



BJA

Biblioteca Jurídica Argentina

Copia Privada para uso Didáctico y Científico.

PROHIBIDA su Venta, Impresión o Distribución

tomo **2**

Marina Mariani de Vidal

DERECHOS REALES

ZAVALLIA

tomo 2

Marina Mariani de Vidal

DERECHOS REALES

ZAVALLIA

7ª edición actualizada

© Copyright 2004, by Víctor P. de Zavalía S.A.
Alberti 835, 1223 Buenos Aires
Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723
Impreso en la Argentina

ISBN: 950-572-659-7 (rústica)
950-572-660-0 (encuadernado)

Capítulo 1

Restricciones y límites del dominio. Extinción del dominio

SUMARIO. Parte Primera: Restricciones y límites del dominio. I. Concepto y caracteres de las restricciones y límites del dominio. Especial análisis del art. 2611 y nota. Clasificación. II. Diferencias con las servidumbres. III. Restricciones fundadas en consideraciones de interés público: A) Restricciones establecidas por el Derecho Administrativo: breve análisis. B) Restricciones a la libre disposición jurídica de la propiedad: 1. Cláusulas de inalienabilidad; actos a título oneroso o gratuito; 2. Restricción resultante del *numerus clausus*; 3. Obligación de dejar una calle o camino público en la margen de los ríos o canales navegables. C) Restricciones provenientes del Código Aeronáutico. IV. Restricciones establecidas en el interés recíproco de los vecinos: A) Obras, trabajos, instalaciones, ruidos, etc., perjudiciales para los vecinos: 1. "Ruidos molestos"; 2. Ruidos de las aeronaves. B) Obligación de tolerar la utilización y el empleo de las paredes medianeras o divisorias. C) Prohibición de plantar árboles o arbustos sin observar determinadas distancias: 1. Jurisprudencia. D) Obligación de recoger en el propio fundo el goteraje de los techos y las aguas servidas: 1. Goteraje; 2. Aguas servidas. E) Obligación de recibir las aguas que derivan naturalmente de los fundos superiores a los inferiores. F) Luces y vistas. Diferencias entre las mismas y normas aplicables: 1. Luces; 2. Vistas. Parte Segunda: Extinción del dominio. I. Causales de extinción: 1. De carácter absoluto: enumeración; 2. De carácter relativo; 3. Abandono.

Parte Primera: Restricciones y límites del dominio

I. Concepto y caracteres de las restricciones y límites del dominio. Especial análisis del art. 2611 y nota. Clasificación

Dijimos arriba que el derecho de dominio es absoluto. También dijimos que este carácter sólo significaba que el dominio era el derecho que mayor cantidad de facultades confería sobre la cosa a su titular, pero en modo alguno que estas facultades fueran ilimitadas. Justamente, en este título de las restricciones y límites al dominio nos encontramos frente a aquellas disposiciones que, en virtud de diversas razones, vienen a poner coto a las facultades que el propietario tiene sobre su cosa, recortando así el verdadero estatuto del derecho de dominio,

pues no hay, ni ha existido jamás un dominio sin ninguna restricción: el Derecho impera dentro de una sociedad y en ella toda facultad debe ser limitada para acomodarla a la vida de relación.

En resumen, las restricciones —que influyen sobre el carácter absoluto del dominio— podrán ser más o menos acentuadas, pero siempre se las encuentra, fundadas en los más diversos motivos: interés público, razones de vecindad, etc.¹

Es claro que en la actualidad se han atestado “golpes cada vez más importantes al absolutismo de este derecho”².

El Código Civil, no obstante su marcado tinte liberal, consagró todo un Título, el VI del Libro III, a las “restricciones y límites del dominio”.

En este Título se entremezclan, *con criticable casuismo*, restricciones debidas al interés recíproco de los vecinos, con otras fundadas principalmente en el interés público, a pesar de que el art. 2611 categóricamente afirma que “Las restricciones impuestas al dominio privado sólo en el interés público, son regidas por el derecho administrativo”³.

Y dice la primera parte de su nota:

“Las restricciones impuestas al dominio por sólo el interés público, por la salubridad o seguridad del pueblo, o en consideración a la religión, aunque se ven en casi todos los Códigos, son extrañas al Derecho Civil.”

¹ Conf. Planiol-Ripert, *op. cit.*, t. III, pág. 358. Se ha dicho, por otra parte, que “en lo que respecta al interés social, una propiedad ilimitada sería tiránica respecto de los individuos y anárquica respecto de la sociedad”; C. Civ. 1ª, *La Ley*, 3-698; y que “la propiedad, como todos los derechos no es absoluta sino limitada, ya que la afirmación de derechos absolutos importaría la concepción antisocial. La reglamentación o limitación del ejercicio de los derechos individuales es una necesidad derivada de la convivencia”: C. Fed. Cap., *La Ley*, 16-907; y que “el derecho de propiedad no es absoluto. Está sujeto a las limitaciones que le impone la convivencia y los intereses superiores de la comunidad”: C. Civ. 2ª Cap., *La Ley*, 46-520; aunque “si se trata de una restricción al dominio, la interpretación de la ley debe ser restrictiva”: C.N.Civ., sala D, fallo del 27.11.58: *La Ley*, 93-485.

² Mazzeaud, L. H. y J., *op. cit.*, Parte II, t. IV, pág. 104. Ver sobre el punto, De los Mozos, J. L., *Estudios sobre derecho de los bienes*, Madrid, 1991, pp. 550/57.

³ Para algunos, el Código sería consecuente consigo mismo, dado que “se excluyen del Título VI las restricciones impuestas al dominio ‘sólo en el interés público’, que son tema del derecho administrativo... de allí que algunas de las restricciones normadas responden a motivaciones privadas y de interés público (vg. arts. 2639/40)”: Alterini, Jorge, “Las luces como restricciones y límites al dominio y como servidumbres”, *La Ley*, 131-418. Esta tesis ya había sido expuesta por el Dr. Edmundo Gatti en sus clases de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Y es que si bien es cierto que las restricciones establecidas teniendo en mira el interés público tienen su fuente más fecunda en el Derecho Administrativo⁴, también lo es que esta fuente no es exclusiva. Lo demuestran numerosas disposiciones del Cód. Civ., que crean restricciones a la propiedad privada en el interés de la sociedad: arts. 2511 y 2512, relativos a expropiación; art. 2612 y art. 2613, referentes a cláusulas de inalienabilidad; art. 2614, que en concordancia con el art. 2502 establece el principio del *numerus clausus* en materia de derechos reales; todas las normas relativas al derecho de aguas, inclusive las atinentes al “camino de sirga”.

De lo que hemos dicho resulta que la clasificación de las restricciones y límites uniformemente admitida es la que las distingue entre las que se fundamentan en consideraciones de interés público y aquellas impuestas por razones de vecindad. Y si bien es cierto que el art. 2611 Cód. Civ. parece reservar a la legislación civil solamente las de la segunda especie, ya explicamos cómo este propósito se desmorona a lo largo del articulado.

Clasificación

II. Diferencias con las servidumbres

En diversos Códigos —por ej. el francés— muchas de las disposiciones que trae nuestro Título VI se comprenden entre las relativas a las “servidumbres legales”⁵.

Vélez, apartándose con acierto de esa tradición, trata de mostrar las diferencias que existen entre una y otra categoría —restricciones y servidumbres— porque lo contrario es “equi-

⁴ Aubry y Rau, *op. cit.*, t. II, 193; arts. 4218 inc. 2° y 4219 *Esboço de Freitas*.

⁵ Si bien Planiol-Ripert, *op. cit.*, t. II, pág. 752, sostienen que *servidumbre legal* se da sólo cuando las restricciones de la ley se establecen en provecho de otro fundo, pues de lo contrario se trataría de meras *limitaciones* al carácter absoluto del dominio. Y Mazeaud, L. H. y J., *op. cit.*, Parte 2ª, t. IV, pág. 100, califican de “inexacta” la denominación de servidumbres legales, puesto que estas son “cargas excepcionales, consentidas en principio por el propietario de un fundo a favor del predio vecino”: ahora bien, aquí se trata de “limitaciones generales del derecho de propiedad” y de “cargas que existen de pleno derecho sobre todos los inmuebles a favor de los inmuebles vecinos, que se imponen, pues, al margen de la voluntad del propietario”, ya sea por causa de interés privado (ej.: la obligación de los predios inferiores de recibir las aguas pluviales y de manantial que naturalmente descienden de los superiores) o por causa de interés general (ej.: la obligación de demoler las construcciones que amenacen ruina, la obligación de dejar por los propietarios ribereños de un río navegable o flotable una franja de terreno para que los barqueros puedan poner pie en el caso necesario, etcétera).

vocar los antecedentes indispensables y todas las condiciones de las servidumbres” —nota al art. 2611.

En la propia nota al 2611 Cód. Civ. se encuentran algunas notas distintivas:

1. “Las restricciones y límites que en este título imponemos al dominio, son recíprocamente impuestos a los propietarios vecinos por su interés respectivo y no suponen una heredad dominante ni una heredad sirviente”.

Por el contrario, las servidumbres suponen una heredad sirviente, sobre la que está establecida la carga, y una heredad dominante, que se beneficia con ella: no hay beneficio recíproco.

2. Las restricciones configuran el estatuto normal del dominio.⁶ “Estas disposiciones no tienen en realidad otro objeto que el de determinar los límites en los cuales debe restringirse el *ejercicio normal* del derecho de propiedad.”

Las servidumbres son, por el contrario, excepcionales: todo dominio está sujeto a restricciones, pero no todo dominio reconoce servidumbres; el dominio se presume exclusivo y perfecto (arts. 2523, 2805 y su nota, 3011 Cód. Civ.).

A las que podemos agregar:

3. La única fuente de las restricciones al dominio es la ley. Las servidumbres pueden originarse en la ley (ej. arts. 3068, 3082, 3097, etc.) o en la voluntad de las partes (art. 2977).

4. Mientras que las restricciones afectan el carácter absoluto del dominio, las servidumbres lo hacen relativamente al carácter exclusivo —tal como lo explicamos al desenvolver el carácter exclusivo del dominio, donde nos remitimos.

5. Las restricciones pueden consistir en un no hacer (ej.: arts. 2618, 2615, 2628, etc.); en un dejar hacer (ej.: arts. 2626, 2627, etc.) o en un hacer (arts. 2616, 2622, 2623, 2626 *in fine*, 2633, 2631, etc.).

Las servidumbres jamás pueden consistir en un hacer (arts. 3042, 3010 y 3023)⁷, tienen como contenido un no hacer —ej.: servidumbre de vista— o un dejar hacer —ej.: servidumbre de tránsito— (véase nota al art. 2971).

⁶ Conf. CNCiv., sala L, 15.12.2000, *ED*, fallo 51.250, suplemento diario del 5.2.2002.

⁷ Arts. 3042, 3010 y 3023 Cód. Civ.; ver Mariani de Vidal, *Derechos reales de disfrute sobre cosa ajena*, pág. 60 y sig. ed. 1970.

III. Restricciones fundadas en consideraciones de interés público

Ya hemos dicho que la fuente más importante de este tipo de restricciones es el Derecho Administrativo. Pero que también estaban dadas por normas del Derecho Privado.

Aquí analizaremos brevemente las primeras, nos detendremos más en las reguladas por el Código Civil y echaremos una breve ojeada a las que surgen del Código Aeronáutico.

A) Restricciones establecidas por el Derecho Administrativo: breve análisis

Siguiendo a Bielsa⁸ expondremos someramente los caracteres de las restricciones administrativas al dominio:

Caracteres

1) Se imponen a la propiedad con carácter general y se fundan en necesidades colectivas directas.⁹

2) Constituyen un necesario presupuesto del reconocimiento del derecho de propiedad por el Estado, debido a la necesidad de conformar ese derecho al derecho de los demás.

3) Colocan al particular frente a la Administración, en razón del interés público, y no frente a los otros propietarios, en razón de recíprocos intereses privados (esto último es lo que ocurre, justamente, en las restricciones del Derecho Civil).

4) Imponen una obligación de no hacer o dejar hacer (tolerancia para la actividad administrativa).

5) Son ilimitadas en número y clase e inspiradas en diversos motivos (seguridad, higiene, moralidad, estética, etc.). Las restricciones pueden llegar hasta donde lo exija la necesidad administrativa, siempre que ellas no impliquen un desmembramiento de la propiedad, pues entonces dejarían de ser restricciones para transformarse en servidumbres administrativas.

6) Son inmediatamente operativas y, en caso contencioso, la competencia corresponde a la jurisdicción administrativa.

7) Por sí solas no *justifican* un derecho de indemnización, pues no son sino una carga general, impuesta a todas las pro-

⁸ *Compendio de Derecho Administrativo*, pág. 791 y sig., ed. 1949.

⁹ Conf. CNCiv., sala L, 15.12.2000, *ED*, fallo 51.250, supl. diario del 5.2.2002.

riedades. Trátase de una condición inherente al derecho de propiedad cuyo contenido normal se limita por leyes.¹⁰

Pero si la restricción llega a desmembrar el derecho de propiedad, a desintegrarlo, entonces se hace ineludible una reparación integral del patrimonio y debe ser autorizada por una ley en sentido formal, esto es, emanada del Poder Legislativo.

8) Emanan de leyes en sentido sustancial, ya sea dictadas por el Poder Legislativo o por las Municipalidades o entes comunales, en ejercicio del poder de policía.

9) Afectan lo absoluto del dominio (ya vimos que si afectarían lo exclusivo, serían servidumbres administrativas).

