila más a una confesión porque no crea vínculo jurídico entre las partes y por lo tanto no requiere aceptación por el beneficiario (192); para Segovia importa una renuncia a la posesión y sus ventajas, y

(190) Conf. Marcadé; . ob. cit. T. XII, pág. 208, nota 1. Trop-
long, ob. cit. Núm. 610 y 615.- Pothier ya decía: por cual-
quier acto que el deudor reconozca la deuda (el poseedor), ese
acto interrumpe el tiempo de la prescripción sea que haya
pasado con el acreedor (propietario) o sin 61" "Traité de
Obligatons", Núm. 692.

(191) Ob. cit. T. XXXII, Núm. 121. pág. 128.-

(192) Baudry-Lacantinerie-Tissier: Ob. cit. pág. 389, Núms. 527
y 528.-

una especie de enajenación del inmueble que se prescribe(193); para Llerena estamos frente "a una renuncia a la prescripción adquirida"(194); para Llambías estamos frente a una "confesión" y "renuncia parcial de la prescripción ganada"(195); Rezzónico(196) entiende que ese reconocimiento implica la renuncia del deudor a adquirir un derecho por en transcurso del tiempo, e implica una reafirmación del carácter de obligado, y una confesión del derecho del acreedor(aplicable a la relación entre poseedor propietario).-

98.-b)Doctrinas que sostienen que nos encontramos frente a un acto unilateral: Estas doctrinas critican aquellas que como hemos visto asimilan el reconocimiento a "una renuncia" puesto que esta no quedaría firme o no sería válida hasta que el beneficiario no la aceptase, permitiendo de esta manera que el poseedor pudiera retractarse(art. 875 C.C.). Machado responde que nos encontramos frente a un mero "reconocimiento" del mejor derecho de otro. Lo que si se renuncia en este caso, sostiene este autor es a la expectativa de un posible derecho futuro(197). Para Argañaraz es un acto jurídico unilateral que no necesita ser aceptado por el propietario(198). Para Legón

(193)Segovia, L. Ob. cit. T. II, nota 93, pág. 753.-

(194)Llerena. ob. cit. oág. 413, comentario al art. 3989.-

(195)Llambías, J. J. Ob. cit. "Tratado...Parte General", pág. 697, Núm. 2144.-

(196)Ob. cit. pág. 1148.-

(197)Machado, Ob. cit. Comentario al art. 3989, págs. 154/155.

el reconocimiento de mejor derecho.en el propietario es un me-
ro hecho, que en la usucapión significa la pérdida del "animus
domini" lo que torna imposible la prescripción (199). Pugliese
(200) opina que el reconocimiento es un acto esencialmente
unilateral, pero en la práctica puede darse de manera no poco
frecuente que el reconocimiento interruptivo forme parte de un
contrato. Debe ser una precisa y unívoca manifestación de la
voluntad del (sujeto) reconociente, y no necesariamente se de
la aceptación de éste.-

99.-El art. 3989 nos dice también que el reconocimiento puede
ser "expreso o tácito'. Dimos en el p. 94 que este agragado
proviene del proyecto de García Goyena, y el cual no lo espe-
cifica expresamente el art. 2248 del C. Civil francés antece-
dente de la norma que comentamos. Entendemos que el agregado
es adecuado puesto el reconocimiento no está sujeto a ninguna
formalidad, pudiendo este ser, a través de una carta misiva
que le envía el poseedor al propietario, al contestar demanda,
o en la "confesión" mientras se sustancia el proceso, y aún en
la forma en que se comporte el poseedor como por ejemplo si
comienza a pagar arrendamientos, o reconoce públicamente su
carácter de tenedor intervensionando su titula y reduciéndose
de esta manera su situación de poseedor a la de tenedor.-

(199)Legón, ob. cit. pág. 426 y s.s.

(200)ob. cit. pág. 484, Núm. 245. -

100.-A quiénes aprovecha la interrupción de la prescripción:
Cuando la prescripción ha sido interrumpida por uno de los interesados veremos los efectos que elle tiene con respecto a los demás cointerésados. El código nos da algunos supuestos a partir del art. 3990.-

101.-Interrupción de la prescripción realizada por un tercero:
El art. 3990 nos dice "La interrupción de la prescripción aprovecha al propietario, aunque no sea por hecho suyo, sino por un tercero, que el poseedor ha sido privado de la posesión por más de un año". Si una persona es desposeída por un tercero cuando estaba a punto de prescribir, dicha interrupción de la prescripción va a aprovechar al propietario. Sin embargo, el antiguo poseedor va a tener las defensas posesorias para recuperar su posesión perdida durante el año, plazo de prescripción de las mismas (art. 4038) o de caducidad de la acción de despojo (art. 2493). La norma tiene como fuente a Aubry y Rau(201) donde exige que "el poseedor haya sido privado por más de un año" de su posesión. Segovia(202) y Machado(203) critican la redacción de esta parte de la norma por imprecisa, sosteniendo con razón que debería decir "durante un año" en lugar de "por más de un año".

102.-Segovia(204) y Llerana entienden que este artículo es una

(201)Ob. cit. T. II, #215 C; pág. 321.-

(202)Ob. cit. T. II, pág. 753/754, -, nota 94.-

(203)Ob. cit. T. XI, comentario al art. 3990, pág. 158/159.-

(204)Ob. cit. T. II, pág. 753/754, nota 94.-

(205)Ob. cit. T. VII, pág. 413, comentario al art. 3990.-

repetición del 3984 y que podría suprimirse. Hacen notar que el Código francés no lo trae, y que es una copia textual de Aubry y Rau cuando comenta el art. 2243 fuente de nuestro 3984(206). El art. 3984 habla de la interrupción natural mediante el hecho de la desposesión, y el 3990 a quienes aprovecha dicha interrupción, por lo que podemos concluir que no está demás. Esta interrupción aprovecha al propietario y a todos aquellos que puedan tener interés que se interrumpa la prescripción del poseedor, porque la posesión pública e ininterrompida es el único medio por el cual se puede acceder al derecho real sin la existencia de un título suficiente. El principio consagrado por el artículo se aplica a la prescripción adquisitiva de las servidumbres personales y reales y a la extinción de la acción hipotecaria mediante la prescripción extintiva(207).-

103.-El art. 3991 nos dice a quién aprovecha la interrupción civil de la prescripción. "La interrupción de la prescripción causada por demanda judicial, no aprovecha sino al que la ha entablado, y a los que de él tengan su derecho". A contrario del art. 3990 en que como hemos visto la interrupción aprovecha a todos si el poseedor es privado durante un año de su posesión por faltarle el elemento esencial pr- llegar a dere-

(206) Aubry y Rau, #215 C. pág. 321.-

(207) Ver: Aubry y Rau nota anterior, Machado, comentario al art. 3990, pág. 159, T. XI; Salvat, R. ob. cit. "Tratado... Derechos reales" T. II, pág. 291, Núm. 1010.-

Cho real a través de este Instituto, en cambio con la demanda civil solo puede aprovechar al demandante que la provoca porque el poseedor sigue en la detentación de la cosa. Como bien dice Aubry y Rau(208) 11La interrupción civil de la prescripción, sea adquisitiva, sea extintiva, no aprovecha en general, sino aquél de que ella emana o a sus causahabientes y reci-
procamente; ella no puede ser invocada sino contra aquél respecto de quien se ha operado y sus causahabientes (208).-

Si la cosa demandada, perteneciere a varios, la demanda solo aprovechará a quien la entabla, salvo la excepción del art. 3996 que se refiere a cosas indivisibles.-

Cuál es el alcance que tiene la expresión "a los que de él tengan su derecho" utilizada en el artículo? Comprende además de los sucesores universales a los singulares? Hemos visto que Aubry y Rai- utiliza la expresión causahabientes. El sucesor singular, como un comprador, le es transmitida la posesión sobre la cosa como también todos sus derechos, por lo que también le sería útil a su favor la interrupción operada.-

104.-El artículo 3992 nos enuncia: "La interrupción de la prescripción hecha por uno de los co-propietarios o co-acreedores, cuando no hay privación de la posesión, no aprovecha a los otros; y recíprocamente, la interrupción que se ha causado contra uno solo de los co-poseedores o co-deudores, no

(208)Db. cit. T. II pág. 321 artículo a la nota 54. De máxima "a persona al personaam non fit interruptio activé nec passivé" Ser también Troplong, ob. cit. II pág. 147, Núm. 627.

puede oponerse a los otros". Si uno de los condóminos reivindicara el inmueble, la demanda aprovechará únicamente a aquél, porque el poseedor continuará en la posesión del inmueble, salvo el supuesto de que la cosa fuese indivisible por disposición del art. 3996: "Siendo indivisible la obligación, o el objeto de la prescripción, la interrupción de esta. hecha por uno solo de los interesados, aprovecha y puede oponerse a los otros" (209).-

105.-El art. 3993 refiriéndose a los coherederos nos dice "La demanda entablada contra uno de los coherederos, no interrumpe la prescripción respecto de los otros, aún cuando se trate de una deuda hipotecaria, si la demanda no se ha dirigido contra el tenedor del inmueble hipotecado" La norma se refiere más a la prescripción extintiva, pero deja en claro el efecto personal de la demanda contra quien está dirigida, porque mientras los demás coherederos sigan poseyendo podrán llegar a la prescripción adquisitiva, salvo que sea de aplicación el art. 3996

(209)Esta norma es correlativa con el art. 688. Ver: Machado. ob. cit., T XI, pág. 172 comentario al art. 3996. Salvat, R. ob. cit. "Tratado...Derechos Reales" T. II pág. 292, Núm. 1011 y 1012; Peña Guzman, ob. cit. T. II, pág. 231. Núm. 664.-

.-F.*EFECTOS DE LA USUCAPION:

106.-Adquisición de derechos reales: La prescripción adquisitiva hace adquirir a través de la posesión continua, pública e ininterrumpida ciertos derechos reales que se ejercen por la posesión. De esta manera, es útil para la adquisición del dominio de inmuebles, arts. 2524 inc. 7, 3948, 3999 y 4015. Cuando son varios los poseedores que han prescrito adquirirán en ese caso el condominio. También son aplicables estas normas para la adquisición de la propiedad horizontal por cuanto son compatible con este derecho real.-

107.-Con respecto a la propiedad mobiliaria entendemos que esta era imprescriptible en el código originario de Velez estableciendo un regimen especial que lo regula en los arts. 2412 al 2415, 2767, 2778 y demás correlativos que se encuentran en el Capítulo de la Acción de Reivindicación. Este regimen establecía la imprescriptibilidad de las cosas robadas y perdidas y que podían ser reivindicadas por sus propietarios aún frente a adquirentes de buena fe. La reforma de la ley 17.711 agregó el art. 4016 bis que permite su prescripción adquisitiva siempre que el adquirente sea de buena fe y haya poseído en forma continua por el plazo de dos años en cosas registrables y tres en no registrables.-

108.-También es prescriptible el usufructo. Lo encontramos establecido especialmente en el art. 2812 inc. 4 y 4015. En la práctica dificilmente se dé, porque el poseedor preferirá ad-

quirir el derecho más completo que es el dominio.-

109.-Finalmente es adquirible las servidumbres, estableciendo la ley que solo se pueden adquirir por usucapión las que son continuas y aparentes por la posesión de veinte años (art. 3017).-

110.-La usucapión tiene también por efecto en transformar al poseedor ilegítimo en poseedor legítimo. El derecho real que nazca, como por ejemplo el dominio será de carácter originario y que en nada tendrá en relación con el dominio anterior. Si el adquirente respetara derechos constituidos sobre el fundo como una servidumbre pasiva, en nada alterará su adquisición originaria(210).-

(210)Ver: Molinario, A. , ob. cit. pág. 288, Núm. 114-Salvat, sobre el carácter retroactivo de la usucapión, ob. cit. "Tratado...Derechos Reales", T. II, pág. 293, Núm. 1014 y 1015, también Laurent, T. XXXII, Núm. 425 y Troplong, T. II, Núm. 826.-

II.-USUCAPIDN CORTA:

111.-Antecedentes: En el antiguo derecho romano, el justo título y la buena fe no era necesaria para usucapir. Bastaba que quien poseyera lo hiciera por el corto tiempo fijado para que pudiera adquirir la propiedad. Esto fue remediado por la ley de las doce tablas que estableció que no se podía usucapir cuando la posesión fuera clandestina, violenta u obtenida a título de precario. Posteriormente, se desarrolla la noción de la "iusta causa possessionis" y más adelante la de la "buena fe" que va a desarrollarse durante el bajo imperio y influirá través del aporte del derecho canónico a este instituto. Por tanto en el derecho moderno queda como requisitos necesarios "el justo título" y la "buena fe", temas que desarrollaremos en este capítulo.-

112.-Objeto: El objeto de la prescripción corta son los inmuebles, lo que está establecido específicamente en el art. 3999: "El que adquiere un inmueble con buena fe y justo título prescribe la propiedad por la posesión continua de diez años".-

113.-Plazo: Como vimos, el art. 3999 modificado por la ley 17711 establece el plaza único de diez años. De esta manera queda abrogada la antigua exigencia de "diez años si el verdadero propietario habitaba en la provincia" y por "veinte años si estába domiciliado fuera de ella" (antiguo art. 3999). Ello daba lugar a la necesidad de regular algunos supuestos de excepción:

a) Co-propietarios domiciliados unos en la provincia donde estaba ubicado el inmueble, y los restantes fuera de ella: se prescribía por diez años con respecto a los primeros y veinte con referencia a los segundos (art. 4000 derogado por la ley 17.711).-

b) Supuesto de que el propietario estuvo parte del tiempo presente como también ausente con respecto al poseedor prescribiente: se contaba cada dos años de ausencia por uno para completar los diez años entre presentes (art. 4002 derogado por la ley 17.711).-

La solución legislativa es adecuada, porque no condecía con las necesidades modernas la antigua distinción apuntada, permitiendo de esta manera la consolidación en el adquirente en el plazo decenal, más que suficiente para el resguardo de los derechos del antiguo propietario.-

114.-Justo título-Antecedentes históricos: a) El concepto romano de "iustus titulus" parece ser obra de interpolaciones (211) puesto que los textos clásicos nos hablan de la "ius-

(211) La palabra "titulus" no clásicamente romana. D'Ors, afirma que este término era el rótulo o inscripción que se efectuaba en el album que contenía el Edictum del Pretor, los que eran suscriptos en rollos para su conservación e inscripción. Posteriormente se comenzó a codificarlas en libros, abandonando la vieja forma material, y estas nuevas "rúbricas" se las

ta causa usucapionis". Primitivamente bastaba que en la toma de la posesión no se hubiera efectuado un mal a ningún sujeto, debiendo, por lo tanto, existir ausencia de "furtum".-

b) Posteriormente se restringe el concepto de "furtum" siendo reemplazado por uno equivalente el de "fusta possessio", que comprende también la ausencia de no lesionar a otro en su posición, debiendo ser manifestada por elementos exteriores (212)

c) En el período clásico se evoluciona hacia la "iusta causae possidendi o usucapionis" en donde debía existir una absoluta ausencia de lesionar a otro, permitiéndose alegar hasta el erroris (iustae causae erroris) con tal que el error sea excusable (probabilis o tolerabilis erroris). De esta manera, la prueba que demostraba la propiedad en virtud de una "fusta causae possidendi" estaba a cargo del usucapiente. Díez Picazo, revisándose al tema nos dice "el concepto negativo de posesión no viciosa deviene ahora en un concepto positivo de pose

llamó "tituli", las que se impuso en el lenguaje jurídico a partir de Diocleciano y fueron utilizadas por los abogados para referirse a los textos que hacían a la prueba del derecho pretendido por la parte. Los textos clásicos hablan de la "iustae causae usucapionis" o simplemente "iustae causae". Ver Díez Picazo, Luis, ob. cit. Vol. II, pág. 618. También Iglesias, Juan, ob. cit. pág. 277.