Estas restricciones son cada día más numerosas e importantes, y acrecen con la valoración positiva del interés público, a punto tal que ha sido puesta en tela de juicio su constitucionalidad. Al respecto, no debemos olvidar que si bien es cierto que la propiedad que la Constitución garantiza es aquella que se utiliza “de conformidad a las leyes que reglamentan su ejercicio” —art. 14— también lo es que cuando la limitación es tan intensa que constituye prácticamente una supresión del derecho, ella constituye una violación del art. 17 de la Carta Magna y que, en tal supuesto, sólo una justa indemnización podría salvarla del calificativo de “confiscación”.¹¹

Respecto a las reclamaciones a que esta clase de restricciones pudieran dar lugar, se ha decidido que son de competencia administrativa¹², salvo las acciones por daños y perjuicios causados por obras de cualquier clase (aunque hayan sido autorizadas o aun cuando hayan sido llevadas a cabo por el Estado) que deben tramitarse ante los jueces ordinarios.¹³

A título de ejemplo —ya que ellas “son ilimitadas en su número y clase, como ilimitadas son las razones de interés público

¹⁰ Conf. C.N. Civ., sala H, 22.10.92: *JA*, supl. diario del 13.10.93; C.N. Fed. Contenciosoadministrativo, Sala II, 7.11.94: *Doctrina Judicial-1995-2-537*. En cambio, las servidumbres sí son indemnizables. Conf. Fiorini, Bartolomé, *Manual de Derecho Administrativo*, t. II, pág. 842, ed. 1968; C. Fed. Rosario, *ED*, 35-76.

¹¹ “El poder de policía reglamentario de las restricciones al goce de la propiedad reconoce como límites de su acción las siguientes reglas: 1) tiende a garantizar el orden material desde el punto de vista de la salubridad, la seguridad y la tranquilidad; 2) no puede llegar a la supresión del derecho de propiedad, y 3) las autoridades administrativas no están facultadas para imponer a los propietarios los modos de cumplir las obligaciones legales”: C. Civ. 1ª Cap., *La Ley*, 31-718.

¹² C. S. J. N., Fallos, 102:175. CNCiv., sala L, 15.12.2000, *ED*, fallo 51.250, supl. diario del 5.2.2002.

¹³ C. Civ. 1ª Cap., *G. del F.*, 21-4; *idem*, *Fallos de la Cám. Civ.*, 159:384.

que las determinan”¹⁴, mencionaremos algunas de estas restricciones:

a) Reglamentos municipales referentes a alineación, altura y otras condiciones que deben reunir los edificios para que su construcción sea aprobada.

b) Normas relacionadas con establecimientos industriales incómodos, peligrosos o insalubres, que reglamentan las zonas donde pueden instalarse y las condiciones a que deben sujetar su funcionamiento.

c) Las disposiciones de la ley de ferrocarriles, que restrinjan la utilización de inmuebles lindantes con las vías férreas.

d) Las leyes represivas del agio y la especulación.

Algunos autores consideran que se engloban dentro del concepto general de “limitaciones al dominio” dos categorías: las restricciones administrativas, que afectarían el carácter absoluto del dominio (ej.: normas que prohíben sacar del país determinadas obras de arte) y las servidumbres administrativas que, como ya vimos, afectarían el carácter exclusivo del dominio, al obligar al propietario a compartir el uso y goce de la cosa con la Administración o con el público (ej.: las normas que imponen el deber de conservar las ruinas y yacimientos arqueológicos para facilitar estudios y hacerlos accesibles a los agentes de la Administración¹⁵. Aclaremos que actualmente y conforme al art. 2340, inc. 9º pertenecen al dominio público “las ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos de interés científico”).

B) Restricciones a la libre disposición jurídica de la propiedad

De conformidad al art. 2515 el propietario puede ejecutar respecto de su cosa todos los actos jurídicos de que ella es legalmente susceptible. Tendría, pues, en principio, la facultad correlativa de no realizarlos¹⁶ y aún de obligarse a no realizarlos.

1. Cláusulas de inalienabilidad: actos a título oneroso o gratuito

Así es como aparecen las denominadas “cláusulas de inalienabilidad” las cuales la ley reglamenta y mira con algún

¹⁴ S. C. Bs. As., fallos del 29.12.59: *Ac. y S.*, 1959, IV, 635.

¹⁵ Bielsa, *Tratado*, t. III, pág. 384 y sig.

¹⁶ Es lo que dice el art. 1324 en su 1ª parte.

disfavor, ya que traban la libre disposición de los bienes, sus trayéndolos del comercio jurídico (art. 2337, Cód. Civ.).

Respecto de las cláusulas de inalienabilidad habría que distinguir dos hipótesis:

a) *Cláusulas de no enajenar a determinada persona*, las cuales se suelen imponer para protegerse contra la competencia. *Son válidas*: la enajenación hecha contra tal prohibición será nula (arts. 1044 y 953, Cód. Civ.) y el adquirente, en consecuencia, será pasible de acción reivindicatoria.¹⁷

b) *Cláusulas de no enajenar a persona alguna*, las cuales la ley prohíbe en términos generales, pues podrían importar una vinculación disfrazada de los bienes¹⁸. Sin embargo, al respecto hay que distinguir a su vez dos hipótesis:

1. Cuando este tipo de cláusulas las impone el transmitente en un acto jurídico a título oneroso.

2. Idem, pero en un acto a título gratuito.

Primera hipótesis

Juegan los arts. 2612 y 1364.

De este último parecería desprenderse la nulidad de la cláusula en cuestión, y de ello, naturalmente, se derivaría la absoluta falta de consecuencias de cualquier acto contrario a la prohibición absoluta de enajenar.

Sin embargo, el art. 2612 da una solución distinta: la venta hecha contra la prohibición de enajenar es válida —nada puede alegarse contra el tercer adquirente— pero la cláusula produce un efecto, cual es el de hacer responsable al incumplidor por los daños y perjuicios.¹⁹

Los autores, en general, señalan que la cláusula de no enajenar impuesta en una compraventa apareja las consecuencias

¹⁷ Sin embargo, en este punto no debe olvidarse que en algún caso puede entrar eventualmente en juego el art. 2412 para los muebles y el 1051 *in fine* para los inmuebles —este último supuesto difícilmente, dado que la cláusula prohibitiva figurará en el título (instrumento público) descartando así la buena fe del adquirente.

¹⁸ Conf. Machado, *op. cit.*, t. IV, pág. 69.

¹⁹ Se ha decidido que “la estipulación que veda la venta del inmueble a persona alguna, aunque subordinada a la conformidad del acreedor hipotecario, no invalida la enajenación efectuada, sin perjuicio de la pertinente acción personal que pueda asistir a dicho acreedor contra quien infringió la cláusula”: C. N. Civ., sala C, sentencia del 7.7.72: *ED*, 47, fallo 21.885.

del art. 2612²⁰, a menos que haya sido pactada como condición resolutoria —art. 1371, Cód. Civ.—, pues entonces surgiría un dominio revocable, regido por los arts. 2663 y sigs., Cód. Civil.

Otros estudiosos piensan que los arts. 1364 y 2612 tienen distintos ámbitos de actuación: el 1364 se referiría a la cláusula de no enajenar impuesta en una compraventa, cuando el comprador *no es todavía propietario*, y a estar a la disposición citada, dicha cláusula debería tenerse por no escrita, y los actos contrarios a ella no producirían consecuencia alguna, ni siquiera acarrearían responsabilidad por daños y perjuicios.

En cambio, el supuesto del 2612 normaría la hipótesis de quien *ya es propietario* y se obliga, por un acto cualquiera, a no enajenar. Estarían aquí expresamente contemplados los supuestos de las *inhibiciones voluntarias*²¹ que suelen inscribirse en los Registros de la Propiedad, con relación a inmuebles determinados, como un modo de garantizar el pago de un crédito,²² y que tienen precisamente por fin impedir la enajenación del bien sin desinteresar previamente a aquél a cuyo favor se anotó la inhibición voluntaria. A pesar de que tal sería el fin tenido en mira por acreedor y deudor —impedir la enajenación— parecería que tales enajenaciones serían totalmente válidas, de conformidad al 2612 y que el Registro, en consecuencia, y a pesar de existir esa inhibición voluntaria, debería inscribir las transmisiones.²³

²⁰ Véase Rezzonico, *Estudio de los Contratos*, t. I, pág. 296, ed. 1958; Sánchez de Bustamante, *La propiedad*, pág. 57, n. 55, ed. 1947.

²¹ Para diferenciarlas de las “inhibiciones judiciales”, producto de procedimientos especiales —como el de insania o el de concurso— o decretadas a título de medidas precautorias: conf. art. 228, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. El instituto de la “inhibición voluntaria” se fue gestando al calor de la práctica notarial.

²² Por ejemplo, el referido al saldo de precio de una compraventa.

²³ Es lo que enseña el profesor de la Universidad Nacional de Buenos Aires, doctor Edmundo Gatti. En el sentido de que la inhibición voluntaria carece de trascendencia real —no tiene proyección respecto de terceros, pues la enajenación sería siempre válida—, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 2612, del Código Civil: Molinario, A., *Las inhibiciones voluntarias*, LL. 1975-C-214; Llambias, J.J. - Alterini, J. H., *Código Civil Anotado*, ed. 1984, t. IV-A., Derechos reales, pág. 412; Garrido, R. Andorno, L., *Código Civil Anotado*, Libro III, Derechos reales, t. II, pág. 289 y sig.; Andorno, L., - Marcolín de Andorno, *Ley Nacional Registral Inmobiliaria. Ley 17.801. Comentada. Anotada*, Bs. As., 1989, pág. 385 y sig. Por consiguiente, la denominada “inhibición voluntaria” no otorgaría preferencia alguna respecto de los acreedores embargantes, ni conferiría privilegio por ser los privilegios, como principio, de origen legal —art. 3875, del Código Civil—. *En contra*, por considerar que no se apartaría de la legislación vigente si garantizara un préstamo de consumo (mutuo) —ya que el art. 1364, del Código Civil, se refiere a la compraventa— y tampoco resultaría

Al respecto y en concordancia con esta tesitura, transcribiremos la “Disposición Técnico-Registral n° 1” del Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires, dictada el 22 de abril de 1971:

“Toda vez que se intente la toma de razón de documentos modificatorios, transmisivos o de gravamen de titularidades de dominio, en relación a las cuales existiere anotada una ‘restricción voluntaria’, se procederá a inscribir sin más trámite siempre que no existieren otras causas que obsten a la inscripción definitiva” (art. 1).

No obstante, el *Proyecto de Código Unico Civil y Comercial de la “Comisión Federal de asesores honorarios de la Federal” Cámara de Diputados del Congreso de la Nación* consideró conveniente resucitar esa figura²⁴ y la contempla bajo la denominación de “indisponibilidad voluntaria” en el art. 3208, ubicado como Capítulo 5, del Título 17, dedicado a los derechos reales de garantía²⁵ en los siguientes términos:²⁶

violatoria del orden público, la moral y las buenas costumbres y, además, tendría cabida en la ley 17.801 —de Registro de la Propiedad Inmueble—, a través de sus arts. 30, inc. a), y 31 (“Registro de anotaciones personales”): Fontbona, F. J., Estado de las cuestiones. Principios de publicidad e inscripción. Inhibición voluntaria, *Revista del Notariado*, n° 713, 1970, pág. 1595; García Coni, R., *Registración inmobiliaria*, Bs. As., 1983, pág. 102; SCBs. As., JA-1960-III-229.

²⁴ En el mismo sentido, despacho mayoritario de las XV Jornadas de Derecho Civil, Mar del Plata, 26 al 28.10.95, que propició su incorporación a nuestro derecho positivo, en orden a las necesidades actuales —nacionales, regionales e internacionales— de “estructurar nuevas garantías y modernizar las existentes”. Tales necesidades la tornarían adecuada, como un nuevo derecho real de garantía, de constitución más simple y menos costosa, y con las ventajas propias de los derechos de persecución y de preferencia. En ese sentido, deberían ser sus efectos: “perseguir la cosa en poder de quien se encuentra y hacer efectivo el derecho con la preferencia que le es inherente en consonancia con la prioridad que confiere la registración”. De este modo se intentaría responder a uno de los objetivos centrales del mundo contemporáneo, cual es el de la movilización de capitales en función crediticia: conf. Alterini, J. H., La indisponibilidad voluntaria, Mesa redonda celebrada el 27.9.94 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Temas de Derecho Privado VII, Separata de la *Revista del Notariado*, 1995.

²⁵ Aun cuando en el Informe de la Comisión de Legislación General de la Cámara de Diputados, que acompañó el Proyecto, se recalca que: “No se trata de un nuevo derecho real, sino de una restricción de corta duración a la libre disposición jurídica de la cosa registrable, en función de garantía”. Es decir que, a diferencia de los derechos reales de garantía, la “indisponibilidad voluntaria” sólo procuraría trabar la libre disposición de la cosa —tanto la voluntaria como la forzada—, impidiendo la ejecución, mas no el embargo de la cosa.

²⁶ Esta norma debe complementarse, en lo pertinente, con las disposiciones comunes contenidas en los arts. 3161/ 3175, del mismo Proyecto: conf. Alterini, J. H., su intervención en la Mesa redonda citada en la nota anterior.

“Art. 3208. Puede pactarse como garantía, por un plazo que no exceda de un año, la indisponibilidad voluntaria de transmitir el dominio de una cosa registrable o de constituir sobre ella otros derechos reales, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 2612.²⁷ Debe ser instrumentada en escritura pública e inscribirse a sus efectos en el registro correspondiente. El incumplimiento de la indisponibilidad genera la nulidad del acto dispositivo”.²⁸

Segunda hipótesis

Juega el art. 2613.