(212) La misma ausencia de "furtum" era prueba fundamental en esta etapa, la que estaba a cargo del demandante. Ver: Díez

sión con justa causa"(213).

d)En la etapa posterior vemos que el concepto de la "buena fe" va impregnando por evolución de los post-clásicos e influencia del cristianismo la totalidad del derecho. Esto trae aparejado que el tema de la "iustae causae" se vea influnciado cada vez más por el concepto de la "buena fe", llegando en algunos casos a absorberlo en su totalidad, convirtiéndose en consecuencia en una "iustae causae" más(214), lo que quedará presente en el derecho medioeval y especialmente en el derecho canónico como una categoría jurídica que influye, ampara e ilumina todas sus instituciones.

e)Bajo Justiniano, debido a interpolaciones e influencias del Derecho común como del Canónico son considerados el "justo título" y "la buena fe" como requisitos independientes(215). El

Picazo, Luis en la nota anterior; también a Petit, Eugene en ob. cit, pág. 294.

(213)Ob. cit. Vol. II, pág. 619.-

(214) supuesto de probabilis o tolerabilis error. anteriormente mencionado.-

(215)El Derecho Canónica exige que la buena fe exista no solo en el comienzo de la prescripción sino también durante toda la extensión de ella. El Código de Derecho Canónico que recoge la tradición bi-milenaria de la Iglesia lo plasma en el

primero de ellos coma un requisito material y objetivo, el segundo coma una actitud ética del agente.

f)Pothier define al "justo título" como un "contrato u otro acto que es de naturaleza tal que es apto para transmitir la propiedad por la tradición que se hace en consecuencia"(216).-A su vez, las Costumbres de París hacían valer el título putativo como equivalente al "justo título" y útil para la prescripción corta(217), receptándose así la influencia post-clásica del derecho romano y del Derecho Canónico.-

115.-Nuestro Código Civil: Velez lo define en el art. 4010: "El justo título para la prescripción, es todo título que tiene por objeto transmitir un derecho de propiedad, estando revestido de las solemnidades exigidas para su validez, sin consideración a la condición de la persona de quien emana". Es bien clara la influencia de Aubry y Rau(218), fuente de esta

Canon 1512: "Ninguna prescripción vale, sino hay buena fe, no solo al comienzo de la posesión, sino todo el tiempo de la misma que se requiere para la prescripción".-

(216)Pothier, cit. por Diez Picazo-ob. cit. vol. II-pág. 619.-

(217)Mazeaud, Henri y Leon: ob. cit. Parte II,Tit. IV- pág. 219

(218)ob. cit. T. II-#218; pág. 335 quién define al justo título como "al título que considerado en sí -mismo; o sea, con abstracción del punto de saber si emana del verdadero propie-

norma quién tiene bien en claro la diferencia del "justo título" y la "buena fe".-

Debe entenderse por "título" la causa y no el "instrumento formal". Esta causa es un acto jurídico definido por el art. 944 que tenga por finalidad la trasmisión o adquisición de la propiedad(219). Se da por supuesto que dicho

tario y e una persona capaz de enajenar, es idóneo para conferir un derecho de propiedad. En otros términos, todo título que tiene por objeto transferir un derecho de propiedad, forma un justo título, cuando está legalmente autorizado para ese fin mismo, sin tener en cuenta la condición de la persona de quien emana".- Sin embargo, este concepto tan claro de Aubry y Rau no existía en la época de la sanción del Código Civil francés. En la exposición de motivos sobre todas las leyes, presentada por los oradores del Gobierno ante el Cuerpo Legislativo nos dice el Tribuno Goupil-Prefeln en la sesión ocurrida el 24 ventoso del año XII: "El adquiriente que haya poseído pacíficamente y a título de propietario durante el tiempo requerido para este género de prescripción, presentará su título, y el título será justo si esta adquisición ha sido de buena fe, y en el será presumida la buena fe si el que reivindica la propiedad no prueba la mala fe"."Code Napoleon", París T. VII, pág. 169-ref. art. 2268.-Probablemente la confusión del Drador surja por influencia de las Costumbresas de París, derecho vivo al momento de esas seiones legislativas donde la buena fe era asimilada al justo título.-

(219) Por "propiedad" tenemos incluido todos los derechos reales que se puedan adquirir por usucapión.-

acto jurídico deberá tener un objeto lícito (art. 953 C.C.), sino no será un justo título.-

116.-Vamos a introducirnos en la explicación del tema analizándolo desde los siguientes aspectos:

a) Acto susceptible de transmitir el dominio y estar revestido de las formalidades legales (art. 4010).:

b) Sin consideración a la condición de la persona de quien emana.-

c) Título verdadero y aplicado al inmueble poseído (art. 4011):

d) Que el acto no contenga vicios de forma (art. 4012). -

e) El problema de las nulidades intrínsecas del acto y la buena fe (art. 4013).-

f) Justo título y el acto inoponible.-

117.-a) Acto susceptible de transmitir el dominio y estar revestido de las formalidades legales: Los romanos habían desarrollado la doctrina de "la iusta causa traditionis" y consideraban que este era cualquier título traslativo que produjera a favor del acipiens la adquisición del dominio siempre que la cosa hubiera pertenecido al tradens. Cuando había un defecto en la condición de la persona del transmitente a través de la usucapión y por el transcurso del tiempo se le permitía adquirir el dominio a través de una posesión breve (220).-

(220) Gayo, Inst. 11-41: "Nam si tibi rem mancipi neque mancipa-

Dimos que el concepto de título es el acto jurídico que puede producir la transmisión del derecho real. Podemos mencionar a la compraventa, permuta, donación, aporte de sociedad, las ventas judiciales, la dación en pago por entrega de bienes, el legado, etc.(221).-

No quedan comprendidas las relaciones jurídicas que tengan por objeto la transmisión de la tenencia. Ejemplo: la locación, el depósito, el préstamo de uso como también los actos jurídicos que sean declarativos de derechos como la partición, la transacción siempre y cuando ello no signifique una transferencia de derecho real a una de las partes o a un ter-

nero neque in ure cessero, sed tantum tradidero, in bonis quidem tuis ea res efficitur, ex iure quiritem vera mea permanebit, donec tu cum possidendo usucapies" (pues si no transmito por mancipación o cesión ante el pretor una cosa mancipable, sino que se la entrego simplemente aquella se hace de tu propiedad bonitaria, que sigue siendo mía por derecho de los Quirities hasta que tú, poseyéndola, la adquieras por usucapión). Institutas: 2,6 pr.: "Et ideo constitutionem super hoc promulgavimus, quae cautum est..., at his modis non solum in Italia, sed in omni terra...dominia rerum fusta causa possessionis praecedente, acquirantur" (y por ello promulgamos sobre el particular una constitución, en la que se dispuso...y que de esta manera no solamente en Italia sino en toda la tierra..., se adquiera el dominio de todas las cosas precediendo una justa causa de posesión).-

(221) Aubry y Rau, ob. cit. #21E. Salvat, R. ob. cit. "Tratado ...Derechos Reales": T. II, pág. 241.-

ceró. -

Lo mismo ocurre con la condición de heredero que no produce título alguno, dado que la ley presupone la ficción que el heredero continúa la personalidad del causante, siendo su causa de adquisición, la que este tenía (arts. 3417, 3418 y 4004).

En el caso de la mensura de inmuebles, como se refiere al deslinde y amojonamiento de estos el título ya existía de antes.-

Cuando la norma indica que el título debe estar "revestido de las solemnidades exigidas para su validez" no se refiere a la forma del instrumento, al cual le dedica el art. 4012, sino a la causa de transmisión que debe ser traslativa como antes lo expresáramos(222).-

(222)Conf. Aubry y Rau, ob. cit. #218. Ver: Segovia, ob. cit. T. II, pág. 763 nota 136; Machado, ob. cit. T. XI, pág. 226 comentario al art. 4010; Llerena, E. T. VII, comentario al art. 4010 pág. 434; Salvat, R. ob. cit. "Tratado... Derechos Reales" T. II, pág. 238 núm. 946; Lafaille, ob. cit. T. I, pág. 596 Núm. 785; Legon, ob. cit. pág. 309 Núm. 5, Laurent, ob. cit. T. XXXI pág. 408 Núm. 389; Pugliese, G. Ob. cit. pág. 588 y s.s.-"El justo título a que se refiere el art. 3999 del Código Civil es el acto jurídico apto por sí mismo para transmitir el dominio de un inmueble y ha de estar revestido de las solemnidades exigidas para su validez".- E. D. T.XXX, pág. 569/571.-

Finalmente, el objeto del acto debe ser lícito, porque son actos prohibidos por las leyes no producen ningún efecto(223).-

118.-Sin consideración a la condición de la persona de quien emana (art. 4010 última parte): Estudiaremos el presente desde dos supuestos:

- a)Trasmitente incapaz y propietario de la cosa;
- b)Trasmitente no propietario;

119.-a)Trasmitente incapaz y propietario: El proyecto de Goyena nos dice refiriéndose al justo título(art. 1958): "entiéndese por justo título, el legal y capaz de transferir la propiedad" y explica estas condiciones con las palabras de las leyes 9, 14, 18, tít. 29, part. 3a. por compra, donadio, o por cambio o por otras razón semejate de estas" refiriéndose al acto que transfiere la propiedad sin consideración a la capacidad de la persona(224). La incapacidad no debe surgir del título de trasmisión ni tener de ello conocimiento el adquirente, porque se violaría el principio de la buena fe y no podría llegar a la usucapión breve por imperio del art. 3999(225).-

(223)Ver Llerena, B., ob. cit., T. VII. Machado, ob. cit, T. XI, comentario al art. 4010 pág. 228. Si se quiere dar en pago en la República con un inmueble la compra de un esclavo en un país donde la esclavitud está permitida, el objeto del acto es ilícito y repugna al art. 953 del C.C. por lo que no puede servir de justo título.-

(224)Machado, ob. cit. T. XI, pág. 228, comentario -al art. 4010. (225)Legón, ob. cit. pág. 322, Núm. 10, Salvat, R. ob.

120.-b)Trasmitente no propietario: Puede emanar de un no propietario. En la nota que comenta el justo título Aubry y Rau(226) dice: "Por justo título se entiende exclusivamente la reunión de las condiciones legales que prescribe el artículo. Cuando se exige un justo título, no es un acto que emane el verdadero propietario, puesto que es contra él que la ley autoriza la prescripción. Precisdsamente el vicio resultante de la falta de todo derecho de propiedad en el autor de la transmisión, es lo que la prescripción tiene por objeto cubrir..." Si alguien vende un inmueble que no es de su propiedad cum- plienose los externos del art. 4010 y se ha cumplimentado con el requisito de la buena fe que exige el art. 3999, y el verdadero propietario reivindica el adquirente podrá oponerle la uscapión decenal. El derecho protege de esta manera toda la apariencia de seriedad que ha tenido el acto reforzado por el estado de animus del adquirente al considerarse legítimo propietario, sumándose a ello incuria del antiguo titular en no vigilar el estado de su inmueble(227).-

cit. "Tratado...Derechos Reales", T. II, pág. 228, Núm 946. Molinario, A. ob. cit. pág. 305 Núm. 123. Aubry y Rau como transcribimos en la nota 218 define al justo título: "un título que considerado en sí, es decir, con abstracción de si emanade una persona capaz de enajenar".-

(226)Ob. cit. #218 A. 1.-

(227)Ver: Machado, ob. cit. T. XI, comentario al art. 4010 y al art. 3999. Lafaille, H. ob. cit. T. I, pág. 594/595, Núm 784. Molinario, A. ob. cit. pág. 305 Núm. 123. Troplong, ob.

Si el transmitente del inmueble además de ser no propietario es incapaz, vale el acto como justo título? Entendemos que sí, porque igualmente se cumple con los recaudos que exige el 4010 en su parte final en que no se debe tener en consideración la condición del enajenante.-

121.-c) Título verdadero y aplicado al inmueble poseído: Es la exigencia del art. 4011. El Codificador reemplaza el término que empleaba Goyena en el que el título debía ser verdadero y válido. Este último concepto incluye la idea no solo sobre la forma sino también sobre la capacidad del enajenante. En nuestro derecho puede haber justo título si este es incapaz o no propietario del inmueble. Por ello la solución es correcta: "título verdadero y aplicado a la realidad del inmueble poseído". Si la casa de la transmisión, en su objeto, no corresponde al inmueble poseído, nos encontramos con un título putativo no apto para la prescripción corta. De esta manera, el legislador innova con respecto al derecho patrio que autorizaba la prescripción si había mediado un justísimo error de hecho (228)

122.-d) Que el acto no contenga vicios de forma: art. 4012: El título nulo por defecto de forma, no puede servir de base para la prescripción". Se refiere a las nulidades extrínsecas del acto. Su antecedente es el art. 2267 del Código Civil francés que dice textualmente: "El título nulo por defecto de forma, no puede servir de base para para la prescripción de

(228) Uer Machado ob. cit. T. XI comentario al art. 4011.-

diez y veinte años". Vemos que el legislador no transcribió la última parte de la norma por considerarla innecesaria, dado que el presente capítulo del código se refiere a la prescripción corta. -

No debe confundirse la doctrina que emana del art. 4012 con el 4009, dado que este último se refiere a la mala fe. El argumento del art. 4009 sienta el principio que el título que tenga defectos de forma no sirve para la prescripción decenal. Por lo tanto, nos encontramos con que se exige en estos casos el cumplimiento de ciertas formalidades y solemnidades legales, y las faltas de ellas da lugar a la nulidad (extrínseca) del acto. Ejemplo de ello, es intentar hacer valer una compraventa de inmueble por instrumento privado como justo título(230).-

(230)En contra Borda, dice este autor: "Aunque no está rodeado de las formalidades que la ley exige (escritura pública), debe considerarse también justo título el boleto de compraventa. Conviene en detenerse en este punto. La jurisprudencia anterior a la ley 17.711 ha sido adversa en considerar el boleto de compraventa como justo título, lo que era coherente con el sistema del código. Pero aquella ley agregó al art. 2355 un parrafo según el cual se considera legítima la posesión de inmuebles de buena fe, adquiridos por boletos de compraventa. Posesión legítima quiere decir que se funda en un título apto para poseer. Lo que significa que aunque el boleto de compraventa no tiene las formalidades legales para la transmisión del dominio perfecto, la ley lo ha asimilado al justo título. Des-

123.-e)El problema de las nulidades intrinsicas del acto y la

de el punto de vista de la justicia, la solución no puede ser más razonable. Quien ha entrado a poseer en virtud de un boleto de compraventa y ha pagado el precio (o parte de él), debe beneficiarse con la prescripción de diez años. No es posible que se encuentre en las mismas condiciones del poseedor de mala fe, que ha tomado por sí y ante sí la posesión, sabía que tenía derecho a hacerlo. "Tratado de Derecho Civil. Derechos Reales-Ed. Perrot-Buenos Aires año 1975-T. I-pág. 317/318".- No compartimos la posición del autor por entender que confunde el concepto de "posesión legítima" con el de "justo título". La posesión legítima está definida en la primera parte del art. 2355: "La posesión será legítima, cuando sea el ejercicio de un derecho real, constituido en conformidad a las disposiciones de este código". La ley 17.711 agrga un apartado al art 2355 que deja perpleja a la doctrina: "Se considera legítima la adquisición de la posesión de inmuebles de buena fe, mediante boleto de compraventa", declarando de este modo que el poseedor por boleto de compraventa es de buena fe o legitimado la adquisición mediante este instrumento; rompiendo la arquitectura del código.-

Por otra parte el art. 4010 exige para que haya justo título debe estar "revestido de las solemnidades exigidas para su validez", sin perjuicio de la clara disposición del art. 4012 que tratamos en este acapite.-

Por otra parte, la solución que propone el Dr. Borda no se compadece con la justicia, dado que él que sí tie-

buena fe (art. 4013): Nos dice la norma que comentamos: "Aunque la nulidad del título sea meramente relativa al adquirente la cosa, no puede prescribir contra terceros ni contra aquellos mismos de quienes emana el título".-

Para algunos presenta dificultad congeniar esta norma con el art. 4010 llegando Lafaille a propiciar su derogación(231). Segovia considera que la única interpretación ra-

ne justo título, es poseedor ilegítimo, por imperio de la primera parte el art. 2355. Por qué al poseedor con boleto de compraventa legitimado en su posesión o adquisición de ella por la ley, vamos a entender por una incorrecta interpretación que su instrumento privado sea considerado justo título en comparación con quien se ha preocupado cumplir con las formalidades legales en su adquisición?-Entendemos que la exigencia de las solemnidades establecidas en el art. 1184 inc. primero para la adquisición, constitución y extinción de derechos realese y el 4010 para el justo título no ha sido un mero capricho del legislador. Se ha intentado con bastante éxito establecer un sistema que dé seguridad en los negocios inmobiliarios. Creemos que es un error intentar modificar tal sistema por la inseguridad jurídica que se crearía. En México, la legislación permite que las transmisiones sobre inmuebles no inscriptas por un monto inferior a quientos pesos y las inscriptas por un monto inferior a cinco mil pesos pueden hacerse por instrumento privado. Dichas transmisiones han creado verdadera inseguridad jurídica.-(art. 2317 y 2321 Cod. del D.F. de México).-

(231)Lafaille, H. ob. cit. T. I pág. 601-Núm. 792.-

cional es cuando la nulidad relativa del título es conocida por el poseedor, impidiendo prescribir contra terceros, lo que importa decir que no se ha distinguido suficientemente la cuestión del título de la buena fe y el caso se refiere a este último y no al primero(232).-

Salvat opina que los actos que son de nulidad absoluta no constituyen justo título, como una venta prohibida, una enajenación en fraude a la ley. Si estamos frente a un acto de nulidad relativa podríamos encontrarnos con un justo título siempre que no sea atacado por quien pudiera hacerlo(233).-

Para Moisset de Espanás la palabra "relativa" ubicada en el art. 4013 del C.C. es sinónimo de "vinculada" con relación a la persona del adquirente. Niega que nos encontremos frente a nulidades relativas; como cree la doctrina, en

(232)Segovia, ob. cit. nota 143 in fine-pág. 729.-

(233)Salvat, ob. cit. "Tratado...Derechos Reales", T. II pág. 244, Núm. 953. En la página 250 Núm 960 del tomo citado nos pone el ejemplo del poseedor que no puede prescribir..."contra terceros, si la venta hubiese sido por una persona que no era propietaria, en cuyo caso a la enajenaciónbn a "non domino", suceptible de ser cubiera por la prescripción, se agrega la causa de nulidad determinante de la mala fe del poseedor y que hace imposible la prescripción de diez a veinte años; contra aquellos mismos de quien emana el título, en el caso de que la venta hubiera sido hecha por el verdadero propietario, víctima

contraposición a las nulidades absolutas. Entiende que se debe concordar el 4013 con el 4012, que se refiere a las nulidades de forma, y estas son siempre absolutas; cualquiera sean las partes que las hayan provocado(234).-

Machado, partiendo de la nta al art. 4012 distingue entre nulidades extrínsecas e intrínsecas del acto. Las extrínsecas se refieren a los vicios de forma, problema resuelto en el art. 4012 y se da cuando se violen las solemnidades legales. En cambio, nos enfrentamos con las nulidades intrínsecas cuando se afecta las condiciones esenciales del

(234)Nos continúa diciendo el autor citado: "y si el art. 4012 fuese interpretado en función de algunas referencias a las llamadas "formas intrínsecas", que efectúa Velez en la nota a esa norma, y de ahí se pretendiese extraer la conclusión de que los vicios que afectan el contenido del acto también pueden privar al título de su carácter de "justo"...seria forzoso llegar a la conclusión de que nunca se puede prescribir cuando la nulidad es "manifiesta", pero no tanto porque no haya justo título, cuanto porque faltaría la buena fe; y en tal caso el art. 4013 encontraría también si justificativo en la inexistencia de buena fe, pues la persona que provoca los defectos del título (sean que afecten a las formas, o al contenido del acto), no goza de la buena fe requerida para prescribir en el plazo breve de diez años.- Moisset de Espanés, Luis -Semanario Jurídico comercio y justicia" Córdoba Núm. 27 del 7/3/1978.-

contrato(235).-

Continúa preguntándose Machado Cómo puede ser explicado el presente art. 4013 que declara inhábil para prescribir con un título cuya nulidad sea meramente relativa? Sostiene siguiendo a Vazeille en el Núm. 481 de su obra "qué el poseedor que conoce los vicios de su título no tiene la buena fe ni el justo título necesario para prescribir"(236). Pero, puede darse el supuesto, que hubiera prescripto la acción rescisoria; ejemplo un menor puber se hace pasar por persona capaz, vende su propiedad, pasando dos años desde que llega a la mayoría de edad y no reclama la nulidad del acto este queda confirmado (art. 4031). Por lo tanto, al adquirente queda transmitida la propiedad frente al transmitente en virtud de un acto traslativo de dominio(237).-

(235)Machado, ob. cit. T. XI, comentario al art. 4012.-
(236)Vazeille, T. II-pág. 29 Núm. 481; el mismo autor nos dice: "sin duda la nulidad que no es sino relativa a la persona que ha tratado, se cubre por la carencia de reclamo, en el plazo de las acciones rescisorias, pero de allí no resulta que, dentro del mismo tiempo, el adquirente puede prescribir, a la vez, contra la nulidad de su título, frente a aquellos que le han otorgado "et contre le droit de propriété de tiers étrangers a ce titre". Con respecto a estos últimos es necesario para la prescripción un justo título y el título no es justo sino desde que válido, respectivamente, "a ceux qui l'ont consenti".-

(237)Hacemos notar en el supuesto de referencia, existía buena

Nos encontramos a continuación con los terceros que tienen interés en la cosa(238). Evidentemente, estos terceros son que pueden promover una acción de reivindicación, previa declaración de anulabilidad del acto, contra el adquirente, y que ello entra en el ámbito de aplicación del art. 4013 del C. C. Cuál es el plazo que tiene el tercero para promover la rescisión del acto y la acción de reivindicación? En el Código de Velez entendemos que no hay duda que era el de diez años, porque al vencimiento de dicho término queda adquirido el dominio en el poseedor en virtud de lo dispuesto en el art. 3999 del C.C. Después de la sanción de la ley 17.711 impera igual plazo, quedando concordado los arts. 3999 y 4023 del C. C. (239).-

fe en el adquirente. en el caso de mala fe, se necesitará la confirmación del acto para transformarlo en buena fe.-
(238)Machado, ob. cit. T. XI, pág. 239.-

(239)El art. 4023 establece que "Toda acción personal por deuda exigible se prescribe por diez años, salvo disposición especial". La reforma agregó: "Igual plazo regirá para interponer la acción de nulidad tratándose de actos nulos o anulables, si no' estuviere previsto un plazo menor". Conf. Llambias: "Salvo en los casos en que la acción de nulidad relativa tuviera un plaza menor, ella se rige por el plazo común de los diez años". Parte General-T. II-pág. 620 Núm. 1996-bis y pág. 678 Núm. 2111 bis.- En el derecho francés, está establecido que la acción de "nulidad absoluta" prescribe a los treinta años, que es el plazo de la prescripción adquisitiva larga,

Continúa diciendo Machado: Cuando el adquirente ha ignorado la incapacidad del enajenante, o cuando lo ha creído dueño de la cosa, sin serlo, en esos casos la prescripción de diez y veinte años viene en su ayuda, y en ese sentido sostiene Zacharie en el Núm. 854 de su obra: "pero un título no será inútil para la usucapión, porque únicamente aquél de quien emana no tuviera derecho para enajenar la cosa, o porque pudiera ser atacado por causa de nulidad relativa", así por ejemplo la venta de cosa ajena es un "titulus ad usucapionem habilis" con tal que el vendedor haya vendido la cosa como suya".(240) Este principio es reafirmado por Massé y Vergé y la doctrina en general al sostener que "es precisamente para este caso y los casos análogos que la usucapión por diez años ha sido establecida"(241).-

siendo común para ambas las causas de suspensión e interrupción. En cambio, la acción para solicitar la nulidad relativa es de diez años coincidiendo con el plazo de prescripción corta.-Ver Mazeaud-ob. cit. part. II-Vol. IV-Núm. 1504-pág. 217.-

(240)cit. por Machado on ob. cit. pág. 240.-

(241)Massé y Vergé, cit por Machado en ob. cit. t.XI comentario al art. 4013. Este mismo autor nos dice reafirmando el concepto de justo título con respecto a transmisiones a non domino: "si el enajenante capaz hubiera vendido una cosa que no le pertenecía, ignorando el comprador esa circunstancia, pues entonces podía prescribir por diez o veinte años": ob. cit. nota al art. 4006 pág. 210.- "este es el ámbito normal de

Marcadá sostiene que no puede haber buena fe sin

la usucapión decenal: para tal adquirente, cuando sea de buena fe, o sea, cuando haya creído tratar con el verdadero propietario, es para el que quiere abreviar el legislador el plazo de la usucapión".

Mazeaud-ob. cit. Part. II, Vol. IV Núm. 1502

pg. 215. Messineo nos dice: "El periodo útil para la usucapión inmobiliaria queda (art. 1159, primer apartado) reducido a diez años (la llamada usucapión abreviada), en el caso de que la cosa objeto de la usucapión haya llegado al usucapiente por transferencia que se le haya hecho por quien no era propietario (non dominus), siempre que la adquisición de la posesión haya ido acompañada en el momento en que tenía lugar de la buena fe (que se presume: art. 1147 tercer apartado) del adquirente; y derive de un título (la fusta causa usucapionis); contrato traslativo arts. 1159, primer apartado, 1160; 1162 primer apartado), que, aunque proveniente del no propietario, sea idóneo para transferir la propiedad, por ser valido en cualquier otro respecto, y haya sido hecho público debidamente (transcripto)" ob. cit. T. III, A. 81, Núm. 6, pág. 320.- Llerena (ob. cit. comentario a los arts. 4010, 4012 y 4013) nos hace notar que si en el acto de trasmisión de una cosa inmueble sea "a domino" o a "non domino" y tiene por causa un objeto ilícito que afecte a la moral y buenas costumbres (art. 953), (como podría ser la entrega de una finca a cambio de drogas) estaríamos frente a una nulidad absoluta e inconfirmable, no sirviendo el título para la prescripción corta. (Conf. Troplong, ob. cit. Núms. 904/906; Laurent, ob.

justo título, pero sí justo título sin buena fe(241). Por lo tanto, la condición de la existencia del justo título se introduce dentro de la buena fe.