La cláusula que en las transmisiones a título oneroso es prohibida, aquí se permite por un término máximo de 10 años; pues ella puede ser una herramienta para evitar que el que recibe a título gratuito dilapide los bienes transmitidos.

Si la cláusula impusiere la inalienabilidad sin término o por uno mayor de 10 años, se entiende que quedaría reducida al indicado en la norma.²⁹

Si a pesar de la cláusula de no enajenar válida, la cosa se enajena, dicho acto será nulo, por aplicación de los arts. 953 y 1044 Cód. Civ., dando lugar a la pertinente acción real, salvo lo que dijimos en la nota 15.

Ahora bien, algunos artículos más adelante, en las disposiciones relativas a condominio, nos encontramos con el art. 2694:

“Cuando la copropiedad en la cosa se hubiere constituido por donación o por testamento, el testador o donante puede poner la condición que la cosa dada o legada quede indivisa por el mismo espacio de tiempo (el artículo anterior habla de 5 años).”

²⁷ El informe de la Comisión de Legislación General de la Cámara de Diputados ya mencionado explica que de ahora en más el art. 2612, del Código Civil, no excluirá la indisponibilidad en tanto ella se ajuste estrictamente a los requisitos impuestos en el texto proyectado, pero permanecerá incólume como directiva general para que no resulte desnaturalizado el derecho de dominio.

²⁸ Los terceros adquirentes no podrán alegar desconocimiento de la “indisponibilidad voluntaria”, pues ella habrá de ser asentada en el Registro correspondiente al bien de que se trate. En su comentario a la norma Andorno, L., —La llamada “indisponibilidad voluntaria” en el Proyecto de Reformas al Código Civil de la Cámara de Diputados de la Nación, *LL*, supl. diario del 13.10.96— sostiene que, aunque el Proyecto no lo prevea, existiría la posibilidad de renovar la indisponibilidad por el propietario y por un término que no exceda de un año. Desde otro ángulo, para este autor, la nulidad del acto no impediría el reclamo —por parte del afectado— de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de la indisponibilidad pactada.

²⁹ Conf. Salvat, *op. cit.*, t. II, n. 1070; Lafaille, *op. cit.*, t. II, n. 831.

Esta norma, si bien se refiere a la prohibición de dividir la cosa común, en verdad importa una cláusula de inalienabilidad de ella, dado que la división implica un acto de disposición.³⁰

¿Cómo, entonces, armonizar el 2694 —que fija un tope de 5 años— con el 2613 —que lo hace en 10 años?

Para las donaciones: parecería que la solución está en formular la siguiente distinción: si la donación se hace a una sola persona, sería aplicable el art. 2613 y podría imponerse la inenajenabilidad por 10 años; si se dona a 2 o más personas, como se crearía entre ellas un condominio, regiría el art. 2694 y el término máximo de la cláusula serían 5 años.

Para las transmisiones por causa de muerte, el problema lo ha solucionado la ley 14.394, que en su art. 51 dispone:

“Toda persona podrá imponer a sus herederos, aun forzosos, la indivisión de los bienes hereditarios, por un plazo no mayor de 10 años. Si se tratase de un bien determinado o de un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero o cualquier otro que constituya una unidad económica, el lapso de la indivisión podrá extenderse hasta que todos los herederos alcancen la mayoría de edad, aún cuando ese tiempo exceda los 10 años. Cualquier otro término superior al máximo permitido, se entenderá reducido a éste...”

El derecho
sucesorio

En consecuencia, y dado que este art. 51 se refiere a los herederos *aún forzosos*, habría que considerar que, en relación a estas cláusulas, no resulta aplicable el art. 3598 Cód. Civ., que dispone que el testador no podrá imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legítimas, so pena de tenerse por no escritas.³¹

Por su parte, existen dos artículos, ubicados en el Libro IV del Código que estarían en contradicción con el art. 2613:

El art. 3732, que declara “de ningún valor” las disposiciones del testador por las que se declare inenajenable el todo o parte de la herencia”. Por aplicación del art. 51 de la ley 14.394, esta norma ha quedado sin aplicación para el caso de tratarse de varios herederos. En el supuesto de que existiera

³⁰ Pero esta cláusula de indivisión no impediría que el condómino enajenara su parte indivisa, naturalmente sujeta a la misma restricción.

³¹ Antes de la sanción de la ley 14.394 se había resuelto que “la facultad de prohibir la enajenación que el art. 2613 Cód. Civ. reconoce al testador, no es aplicable a los bienes que entran en la porción legítima del heredero”: C. Civ. 1^a, JA, 40-426, fallo del 14.12.32.

uno solo se ha decidido que será de ningún valor “sólo si excede el término de 10 años, por aplicación del art. 2613 Cód. Civ.”³²

El art. 3781 que dice que “si se lega una cosa con calidad de no enajenarla y la enajenación no compromete ningún derecho de tercero, la cláusula de no enajenarse se tendrá por no escrita”³³

Se ha considerado que si la prohibición de enajenar lo es sin término, por aplicación del art. 3781 Cód. Civ. se debería tener por no escrita y sólo entraría a jugar el 2613 cuando la cláusula fuera por un lapso determinado superior a 10 años, en cuyo caso quedaría reducida a ese plazo.³⁴

Quedan ahora dos importantes problemas por considerar:

a) *¿La cláusula de no enajenar implica sólo la imposibilidad de transferir la cosa, o también la de gravarla con cualquier derecho de garantía o de disfrute?*³⁵

³² C. Civ. 1ª Cap., JA, 64-814, fallo del 28.12.38.

³³ La norma dice que la cláusula se tendrá por no escrita, sólo en el caso de que la enajenación no comprometa los derechos de un tercero. Es difícil imaginar este supuesto, pues no puede explicarse muy bien cómo un tercero se verá perjudicado por la enajenación de una cosa que no le pertenece. Fornieles, *Tratado de las sucesiones*, t. II, pág. 225, 4ª ed., trae un supuesto, resuelto por la C. Civ. 1ª Cap. (JA, 47-184) y opina que es quizás el único que puede darse en la materia: “El testador había legado una finca con cargo de pagar una renta vitalicia a determinada persona y ésta sostenía que el inmueble quedaba afectado al pago de la renta a la manera de un derecho real... La Cámara dijo que el art. 1945, al establecer que el donatario sólo responde del cumplimiento de los cargos con la cosa donada, se había propuesto fijar el límite de su responsabilidad, para que la donación no se convirtiera en onerosa, pero de ningún modo crear una afectación real, de donde concluía en que las relaciones entre donatario o legatario y el individuo favorecido por la carga eran simplemente personales, de crédito y deuda, sin retención de la cosa legada, que permanecía enajenable. En semejante situación el servicio de la renta pudo asegurarse indirectamente insertando una cláusula de no enajenar, que habría mantenido la cosa legada en el patrimonio del deudor, y contribuido a aumentar su solvencia. La enajenación perjudicaría, entonces, a un tercero, el acreedor de la renta, y de allí la validez de la prohibición.”

³⁴ Fornieles, *Tratado de las Sucesiones*, t. II, pág. 224. *Contra*: Salvat, *op. cit.*, t. II, n. 1070, quien opina que siempre sería aplicable el 2613, hubiera o no fijación de plazo.

³⁵ Lafaille, *op. cit.*, t. II, n. 832, pág. 20, opina que sólo se refiere a actos que impliquen una transferencia, no a los demás; Salvat, *op. cit.*, t. II, n. 1069, y Fornieles, *op. cit.*, t. II, págs. 225/6 consideran que cubre todos los supuestos que directa o indirectamente puedan conducir a una enajenación de la cosa. Conf. Sánchez de Bustamante, *op. cit.*, en nota 18, pág. 69. También ver ley 10, tít. 33 de la Partida Séptima.

b) Esta cláusula ¿implica que la cosa no puede ser enajenada “voluntariamente” por el propietario o también impediría que pudiera hacerse la enajenación forzada de ella?³⁶

**Cláusulas
de
indivisión**

En razón de que las *cláusulas de indivisión* importan, como dijimos, a la postre una imposibilidad de enajenar, también debemos estudiar aquí, aunque sea sintéticamente, las cláusulas de tal carácter que pueden convenir los comuneros.

Es menester distinguir aquí los supuestos de constitución contractual del condominio de los que se originen en una transmisión “mortis causa”.

Para los primeros, rige el art. 2693:

“Los condóminos no pueden renunciar de una manera indefinida al derecho de pedir la división; pero les es permitido convenir en la suspensión de la división por un término que no exceda de 5 años y de renovar este convenio todas las veces que lo juzguen conveniente.”

Para los segundos, el art. 52 de la ley 14.394 dispone:

“Los herederos podrán convenir que la indivisión entre ellos perdure total o parcialmente por un plazo que no exceda de 10 años, sin perjuicio de la partición temporaria del uso y goce de los bienes entre los copartícipes... Estos convenios podrán renovarse al término del lapso establecido...”

2. Restricción resultante del “*numerus clausus*”

Juegan especialmente los arts. 2502, 2503 y 2614 Cód. Civ. Nos remitimos a cuanto hemos dicho respecto de este principio en el Capítulo 2 del Volumen I de esta obra.

3. Obligación de dejar una calle o camino público en la margen de los ríos o canales navegables: concepto

Nos remitimos a cuanto desarrollamos al tratar el “camino de sirga” en el Capítulo 8, Parte Segunda, del Volumen I de esta obra.

³⁶ Lafaille, *op. cit.*, t. II, n. 832, sostiene que la cláusula no es óbice para la liquidación forzosa; otros autores piensan que a fin de que ella no quede en letra muerta, la inenajenabilidad debe traer como consecuencia la inembargabilidad: Salvat, *op. cit.*, t. II, n. 1069; Fornieles, *op. cit.*, t. II, pág. 225; Sánchez de Bustamante, *op. cit.*, n. 64, pág. 99 y ss.; Alterini, J. H., en Llambías, J. J.-Alterini J. H., *Código Civil Anotado*, t. IV-A cit., pág. 414, sostiene que la cláusula vedaría la ejecución.

C) Restricciones provenientes del Código Aeronáutico

La ley 17.285, promulgada el 17.5.67 —Código Aeronáutico Nacional—, en su Capítulo II se refiere a las “limitaciones al dominio”:

“A los fines de este Código denominanse superficies de despeje de obstáculos a las áreas imaginarias, oblicuas y horizontales, que se extienden sobre cada aeródromo y sus inmediaciones, tendientes a limitar la altura de los obstáculos a la circulación aérea” (art. 30).

“En las áreas cubiertas por la proyección vertical de las superficies de despeje de obstáculos de los aeródromos públicos y sus inmediaciones, las construcciones, plantaciones, estructuras e instalaciones de cualquier naturaleza no podrán tener una altura mayor que la limitada por dichas superficies, ni constituir un peligro para la circulación aérea” (art. 31).

“La autoridad aeronáutica determinará las superficies de despeje de obstáculos de cada aeródromo público existente o que se construya, así como de sus modificaciones posteriores” (art. 32).

“La habilitación de todo aeródromo estará supeditada a la eliminación previa de las construcciones, plantaciones o estructuras de cualquier naturaleza que se erijan a una altura mayor que la limitada por las superficies de despeje de obstáculos determinadas para dicho aeródromo” (art. 33).

“Si con posterioridad a la aprobación de las superficies de despeje de obstáculos en un aeródromo público se comprobare una infracción a la norma a que se refieren los arts. 30 a 31 de este Código, el propietario del aeródromo intimará al infractor la eliminación del obstáculo y, en su caso, requerirá judicialmente su demolición o supresión, lo que no dará derecho a indemnización. Los gastos que demande la supresión del obstáculo serán a cargo de quien lo hubiere creado. Si el propietario no requiriese la demolición o supresión del obstáculo dentro del término de 30 días, la autoridad aeronáutica intimará su cumplimiento; en su defecto podrá proceder por sí, conforme a lo previsto en el párrafo anterior” (art. 34).

“Es obligatorio en todo el territorio de la República el señalamiento de los obstáculos que constituyan peligro para la circulación aérea, estando a cargo del propietario los gastos de instalación y funcionamiento de las marcas, señales o luces que corresponda. El señalamiento se hará de acuerdo con la reglamentación respectiva” (art. 35).

IV. Restricciones establecidas en el interés recíproco de los vecinos

A) Obras, trabajos, instalaciones, ruidos, etc., perjudiciales para los vecinos

En forma detallada, el Código se refiere a estas restricciones, reglamentándolas en forma tal que las obras e instalacio-

nes realizadas por el propietario no sean fuente de perjuicios para los vecinos, así como también impone la obligación al propietario de tolerar ciertas molestias por obras realizadas en los fundos vecinos.

Dice el art. 2616:

“Todo propietario debe mantener sus edificios de manera que la caída o los materiales que de ellos se desprendan no puedan dañar a los vecinos o transeúntes, bajo la pena de satisfacer los daños e intereses que por su negligencia les causare.”

Tienen atinencia con el asunto los arts. 1132 y 2499, 2ª parte, sobre los cuales ya hemos hablado al referirnos a la acción de “denuncia de daño temido”.

También reglamentan el punto los arts. 2615, 2621, 2622, 2623, 2624 y 2625.

Por su parte, el art. 2620 dice que:

“Los trabajos o las obras que sin causar a los vecinos un perjuicio positivo o un ataque a su derecho de propiedad, tuviesen simplemente por resultado privarles de ventajas que gozaban hasta entonces, no les dan derecho para una indemnización de daños y perjuicios.”

Es claro que aquí podrían entrar en juego los arts. 1071 y 2513, cuando se presentaran los supuestos de hecho mentados por estas normas.

En el art. 2627 se establece que:

“Si para cualquier obra fuese indispensable poner andamios u otro servicio provisorio en el inmueble del vecino, el dueño de éste no tendrá derecho para impedirlo, siendo a cargo del que construyese la obra la indemnización del daño que causare.”

En concordancia con el 3077, que determina:

“El que para edificar o reparar su casa tenga necesidad indispensable de hacer pasar sus obreros por la del vecino, puede obligar a éste a sufrirlo con la condición de satisfacerle cualquier perjuicio que se le cause.”

1. “Ruidos molestos”

En aras de la convivencia pacífica, el propietario debe soportar una serie de incomodidades derivadas de los inmuebles

vecinos, como ruidos, olores, luminosidad, calor, trepidaciones, etc. Esa es una restricción al derecho de propiedad establecida “en el interés recíproco de los vecinos”.

Pero esta obligación de soportar estas molestias, y la correlativa facultad de los vecinos de producirlas, tiene un límite: *la normal tolerancia*. Cuando se excede dicho límite, aparece la restricción a la facultad de producir estas molestias, que es independiente de toda idea de culpa del vecino que las produce.³⁷

Se refiere a este problema, el art. 2618 Cód. Civ., según la reforma de la ley 17.711, que fundió en uno solo los antiguos artículos 2618 y 2619:

“Las molestias que ocasionen el humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones o daños similares, por el ejercicio de actividades en inmuebles vecinos, no deben exceder la normal tolerancia, teniendo en cuenta las condiciones del lugar y aunque mediara autorización administrativa para aquéllas. Según las circunstancias del caso, los jueces pueden disponer la indemnización de los daños o la cesación de tales molestias. En la aplicación de esta disposición el juez debe contemporizar las exigencias de la producción y el respeto debido al uso regular de la propiedad; asimismo tendrá en cuenta la prioridad en el uso.³⁸ El juicio tramitará sumariamente”.³⁹

³⁷ C. Civ. 1ª Cap., JA, 52-104; C. Civ. 2ª Cap. JA, 43-646.

³⁸ Se ha decidido que estos conceptos no deben ser interpretados en forma autónoma pues, por ejemplo, la consideración absoluta de la “prioridad en el uso” podría llevar a la paralización o la congelación de la actividad económica en el lugar: C. N. Civ., Sala A, 14.3.95, LL, f. 93.415, supl. diario del 8.8.95, con nota de Highton, F. R., “La empresa y sus vecinos. Los ruidos molestos”. En cambio, Alterini, J. H., en Llambías, J. J. - Alterini, J. H., *Código Civil Anotado...*, t. IV-A, ed. 1984, p. 424 y 426, quien sostiene que no puede ordenarse la supresión, por ejemplo, de las molestias derivadas de ruidos, etc., que existían al momento en que el afectado adquirió una finca y tampoco cabría en ese caso, en principio, compensación alguna para quien soporta la inmisión, porque él habría determinado el propio daño con su conducta discrecionalmente asumida.

³⁹ La Reforma se inspiró en el art. 844 del Código Civil y Comercial Italiano de 1942 y contempla las llamadas “inmisiones (o sea propagaciones nocivas que, provenientes de un inmueble, se difunden en o trascienden a otro inmueble) inmateriales” (las inmisiones materiales se presentarían en caso de tratarse de líquidos o cuerpos de mayor tamaño o peso); conf. Adrogué, M., Las molestias entre vecinos en la Reforma del Código Civil, LL-145-335; Flah, L., Smayevsky, M., Daño ambiental: aplicación del Código Civil y Proyectos de Reforma, LL-1990-C-884. Sostiene Valls, M. —*Derecho ambiental*, págs. 77/78, ed. 1992— que el art. 2618 impone conductas para evitar el daño ambiental y reseña, asimismo, diversas normas del Código Civil que resultarían también vinculables con el derecho ambiental, aparte del art. 2618; ellas son: arts. 2513/2514; 2499, segunda parte; 2616; 2638/2640; 2642; 2643/2644; 2645; 2646/47; 2540/2543; 2547/2548. Sobre algunas cuestiones que plantea esta norma frente al Derecho Ambiental, ver Highton, E. - Wierzbna, S., en *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*

Acogiendo una uniforme jurisprudencia, la ley 17.711 declara aplicable la norma no sólo en caso de ruidos, sino también en el supuesto de humo, calor, olores, luminosidad, vibraciones o daños similares⁴⁰. Además, ya no sólo los producidos por un “establecimiento industrial”, como rezaba el anterior art. 2618, sino a los provenientes del “ejercicio de actividades en inmuebles vecinos”.

El determinar *cuándo el ruido excede la normal tolerancia* es cuestión de hecho “teniendo en cuenta las condiciones del lugar” y “según las circunstancias del caso”, dice la norma.⁴¹

En caso de darse la situación de la norma el afectado puede recurrir al juez⁴², el que en procedimiento sumario⁴³ puede determinar “según las circunstancias del caso, la indemnización de los daños o la cesación de tales molestias”.⁴⁴

Antes de la ley 17.711 se sostenía en general que la única solución que podían dar los jueces era condenar a indemnizar los perjuicios materiales (por ej.: roturas, grietas, humedades, etc.) y la disminución del valor locativo o venal⁴⁵ que el inmue-

—obra en colaboración, bajo la dirección de Bueres, A. y coordinación de High-ton, E.— ed. 1997, t. 5, p. 484/487.

⁴⁰ La enumeración del artículo es enunciativa: conf. Borda, *La Reforma del Código Civil*, Rev. ED del 27.5.70.

⁴¹ Conf. CNCiv., sala A, 6.3.2001, LL, fallo 103.169, supl.diario del 15.1.2002.

⁴² Es competente el del lugar de situación del inmueble que produce las molestias: art. 5º, inc. 1º, 2ª parte, ley 22.434.

⁴³ En consonancia con la última parte del 2618 nuevo, el art. 320 inc. g de la ley 22.434, determina que “las cuestiones relacionadas con restricciones y límites al dominio tramitarán por juicio sumario”.

⁴⁴ Se ha decidido que es imprescriptible la facultad conferida al damnificado para hacer cesar las molestias originadas por razones de vecindad o para pretender su resarcimiento; ello así porque las limitaciones del derecho de propiedad son immanentes a éste activa y pasivamente, por lo que no constituyen derechos (y deberes) autónomos sino que son consideradas —desde el punto de vista activo— facultades que, como tales, no se pierden por el no uso: C.N.Civ., sala A, LL, f. 76.261.

⁴⁵ Se decidió también que no debían acumularse ambos valores, sino que sólo cabía indemnizar uno u otro: C.N.Civ., sala B, *in re* “Pegullo, E. c/Sesin e Hijos”, fallo del 30.6.60, *La Ley*, 100-84; C. Civ. 2ª Cap., JA, 1944, II-437; C. Paz, sala II, JA, 62-228. “Debiéndose preferir la indemnización del primero, en forma de una suma mensual que deberá pagar el propietario de la actividad que produce la molestia al vecino afectado, y que deberá hacerse efectiva hasta la desaparición de tales ruidos si se mantienen intolerables”: C.N.Civ., sala B, autos “Pegullo, E. c/Sesin e Hijos”, ya cit.; C. Civ. 2ª Cap., JA, 6-314. Y ello “no sólo en el caso de que el inmueble estuviera arrendado, sino también cuando es el mismo dueño quien la habita”: C.N.Civ., sala B, caso “Pegullo c/Sesin e Hijos”; conf. C. N. Paz, sala II, *La Ley*, 10-893; S. C. La Rioja, JA, 1952, I, 552; C.N.Civ., sala B, ED, 36-782.

En cuanto al resarcimiento por la pérdida del valor venal del inmueble “no puede tener lugar sino en caso de venta del inmueble afectado por los ruidos in-

ble efectiva y realmente sufriera debido a esas molestias, pero de ninguna manera la clausura del establecimiento productor de las mismas porque “ha de reconocerse que la supresión o el cambio del estado de cosas causante del daño debe ser dispuesta por la Municipalidad”.⁴⁶

Actualmente la duda no se plantea más en ese terreno, ya que el 2618 es categórico: “los jueces pueden disponer... la cesación de tales molestias”⁴⁷; pero sí en este otro: ¿puede el juez ordenar la cesación de las molestias y la indemnización de los daños, o debe optar por uno u otro criterio?

La letra de la ley parece apoyar esta última solución⁴⁸. Pero es evidente que si se han producido daños materiales, ellos deben ser indemnizados, por aplicación de los principios comunes⁴⁹, y creemos que también el juez podría fijar una suma a abonarse hasta la realización de las obras tendientes a la supresión de la molestia, porque la subsistencia de la misma acarrea un perjuicio que debe indudablemente indemnizarse en el ínterin.⁵⁰ Inclusive, se ha decidido que:

“La producción de ruidos intolerables durante el día y la noche constituye una molestia con aptitud de provocar en las víctimas un

tolerables que ese establecimiento produzca, previa demostración de la diferencia entre el precio de la operación y el auténtico valor de aquél, esto es, previa demostración de la existencia real del perjuicio”: C.N.Civ., sala B, caso “Pegullo”; C. Apel. Rosario, *La Ley*, 39-167.

⁴⁶ Así lo decidió, entre muchos otros, la C.N.Civ., sala B, en los autos “Pegullo c/Sesin e Hijos”, que citáramos tantas veces; también la C. Civ. 1ª Cap., JA, 66-541; C. Civ. 2ª Cap., *La Ley*, 35-1120.

⁴⁷ Es decir que el juez podría poner fin a la actividad dañosa, ya sea mediante la supresión de dicha actividad o disponiendo la realización de los trabajos necesarios para la cesación de las molestias. Asimismo, se ha dispuesto la suspensión de la actividad hasta tanto se realicen las tareas enderezadas a la cesación de las molestias: C. N. Civ., Sala C, 12.9.96, *DJ*-1997-3-35.

⁴⁸ Con ella está de acuerdo Borda, *La Reforma del Código Civil*, rev. *ED* del 27.5.70, pág. 3. Conf. C.N. Apel. C.C. Morón, sala I, 23.5.95, *ED*, supl. diario del 7.6.96 —dejando a salvo los supuestos de dolo o culpa del transgresor. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto: “Que no corresponde hacer lugar a la indemnización pedida, dado que de conformidad con las amplias facultades que otorga a los jueces el art. 2618 del Código Civil, se debe optar, según las circunstancias del caso, entre la reparación de los daños ocasionados o la cesación de las molestias. En el “sub lite, por la naturaleza de la cuestión planteada (se trataba del sonido producido por aparatos de aire acondicionado), resulta suficiente la medida adoptada (se intimó a la demandada a reemplazar los aparatos o reducir su sonido a límites tolerables), ya que la causa de las molestias es subsanable”: causa “Piaggi, A. I. c/ Embajada de la República Islámica de Irán”, *DJ*, f. 12.936.

⁴⁹ Conf. C.N.Civ., sala D, *ED*, f. 29.296; C.N. Civ. y Com. Fed., sala II, 12.4.94, *LL*, supl. del 28.9.94, ya citado.

⁵⁰ C. Civ. 2ª Cap., JA, 6-314.

padecimiento espiritual, una verdadera mortificación del ánimo y pérdida de la tranquilidad, motivando zozobras perturbadoras del sosiego espiritual y del derecho a la paz, que generan la obligación de reparar ese menoscabo, a título de daño moral —aun cuando no concurra perjuicio material alguno (el subrayado es mío)—, cuya existencia no necesita prueba directa pues queda demostrada por el hecho mismo de la acción antijurídica.”⁵¹

Y en el mismo sentido que:

“La indemnización de los daños provenientes de las molestias ocasionadas por actividades en inmuebles vecinos, no se agota en la enumeración contenida en el art. 2618 del Código Civil. Por aplicación de los principios de responsabilidad extracontractual, también son reparables aquellos que fueren emergentes del ilícito, por lo que se ha considerado acogible el daño moral, en los términos del art. 1078 del Código Civil, en caso de acreditarse que los ruidos han excedido la normal tolerancia, lo cual es una cuestión de hecho, subordinada a las circunstancias del caso”.⁵²

En su determinación, que dependerá, naturalmente de las circunstancias de cada caso, el juez deberá tener en cuenta las necesidades de la producción⁵³ y la prioridad en el uso⁵⁴, que deben combinarse con el respeto debido al ejercicio regular de la propiedad. Obviamente estas pautas son sólo orientadoras para el juez y de ninguna manera constituyen cartabones rígidos.⁵⁵

⁵¹ C.N. Fed.Civ. y Com., sala II, 12.4.94: *LL*, f. 92.550, supl. del 28-9-94, con nota de Ghersi, C., *El derecho constitucional a la tranquilidad y calidad de vida y la sistemática reparación de los daños (Cuando el Poder Judicial se independiza del Poder Económico)*.

⁵² C. N. Civ., Sala C., 12.9.96, *DJ*-1997-3-35.

⁵³ Por ejemplo, en el caso en que la “cesación de las molestias” acarrearía la clausura de un importante establecimiento industrial, es casi seguro que el juez se inclinará por la indemnización y no por la clausura. Se ha resuelto que “sólo cabe acudir a la indemnización cuando la causa de las molestias no es subsanable, como en el caso de que se trate de ruidos producidos por una fábrica cuyo cierre signifique el despido de empleados y obreros o el cese de una producción necesaria o útil. De lo contrario, corresponde poner fin a las molestias y no condenar al pago de una indemnización: C.N.Civ. y Com. Fed., sala II, *LL*-145-335.