Así, el vicio de forma en el título de adquisición

cit. T. XXXII, Núm.396). Pero si la nulidad es relativa? Al respecto sigue Vazeille inspirador de la norma que comentamos en el 482 de su obra: "acabamos de establecer que los actos nulos por la incapacidad del disponente, cuando era conocida por el adquirente, son inútiles para esa prescripción, aún después de pasado el término para deducir la acción rescisoria. Pero creemos que se debe acordar más efectos a los actos contra los que no habría medios de rescisión fundados sobre la violencia, el error o el dolo. Si esos actos en el fondo parecen menos justos aún que los otros, su nulidad no es tan positiva, ella no se manifiesta tan fácilmente; se funda en circunstancias y en hechos de fraude que no se presumen y que es necesario probar"

estos supuestos para esta doctrina, la nulidad relativa del acto de transmisión- conocida por el adquirente impide la existencia del justo título. Pero podría ocurrir, que frente a una transmisión "a domino" hubiera vencido el plazo para reclamarla rescisión del acto, sea por el art. 4031 en el caso de la incapacidad de los menores o 4030 en el supuesto de violencia, intimidación, dolo, error, o falsa causa, convirtiéndose en ese caso la transmisión en traslativa de la propiedad. Pero en el supuesto de la transmisión a "non domino" deberá el poseedor recurrir a la prescripción veinteañal (241)Marcadé, ob. cit.

hace suponer la mala fe en el poseedor (art. 4009), lo que queda colplementada con el art. 4012 "El título nulo por defecto de forma no puede servir de base para la prescripción" Esto hace a la violación de las formas extrínsecas que nos habla la nota del art. 4012.

Con respecto a la violación de las formas intrínsecas la doctrina explicada interpreta "aunque la nulidad del título sea meramente al que adquiere la cosa, no puede prescribir contra terceros ni contra los mismos de quienes emana el título", se refiere únicamente a los casos en que el adquirente conocía el vicio de su título y por consiguiente no tenía la buena fe necesaria para la prescripción.-

124.-Justo título y acto inoponible: El Código en el art. 1051 nos dice: "Todos los derechos reales y personales transmitidos a terceros sobre un inmueble por una persona que ha llegado a ser propietario en virtud del acto anulado, quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del poseedor actual", y la reforma de la ley 17.711 agregó a continuación "salvo los derechos de los terceros adquirentes de buena fe a título oneroso, sea el acto nulo o anulable"

125.-Recordemos la antigua discusión con respecto al alcance de la originaria redacción de la norma que comentamos (discusión que aún subsiste según el alcance que se le dé al agregado de ley 17.711) sobre la procedencia de la declaración de

(242) Ver también Legón, ob. cit. pág. 319.-

nulidad del acto de transmisión y la posterior procedencia de la acción de reivindicación.

126.-Nos encontramos con una primer doctrina entre los que principalmente adhirieron, Segovia(243), Llerena(244), Machado(245), Castro (246), Rivarola(247), Lafaille(248), Salvat(249), Bibiloni (250), Alsina Atienza(251), De Gasperi (252), Galli(253) y Molinario(254) quienes sostienen que siem-

(243)ob. cit. t. II pág. 198 nota 63.

(244)ob. cit. T. IV, comentario al art. 2777, pág 414 y s.s..

(245)ob.cit. T. VII pág. 211 y s.s. comentario al art. 2778.-

(246)Acción reivindicatoria, Buenos Aires, 1898, pág. 145 y s.s.-

(247)Instituciones de Derecho Civil Argentino, 2a. ed. Bs. As. 1941, T. I pág. 469 al 471 núms. 598 y 599.-

(248)ob. cit. T. III, Núm. 2092, pág. 460 y s.s.

(249)ob. cit. T. III, Núm. 2081, pág. 689 y s.s.

(250)Ob. cit. nota al art. 256D, pág. 158.-

(251)Atienza, Dalmiro, "Efectos jurídicos de la buena fe" ue- Buenos Aires año 1935, núms. 394/6.-

(252)De Gasperi, Luis "Tratado de las obligaciones", vol. II, pág. 200/201, Núm. 986-años 1945/46.-

(253)En Raymundo M. Salvat: ob. cit. "Tratado...Obligaciones en general" 6 ed. actualizada por Enrique V. Galli, T. I pág. 325 Núm. 336 a).-

(254)Molinario, Alberto: "La reivindicación inmobiliaria y el adquirente de buena fe a título oneroso" en E.C. año 1964 pág.

pre progresa la reivindicación salvo en los casos expresamente excluidos por la ley. Dan por supuesto que los art. 2777 y 2778 son complementarios del 1051. En el Esbozo de Freitas, fuente de ellos, nos encontramos con el art. 3882 inc. 1) en donde se detiene la acción de reivindicación frente a una trasmisión de buena fe más buena fe más título oneroso. Al no transcribir dicho artículo el legislador innovó con respecto a la fuente haciendo la norma más estricta que su modelo.-

126.- Una segunda corriente, más moderna e innovadora seguida por Tezanos Pintos (255), Rayces (256), Colmo (257) Fornieles (258), Ovejero (259), Llambías (260), Dassen (261), Spota

(255) Tezanos Pintos, David: cit. por Lafaille, en ob. cit. T. III pág. 449 Núm. 2087 y por Molinari, en op. cit. "La reivindicación inmobiliaria..." E.D. T. 7 pág. 182 nota 22.-

(256) Rayces, Alejandro: "Alcance de la acción reivindicación" Revista jurídica de Ciencias sociales. Bs. As. 1916, T. 33, pág 369 y s.s.

(257) Colmo, Alfredo: "Reivindicación contra terceros adquirentes", Revista Jurídica de Ciencias Sociales" año 1917, T. 34 pág. 32 y s.s.-

(258) Fornieles, Salvador: "Reivindicación contra terceros de buena fe" en J. A., 1943 IV-A pág. 12/13.-

(259) Ovejero, Daniel: "Los terceros adquirentes", J. A. 1945-I, pág. 627 a 630.-

(260) Llambías, J. J.: ob. cit. "Tratado...Parte General", T. II Núm. 2022 bis. pág. 633 al 636; Núm. 2038 pág. 645 y 2041 pág. 646.-

(261) Dassen, Julio: "La acción reivindicatoria: sus límites",

(262), Allende(263) consideran que.hay que hacer un interpre-

en Lecciones y Ensayos, Núm. 6 pág. 62 y s.s. y e, "Acciones Posesorias", Bs .;As. 1966 pág. 149 y s.s..-

(263)Spota, Alberto Gaspar. A pesar de la reJacción del agre-
gado por la reforma al art. 1051 que habla de "los derechos de
los terceros adquirentes de buena fe a título oneroso" el au-
tor entiende que se protege también a lns "adquirentes". Al
respecto argumenta "es lícito el argumento a contrario de la
primera parte del art. 2778...aunque el art. 2777 pareciera
exigir para que funcione la apariencia jurídica dos enajena-
ciones de buena fe y a título oneroso estamos más que autori-
zados, obligados a una comprensión de tales normas que conduz-
ca a un resultado concorde con la buena estimativa jurídica,
porque solo así se satisface ese valor esencial que es la
seguridad en el mundo de los negocios jurídicos. Dicho art.
2777, cuya fuente lo es el art. 3877. inc. 2, Pr. Freitas, de-
be interpretarse en el sentido de que abarca la hipótesis del
eajenante que no ostentaba investigadora plausible, v. gr. el
comodatario. Entonces se comprende cual difícil es ante esa
causa de la tenencia de la cosa, pueda omologarse de apariencia
jurídica, tratándose de una cosa inmueble. Solo en este caso
debe exigirse la doble enajenación a tíclo oneroso y de buena
fe para que resulte improcedente la reivindicación, como surge
del art. 3882, inc. 1 y su arg." "Tratado de Derecho Civil
Parte v General" T. I., núm. 1973 nota 24 pág. 842.- El Dr.
Borda opina que la modificación de la ley 17.711 protege a los

tación contraria de la taxativa porque de lo contrario el legislador hubiera caído en una inútil casuística, por lo que llegan a la conclusión que es válido el esquema planteado por

también a los primeros adquirentes, dice al respecto: "Conforme con esa reforma los adquirentes de buena fe y a título oneroso de derechos reales o personales sobre un inmueble están a cubierto de toda acción de reivindicación, sea el acto nulo o anulable." Borda, G. "Tratado...Derechos Reales", T. I pág. 324 Num. 383.-Adrogúe opina al respecto que el art. 1051 modificado ampara al "tercero, subadquirente de buena fe y título oneroso, sólo estará protegido en tanto que adquiera de una persona legitimada registralmente" (Adrogúe, Manuel en "Temas de Derechos Reales" Ed. Plus Ultra año 1979, Capítulo XVIII "El artículo 1051 del Código Civil y su influencia sobre el regimen de los derechos reales" pág. 283- -Núm.4) y continúa diciendo el autor "en nuestra opinión el art. 1051 del Código Civil ha consagrado con alcances restringidos el principio de la fe pública registral, al amparar a quien confiando en las constancias del registro, ha adquirido de quien contando con título nulo o anulable, estaba legitimado, registralmente para disponer del mismo" (trabajo cit. pág. 282 Núm. 3) y con respecto a la buena fe en el enajenante considera que no es exigible porque la norma del 1051 "ha derogado al art. 2777 del Código Civil, por razón de tratarse de una norma especial posterior" (ob. cit. pág. 285 Núm. 9).-Vemos que después de la reforma se han multiplicado las interpretaciones en torno al alcance del 1051 y sus relaciones con los arts. 2777 y 2778

Freitas en su obra a pesar de no haberse transcritto el art. 3882 inc. 1 del Esbozo.-

Esta doctrina que compartimos y que cuenta con la adhesión de Alterini(264) considera que en aquellos supuestos en donde no ha intervenido el verdadero propietario, como en la escritura falsificada, aplica la teoría del acto inoponible, dado que al no haber autoría por no haber participado el dueño de la cosa no rigen los principios del 1051.-

Por lo tanto compartimos con este distinguido jurista la doctrina que al subadquirente le queda abierto el camino de la prescripción decenal a través del justo titulo y la buena fe, consolidándose de esta manera el derecho de propiedad en el subadquirente por la prescripción decenal.-

127.-Es obligación del interprete, siguiendo una sana hermenéutica jurídica tratar de armonizar las normas del código (265). De esta manera quedan armonizados los arts. 1051, 2777,

(263)Allende, Guillermo: "El acto jurídico real", L.L. T. 110 pág. 1073.-

(264)Alterini, Jorge H.: "El art. 1051 del Código Civil y el acto inoponible" Separata de la Revista Notarial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba Núm. 21 año 1971-pág. 11.-

(265)Nos declaramos en contra de la doctrina que facilmente aplica la teoría de las derogaciones implícita o tácitas ante posibles colisión de normas buscando de esta manera interpretaciones simplistas e injustas. Aplicadas en la realidad judi-

y 2778 y tiene la prescripción decenal instituto meticolosamente regulado por el legislador con el siguiente campo de aplicación(266):

a)adquientes y subadquirentes de buena fe y titulo gratuito por especial exclusión del 1051, 2777 y 2778.-

b)adquirentes de buena fe y título oneroso (exclusión del 1051)

c)Supuestos de aplicación del acto inoponible (contando con buena fe de los adquirentes y subadquirentes).-

d)En los supuestos de mala fe el poseedor no tendrá más remedio que recurrir a la prescripción veinteañal.-

128.-Titulo sujeto a condición: El art. 4014 nos dice "El título subordinado a una condición suspensiva, no es eficaz para la prescripción, sino desde el cumplimiento de la prescripción El título sometido a una condición resolutive, es util desde su origen para la prescripción". Analizaremos el tema desde el

cial y aún contando, con la más buena voluntad e inteligencia de los jueces, puede llevarnos a las mayores de las injusticias: lo que puede ser considerado derogado para un tribunal para otro puede estar vigente, de esta manera la ley, que debe ser fuente de igualdad y justicia entre los ciudadanos se puede convertir en fuente de las más graves de las iniquidades (266)Borda opina que la prescripción decenal solo conservan interés para los casos de adquisiciones a título gratuito, posición que desde ya no compartimos. ob. Cit. "Tratado...Derechos Reales" pág. 324 núm 383 in fine.-

supuesto de la condición suspensiva.y resolutoria.-

129.- Supuesto de condición suspensiva: El Digesto dice en la ley 2, núm. 2, tit. 4, lib. 41: "En las ventas condicionales el comprador no prescribe mientras la condición está en suspenso. Lo mismo sucede si por error creyese que la condición se ha cumplido, no habiendo sucedido tal cosa". En el derecho francés, Durantón(267) sostenía que la enajenación hecha bajo condición suspensiva podía servir de base para la prescripción corta, porque una vez cumplida la condición sus efectos se retrotraen a la fecha de celebración del contrato.

Pothier se opuso a la doctrina de Durantón sosteniendo que hasta que se cumpla la condición, el adquirente no es propietario de la cosa, su título de adquisición es incierto, y si el adquirente hubiese llegado a poseer la cosa, no podría poseerla como una cosa que le pertenece, -sino como una cosa que podría pertenecerle si la condición se cumpliera, le falta la *opinionem quoesiti domini* necesario para la prescripción(268). Creemos que Aubry y Rau(269) combatió victoriosamente la postura de Durantón al sostener que "no se trataba en este caso de terminar los efectos jurídicos que produce el cumplimiento de la condición puesta en un contrato por el que la

(267)ver Machado ob. cit. T. XI pág. 242 comentario al art. 242, Salvat actualizado por Argañaraz, "Tratado...Derechos Reales" pág. 245, núm. 287, Troplong, ob. Cit. Núm. 910 y s.s.