⁵⁴ Es decir, quién se instaló primero, si el propietario reclamante o la actividad molesta. Se ha decidido que “Lo que determina esa prioridad es, precisamente, el uso y no el dominio del inmueble ...el actual titular podría invocar el uso del transmitente (que él continúa), habida cuenta de que este cartabón debe ser entendido como una prioridad cronológica entre los fundos”: C.Civ. y Com. Mar del Plata, sala 2ª, 18.11.99, *JA*, supl. diario del 30.8.2000.

⁵⁵ Así se ha decidido que “la prioridad en el uso ... no es absoluta y debe compatibilizarse con las particulares circunstancias de cada proceso, en donde se analizará si este principio es de aplicación o no, conforme la regla de que ningún derecho es absoluto”: CNCiv., sala A, 6.3.2001, *LL*, fallo 103.169, supl.

La acción que se endereza a hacer cesar las molestias no estaría sujeta, como principio, a ningún término de prescripción⁵⁶, ya que, aun cuando se estimara que el silencio guardado implicó consentir las molestias producidas en el pasado, ello no equivaldría a la renuncia al derecho de pedir en cualquier tiempo su eliminación.⁵⁷

En cuanto a la prescripción de la acción tendiente a obtener el resarcimiento de los daños, un criterio se inclina por aplicar la decenal contemplada en el art. 4023, del Código Civil, entendiendo que se trata del incumplimiento de una obligación preexistente de no hacer –abstenerse de actos que excedan las incomodidades corrientes que es dable tolerar en las relaciones de vecindad–.⁵⁸ Otro, considera que si se trata de una inmisión ilícita jugaría el art. 4037 del Código Civil –prescripción bianual de las acciones derivadas de actos ilícitos– y, en las restantes hipótesis, el art. 4023.⁵⁹ Respecto del *punto de partida del cómputo de la prescripción de la acción resarcitoria* cabe señalar que, como regla, para este tipo de reclamos se ubica en el momento a partir del cual la responsabilidad existe y ha nacido la consiguiente acción para hacerla valer (conf. art., 3958, Código Civil) y que, en principio, ello acontece cuando sucede el hecho que origina la responsabilidad –porque es desde ese momento que resulta exigible la obligación de reparar y de hacer cesar sus causas y porque de ordinario el perjuicio es

diario del 15.1.2002; en el mismo sentido, CNCiv.yCom.Fed., sala III, 12.4.94, LL, fallo 92.550, supl.diario del 28.9.94.

⁵⁶ Salvo que se considerara la posibilidad de adquirir por la prescripción, sobre la base de lo dispuesto en el art. 3017, del Código Civil, una especie de “servidumbre de ruidos molestos”, cuyo fundo dominante sería el inmueble del que parte la molestia y el fundo sirviente, el inmueble afectado. No obstante, este criterio resulta opinable, ya que la pasividad observada respecto de conductas violatorias del art. 2618, del Código Civil, podría ser interpretada como un acto de mera tolerancia, insusceptible de generar derechos a favor de terceros –sobre el concepto de “actos de mera tolerancia”, consultar el Volumen 3 de esta obra, Capítulo 5, III, B, 1.

⁵⁷ Conf. Adrogué, M., Las molestias entre vecinos en la reforma civil (ley 17.711), LL, 145-335.

⁵⁸ Conf. Llambías, J. J., *Tratado de derecho civil, Obligaciones*, 2a. ed., t. III, n° 2054, p. 374/375.

⁵⁹ Este criterio parte de distinguir entre *inmisiones ilícitas* –serían las configuradas por actos que exceden el uso regular o normal de la propiedad y también la normal tolerancia– e *inmisiones lícitas pero excesivas* –serían las configuradas por actos que no desbordan el uso regular o normal de la propiedad pero que superan la normal tolerancia y a cuyo respecto cuadraría solamente, en principio, la indemnización de daños y perjuicios y no la cesación de la molestia–; sólo en el supuesto de las primeras jugaría el art. 4037; para las demás se aplicaría el art. 4023, del Código Civil: conf. Alterini, J. H., en Llambías, J. J., Alterini, J. H., *Código Civil Anotado...*, t. IV-A, p. 424 y 426.

consecuencia inmediata de aquél, hallándose el damnificado desde entonces en condiciones de demandar el cumplimiento de aquel deber. No obstante, excepcionalmente, si el daño se manifiesta con posterioridad o ha sido conocido después por el damnificado, la acción resarcitoria no nace hasta ese segundo momento, pues no hay resarcimiento si el daño es inexistente o el damnificado ha ignorado la existencia del perjuicio (es claro que la ignorancia debe ser excusable: arg. arts. 512 y 929, Código Civil,⁶⁰ debiéndose tener en cuenta –también como principio– que, a pesar de que los perjuicios pudieran presentar un proceso de duración prolongada o indefinida, el curso del plazo de prescripción comienza cuando sea cierto y susceptible de apreciación el daño futuro.⁶¹ Empero, ha decidido la Corte Suprema de Justicia de la Nación que si el título de la obligación de resarcir es la conducta ilícita del presunto responsable –tal sería la situación que estamos estudiando, cuando las inmisiones se prolongan en el tiempo– que no se agota en un momento determinado sino que se reitera día a día, los principios antes aludidos deberían ser descartados, ya que se refieren a hipótesis en que los daños derivan de una conducta única (por ejemplo, construcción de un edificio). Y frente a la continuidad de la situación irregular, “debe concluirse en que se mantuvo vigente la obligación civil de responder; la pasividad del acreedor sólo produjo la extinción de la acción respectiva día por día”.⁶²

La autorización administrativa

Las facultades judiciales no son entorpecidas por el hecho de que la actividad funcione con autorización administrativa. Así lo dice expresamente la disposición en cuestión y también lo establecía el art. 2019 anterior. La razón de ello, en la nota a este artículo:

“Los tribunales, conociendo y resolviendo sobre la reparación de perjuicios causados por un establecimiento insalubre o incómodo, no se ponen en oposición con el acto administrativo que lo autorizó, porque necesariamente llevaba la condición implícita de no causar perjuicio a tercero.”

⁶⁰ Conf. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos: 256:87; 259: 261; 290: 77; 297: 338; 293: 347; causa “Constructora Barcalá SA c/Banco Central”, del 15.7.97.

⁶¹ Conf. Corte Suprema de Justicia de la Nación, causas “Sociedad Cooperativa Transporte Automotor Litoral Ltda. c/Provincia de Buenos Aires” del 27.10.84; “Cooper Oil Tool Argentina SA c/Provincia de Buenos Aires” del 22.5.97.

⁶² Conf. Corte Suprema de Justicia de la Nación, causa “Constructora Barcalá SA c/Banco Central”, del 15.7.97.

El Proyecto de Unificación de la legislación civil y comercial de la Nación (sancionado por el Congreso Nacional —ley 24.032—, pero vetada íntegramente por decreto 271/91) incorpora como art. 2619 del Código Civil —el antiguo 2619 fue derogado por la ley 17.711— el siguiente texto: “Lo dispuesto en el artículo anterior se extiende a toda persona que pueda ser perjudicada por tales actividades, aunque no se trate de vecinos”. En las “Notas explicativas” se dice, en relación con esta norma, que “no ha estado ausente la preocupación por los aspectos ecológicos, tan unidos al bien común. Ello explica la admisión de que cualquier persona, aunque no sea vecino, pueda accionar ante las molestias que le ocasionen el humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones o daños similares que excedan la normal tolerancia”⁶³.

2. Ruidos de las aeronaves

Al respecto, el art 155 del Código Aeronáutico dispone:

“La persona que sufra daños en la superficie tiene derecho a la reparación en las condiciones fijadas en este Capítulo, con sólo probar que los daños provienen de una aeronave en vuelo o de una persona o una cosa caída o arrojada de la misma o del *ruido anormal* de aquélla. Sin embargo, no habrá lugar a reparación si los daños no son consecuencia directa del acontecimiento que los ha originado.”

B) Obligación de tolerar la utilización y el empleo de las paredes medianeras o divisorias

El único artículo que se refiere al tema, en el Título que estamos desarrollando, es el 2626. Pero al legislarse sobre “condominio de muros, cercos y fosos”, el art. 2733 también tiene atinencia con el punto.

Respecto de si antes de proceder a la demolición, *cuando la pared divisoria no sea aún medianera*⁶⁴, es decir, no esté en condominio, el vecino está obligado a adquirir previamente dicha medianería, o ello no es necesario y queda compensado con la construcción de la nueva pared, la cual automáticamente se convertirá en medianera (es decir, en condominio) hasta la altura de la anterior, y en lo que exceda será, naturalmente de

⁶³ Punto 3, acápite “De otras modificaciones al Libro Tercero”. Al respecto, ver Lago, D.H., La ecología en el proyectado artículo 2619 del Código Civil, LL, supl. del 27.2.90.

⁶⁴ Si ya lo es, se aplica derechamente el 2733 Cód. Civil.

propiedad privativa del que realizó la reconstrucción, ver fallo de la Cám. Civil *en pleno* (sentencia del 10 de mayo de 1935), dictado en los autos "*Raffo Bartolomé c/Moles, Aniceto*"⁶⁵ donde la mayoría se pronuncia por esta última tesis.

Por su parte, los arts. 2730, 2731 y 2732 se refieren a la obligación de tolerar la utilización de las paredes medianeras, es decir, las divisorias que se encuentran en condominio.⁶⁶

C) Prohibición de plantar árboles o arbustos sin observar determinadas distancias

Dice el art. 2628:

"El propietario de una heredad no puede tener en ella árboles sino a distancia de tres metros de la línea divisoria con el vecino, sea la propiedad de este predio rústico o urbano, esté o no cercado o aunque sean ambas heredades de bosques. Arbustos no pueden tenerse sino a distancia de un metro".⁶⁷

En caso de que estuvieran a menor distancia, el vecino tendría derecho a pedir que se corten⁶⁸. Esta posibilidad se debe a que los árboles plantados a menor distancia pueden traer serios perjuicios a la heredad vecina, pues pueden producir humedades, absorber sustancias nutritivas de ella, quitarles el aire y la luz, etcétera.

Por su parte, el art. 2629, dispone:

"Si las ramas de algunos árboles se extendiesen sobre las construcciones, jardines o patios vecinos, el dueño de éstos tendrá derecho para pedir que se corten en todo lo que se extendiesen en su propiedad, y si fuesen las raíces las que se extendiesen en el suelo vecino, el dueño del suelo podrá hacerlas cortar por sí mismo, aunque los árboles, en uno y otro caso estén a las distancias fijadas por la ley."

⁶⁵ *La Ley*, 7-558; *JA*, 50-554.

⁶⁶ Su estudio pormenorizado lo realizaremos al referirnos al condominio de muros, cercos y fosos.

⁶⁷ Se ha decidido que "los arts. 2628 y 2629 Cód. Civ. no comprenden a las enredaderas que cubren un alambrado divisorio y se extienden a ambos lados del mismo, pues no son los árboles ni los arbustos a que se refieren aquéllos, que por su carácter de restricciones al dominio deben interpretarse restrictivamente": S. T. Entre Ríos, *JA*, 1943, I, 171.

⁶⁸ *Salvat, op. cit.*, t. II, n. 1128; *Llerena, op. cit.*, t. VII, pág. 436; *Aubry y Rau, op. cit.*, t. II, pág. 89 y sig. (fuente del Codificador en la materia); *Lafaille, op. cit.*, t. II, pág. 30, quienes sostienen que esta facultad le corresponde sin necesidad de acreditar perjuicio.

1. Jurisprudencia

Hasta el año 1965 se había resuelto en forma más o menos invariable, que la simple violación de la norma del art. 2628 Cód. Civ. (plantación de árboles o arbustos a menor distancia que la permitida) daba derecho al vecino a pedir que se retirasen dichos árboles, sin necesidad de acreditar, ni siquiera de alegar, perjuicio alguno: se lo consideraba un derecho absoluto, incausado, insusceptible de abuso.⁶⁹

Pero con fecha 13 de diciembre de 1965, la Cámara Nacional en lo Civil, por su sala "C"⁷⁰ resolvió que:

"La restricción establecida en el art. 2628, Cód. Civ., debe y tiene que responder a una finalidad en aras de la convivencia pacífica de los vecinos, que no puede ser otra que la de evitar cualquier clase de daño, molestia o inconveniente que la cercanía de los árboles a menor distancia de la permitida pueda ocasionar. No corresponde acoger el pedido del vecino para que se retiren los árboles⁷¹ plantados junto al muro divisorio, a menor distancia que la permitida por el art. 2628, Cód. Civ., si la colocación de los mismos no ocasiona daño, molestia o inconveniente para el fundo lindero. Cuando se invoca el art. 2628, Cód. Civ., con un móvil divorciado del fundamento de toda restricción al dominio, se incurre en un acto antifuncional, en un abuso del derecho."

Esta tesis, con mayor razón podría sostenerse en la actualidad, atento lo dispuesto por el actual art. 1071 Cód. Civ. y también por el nuevo art. 2513 del mismo cuerpo legal.⁷²

⁶⁹ C. Civ. 1ª Cap., *La Ley*, 4-805; *idem*, *JA*, 56-444; S. C. Bs. As., *JA*, 1946, III, 820; C. 1ª Apel. La Plata, sala I, *D.J.B.A.*, 945, XIV, 966; *idem*, *La Ley*, 148, fallo 68.398 (sentencia del 24.10.1972). *Contra*: S. T. Santa Fe, sala I, C. C. (fallo del 18.7.61), *La Ley*, 108-33.

⁷⁰ *ED*, 15-850 o *La Ley*, 121-549.

⁷¹ En el caso se trataba de tres cipreses.

⁷² Se ha resuelto que "es excesiva la pretensión de la tala de dos robles plantados fuera de los límites legales de la línea divisoria de dos fundos a 0,14 cm y 0,30 cm respectivamente, pues se trata de dos ejemplares de alrededor de cuarenta años dotados de importante envergadura, que existen en el predio con anterioridad a la construcción tanto del inmueble como de la pileta de natación de la actora y que, aunque se encontraran ubicados dentro de los tres metros legales, igualmente habrían de producir el cono de sombra que parcialmente afecta a la nombrada... Resulta adecuado a las circunstancias del caso disponer la poda de los robles del fundo vecino en toda la extensión que invaden el espacio aéreo del fundo del actor, puesto que a las restricciones y límites al dominio privado se siguen las pautas de convivencia que deben presidir toda relación de vecindad, sin las cuales sería imposible vivir en sociedad. Ello así pues los dos ejemplares de roble son elementos de un ecosistema que cumplen la función vital de oxigenar el área, dar 'habitat' a otras especies y hacer su aporte para el recreo espiritual del ser humano, al amparo de no poner en peligro la integridad de personas ni

La Cámara Nacional Civil, sala "B"⁷³, resolvió con fecha 2 de junio de 1969, que correspondía proceder al retiro de un paltero ubicado a 80 cm de la línea divisoria de las dos heredades, y haciendo mención del fallo citado de la sala "C", consideró que en el caso la situación era fundamentalmente distinta, dado que las hojas del paltero caían en los techos de la casa vecina, obstruyendo las canaletas y bajadas de agua, es decir que, a diferencia del caso anterior, se había aquí acreditado el perjuicio causado por los árboles.

También se ha planteado la situación de árboles plantados a menor distancia que la legal y cuyo retiro se solicita después de treinta años⁷⁴. A esta petición de retiro se ha contestado sosteniendo la adquisición de una servidumbre por usucapión —de conformidad con el art. 3017 Cód. Civ.—, y tal pretensión ha sido acogida por cierta jurisprudencia⁷⁵. Sin embargo, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, rectificando una antigua jurisprudencia uniforme, resolvió el 7.7.1970⁷⁶ que:

"La regulación de las restricciones y límites al dominio en nuestro Código Civil, en el Título VI del Libro III, lo es en forma totalmente separada de las servidumbres, que son tratadas en los títulos XII y XIII del mismo libro. Las transgresiones a las normas contenidas en el Título VI del Libro III, Cód. Civ., pueden ser soportadas en homenaje a la buena vecindad, pero de ello no puede concluirse en que tal complacencia importe la pérdida de un derecho expresamente consagrado, si no hay un texto legal que dé inequívoco sentido a esta actitud"⁷⁷.

D) Obligación de recoger en el propio fundo el goteraje de los techos y las aguas servidas

1. Goteraje

Según el art. 2630 Código Civil:

de bienes... La Constitución Nacional, por lo demás, ha consagrado el derecho a un ambiente sano y al correlativo deber de preservar el patrimonio natural" (conf. art. 41): C. Apel. C. C. Mar del Plata, Sala II, 18.11.97, *ED*, f. 48.721, supl. diario del 7.8.98.

⁷³ *ED*, 30-750.

⁷⁴ Después de la ley 17.711 el problema se presentará cuando la reclamación se efectúe pasados los 20 años.

⁷⁵ C. 1ª La Plata, *JA*, 1946, I, 277; C. N. Bahía Blanca, *JA*, 1952, II, 19; C. 2ª La Plata, *La Ley*, 51-388; S. T. Santa Fe, *La Ley*, 108-33.

⁷⁶ *ED*, 35-206.

⁷⁷ En el caso se trataba de cuatro parrales que crecían desde hacía más de 30 años en un predio, a menor distancia que la prevista en el artículo 2628 Cód. Civil.

“Los propietarios de terrenos o edificios están obligados, después de la promulgación de este Código, a construir los techos que en adelante hicieren, de manera que las aguas pluviales caigan sobre su propio suelo, o sobre la calle o sitios públicos, y no sobre el suelo del vecino.”

Si se quisiera imponer al fundo vecino que recibiera el goteraje de los techos, debería constituirse una servidumbre de goteraje o *stillicidium* que es siempre convencional, nunca legal, y que aparece reglada por los arts. 3094 al 3096 Código Civil.⁷⁸

Pero:

“Cuando por la costumbre del pueblo, los edificios se hallen construidos de manera que las goteras de una parte de los tejados caigan sobre el suelo ajeno, el dueño del suelo no tiene derecho para impedirlo. Una construcción semejante no importa una servidumbre del predio que recibe las goteras y el dueño de él puede hacer construcciones sobre la pared divisoria que priven del goteraje al predio vecino, pero con la obligación de hacer las obras necesarias para que el agua caiga en el predio en que antes caía.”

La importancia de considerar restricción y no servidumbre a la presente, implica que si por cualquier causa la vieja construcción desapareciese, la nueva tendría que encuadrarse en el art. 2630, cosa que no ocurriría de tratarse de una servidumbre.

2. Aguas servidas

Rigen la situación los arts. 2633 y su concordante, el 2632.

La última parte del art. 2632 apunta a las normas de los arts. 3097 a 3103, que se refieren a las servidumbres de “desagüe” y de “avenamiento” —reguladas entre las “servidumbres de recibir aguas de los predios ajenos”—, que pueden ser legales o convencionales; debiéndose pagar, en el primer caso, una “justa indemnización” que si hay discrepancia establecerá en definitiva el juez, y en el segundo, la que convengan los propietarios.

E) Obligación de recibir las aguas que derivan naturalmente de los fundos superiores a los inferiores

Dice el 2647:

“Los terrenos inferiores están sujetos a recibir las aguas que naturalmente descienden de los terrenos superiores, sin que para eso hubiese contribuido el trabajo del hombre.”

⁷⁸ Véase Mariani de Vidal, *op. cit.* en nota 6, pág. 228.

Estas aguas, son las pluviales y las de fuente, y la norma se encuentra en concordancia con lo dispuesto por los arts. 2633 y 2648, debiéndose también recordar lo dispuesto por el art. 2634.

Pero “El propietario de una fuente que deja correr las aguas de ella sobre los fundos inferiores, no puede emplearlas en un uso que las haga perjudiciales a las propiedades inferiores” (artículo 2638).

Y le está prohibido “al dueño del terreno superior, agravar la sujeción del terreno inferior, dirigiendo las aguas a un solo punto, o haciendo de cualquier modo más impetuosa la corriente que pueda perjudicar al terreno inferior” (art. 2653).

El 2649 determina que:

“Están igualmente obligados los terrenos inferiores a recibir las arenas y piedras que arrastren en su curso las aguas pluviales, sin que puedan reclamarlas los propietarios de los terrenos superiores.”

Por su parte, el art. 2650 dice que:

“Los dueños de los terrenos inferiores están obligados a recibir las aguas subterráneas que por trabajo del hombre salieren al exterior... cuando no sea posible por su abundancia contenerlas en el terreno superior, satisfaciéndoseles una justa indemnización de los perjuicios que pueden causarles.”

Teniendo en cuenta la obligación del predio inferior de recibir las aguas que naturalmente descienden de los superiores, no puede el propietario de aquél “hacer dique alguno que contenga o haga refluir sobre el terreno superior, las aguas, arenas, o piedras, que naturalmente descienden a él y aunque la obra haya sido vista y conocida por el dueño del terreno superior, puede éste pedir que se destruya, si no hubiese comprendido el perjuicio que le haría y si la obra no tuviese 20 años de existencia”.

Como corolario, establece el 2652:

“El que hiciere obras para impedir la entrada de aguas que su terreno no está obligado a recibir, no responderá por el daño que tales obras pudieren causar”.

F) Luces y vistas. Diferencias entre las mismas y normas aplicables

Se denominan *luces* las ventanas o aberturas que sirven para dar luz a las habitaciones, pero que no permiten mirar so-

bre el fundo vecino, y *vistas* a aquellas aberturas o ventanas que permiten una visión total del fundo vecino.

El Código ha reglamentado las construcciones de luces o “luceras” y de vistas, teniendo en mira la protección de la intimidad y en beneficio recíproco de los vecinos.

Distingue, en principio, dos situaciones: paredes medianeras y no medianeras.

Paredes medianeras son aquellas que se encuentran en condominio y respecto de las cuales ambos vecinos condóminos se encuentran en un pie de perfecta igualdad, según dice el artículo 2740 Cód. Civ., lo que impide a uno de los vecinos hacer abertura alguna sin consentimiento del otro vecino (art. 2737).

De acuerdo con el art. 2654:

“Ningún medianero podrá abrir ventanas o troneras en pared medianera, sin consentimiento del otro condómino.”

No pueden, pues, en las paredes medianeras, abrirse ni luces ni vistas⁷⁹, puesto que estas paredes están destinadas a separar a los vecinos.⁸⁰

Naturalmente que dicha prohibición no obstará a que puedan abrirse luces y vistas con consentimiento del otro condómino. En ese caso, la luz o la vista implicará una servidumbre atípica.⁸¹

En las *paredes no medianeras* debemos distinguir según se trate de luces o vistas.

1. Luces

Las paredes no medianeras pueden estar construidas uno de sus extremos tocando la línea separativa de los fundos —“pared contigua”— o más o menos alejadas de dicha línea.⁸²

Si se trata de *pared contigua* rige el art. 2655.⁸³

⁷⁹ La norma habla de “ventanas”, que comprende a ambas y de “troneras”, que son ventanas pequeñas.

⁸⁰ Conf. Salvat, *op. cit.*, t. II, 1149.

⁸¹ Véase art. 3000 Cód. Civ., que implanta la atipicidad de las servidumbres; conf. Alterini, Jorge, *op. cit.* en nota 3; Mariani de Vidal, *op. cit.* nota 6, pág. 52.

⁸² A estas paredes las hemos denominado “próximas” en estudio en JA del 22.7.71, “El art. 4022 nuevo del Código Civil”.

⁸³ Se ha decidido que “el hecho de que la autoridad municipal autorizara la construcción de determinadas aberturas, no es óbice para que el propietario vecino, si se creyere damnificado, acuda a la justicia para protestar respecto a la servidumbre que entiende que ellas comportan”: C. Civ. 1ª Cap., *La Ley*, 8-48; *idem*, JA, 42-105.

Para algunos las luces deben tener vidrio fijo, es decir, incrustado en marco rígido que no pueda moverse, pues ello resulta de la disposición citada, en concordancia con su fuente, el art. 676 Cód. Civ. francés, que así lo exige expresamente.⁸⁴

Para otros, no es necesario el vidrio fijo, sino que se permitiría el vidrio movable siempre y cuando la abertura que quede no permita ver el fundo vecino, pues de este modo, a la vez que luz, se permitiría airear la habitación, sin violar la ley, cuyo fin es sólo impedir las vistas sobre el fundo vecino.⁸⁵

La exigencia de la altura —3 metros medidos del piso de la pieza a la que se quiera dar luz— también está determinada por la finalidad de impedir que pueda verse normalmente (sin ayuda de escaleras u otros medios) sobre la finca vecina. Es justamente por esa razón, teniendo en cuenta que ese es el fin de la ley, que la jurisprudencia ha permitido la abertura de luces en estas paredes a menor altura que la determinada por el art. 2655, cuando “por estar cerradas mediante vidrios opacos colocados en un marco fijo, que no pueda abrirse, impiden toda vista sobre la finca vecina”⁸⁶.

Si se trata de una *pared próxima*, el supuesto no está expresamente resuelto por el Código. Parecería que resultan aplicables por analogía los principios ya expuestos.

Así, es como se ha dicho que:

“...pueden permitirse aberturas a menos de 3 metros de la línea divisoria, siempre que de las mismas sólo se pueda utilizar luz y aire, pero no vistas sobre el fundo lindero, dado que el propósito de la ley al prohibir que se abran ventanas, balcones o voladizos a menos de la distancia que se indica, es el de impedir la existencia de vistas sobre el predio vecino”⁸⁷.

Las luces de que venimos hablando no constituyen una servidumbre —a menos que, por aplicación del art. 3000 Cód. Civ., se hayan creado como tales, según vimos, por cualquiera de los medios indicados en el art. 2977 Cód. Civ.— “y el dueño de

⁸⁴ Lafaille, *op. cit.*, t. II, n. 847.

⁸⁵ Salvat, *op. cit.*, t. II, n. 1152; Alterini, Jorge, *op. cit.*, *loc. cit.* en nota 3.

⁸⁶ C. Civ. 1^a Cap., *La Ley*, 17-553; C. N. Civ., sala A, fallo del 28.12.1967, *La Ley*, 131-418.

⁸⁷ C. Civ. 1^a Cap., *La Ley*, 8-48 que admitió la abertura de luceras que permitieran la entrada de aire y luz con un juego de mamparas con vidrios opacos dispuesto hasta la altura de 1,90 metros del suelo, sin banderolas que puedan abrirse a menor altura, dejándose hacia arriba aire y luz, pero colocando una malla de reja exterior que impida arrojar por tales espacios desperdicios a la casa vecina; conf. C. Civ. 2^a Cap., *JA*, 43-1091.

la finca o propiedad contigua, puede adquirir la medianería de la pared y cerrar las ventanas de luces, siempre que edifique apoyándose en la pared medianera”.

Bien que la jurisprudencia ha sido estricta en cuanto a la aplicación del artículo, dado que ha exigido no sólo que se adquiera la medianera, sino también que se construya apoyándose en esa pared⁸⁸. Es en este sentido que debe interpretarse el 2740 cuando expresa que “la adquisición de la medianería ... da al que la adquiere la facultad de pedir la supresión de ... aberturas o luces establecidas en la pared medianera, que fueren incompatibles con los derechos que confiere la medianería”.