(268)ver nota anterior, Pothier, "Prescription" núm. 9D.-

(269)Ob. cit. T. II, núm. 218, pág. 339 nota 12.-

trasmisión de la propiedad era condicional, sino de considerar si el adquirente a quien se le ha dado la posesión antes del advenimiento de la condición, podía creer que había tenido desde ese momento de una manera cierta y positiva, el animus domini sabiendo que sería obligado a restituir el inmueble si la condición vendría a fallar. La negativa parece más cierta cuanto que la posesión anticipada al adquirente no se había operado, evidentemente en ejecución del contrato principal, y solo se explicaba por una convención accesoria que, por implicar para aquel una obligación eventual de restituir, solo había crído una situación provisional y equívoca" A los efectos de evitar que no repitiera la discusación ocurrida en la doctrina francesa velez redacta en la forma mencionada la primera parte del art. 4014, quedando en claro que hasta el cumplimiento de la condición un título bajo condición suspensiva no es apto para valer como "justo título".-

130. Supuesto de condición resolutoria: El dominio sujeto a condición resolutoria se caracteriza por no ser perpetuo, porque cumplida la condición este debe volver a su antiguo propietario. Ejemplo de esto son los art. 2663 y s.s. donde el código regula el dominio revocable. Desde la existancia del título y tradición habrá nacido el dercho real en cabeza del adquirente, y podrá en consecuencia hacer valer su posesión para la prescripción decenal si detenta "justo título" y "buena fe", frente a terceros. Por supuesto, esto no obsta que por cumplimiento de la condición resolutoria quedara revocada la propiedad en favor del antiguo propietario.-

131.- Qué sucede si quien trasmite el dominio lo tenía en virtud de un título nulo y fuera aplicable la doctrina de la inoponibilidad con respecto al subadquirente? Entendemos que si el transmitente hubo su derecho en virtud de un justo título podrá el subadquirente beneficiarse con la accesión de posesiones para llegar a la prescripción decenal.-

Lo mismo podrá hacer, el primer adquirente si se cumple la condición resolutive y le retorna el derecho de dominio sobre la cosa. Si ambos tienen buena fe podrán unirse las posesiones para la usucapión ordinaria(270).-

132.-Título suficiente: En el Derecho Romano clásico, para que la tradición diera lugar al traspaso de la propiedad exigía la existencia de la "fusta causa traditionis". Normalmente esta subsubsume dentro de la causa de un negocio jurídico concreto. Podemos mencionar a manera de ejemplo la compraventa, el mutuo la fiducia, la permuta, la donacion, etc(271)

(270)Vease sobre el tema: Machado, ob. cit. T. XI, comentario al art. 4014; Troplong, ob. cit. T. II, Núm. 911; Laurent T. XXXII Núm. Núm. 398; Marcadé, ob. cit. comentario al art. 2267

(271)Iglesias nos dice, "para que la simple entrega -nudo traditio- implique adquisición de propiedad, es menester que descansa en una causa a la que el ordenamiento jurídico atribuye eficacia trasmisora.-Ahora bien, si toda transmisión de propiedad debe tener una causa que la justifique, y si entre

En la época clásica, la justa causó residía en el animus transferendi at acquirendi dominii, con prescindencia del acto jurídico que haya existido entre partes(272).-No importaba que estuviera viciado de error, dolo o violencia, el propietario no tenía acción real para lograr la recuperación de la cosa.Solo le quedaba la acción llamada "conditio" de carácter prsonal, para ser indemnizado por el perjuicio sufrido.- En nuestro derecho el art. 2602 adopta la postura clásica del derecho romano: "La tradición debe ser por título suficiente para transferir el dominio". Por lo tanto, podemos definir al título suficiente, como el acto jurídico revstido de las formalidades exigida porlaly emanado de personas capaces y susceptible de provocar una trasmisión o constitución de derechos reales sobre una cosa.- Este acto jurídico se refiere a la justa causa, el que puede estar representado por una compraventa, donación, aporte societario,

las voluntades causales de ambas partes, esto es, entre la causa dandi y la causa accipendi, ha de haber pleno acuerdo, el disenso sobre un elemento imprescindible-esencial-para que la existencia del negocio, cual es su propia causa, impide el traspaso del dominio. Del disenso en la causa deriva la falta de causa, y de aquí la imposibilidad de la trasmisión. Esto es, a nuestro entender, el principio dominante en la época clásica."

-Iglesias, Juan -Derecho Romano-Instituciones de Derecho Privado. Quinta edición -Ed. Ariel -Barcelona -1965-pág. 273.-

(2) Maynz -T.I, 192, pág. 611 y 55, entendía que, este concepto de iusta causa regía también en la época clásica.-

etc., el que debe estar revestido por las solemnidades legales que la ley exige. (La escritura pública, art. 1184, inc. 1. C.C.).-

Debe tenerse presente que la causa sin tradición no produce la adquisición del dominio(273) y la tradición sin contrato o causa, tampoco, produciendo sólo la trasmisión de la posesión, quedando abierto en este caso el camino para la usucapión como modo de adquisición del derecho real.

(273)Art.577"Antes de la tradición de la cosa, el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real".-Art.3265 "Todos los derechos que una persona trasmite por contrato a otra persona, sólo pasan al adquirente de esos derechos por la tradición, con excepción de lo que se dispone respecto a las sucesiones". Segovia en ob. cit. pág. 108, T.II nos dice: "La tradición por si misma no es traslativa de dominio, sino precedida de un contrato válido que se propone su trasmisión, y de la escrituración en su caso (art. 2609, 4010, 1183, y 1184). Luego el contrato válido es para la traslación del dominio un antecedente tan indispensable como la tradición misma, que no es sino la realización de lo convenido"."La mera tradición nunca transfiere el dominio, dice el proemio de la ley romana que el mismo Dr. Velez cita, sino le precede la venta, u otra justa causa en virtud de la cual la tradición se rige".-

Para Machado (ver ob. cit. pág. 605-T.6-nota art. 2502) "entiende por título suficiente, el que se funda en un contrato para transferir el dominio, como la compraventa, permuta, etc., pues la tradición o entrega de la cosa en el préstamo o

El código en el art. 2509 establece que "el que una vez ha adquirido la propiedad de una cosa por un título, no puede en adelante adquirirla por otro, sino por lo que faltase al título por el cual la había adquirido". Se consagra, de esta manera, la máxima romana "non amplius quam semel res mea esse potest, saepius autem deberi"(274), lo que significa que una cosa sólo se puede adquirir por un título, por una sola causa, salvo cuando fuere necesario completar aquella "causa", que faltare(275)

locación no lo transfiere, aunque el adquirente haya tenido intención de tomarla para sí, porque la voluntad de ambos debe coincidir en cuanto al acto".- Legón (Tratado de los Derechos Reales en el Código y en la Reforma - T.XI - pág. 86 -ed. Valerio Abeledo 1948) en el art. 2602 encuentra" la trabazón indisoluble entre "modo" y "título"...tomando el segundo de los vocablos en el sentido de "causa "jurídica "adquirendi" de propiedad, sin lo cual el "modo" es un mero continente sin sentido.

(274)Una cosa no puede ser de alguien más que una vez, aún cuando pueda serle debida más de una vez.-

(275)Paulo, Dig. 44; 2; 14; 2: neque enim amplius quam semel res mea esse potest, saepius autem deberi potest (porque una cosa no puede ser mía más que una sola vez, pero se puede deber mucho).- Llerena ob. cit. T. 5, pág. 182 nota al art. 2509 nos dice que "esto no obsta para que una cosa transmitida en virtud de un título nulo no se adquiere en adelante por uno válido, pues que siendo nulo el título es insuficiente para

133.-Título putativo:El art.2357 nos define que "el putativo equivale a un título realmente existente, cuando el poseedor tiene razones suficientes para creer en la existencia de un título a su favor, o para extender su título a la cosa poseída"(276).- Evidentemente se refiere a dos supuestos de buena fe en la posesión ilegítima:

a)No existe el título, pero el poseedor está convencido, que este existe - Ejemplo: un supuesto heredero, que posee los bienes de la herencia y no sabe que hay un testamento posterior que revoca al primero. Debe verificarse un error de hecho excusable del supuesto al que se relaciona el art. 929 del C.C.-

b) El título existe pero no se aplica al inmueble al que se refiere y el titular detenta. Podría ser el caso del escribano que en una venta se equivoca, y escritura por error otra finca

134.-En el derecho hispánico y patrio se hablaba de títulos verdaderos, presuntos, colorados y putativos como independientes

hacer adquirir la propiedad".-A manera de ejemplo, podemos dar . el supuesto de alguien que ha comprado una cosa en virtud de un título nulo, pero el propietario le dona los derechos sobre ella (276)Etimológicamente proviene del término latino putare: creer, suponer. Jurídicamente es la creencia errónea, pero disculpable. Nos encontramos frente a la iusta erraris causa, pobabilis o tolerabilis error.-

1) títulos verdaderos: son aquellos que tienen una existencia real. Se los consideraban que podían ser a) EXPRESOS, cuando no era necesario demostrar su titularidad; b) TÁCITOS: eran aquellos cuya existencia se fundaba en ciertas circunstancias (277) Estábamos aquí en el campo de lo aparente, y como ejemplo teníamos a las cosas muebles, que, ante la inexistencia de un título expreso era necesario probar su titularidad. En nuestra legislación actual, la disposición del art. 2412 no es un título tácito, sino verdadero, la posesión de buena fe de una cosa mueble que no sea robada o perdida crea la presunción de título suficiente, salvo prueba en contrario.-

2) Título presuntos o presumidos: son aquellos en que la ley presupone su existencia y se colocaba en este supuesto a la prescripción treintaenal. Para el código no es un título presumido la usucapión, es un modo de adquisición del dominio.

3) Título colorado: eran los títulos anulables y necesitaban del auxilio de la posesión y prescripción larga para completarlo.-

4) Título putativo: es el que hemos comenzado al referirnos al art. 2357.-

135.- En el antiguo Derecho Romano los juristas discutían sobre la posibilidad de que si el título putativo, o la mera creencia de buena fe de ser el exclusivo dueño de la cosa bastaba para la usucapión (278).-

(277) Machado-ob.cit. T.11, pág. 230.-

(278) Son favorables al título putativo: Pomponio D. 41; 10; 4;

En la época anterior a la codificación francesa ya estaba formado el requisito que debía llenar el "justo título" para la prescripción corta. Pothier lo definía "como un contrato u otro acto que es de naturaleza tal que es apto para transmitir la propiedad por la tradición que se hace en consecuencia"(279).-

Sin embargo, Las Costumbres de París (La Chatelet de París) establecía que bastaba el título putativo para la prescripción corta(280). El art. 2265 del Código de Napoleón establece: "Aquél que adquiere de buena fe y por justo título un inmueble, prescribe la propiedad por diez años..." En cambio el art. 550 del Código civil Francés que se refiere a la adquisición de los frutos por el poseedor, hace del título un simple elemento de la buena fe. De aquí surgen dos corrientes doctrinarias, una la mayoritaria, entre quienes se enrola Trop-Long(281) que entiende que a lo contrario del derecho anterior

2.-Africano: D. 41; 4; 11.-Neracio: D. 41; 10; 5.-En contra Papiniano: D, 41; 8; 3.-Ulpiano: D. 41; 9; 1; 4.- D, 41; 8; 1. Celso: D, 41;3; 27.- Paulo: 41; 3; 18.-D.41; 4; 2.- D, 41; 6; 1.-D, 41; 8; 2.-Justiniano acoge la discusión y se inclina a favor del título putativo. Ver: Iglesias: ob. cit. pág. 279.-
(279)Citado por Díez Picazo, Luis en ob. cit. Vol. II, pág. 219.-

(280)Mazeaud, Henri y León: Ob. cit. Part. II-T. IV-pág. 219.-

(281)Ob. cit. comentario al art. 2267-Núm 890 y s.s.

(282)Ver nota 278.-

de "La chatelet de París", el título putativo ha quedado excluido como habil para la prescripción ordinaria. La otra corriente, que como hemos visto tiene sus orígenes en el Derecho Romano(282), fue tomada por algunas de las Costumbres locales y cuenta todavía con adeptos como los hermanos Mazeaud(282) quienes sostienen que el legislador francés no fue concluyente en excluir al título putativo como habil para la prescripción decenal haciendo, por lo tanto, primar el 550 sobre el 2265.-

136.-Velez, que tenía conocimiento de esta discusión, y deseando reafirmar que el título putativo no era asimilable al justo título redacta el art. 4011 que nos dice que "El título (para la prescripción corta) debe ser verdadero y aplicado en realidad al inmueble poseído. El título putativo no es suficiente, cualesquiera que sean los fundamentos del poseedor para creer que tenía un título suficiente".-

(282)Mazeaud, Henri y Leon y Jean: Ob. cit. Part. II, T. IV-pág. 219.- Estos autores entienden que la mera inclusión de la conjunción en el art. 2265 no es un elemento concluyente para excluir el título putativo.-

137.-La Buena Fe: El art. 4006 primera parte nos dice: "La buena fe requerida para la prescripción es la creencia sin duda alguna del poseedor, de ser el exclusivo poseedor de la cosa". La ley de Partida, citada en la nota a dicho artículo expresa: "que la buena fe, consiste en creer de aquél de quien recibe la cosa, es dueño y puede enajenarla"(284). Velez excluye taxativamente el estado de "duda", en el agente o poseedor de la cosa. Por ello coincidimos con Voet citado en la nota al art. que comentamos al sostener: "que no debe ser considerado en estado de buena fe, el que duda si su autor era o no señor de la cosa, y tenía o no el derecho a enajenarla, porque la duda es un término medio entre la buena y mala fe". A su vez Pothier, la define de la siguiente manera: "bona fides nihil aliud est quam fusta opinio quae siti dominii"(285). Queda de esta manera suprimido cualquier posible existencia de algún estado intermedio entre la buena o mala fe(286).-

(284)"Que crea que aquel de quien ovo que era suya, e que avía poder de la enagenar: L. 9-T.29, part.3.-

(285)Pothier: Pandect. T. III-pág. 149.-

(286)Pugliese, en el derecho italiano refiriéndose a la buena fe nos dice claramente: "Ora se ignora, o non si ignora;. ma non si piuó imaginare uno stato intermedio abbraciante due elementi dispari, l'ignoranza del vero e la possibilitó mediante una maggior diligenza di conoscerlo" (o se ignora o no se ignora; pero no se puede imaginar un estado intermedio abrazando dos, elementos dispares, la ignorancia de la verdad y la posibilidad mediante una mayor diligencia de conoscerlo) Pugliese, Giuseppe: ob. cit. pág. 628 Núm. 335.-