Corolario de este carácter de restricciones —y no de servidumbres (a menos que se haya creado una) —que revisten las luces, es el art. 2657.

2. Vistas

Pueden ser derechas o de frente (se tienen en la dirección del eje vertical de una persona, la cual puede mirar sobre el fundo vecino sin volver la cabeza) y oblicuas o de costado (son aquellas que sólo permiten ver volviendo la cabeza a un lado o al otro).

Dadas sus características, el Código ha sido más restrictivo con las vistas que con las luces y más con las derechas que con las oblicuas.

Rigen al respecto, los arts. 2568 al 2600.

Reparando en las modalidades que asumen las modernas construcciones se decidió que:

“...debe tenerse en cuenta que en tiempo de Vélez no existía la modalidad de pisos y departamentos y, además, no podía concebirse la construcción de edificios de tanta altura y múltiples unidades: de ahí que en los arts. 2658 y 2659 del Código Civil, al establecer las distancias mínimas de las vistas derechas y oblicuas, se pensó solamente en el orden más o menos horizontal, poco elevado o casi a nivel muy cercano al suelo si se lo relaciona con los edificios modernos. Es por ello que si dichas dimensiones (3 metros en el primer caso desde la pared divisoria) son menores que la establecida, pero no irroga perjuicio o molestia alguna a los vecinos, no deben aplicarse tales normas restrictivas. Si en el caso la ventana considerada indiscreta por los actores respecto del uso de su jardín está a menor distancia que los 3 metros que establece el art. 2658, Código Civil, pero a una altura inconcebible en la época del Código, que no produce los efectos perjudiciales entendidos teleológicamente por el Codificador,

⁸⁸ C. Civ. 2ª Cap., JA, 290-236; C. 2ª Apel. La Plata, sala I, *La Ley*, 42-724.

es correcta la aplicación del art. 1071 del citado cuerpo legal a la pretensión de suprimirla ejercida por los actores, pues de trata de un ejercicio abusivo del derecho”⁸⁹.

Parte Segunda: Extinción del dominio

I. Causales de extinción

Se las suele clasificar en absolutas y relativas.

Absolutas serían aquellas que implican la extinción del dominio no sólo para el propietario, sino también para cualquiera, porque hacen a la cosa objeto del derecho en sí misma: son los supuestos contemplados por los arts. 2604 y 2605.

Relativas serían aquellas en las cuales el derecho se extingue para el propietario porque lo adquiere otra persona. Son las restantes hipótesis contempladas en el Capítulo: arts. 2606 al 2610.

Se duda respecto del “abandono”, en ubicarlo dentro de las causales absolutas o relativas, ya que si bien es cierto que el derecho se extingue para el propietario, la cosa queda sin titular, y es posible que otro adquiriera el dominio de ella.

1. De carácter absoluto: enumeración

a) Destrucción o consumo total⁹⁰ de la cosa. Si la destrucción es parcial, el derecho continúa sobre los restos.

b) Cuando la cosa es puesta fuera de comercio. El mismo Código da un ejemplo en la nota al art. 2604: “cuando un río forma un nuevo lecho en un terreno de propiedad privada”. Si la cosa cae dentro de las previsiones del art. 2337 inc. 2º Cód. Civ., el dominio, naturalmente, se extingue.

⁸⁹ C.N.Civ., sala C, 25.10.89, *ED*, f. 42-206; con nota de Spota, Alberto F. Se trataba en la especie de una ventana abierta por el demandado de una de las paredes laterales de su living comedor que era separativa de los predios, en la que se pretendía hacer la abertura, se hallaba ubicada en el octavo piso de un edificio —y los elementos (árboles, etc) impedían que la vista tuviera incidencia sobre el edificio de los actores— un “petit hotel” cuyo frente, además, podía ser visto, así como una porción del jardín, desde la vía pública por eventuales transeúntes.

⁹⁰ En la nota se ejemplifica con el dinero. Mas aquí no nos encontraríamos realmente frente a un caso de extinción absoluta, desde que el dinero puede pasar a manos de un tercero que adquiere la propiedad y si se considera consumida para el anterior propietario, es “por no distinguirse en su individualidad”: art. 2325 Cód. Civil.

c) Animales salvajes domesticados que recuperan su anti-gua libertad. Se transforman en *res nullius* susceptibles de apropiación. En el caso de que pierdan la costumbre de volver a la residencia de sus dueños, si recuperan su anterior libertad, la extinción es absoluta; pero si se acogen en predios ajenos y contraen la costumbre de vivir en ellos, su propietario los adquiere por accesión (arts. 2592/93) y nos encontraríamos frente a una extinción relativa del dominio.

2. De carácter relativo

Juega el art. 2606, que se refiere a la transformación, la accesión y la prescripción.

También el 2609, que se refiere a la enajenación de la cosa. Ya nos hemos referido al tema con anterioridad y allí nos remitimos. En caso de enajenación de inmuebles, debemos tener en cuenta que de acuerdo con la modificación del art. 2505 por la ley 17.711, respecto a los terceros interesados, el dominio recién se perderá (y correlativamente se adquirirá) después de producida la inscripción del pertinente acto en el Registro de la Propiedad Inmueble.

Asimismo, el art. 2610, que se refiere a la “transmisión judicial” del dominio.

3. Abandono

De aplicación, el art. 2607.

El abandono puede referirse a muebles o a inmuebles.

Respecto de los *muebles*, el abandono los convierte en *res nullius* susceptible de apropiación: arts. 2525 y 2526 Cód. Civil.

Respecto de los *inmuebles*, teniendo en cuenta lo dispuesto por el art. 2526, combinado con la exigencia del art. 2505 y con lo dispuesto por el art. 2510, pensamos que el abandono de un inmueble sólo puede realizarse mediante manifestación de voluntad expresa vertida en escritura pública (art. 1184) que deberá inscribirse en el Registro de la Propiedad. Recién en ese momento se operaría la extinción del dominio por abandono. El hecho de no usar y gozar de la cosa no acarrea pérdida del derecho, como prístinamente lo dice el art. 2510.⁹¹

⁹¹ C.N.Civ., sala F, fallo del 25.8.72: *ED*, 46; fallo 21.477. *Contra*: C. Civ. 2ª Cap., *JA*, 68-249, que consideró que “se infiere el propósito de abandonar el dominio de un inmueble por parte del propietario que no paga los impuestos ni la contribución por afirmados durante un largo lapso, lo que permite suponer

Los inmuebles abandonados por sus dueños pasan al dominio privado del Estado: art. 2342 inc. 3º Código Civil. Se ha sostenido,⁹² sin embargo, que el hecho de carecer de otro dueño exigiría una prueba más contundente que la sola manifestación del titular registral, habida cuenta del efecto meramente declarativo de la inscripción y el principio de “no convalidación” de nuestra ley registral.⁹³ Y como en la hipótesis de inscribirse aquella manifestación de voluntad el Registro debería cancelar el asiento dominial del abdicante y colocar al Estado en su lugar (arg. art. 2342, inc. 1º, Código Civil), dicho Registro estaría obligado a sustanciar un proceso administrativo de investigación, de dudoso valor jurídico, para descartar otros posibles titulares (por error en la registración o por adquisición por usucapión). Por ello, esta doctrina concluye en que en el actual derecho vigente, en materia de inmuebles, será necesaria -a los fines de instrumentar un abandono- la intervención judicial que declare producido el abandono y ordene al mismo tiempo la cancelación del asiento registral y la consignación de quién resulta el nuevo titular dominial del inmueble abandonado (arg. art. 12, ley 17.801).

Respecto del *abandono de parte indivisa*, dice el 2608:

“El que no tiene sino la propiedad de una parte indivisa de la cosa, puede abandonarla por la parte que tiene; pero el que tiene el todo de la cosa, no puede abandonarla por una parte indivisa.”

que ello no obedece a una causa accidental y que además no efectúa ningún acto posesorio, ni por sí ni por terceros y ni siquiera lo visita o vigila periódicamente para resguardarlo de intrusos”.

⁹² Conf. Ventura, G.B. Moisset de Espanés, L., “El dominio caducable. Solución al problema del saneamiento de títulos”, *JÁ*, supl. diario del 1º.8.2001 (nº 6257).

⁹³ Estudiaremos estos principios al referirnos a la publicidad de los derechos reales, en el volumen 3 de esta obra.

Capítulo 2

Expropiación - Las denominadas nuevas formas de propiedad

SUMARIO. Parte primera: Expropiación. I. Concepto. Fundamentos. II. Naturaleza jurídica. III. Régimen jurídico. Parte segunda: Las denominadas nuevas formas de propiedad. I. Introducción. II. Multipropiedad o tiempo compartido: A) Caracterización, objeto, denominación. B) Régimen jurídico: 1. El tiempo compartido como derecho creditorio; 2. El tiempo compartido como derecho real. III. Clubes de campo ("countries"). Barrios cerrados. Clubes de campo: A) Caracterización. B) Régimen jurídico: 1. Como derecho personal; 2. Como derecho real: *a)* Dominio, *b)* Dominio revocable, *c)* Dominio y condominio, *d)* Propiedad horizontal, *e)* Usufructo, uso y habitación, *f)* Servidumbre, *g)* Derecho real autónomo. Barrios cerrados. Nociones. IV. Cementerios privados: A) Caracterización. Cementerios públicos. Cementerios de comunidades extranjeras. Cementerios privados. B) Naturaleza jurídica: 1. Como derecho personal: *a)* Locación, *b)* Comodato, *c)* Sociedad, *d)* Contrato atípico; 2. Como derecho real: *a)* Dominio, *b)* Condominio, *c)* Propiedad horizontal. Embargo y ejecución de sepulcros. Partición del condominio sobre sepulcros. Prescripción adquisitiva de sepulcros, *d)* Derecho real de uso, *e)* Derecho real autónomo.

Parte Primera: Expropiación

I. Concepto. Fundamentos

Etimológicamente "expropiar" significa tanto como "privar del dominio o de la propiedad" (del latín *exponer*: fuera y *proprietas*: propiedad).

Como institución jurídica apunta al acto por el cual el Estado —*lato sensu*— priva al titular de su derecho de propiedad, con un fin de utilidad pública y mediante el pago de una justa indemnización y de los perjuicios que se sigan inmediatamente de ella.

En cuanto al fundamento de esta potestad del Estado, se lo ha querido ver en el dominio eminente, del cual ya hablamos al referirnos a la primera parte de la nota al art. 2507 Cód. Civ. —y que no sería más que una manifestación de la soberanía, que se concreta en un derecho superior y exclusivo dentro de su propio territorio—. Esta tesis se ha dejado de lado en la actualidad pues si se aplicara en todo su rigor, hasta impediría exi-

gir indemnización alguna, y también recuperar la cosa cuando no se la destina al fin de utilidad pública.¹

Se habla asimismo de colisión entre el interés colectivo y el privado, de la cual debe resultar triunfante el primero; también de un “consentimiento presunto” prestado por los miembros que, al formar parte de la colectividad, aceptan la expropiación que ella impone por ley. Se encuentra también justificativo en los fines del Estado, el cual no podría cumplir con su obra de bien común si no contara con la facultad de expropiar y aun en el carácter relativo de la propiedad privada, con función social.²

II. Naturaleza jurídica

a) En nuestro Código Civil la expropiación aparece contemplada como un supuesto de *compraventa forzosa*, en el art. 1324 inc. 1°. Esta posición es desechada por cuanto implica colocar a la institución íntegramente en la órbita del Derecho Civil.

b) Se ha sostenido también que se trata de un *instituto de carácter mixto*, en el sentido de que entraría en parte en la esfera del Derecho Público (en lo relativo a la calificación de utilidad pública, poder autorizado para formularla y procedimiento) y en parte en la del Derecho Privado (en lo que se refiere a transferencia del dominio, del que la expropiación priva al particular y especialmente en cuanto al monto de la indemnización).³

¹ Conf. Bielsa, *Derecho Administrativo*, t. II, pág. 418, ed. 1936; Lafaille, *op. cit.*, t. I, n. 509.

² Véase Bidart Campos, “Régimen constitucional de la expropiación”, *La Ley*, 144-953.

³ Bielsa, *op. cit.*, t. III, pág. 412. La Corte Suprema de Justicia Nacional, en autos “Provincia de Santa Fe c/Sociedad Puerto de Rosario” —Fallos, 178: 85— dijo: “El ejercicio de la facultad acordada a la Nación y a las provincias para tomar la propiedad privada haciéndola ceder ante las exigencias de orden general, ejercicio que se traduce en la elección de los bienes y en la serie de trámites subsiguientes necesarios para llegar a la declaración legislativa impuesta por el art. 17 de la Constitución, pertenecen al campo del derecho administrativo. Cuando esta primera faz ha concluido y el acuerdo con el propietario acerca del precio no se obtiene privadamente y es necesario para fijarlo y para tomar posesión en caso de urgencia acudir a los jueces con un depósito previo del valor asignado al bien, la causa, que requiere la natural intervención del propietario, pertenece al derecho civil.” Conf., Fallos, 180:48; *idem*, 182:15, entre otros. Sin embargo, en fecha posterior, nuestro más Alto Tribunal ha decidido que “El proceso expropiatorio, que se inicia con la declaración legal de utilidad pública y finaliza con el pago de la indemnización justa y con la consiguiente transferencia del dominio al sujeto expropiante es, en su integridad, un insti-

c) Ultimamente parece triunfar la tesis que coloca a la expropiación *íntegramente dentro del Derecho Público*, incluso en materia de indemnización, a la que se niega el carácter de “precio” equiparable al de una compraventa y se la considera un “derecho público subjetivo”, cuya base legal está dada por el art. 17 de la Constitución Nacional, porque en definitiva resultan aplicables las reglas que regulan la responsabilidad del Estado en cuanto obra como poder público.⁴

III. Régimen jurídico

La expropiación aparece contemplada en el art. 17 de la Constitución Nacional:

“La propiedad es inviolable y ningún habitante de la nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada... La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino...”.