Entendemos que la ley no solo exige una mera ausencia pasiva de mala fe, sino una actitud positiva por parte del sujeto que haya excluido el estado de duda. Por ello el art. 2356 nos exige que "la posesión es de buena fe, cuando el poseedor, por ignorancia o error de hecho, se "persuadiere" de su legitimidad"(287).-

Otro tanto ocurre con el art. 2771 al establecer que "será considerado poseedor de mala fe el que compró la cosa hurtada o perdida a persona sospechosa que no acostumbraba a vender cosas semejantes, o no tenía capacidad o medios para adquirirla". Queda en claro que en el ejemplo de la norma, él que compra alguna cosa a una persona sin medios, o en lugares donde este tipo de cosas no se vende, y a cuanto más valor intrínseco tiene ella, más obligación de dudar, que el que se la transmitía no era el verdadero propietario. Por ello se lo castiga con la presunción de mala fe.-

Por otra parte, el poseedor de mala fe no, mejorará su situación ni empeorará la del propietario si vende la cosa con otras semejantes en casas destinadas a tales opera-

(287)Art. 929 del C.C.: "El error de hecho no perjudica, cuando ha habido razón para errar, pero no podrá alegarse cuando la ignorancia del verdadero estado de cosas proviene de una negligencia culpable".-Ovejero tratando el tema nos dice que: "no podemos imputar negligencia en la averiguación de esas "circunstancias", el poseedor ha sufrido un error de hecho y debe ser reputado como de buena fe".- Ovejero, Daniel "La posesión" ed. Impreresora Argentina-año 1942, pág. 158.-

ciones (art. 2769). A su vez, el tercer poseedor de una cosa mueble robada o perdida, no estará perjudicado en su buena fe, aunque el propietario hiciera anuncios de hurtos o pérdidas, si no probare que tenía conocimiento de ello cuando las adquirió (art. 2770).-

138.-Para Marcadé (288) la buena fe se constituye de tres elementos

- a) Que el adquirente haya creído al enajenante dueño de la cosa;
- b) Que lo ha creído capaz de enajenar;
- c) Que el título de transmisión haya sido tenido por él como libre de todo vicio.-

139.-a) La primera condición la podrá corroborar el adquirente si encuentra al enajenante en posesión pacífica de la cosa, si de las inscripciones e informes registrables en caso de tales bienes, no se hayan anotadas litis u otras medidas cautelares de donde surjan la existencia de petitorio donde la propiedad es reclamada. También de la simple lectura de su título, si en el consta que es propietario de la cosa, porque el arrendatario, comodatario, usufructuario, anticresista, mal puede transmitir la propiedad que no tenía.-

140.-b) Con respecto a la segunda condición, en la capacidad para transmitir, la convicción del adquirente estará dado por-

(288) Marcadé citado por Machado en ob. cit. T. XI comentario al art. 4006.-

que el sujeto se dice mayor, aunque no lo sea, el cónyuge se dice soltero, aunque sea casado y se viole el art. 1277, a pesar del escribano que da fe de su capacidad para enajenar V realizar el acto (arts. 1001 y 1002) crea en pleno conocimiento en el adquirente. Si en el contrato de transmisión figura que el sujeto es menor, o casado, y no es asistido por su representación necesaria o su cónyuge, o se otorga en su defecto la venia judicial, hace suponer un aprovechamiento del adquirente lo que castiga el derecho. La ignorancia fundada en el error de derecho no es excusable, arts. 4006 in fine y 923 del C.C.-

141.-c) En cuanto a la tercera condición, esta no le va a la zaga en importancia a las anteriores. El que adquiere una cosa que está fuera del comercio, o algo que le fue dado en pago de lo no debido, o una causa contraria a las buenas costumbres, objeto ilícito o imposible (art. 953) no podrá ampararse en la buena fe. Recordemos que el art. 23SC nos dice que "la buena fe del poseedor debe existir en el origen de la posesión..." De ahí, también, está la importancia de la investigación de los títulos en las transmisiones notariales. Existe la buena fe registral, con independencia de las normas mencionadas? Entendemos que no, esta, la buena fe es concepto unívoco en el Código y no ha sido reformado por la Ley 17.711. a pesar de alguna opinión aislada (289). Entendemos con Alterini, que es-

(289) Adrogué, Manuel: "El legislador del año 1968 ubicó el principio de la fe pública registral, en el título de las nu-

ta buena fe debe estar alejada de una imagen de culpa y en estas medida presuponen las investigaciones de títulos (290).-

lidades, y al final de la norma del art. 1051 del C.C. sin haber reparado que debía haberse modificado la primera parte del mismo que juega respecto del agregado, a nuestro modo de ver en forma condicionante. Ob. cit. pág. 286 Núm. 15. También ver del mismo autor en ob. cit. "Temas de Derechos Reales" el capítulo XX sobre "Tercero Registral" pág. 305 Núm 13 en donde el autor pareciera vacilar ante algún supuesto de buena fe subjetiva, transcribimos al respecto un párrafo de dicho trabajo que dice: "Si extraregistralmente conoce que el inmueble que adquiere se enajenó previamente, o se hipotecó, o se desmembró en general, creemos que el adquirente no puede aprovecharse de la disconformidad entre el registro y la realidad, para adquirir el emplazamiento registral que le permita configurar la hipótesis del tercero protegido. La buena fe es un standard general del derecho, que no puede estar ausente en nuestro caso, por cuanto convertiríamos el sistema registral en una carrera entre inescrupulosos. La técnica jurídica no debe ofender la conciencia del hombre común".-

(290) Ver: Alterini, Jorge H. Ob. Cit. El art. 1051 del C.C..." pág. 2 y 3. También del mismo autor "Código Civil Anotado" T. IV-A pág 292 "Necesidad de que el tercero sea de buena fe".- No es necesaria la investigación de títulos en sistemas registrales objetivos, como el derecho francés que lo recepta en el art. 1071. En sistemas subjetivos, como la Ley Hipotecaria Bel

142.-Se presenta una cuestión interesante cuando nos encontra-

ga de 1851 descartó la inoponibilidad para terceros si el adquirente cometió fraude. Para el Código Civil alemán el mero conocimiento de la realidad extraregstral manifiesta la mala fe del tercero. #892: "En beneficio de aquél que adquiere por negocio jurídico un derecho sobre una finca o un derecho sobre tal derecho, el contenido del Registro vale como exacto, a no ser que contra dicha inexactitud esté practicando un asiento de contradicción o que la inexactitud sea conocida para el adquirente. Si el titular está limitado en la disposición de un derecho inscripto en el Registro en beneficio de una determinada persona, la limitación solo es eficaz frente al adquirente, si resulta patente del registro o si es conocida para dicho adquirente". Después de establecer el principio de la fe pública registral, (ver Ennecerus-Kips-Wolf comentario a dicho norma Ed. Bosch "Cod. civil alemán "BGB" pág. 188 nota 791) establece excepción contra el tercero de mala fe. La doctrina está conforme con ello. Hedeman en el tema de la buena fe dice: "El adquirente puede tener con arreglo a las circunstancias del caso un deber de examen e investigación". A su vez el R. G, del Reich lo ha afirmado reiteradamente en los siguientes pronunciamientos: "Hay que tomar en consideración, la situación en su conjunto, y juzgar según ello, si se ha infringido en una medida extraordinariamente grande la diligencia exigible en el tráfico y si se ha dejado de observar lo que, en un caso dado, ha de parecer evidente a todos" Sentencia del 6 de mayo de 1933.-Tomo 141, pág. 131" o "Haya que exigir que el

mos con una transmisión con doble vicio en la causa: una conocida y otra desconocida por el adquirente. Supongamos una venta realizada por un menor que se hace pasar por persona plenamente capaz (hecho conocido por el acipiens) en la transferencia del inmueble que lo vende como suya, sin realmente serlo. Si se produce la acción de reivindicación, por el segundo supuesto, existe buena fe en el adquirente? En el derecho francés se ha entendido que hay buena fe en este caso si se intentara la reivindicación por el citado hecho, con prescindencia del primero(291).-

adquirente haya realizado aquellas investigaciones que, según las circunstancias del caso, y de acuerdo a la equidad, tenga el deber de verificar" Sentencia del 28 de noviembre de 1933, Tama 143, pág. 18 y s.s.) Hedeman, ob. cit. pág. 198 letra c y pág.190 letra f.- Para Messineo, la buena fe en la posesión se debe concebir, en general, como ignorancia de lesionar el derecho ajeno. Ob. cit. T. III pág. 320, párrafo 6-A.-

(291)Conf. Aubry y Rau: ob. cit. T. II Núm. 218, Mazeaud sigue igual postura: "El conocimiento que el poseedor pudiera tener de los vicios de su propio título lo constituye en poseedor de mala fe" Ob. cit. Parte II Vol. IV, pág.210. Dicho criterio es tomado por la Corte de Casación francesa. En contra Laurent: "si el autor no tuviera el derecho de enajenar, y el poseedor lo supiera, este no sería de buena fe; porque no puede creerse propietario cuando sabe que su autor no ha podido transferirle la propiedad. La buena fe implica una creencia positiva, la convicción de que el autor del título era propietario y tenía

En nuestro derecho .el problema no se plantea ante la categórica premisa del art. 4006: "...la creencia sin duda alguna del poseedor, de ser exclusivo señor de la cosa". La buena o mala fe es indivisible(292), como lo es la ética, y no relativa a lo que se pretenda eventualmente en la partición judicial. Nos encontramos con un sistema subjetivo de buena fe

143.-El art. 4008 crea una presunción en torno de la existencia de la buena fe(293). Presunción "iuris tantum" que se puede destruir por cualquier medio de prueba(294). Desde ya que

derecho para enajenar" ob. cit. T. XXXII, Núm.406 y s.s., pág. 430 y s.s.-"Si el adquirente conoce uno de los vicios (la in-capacidad de su contraparte, por. ej.) es de mala fe, no obstante que no sepa que su contrariano es el propietario". Ibarrola, Antonio, ob. cit. pág. 409.-

(292)Machado, ob. cit. T. XI pág. 211.-

(293)El Codificador reunió en un solo articulo los arts. 2268 y 2269 del Código Civil francés. Art. 2268 del C.C. francés: "La buena fe se presume siempre, y debe probar la mala fe quien lo alegue" Art. 2269 del mismo ordenamiento: "Es suficiente que la buena fe exista al momento de la adquisición". El art. 2262 de nuestro código dice: "Todo poseedor tiene para si la presunción de la buena fe en su posesión, hasta que se pruebe lo contrario, salvo los casos que la mala fe se presuma" En las cosas muebles⁴ tenemos los arts. 2770 y 2771 y

los inmuebles el art. 4009.- Ver Troplong ob. cit. núm. 914 y s.s. págs. 440 y s.s.

(294)Inclusive la testimonial con todos los recaudos del caso.

nos tenemos que encontrar con un título traslativo de preropiedad, mal puede un arrendatario o comodatario transmitir algún derecho real sobre la cosa(295). Debe ignorar el adquirente como lo expresáramos, la incapacidad del enajenante y no encontrarse con una nulidad manifiesta en el título del transmitente.-

144.-El error de derecho no es excusable(296), en este sentido

Machado dice "que no sería posible exigir al que alega la mala fe una prueba escrita de actos que no ha podido preveer". Ob. cit. T. XI, pág. 217.-

(295)Ver arts. 2777 y 2778 in fine sobre la acción de reivindicación y el art. 1051.-

(296)En el derecho comparado las opiniones son diversas. Laurent sostiene que cuando la ley dice "la buena fe se presume, se entiende que se habla de la buena fe de hecho, porque la buena fe es en general una cuestión de hecho", y continúa diciendo: "Pero si el propietario a quien la prescripción le es opuesta prueba que el poseedor ha estado en conocimiento del acto en donde consta el vicio, el poseedor que invoca el error de derecho se convertirá en demandado cuando el error de derecho; haya sido probado". cit. T. XXXII, pág. 441 Núm. 415.-Aubry y Rau, ob. cit. T. II, Núm. 218, nota 30, sostiene a su vez, que: "Cuando se ha probado que el adquirente ha revisado su título de autor, y este título se encuentra con un vicio de nulidad aparente, el que ha adquirido la cosa se presume haber tenido conocimiento de esa nulidad en virtud de

el legislador ha sido claro al redactar los arts. 20 y 923 del

la máxima *nemo ius ignorare censetur*, y se encuentra, por eso mismo, sometido a la necesidad, para separar esta presunción, de justificar su error de derecho.- En el derecho italiana, la legislación anterior al Código Civil de 1942, establecía para la prescripción decenal además del justo título la buena fe (art. 2137) sin hacer distinción alguna. Esta norma estaba complementada con el art. 701 que establecía con precisión que el error debía de ser de hecho. Por ello Pugliese sostenía: "La sociedad produce estabilidad en su equilibrio mediante ciertos cánones que no pueden ser subvertidos sin que toda la trabazón social refleje una grave sacudida. Uno de tales cánones es aquel de respetar la ley, que a su vez se erija sobre la presunción de que esa sea por todos conocida. Ob. cit. pág. 644. El Código Civil Italiano de 1942 establece en el art. 1147: "Posesión de buena fe: Es poseedor de buena fe quien posee ignorando que lesiona el derecho de otro. La buena fe no favorece si la ignorancia depende de la culpa grave. La buena fe se presume...El art. 1429 refiriéndose al caso de las anulabilidades de los contratos, y en la sección de los vicios del consentimiento establece. Error esencial: El error es esencial...4.-cuando, tratándose de un error de derecho haya sido la razón única o principal del contrato. Messineo agrega "que el estado de buena fe del poseedor se presume "(uris tantum)", lo que implica que, para destruir sus efectos, los terceros deben echar sobre sí la carga de probar lo contrario, esto es la mala fe del poseedor (art. 1147, tercer apartado)

del C. C. No ha dejado lugar a ninguna dudadoctrinaria.-

Messineo ob. cit. T. III, pág. 229. El código del D.F. de México en el art. 807: "La buena fe se presume siempre; él que afirma la mala fe del poseedor le corresponde probarla". Ibarrola manifiesta al respecto: "La buena fe consiste en ignorar todos los vicios del título. Si el adquirente conoce uno de los vicios (la incapacidad de su contraparte, por ejemplo) es de mala fe, no obstante que no sepa que su contraparte no es propietario".- Ibarrola, Antonio "Cosas y sucesiones" México-Ed. Porrúa-cuarta edición-pág. 498.-Con respecto al error de derecho en el vicio de consentimiento nos dice el art. 1813 del referido ordenamiento legal: "El error de derecho o de hecho invalida el contrato cuando recaé sobre el motivo determinante de la voluntad de cualesquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró en el falso supuesto que lo motivó y no por otra vez el art. 21 agrega: "La ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento; pero los jueces, teniendo en cuenta el notorio atraso intelectual de algunos individuos, su apartamiento de las vías de comunicación o su miserable situación económica, podrán, si están de acuerdo el Ministerio Público, eximirlos de las sanciones en que hubieran incurrido por la falta de cumplimiento de la ley que ignoraban, o de ser posible condenarles a un plazo para que las cumplan, siempre que no se traten de leyes que afecten al interés público". El código civil boliviano en su art. 93 nos dice: "La buena fe se

El error de hecho debe ser excusable, es de plena

presume; y quien alega que hubo mala fe, debe probarla". Tratándose de hechos, la mala fe resulta casi siempre imposible de probar. Es una cuestión de conciencia, del fuero íntimo de la persona. En las cuestiones de derecho, en cambio, es imposible ocultar la mala fe: el albacea que adquiere los bienes del albacerazgo; el tutor o mandatario que compra los bienes sometidos a su administración. Ver: Morales Guillen, Carlos, "Código concordado y anotado de Bolivia". Colección Guttentang Cochabamba-ed. año 1977. Vemos que hay una corriente moderna que tiende a justificar el error de derecho, alegando que es imposible conocerlo en su totalidad. "La doctrina clásica elevó a dogma jurídico la presunción que promulgada la ley, nadie la ignora, presunción que se ha justificado con el argumento, si cada sujeto pudiera negarse a cumplir sus obligaciones alegando desconocer las leyes que imponían, reinaría un estado de anarquía": Osorio citado por Morales Guillén en ob. cit. oág. 329.- Finalmente el Código Civil Alemán en el art. 119 acepta el error de derecho. El Anteproyecto de Bibiloni transcribe el actual art. 923 y deja sin efecto el Art. 20. De esta manera Bibiloni considera si el error puede ser causa de invalidez de las relaciones jurídicas, es indiferente saber si es de hecho o de derecho. Ob. cit. pág. 102, 103 y 107.- El anteproyecto de 1954 conserva el actual art. 20, eliminando el 923 vigente. Incluye como art. 3 el siguiente: "La ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento si la excepción no estuviera expresamente autorizada". En el capítulo del error asimila a uno

vigencia el art. 929: "El error de hecho no perjudica, cuando ha habido razón para errar, pero no podrá alegarse cuando la ignorancia del verdadero estado de la cosas proviene de una negligencia culpable"(297). Aquí deberá el juez analizar cada caso en particular, y según las circunstancias determinar si hubo excusas razonable de errar. La negligencia y desidia es asimilable a la mala fe. En ello, la doctrina es pacífica(298) En nuestro derecho, el legislador estuvo acertado en eliminar la distinción entre culpa grave y leve; lo que daba lugar a verdaderas incertidumbres jurídicas en los casos de aplicación práctica.-

145.-La segunda parte del art. 4008, que tiene su antecedente

solo el de hecho y el de derecho. Llambías, J. J. ob. cit. "Tratado...Parte General"-T. II-pág. 493.-

(297)El art. 3716 del Esbozo de Freitas nos dice: "La posesión ilegítima puede ser de buena o de mala fe. Es posesión de buena fe, cuando el poseedor estuviere persuadido por ignorancia o error de la legitimidad de la misma en todos los casos; es decir, no solo en cuanto a la existencia, calidad y validez de su título, sino en cuanto al modo de adquirir, y en relación al derecho del que se la transmitió con tal de que la ignorancia o el error sea de hecho o excusable" arts. 454 y 466.
(298)La doctrina es uniforme: Segovia, ob. cit. T. II-nota 17 pág. 19; Ovejero, ob. cit. pág. 159; Lafaille, ob. cit. T. I-Núm. 106. Salvat, ob. cit. T. I. Núm. 64.-

en el art. 2269 del C.C. francés, que a su vez lo tomó el derecho romano ("mala fides superviens usucapionem non impedit") nos dice refiriéndose a la buena fe: "basta que haya existido en el momento de la adquisición" (299). Que debe entenderse por momento de la adquisición? En el Derecho Francés no hay dificultad, basta entre las partes que haya existido en el momento del consentimiento pactado en el contrato de enajenación. En cambio en nuestro ordenamiento jurídico nos encontramos con el art. 577 del C.C.: "Antes de la tradición de la cosa, el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real", lo que se haya reafirmado por 21 art. 3265 del C. (300).- Diferente en el supuesto si nos encontramos con la traditio brevi manu, arL. 2387 y el **Constituto Posseorio** art. 2462

(299) Momeno de adquisición significa que debe ser el inicio de la posesión de buena fe. En el Derecho Canónico, en cambio, no solo se exigía que fuera desde el inicio de la posesión la buena fe, sino también durante todo el transcurso de la prescripción. De esta manera, el Código de Derecho Canónico promulgado por Benedicto XV en el año 1917, siguiendo la vieja tradición eclesiástica en esta materia dispone en el canon 1512: "Ninguna prescripción vale, sino hay buena fe, no solo al comienzo de la prescripción, sino todo el tiempo de la misma que se requiere para la prescripción.-"

(300) Si primeramente se efectuara la transmisión de la posesión, para después efectuarse la transmisión del título, quedará en dicho acto elevada la primera a tradición traslativa de dominio. Conf. Primeras Jornadas Nacionales de Derecho Registral reunidas en San Rafael: año 1973. Ver también Código... Llambías, J.J. y Alterini, J. H." comentario al art. 2609, pág.405.-

inc. 2) y 6) puesto que estaremos ante una intervención consensual del título siguiendo siendo el mismo sujeto detentador de la cosa. La buena fe, en este caso se requería al momento de la contratación o celebración del acto.-

146.- El art. 4009 establece "que el vicio de forma en el título de adquisición, hace suponer mala fe en el poseedor". La nota a dicho art. nos dice que "las nulidades de formas privan al acto de su existencia legal, y hace que el poseedor no pueda creerse propietario. Son vicios visibles y extrínsecos, y nadie debe ignorar la ley sobre las formas esenciales de los actos jurídicos".-

Para Segovia, este art. debió figurar a continuación del art. 2362, pues sólo tiene importancia práctica para la restitución de los frutos y las responsabilidades del poseedor de mala fe, pero no para la prescripción ordinaria (301). Machado, en cambio, ve a las nulidades por falta de

(301)Segovia: ob. cit. Tomo II-pág. 726; Lafaille, H.: Ob. cit. T. I; Núm. 791; pág. 601, sostiene este autor: "que ni por aplicación del texto, 'ni por otro motivo podría justificarse la exigencia de exhibir título y el corolario de presumir la mala fe del que no la hiciera, criterio que es contrario a la norma del 2363 en el que el poseedor no tiene obligación de exhibir título alguno". Salvat, ob. cit. "Tratado... Derechos Reales", T. II, pág. 249 Núm. 959 en cambio hace notar que la norma es útil porque "aplicada con relación a los antecedentes del título del enajenante del poseedor, nuestra disposición tiene un interés práctico decisivo, en el sentido de la existencia en ellos de defectos de forma, darían lugar a la presunción de mala fe, y en consecuencia, harían imposible la prescripción de diez y veinte años"; veamos un ejemplo, compro un inmueble por escritura pública, pero en los anteceden-

formalidades esenciales que pueden considerarse bajo dos aspectos: 1) quitando al título mismo la calidad de justo, que se requiere para la prescripción de diez a veinte años, 2) quitando al adquirente, la buena fe exigida para la prescripción" (302). Continúa diciendo Machado: "se ha sostenido, sin razón, por algunos que este artículo no tiene importancia práctica, porque para la prescripción ordinaria se requiere título, y que no se reputa tal el que es nulo por defecto de forma, confundiendo el título de adquisición con el instrumento que lo comprueba. Así, el que ha comprado una propiedad, cuya escritura resulta nula por defecto de forma, puede exigir el enajenante que subsane el defecto, y una vez hecho podrá alegar la buena fe. Tampoco es cierto que Troplong, N.921, involucre la falta de título con buena fe,

tes del título de mi vendedor, hay una transferencia que ha sido hecha en un simple documento privado, yo tengo justo título, pero la prescripción decenal no puede ser aplicada porque en razón de esa transferencia de instrumento privado pesa sobre mi la presunción de mala fe que el art. 4009 decreta. Advierte Legón en su.ob. cit. t. XI, pág. 288, que solo funciona la buena fe cuando existe justo título de por medio, ya que si hay error, este debe ser excusable; por donde se descubre la estrecha interdependencia (aunque no subordinación absoluta: tanto que puede existir a la inversa, justo título, y no buena fe) entre estos dos recaudos de la recaudación intensa".-

(302)Machado: ob. cit. T. XI, pág.222.-

porque dicho autor hace claramente la distinción de ambas cosas, cuando dice:"la prescripción de la acción de rescisión o de nulidad no cambia el dolo y el fraude en buena fe. Pues se notará que se trata aquí solo de una cuestión de buena fe, y que es necesario remontarse al origen del acto Para encontrar si ha existido o no la buena fe" (303).-

Las formalidades esenciales que impiden la buena fe la encontramos en el art. 973: "La forma es el conjunto de las prescripciones de la ley, respecto de las solemnidades que deben observarse al tiempo de la formación del acto jurídico" Pero es necesario, que esa formalidad se haya exigido bajo pena de nulidad;(304) porque si se exige escritura pública y se cumple con las formalidades del art. 1004, la inobservancia de las formalidades no esenciales requeridas allí, conforme al art. 1001, no hace presumir necesariamente la mala fe del adquirente; porque no afectan a la transmisión misma. Pero si en cambio, la formalidad requerida es un instrumento determinado, como la escritura pública exigida en el art. 1184 inc. 10. para la transmisión de inmuebles, y a pesar de la reforma a dicho artículo, la transmisión que conste por instrumento privado y que se quiera hacer valer como título traslativo es ti-

(303)Machado, ob. cit. T XI, pag. 223.-

(304)Art. 976: "En los casos en que la forma del instrumento público fuera exclusivamente ordenada, la falta de ella no puede ser suplida por Ninguna otra prueba, y también el acto será nulo".-

tulo por defecto de forma y no servirá para la prescripción (art. 4012) y hará suponer la mala fe de los adquirentes sucesivos. Valdrá sólo como obligación de hacer del art. 1185 y se podrá demandar para llegar al acto traslativo es decir la elevación de la causa a escritura pública. Estamos en presencia de un ius ad rem; derecho de llegar a la cosa (305), conforme art. 1187 doctrina plenaria de la Cámara Nacional en lo Civil de la Capital Federal año 1948.-

La ley 17.771 hizo un agregado al art. 2355 C.C. al establecer: "Se considera legítima la adquisición de la posesión de inmuebles de buena fe, mediando boleto de compraventa". Esta disposición rompe la armonía del Código en el tema; entrando en franca colisión con los arts. 4009 y 4012. Hemos dicho que el titular de un instrumento privado, en estos casos, tenía un ius ad rem sobre la cosa; es decir está en camino, no ha llegado aún a la meta, en la adquisición del Derecho Real. Pero si el titular con boleto de compraventa, poseedor legítimo por disposición legal, transfiere a otro su inmueble, en un supuesto hipotético y difícil, por compraventa elevada a escritura pública, el subadquirente será de mala fe, por expresa disposición del art. 4009, y su adquisición no le servirá para la prescripción corta, porque conocía el vicio de su transmitente. Pero si el adquirente originario, transfiere por boleto de compraventa la posesión, o cede los derechos sobre la cosa por instrumento privado, trasmite la posesión en forma legítima. Nos encontramos verdaderamente ante una incongruencia jurídica. Este poseedor legítimo o legitimado,

(305)Alterini, Jorge H., Gatti, Edmundo: "El Derecho Real.

mediando adquisición por boleto de compraventa es mejorado en su condición, frente al caso analizado anteriormente? Igualmente, para prescribir deberá recurrir a la prescripción veinteañal por carecer de justo título, a pesar de alguna opinión aislada (306), sin perjuicio de las claras disposiciones del Código Civil en la materia.-

El vicio de forma puede subsanarse, en el primer supuesto, elevando a escritura pública el traspaso que fue obviado, por efecto del art. 2504 del C.C. (307), queda convalidado en cabeza de su actual fictotitular; y en el segundo caso analizado, bastará la elevación del boleto de compraventa a escritura pública en virtud de lo dispuesto por el art. 1187 del C.C..-

147.- Otro problema ocurrirá, si nos encontramos con un testamento en que se dejara un legado que fuera nulo por defecto de forma. Podrá confirmarlo el único heredero, entregándoselo al legatario y renunciando a la acción de nulidad? No, nos encontramos con un nuevo título de adquisición que no es "pro legado" sino pro donación. Ante una reivindicación de un heredero verdadero podrá alegar su nueva causa como justo

(306) Borda, Guillermo. op. cit. nota 230.-

(307) Art. 2504: "Si el que transmitió o constituyó un derecho real que no tenía derecho a transmitir o constituir, lo adquiriese después, entiéndese que transmitió o constituyó un derecho real verdadero como si lo hubiera tenido al tiempo de la transmisión o constitución".-

título. Desde qué época? Desde la muerte del causante, o desde la entrega de la cosa o de la creación del nuevo título? La solución está en la última hipótesis, el período de mala fe no puede ser purgado, sino desde la nueva causa para el futuro, y desde allí se contará el plazo de la prescripción breve (308). Si el vicio se refiere al consentimiento, no hará falta la realización de un nuevo acto traslativo, bastará la renuncia del afectado para que desaparezca la mala fe: y desde esa fecha corre el plazo de buena fe para el futuro.-

La presunción que trae la norma que comentamos es *iure et de iure*. Una vez demostrado el defecto en la norma, su consecuencia es la mala fe del poseedor (309) hasta que esta se purgue.-

(308) Recordemos aquí que es de plena aplicación el art. 2509: "El que una vez ha adquirido la propiedad de una cosa por un título, no puede en adelante adquirirlo por otro, si no es por lo que faltase al título por el cual la había adquirido".-

(309) Conf. Salvat, Raymundo. Op. cit.: "Tratado ... Derechos Reales", T II, Num. 959, Pag. 260: "Esta presunción, por lo mismo que se funda en consideraciones de orden público, como es todo lo referente a la observancia de las formas que la ley impone para la celebración de los actos jurídicos, constituye una presunción *iure et de iure*, contra lo cual no cabe la prueba en contrario". Conf. Segovia, L. Op.cit., T II, Pag. 726, nota 135.- Machado, O., Op. cit., T XI, Pag. 225.-

III.-PRESCRIPCIÓN LARGA:

148.-Antecedentes: Nace en el Derecho Romano, por influencia del Derecho extraquiritario en la "proscriptio longi temporis" y evoluciona durante la Edad Media desarrollándose tanto en el Derechos de las Costumbres de Francia como en el Derecho Hispánico, de donde lo vamos a receptor a través de las Partidas.- Ver el pr. 2 y s.s. del presente trabajo.-

149.-En el Código Napoleónico nos encontramos con el art. 2262 reales como personales, se prescriben por treinta años, sin quien alegue esta prescripción esté obligado de presentar título, sin que se le pueda oponer la excepción deducida de la mala fe" .-

La doctrina francesa está de acuerdo que esta prescripción treintañal sirve a los poseedores que le faltan título algún elemento de la prescripción breve, como el justo título o la buena fe(310).-

149.- Velez, modificando al derecho patrio, en donde existían plazos mayores de treinta años para usucapir(311) , y se discutía si se requería la buena fe durante el tiempo que se estuviera prescribiendo(312) decide innovar y a tal efecto redacta

(310)Ver: Laurent, ob. cit. T. XXXII, Núm. 367 y s.s. Trplong, ob. cit. Núm. 817 y s.s.; Aubry y Rau, ob. cit. T. II, Núm. 216, Mazeaud, ob. cit. Part. II, Vol. IV-Núm. 1477 y s.s.

(311)Ver pr. 11 del presente trabajo.-

(312)La nota anterior. También Molinario, ob. cit. "De las

para mayor redundancia dos normas en el Código Civil que son los art. 4015 y 4016 y en forma más clara que su modelo francés.-

El art. 4015 modificado en cuanto al plazo por la ley 17.711 nos dice: "Prescribese también la propiedad de cosas inmuebles y demás derechos reales por la posesión continua de veinte años, con ánimo de tener la cosa para sí, sin necesidad de título, y buena fe por parte del poseedor, salvo lo dispuesto respecto a las servidumbres para cuya prescripción se necesita título".

El art. 4016, también modificado, nos dice: "Al que ha poseído durante veinte años **sin** interrupción alguna, no puede oponérsele ni la falta del título ni su nulidad, ni la mala fe en la posesión".

150.-Objeto: La prescripción veinteañal se aplica a las cosas inmuebles, (art. 4015) como así también a los demás derechos reales que se pueden prescribir, como el usufructo, uso y habitación (art. 2817) y a las servidumbres reales continuas y aparentes (3017).-

151.-El art. 3460 establece que la acción de partición de una herencia es imprescriptible mientras que de hecho continúe la indivisión. Pero si alguno de los herederos comienza a poseerla con exclusividad, el total de la misma o una parte de la misma, gana la propiedad de los bienes por el transcurso del

Relaciones Reales", pág. 273 Núm. 109.-

plazo de los veinte años (art. 3461 y 4020).-

152.-También puede prescribirse un inmueble en condominio por uno de los comuneros. La acción de división de condominio es imprescriptible, así lo establece expresamente el art. 4019 inc. 3.- (313). Pero cuando uno de los condóminos intervierte la causa de su posesión arts. 2353 2458) y comienza a poseer con exclusividad gana el domidominio por el transcurso de la prescripción veinteañal. También puede excluirse de la posesión a uno de los condóminos por otro y ganar el desposeedor su cuota parte. Por ello el código le otorga la acción e reivindicación contra él o los condóminos que lo desposean (art. 2761).-

153.-Requisitos para la prescripción extraordinaria: los podemos enumerar: a) posesión a título de dueño; b) no interrumpida; c) continua; d) pacífica, e) plazo de treinta años.-

154.-a) Posesión a título de dueño: La cosa debe estar sometida al poseedor. Este deberá realizar actos posesorios por sí o por otro, siendo de aplicación plenamente la disposición sobre esta materia (art. 2384) (314).-

Los sujetos que posean la cosa pueden ser uno o más, en caso del segundo supuesto adquirirán la cosa en comunidad, naciendo así al cumplimiento de la prescripción un de-

(313) Ver pr. 24 del presente trabajo.-

(314) Ver pr. 55 del presente trabajo.-

recho de condominio.-

Debe, a su vez, el poseedor poseer para sí y no para otro. De esta manera, por más que un anticresista, usufructuario, usuario o habitador posea la cosa por más de veinte años jamás podrá llegar a la usucapión, si no intervierte sutítulo.-

155.-b)No interrumpida: la posesión no debe ser interrumpida, por ninguna de las causas que establece este instituto. Si ello ocurriere el poseedor perderá el tiempo ganado, y deberá comenzar una nueva posesión para ganar la prescripción(315)

156.-Continuidad: Es otro de los requisitos que exige el art. 4015, y habíamos dicho que es aquella posesión sin intermitencia ni lagumas(316).-

157.-Pacífica: La doctrina francesa entiende en gran medida que este requisito es necesario(317). En la doctrina Argentina parece prevalecer igual temperamento(318)

(315)Ver pr. 78 y siguientes del presente trabajo.-

(316)Ver pr. 56 y siguientes del presente trabajo.-

(317)Aubry y Rau, T. II Num. 180 nota 24, 4J Vazeille ob. cit.

Núm.62, Troplong, ob. cit. Núm. 419-420.-

(318)Segovia, ob. cit. nota 154; Llerena T. UII comentario a los arts. 4015 y 4016; Machado, ob. cit. T. XI comentario al art. 4015; Salvat, ob. cit. "Tratado...Derechos Reales" T. II núms. 978 a 991; Lafaille, ob. cit. T. I, núm. 797.-

158.-d)Plazo: El código civil, como ya hemos dicho, rebaja el plazo de prescripción del antiguo derecho patrio a treinta años siguiendo los lineamientos del código francés y la mayoría de las legislaciones de la época. La reforma que implementa la ley 17.711, siguiendo los lineamientos de las legislaciones modernas (Códigos de Chile, Italia y otros y proyectos Bibiloni, de 1936 y anteproyecto de 1954) rebaja el plazo de prexcripción larga al de veinte años.- Hoy, otros códigos, como el boliviano la fijan en diez años para la usu-legislaciones modernas (Códigos de Chile, Italia y otros y proyectos Bibiloni, de 1936 y anteproyecto de 1954) rebaja el plazo de prexcripción larga al de veinte años.- Hoy, otros códigos, como el boliviano la fijan en diez años para la usucapión extraordinaria y cinco años para la ordinaria(arts 134 y 138).-

159.-Forma de oponerse: se puede oponer como excepción cuando el antiguo propietario demande al poseedor y se hubieran cumplido los plazos legales. También puede demandarse por vía de acción, para que se reconozca el derecho ganado, revistiendo dicho juicio la característica de contencioso, debiéndose accionar contra quien figure inscripto en el registro de la propiedad(ver ley 14159 art. 24 modificado por el decreto ley 5756/58.-

IV.-PRESCRIPCIÓN MOBILIARIA:

160.-Antecedentes: En el antiguo derecho francés concedió siempre la acción reivindicatoria sobre las cosas robadas o perdidas. La "Chatelet de París", con él transcurso del tiempo estableció un límite en el tiempo para dicha acción que fue de tres años siempre que el adquirente fuere de buena fe. En los supuestos que la cosa se hubiera adquirido en una feria, mercado, corredor o autoridad judicial era necesario que el propietario ofreciese pagar el precio al adquirente e buena fe.- Llegada la codificación, el código napoleónico estableció el principio que la posesión de buena fe de una cosa mueble hace presumir su propiedad, salvo que la cosa sea robada o perdida. Para ellas, siguiendo la doctrina de las Costumbres de París, reguló un plazo para ejercer la acción de reivindicación de tres años desde que la cosa hubiera sido robada o perdida (art. 2279).- Dicho plazo corre solamente a favor del poseedor de buena fe, el de mala fe deberá recurrir a la prescripción treintaenal.-

Desde cuando se cuenta el plazo trienal? Desde que el verdadero propietario hubiera perdido o se le hubiera robado la cosa mueble, y no desde que el poseedor de buena fe la haya adquirido.-Por lo tanto, en la práctica, la posesión del adquirente puede ser menor a los tres años.-

Cuál es la naturaleza del plazo? Los hermanos Mazeaud (319)entienden que es un plazo "perentorio", una equi-

(319)Mazeaud, Henri y Leon .y Jean: ob. cit. parte II, T. IV,

valencia a nuestra caducidad, para poder ejercer la acción petitoria. Por su lado el poseedor de buena fe, adquiere el derecho real sobre la cosa al vencimiento de dicho plazo, por lo que puede repeler la acción de reivindicación y podrá ejercerla como legitimado activo en el supuesto que a su vez sea desposeído.-

A su vez, dicho plazo adquisitivo, no está sujeto a las causas de interrupción y suspensión regulado en la legislación civil, lo que está reconocido por la doctrina y jurisprudencia francesa(320).-

161.-El Código Civil: Velez estableció entre los arts. 2412 al 2415 y las normas complementarias en el Capítulo de la acción de reivindicación, siendo las más importantes los art. 2765, 2767, 2777 y 2778.- En ellos establece el principio de la posesión de buena fe de una cosa que no sea robada o perdida hace presumir la propiedad de ella y podrá por lo tanto repeler la acción de reivindicación(art. 2412).-

El proplema de planteaba frente a un tercero de buena fe, a quien se le hubiera transmitido una cosa mueble robada o perdida. La mayoría de la doctrina estaba de acuerdo que en el regimen original del código la propiedad de las cosas muebles que hubieran sido robadas o perdidas eran imprescriptibles, a excepción de Salvat, que sostenía que era de aplicación el art. 4015 en cuanto decía "prescribese también la propiedad de cosas inmuebles y demás derechos reales por la po-

(320)La nota anterior.-

sesión continua de treinta años.,."(321). Era evidente que la interpretación de este autor era extensiva, porque el Capítulo tercero del Libro I de la Sección de la Prescripción se refiere exclusivamente a los inmuebles.-

161.-La legislación comercial había establecido en el art. 477: "El que durante tres años ha poseído con buena fe una cosa mueble, robada o perdida, adquiere el dominio por prescripción sea que el verdadero dueño haya estado ausente o presente".- Vemos que esta norma, disponía que hubiera una posesión de buena fe, por el plazo de tres años, el que se contaba desde la adquisición de la posesión por el poseedor, por lo que es una verdadera prescripción adquisitiva.-

162.-La ley 17.711: La comisión reformadora redacta el art. 4016 bis. que dice textualmente: "El que durante tres años ha poseído con buena fe una cosa mueble robada o perdida, adquiere el dominio por prescripción. Si se trata de cosas muebles cuya transferencia exija inscripción en registros creados o a crearse, el plazo para adquirir su dominio es de dos años en el mismo supuesto de tratarse de cosas robadas o perdidas. En ambos casos la posesión debe ser de buena fe y continua".-

163.-Requisitos: a) posesión con "animus domini" y a título de

(321) Salvat, R. ob. cit. "Tratado, Derechos Reales" T. II, Núm 983, pág. 269/270.-

dueño; 2)continuidad, 3)buena fe;-34plazo.-

164.-a)Posesión "animus domini" y a título de dueño: Por supuesto la posesión debe recaer sobre una cosa mueble y el poseedor debe desconocer que la misma fue robada o perdida. La cosa debe ser tenida para sí, es decir considerarse el exclusivo señor de la cosa. Si está detentando en virtud de un derecho personal o real de prenda mal podrá llegar a la usucapión. Es evidente que en este caso también le faltará la mala fe, otro de los requisitos necesarios para usucapir.-

165.-b)La posesión debe ser continua, es decir sin intermitencias. El poseedor debe realizar los actos posesorios en forma ininterrumpida(321). Entendemos también que son de aplicación las normas generales sobre suspensión e interrupción de la prescripción.-

166.-La buena fe es un requisito esencial que exige la ley. Sobre el tema son válidos la aplicación de las normas sobre el tema del código(322).-

167.-Plazo: se fija un plazo de diez años para cosas muebles no registrables y de dos sobre cosas registrables, que se cuenta desde la adquisición de la posesión. Podrá el poseedor

(321)Ver pr. 46 y s.s. del presente trabajo.

(322) ver pr. 137 y s.s.

sumar su posesión a la del anterior poseedor? Entendemos que si, pero solamente si quien lo procedió era de buena fe. Al ser imprescriptible el dominio de las cosas muebles para los poseedores de mala fe, entendemos que no podrá unirse una posesión mala fe con una de buena fe.-

168.-Regimen de los automotores: EL decreto-ley 6582/58 sobre el regimen de los automotores establece en el art. 4: "El que tuviese inscripto a su nombre y de buena fe un automotor hurtado o robado podrá repeler la acción reivindicatoria transcurridos tres años desde la fecha de la inscripción" Vemos que con respecto al plazo, el decreto- ley 6582/58 establece un plazo mayor que el 4016 his. Cabe preguntarnos: Cuál plazo rige, el de la ley especial? o el plazo del código, sancionado con posterioridad en la ley 17.711? Nos inclinamos a favor de la primera doctrina, porque estamos en contra de las modificaciones y derogaciones implícitas y la legislación del automotor es un regimen especial en relación al código civil.-

169.-Si la inscripción fuera de buena fe, el reivindicante para obtener la restitución de la cosa deberá abonar el precio que hubiera pagado el poseedor de buena fe en su adquisición (art. 3 decreto ley 6582/58.-