En cuanto a su regulación legal, en el ámbito nacional está dada por la ley 21.499 (sancionada y promulgada el 17.1.77, Boletín Oficial del 21.1.77), que reemplazó a la anterior ley 13.264, que regía desde el año 1948.

En la esfera provincial, cada estado la considera en su Constitución y en leyes locales relativas a la materia.

Naturalmente, al estudiar su régimen jurídico, ha de tenerse también muy en cuenta a la jurisprudencia, por su *primigenia importancia en este instituto*.

Por tratarse de una institución que no encuadra en el Derecho Privado⁵ y tan es así que la ley establece que la compe-

tuto de derecho público, regido por las leyes sobre la materia dictadas por cada Provincia, en ejercicio de sus poderes no delegados —art. 104 de la Constitución Nacional— en el ámbito de su respectiva competencia territorial... El instituto expropiatorio pertenece totalmente al derecho público... no es materia regida por el Código Civil, y las leyes que lo regulan no están comprendidas en la atribución concedida al Congreso Nacional para sancionar los Códigos, pudiendo los Estados locales dictar las leyes que reglamenten el instituto expropiatorio, de conformidad con los principios que establecen los arts. 104 y 105 de la ley fundamental”: C.S.J.N., 31.3.75: “Prov. de La Rioja c/Azzalini, Luis”, ED, 61, fallo 26.818. En igual sentido, fallo del 5.12.73: ED, 52, 384, fallo 23.761.

⁴ Véase Bidart Campos, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁵ La actual jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación considera que la *naturaleza jurídica* de la expropiación es *pública en todas sus etapas*, inclusive en lo relativo a la indemnización: Fallos: 241:73; 278:253; 284:23;

tencia para entender en los juicios de expropiación corresponde a los jueces federales con jurisdicción en el contencioso administrativo, salvo las hipótesis en que la Municipalidad de Buenos Aires sea parte (que son propias del conocimiento de la justicia nacional en lo civil de la Capital Federal); decimos que por tratarse de una institución que actualmente es encuadrada en el Derecho Público su estudio pormenorizado no corresponde hacerlo en esta obra.

Parte segunda: Las denominadas nuevas formas de propiedad

I. Introducción

Dadas la explosión demográfica y escasez y alto valor de los inmuebles que caracteriza en la actualidad a las grandes ciudades y zonas aledañas, la utilización de aquéllos ha dejado de ser exclusiva.

Respondiendo a las mencionadas circunstancias han comenzado a surgir nuevas formas de aprovechamiento común de las cosas inmuebles, no sólo para satisfacer necesidades estrictamente habitacionales, sino con fines recreativos y también con otro bien distinto: solucionar el problema de la sepultura de los muertos, habida cuenta del abarrotamiento que se advierte en los cementerios públicos.

Estas nuevas variantes que procuran un mayor aprovechamiento de la riqueza, con economía de gastos, imponen —se trata de una insoslayable exigencia de la realidad— ocuparse de su encuadre y regulación jurídicos, dentro del esquema de los derechos patrimoniales.

Y así aparecen el denominado “tiempo compartido” o “multipropiedad”, los “clubes de campo” (*countries*) y los cementerios privados. A ellos he creído adecuado agruparlos bajo el acápite de “Las denominadas nuevas formas de propiedad”, en el que el término “propiedad” es empleado como sinónimo de derecho real y aun de derecho patrimonial y no de dominio; porque aludir sólo a éste resulta algo estrecho, toda vez que, como veremos en el andar de esta segunda parte, es dudoso

287:387; 291:290; 296:55; 303:1596; 305:407; causas “Motor Once SA c/Municipalidad de Buenos Aires”, 9.5.89; “Estado Nacional c/Textil Escalada SA”, 19.12.89; “Russo, F. c/Municipalidad de Buenos Aires”, 9.5.88; conf. Marienhoff, M. S., *Tratado de derecho administrativo*, 5ª ed., t. IV, n° 1293.

que las referidas realidades toleren ser encasilladas estrictamente en la figura del derecho real de dominio.

Partiendo de la base de la mayor seguridad que el derecho real significa para los protagonistas de cualquiera de las nuevas figuras, atento su oponibilidad “erga omnes” y porque la relación del titular con la cosa es directa e inmediata, ponderando el principio del “numerus clausus” que gobierna la materia de derechos reales en nuestro derecho positivo —principio que ya hemos estudiado y que implica que los únicos derechos reales admitidos son los previstos por la ley, que también impone el estatuto correspondiente a cada derecho real, que debe ser respetado por los particulares en virtud del predominio del orden público en la materia— y considerando también la naturaleza de esta obra, trataremos de brindar algunas sencillas nociones que permitan asomarse al panorama de estos apasionantes temas.

II. Multipropiedad o tiempo compartido

A) Caracterización, objeto, denominación

Nos enfrentamos aquí a hipótesis donde el titular del derecho, mediante el pago de un precio en dinero puede usar y eventualmente gozar, en forma periódica, exclusiva y alternada, durante un cierto período de tiempo, ubicado en el año calendario o a ubicar (“flotante”), de un ámbito espacial determinado o determinable (departamento, casa, cabaña, etc.), sin alterar su sustancia (en el doble aspecto: material y de destino) y al mismo tiempo aprovechar de los servicios e instalaciones que se ofrece como accesorios integrantes del sistema⁶, para su más placentero disfrute (canchas para la práctica de deportes, piscina, sauna, biblioteca, salones de lectura y de conferencias, *boites*, microcine, boutiques, etc.; tareas de mantenimiento, reparaciones, construcción de obras nuevas, amoblamiento y provisión de los elementos necesarios para la vida cotidiana, pago de impuestos y contribuciones, etc.), pudiendo existir para el titular la posibilidad de intercambiar el período que le corresponde en un

Caracterización

⁶ Cabe recalcar la sustancial importancia que en el sistema del tiempo compartido revista la posibilidad del titular de acceder a determinados servicios que se ofrecen como accesorios inseparables del uso o goce de la cosa; conf. Highton, E., Alvarez Julia, J., Lambois, S., La multipropiedad en el Proyecto de unificación legislativa civil y comercial y en las XI Jornadas de Derecho Civil, LL, supl. diario del 28.12.87; Di Filippo, M. I., Nuevos intentos de sistematización jurídica para el tiempo compartido, LL., supl. diario del 4.5.89.

complejo por otro similar en otro complejo, ubicado en el país o en el extranjero.⁷

Objeto

El *objeto* del sistema no se limita a los inmuebles, ni al uso residencial turístico (aunque aparece generalmente referido a éste, no se excluye, por ejemplo, cocheras, consultorios y otras oficinas profesionales, locales comerciales, etc.).

En efecto, también puede someterse al régimen cosas muebles cuyo alto costo aconseje un disfrute compartido (v.g. cosechadoras, sembradoras, yates, equipos de computación, casas rodantes, etc.). Y hasta podría tratarse de bienes que no sean cosas (por ejemplo, marcas y patentes, infraestructuras industriales, etc.).

Denominación

Diversas son las denominaciones empleadas para individualizar al sistema⁸ cuya difusión se produce entre los años 1960 y 1970, aunque se señala antecedentes que remontan al Derecho romano⁹. Las denominaciones más difundidas son las de “multipropiedad” o “tiempo compartido”.

B) Régimen jurídico

En nuestro país no se han sancionado normas legales que regulen específicamente este peculiar sistema¹⁰, de manera que nos referiremos a las modalidades que se ha propiciado y adoptado para encuadrarlo jurídicamente.

A ese fin es posible hacerlo caer en la órbita de los derechos personales o creditorios o en la de los derechos reales.

Si se escoge la primera alternativa (*derecho personal*), la flexibilidad es grande, pues en la esfera de los derechos creditorios campea la autonomía de la voluntad, de manera que resulta po-

⁷ Inclusive existen empresas internacionales que, a través de distintos mecanismos —bancos de depósito de espacios de tiempo y otros— implementan la permuta de los espacios de tiempo de distintos titulares en diferentes países.

⁸ Ver al respecto, Highton, E., Alvarez Julia, L., Lambois, S., *ob. cit.*, págs. 201/204; Taraborrell, J., Tiempo compartido, *LL*, supl. diario del 20.5.92.

⁹ Ulpiano, *Digesto*, 13, 6, 5, 15. También se recuerda en tal sentido al Derecho de Grenoble (Francia), año 1900. En la nota al art. 1648 nuestro Código Civil pareciera esbozar la figura al decir: “La simple comunidad de intereses, resultante aun de un hecho voluntario de las partes, por ejemplo, una adquisición hecha en común, no forma una sociedad cuando las partes no han tenido en mira realizar el fin característico del contrato de sociedad, que es obtener un beneficio o un resultado cualquiera... así... el contrato por el que dos vecinos comprasen en común un terreno para proporcionarse un lugar de paseo, o una máquina para explotarla privadamente cada uno a su turno”.

¹⁰ Portugal fue el primer país europeo que lo organizó con un régimen propio, rotulándolo como derecho real de habitación en un decreto ley de fecha 31.12.1981.

sible acudir a cualquiera de los contratos típicos (o nominados) o combinar varios de ellos¹¹ o dar vida a uno completamente distinto (atípico o innominado). Como contrapartida, el derecho personal es relativo, lo que puede traer inconvenientes en caso de insolvencia del concedente o aun del administrador.¹²

Por su parte, el *derecho real* es el que brinda mayor certeza y seguridad, por su calidad de absoluto y la publicidad (registral, si se trata de inmuebles o de cosas muebles registrables) que lo caracteriza; y, aunque nuestro derecho positivo responde al principio del “*numerus clausus*” en materia de derechos reales, con lo que la figura vendría a quedar acotada en los rígidos moldes establecidos por el legislador (desde otro ángulo, esta característica de los derechos reales contribuye también a otorgar mayor certeza al vínculo), es lo cierto que la doctrina mayoritaria¹³ considera más conveniente, por la finalidad económico social comprometida, su estructuración dentro de la órbita de aquellos derechos.¹⁴

1. El tiempo compartido como derecho creditorio

Los complejos que se sujetan a este régimen lo implementan de este modo¹⁵: una sociedad —a la que podemos denomi-

**Derecho
personal**

¹¹ Conf. Villanustre, C. A., La multipropiedad en las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, *LL*, supl. diario del 18.2.88.

¹² Conf. Smayevsky, M., Flah, L., Highton, E., Breves consideraciones sobre el contrato de tiempo compartido en las Terceras Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal, *JA*, supl. diario del 29.3.89.

¹³ Aunque no unánime; ver, por ejemplo, Busso, F., Multipropiedad o tiempo compartido (Hacia un enfoque como derecho personal), en *ED*, supl. diario del 5.9.90.

¹⁴ Conf., Di Filippo, M. I., Tiempo compartido. Derechos de propiedad involucrados, *LL-1985-D-1048*; Bonetto de Cima, A., Soluciones notariales al fenómeno de la llamada multipropiedad o propiedad de tiempo compartido; Causse, J. R., Tranchini de Dimarco, M., Tiempo compartido. Reflexiones en torno a su proyectado régimen legal, en *LL*, supl. del 26.9.86; II Jornada Notarial Iberoamericana, Santiago de Chile, junio de 1985; Primer Encuentro Jurídico-Notarial, noviembre de 1985; VI Congreso Nacional de Derecho Registral, Posadas, junio de 1986; XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, agosto 1987 (comisión 4^a); Proyecto de ley del diputado Alberto Natale; Proyecto de ley de los diputados Terrile, R. y Allegrone de Fonte, V.; Proyecto de los diputados Bianciotto, L. y Caballero, A.; Proyecto de Unificación de la legislación civil y comercial de la Nación; Proyecto de ley sancionado el 10.11.1996 por la Cámara de Senadores del Congreso de la Nación: ver su comentario por Franchini de Trimarco, M., Tiempo compartido (Consideraciones sobre el proyecto de ley sancionado por el Senado de la Nación), *LL*, supl. del 2.7.96.

¹⁵ Conf. sobre el punto, Highton, E., Alvarez Julia, L., Lambois, S., *ob. cit.*, pág. 219 y sig.

nar “A”, con un término de duración de 99 años, y titular del dominio de un inmueble, concede a otra sociedad anónima (podemos llamarla “B”) el derecho de uso del edificio construido sobre el inmueble, facultándola además, como administradora, a suscribir contratos de cesión de uso del él. Y en esa calidad la sociedad “B” celebra con los particulares contratos de adquisición de uso, transferibles, los que atribuyen —mediante el pago de un precio— la facultad de usar y gozar —una vez abonado parte del aludido precio y por 99 años— y ya sea por sí o por terceros, de una unidad determinada o determinable durante períodos temporales anuales de ocupación, los que se acuerdan en el contrato. Luego de oblado todo el precio éste se imputa a la compra de una acción de la sociedad “A”, acción que sólo otorga al adquirente el derecho de uso al que se refiriera el contrato primitivo, pero que conlleva a que, como socios de la sociedad “A” deban contribuir constantemente a los gastos de conservación, mantenimiento y funcionamiento del complejo (so pena de perder la posibilidad de ejercicio de su derecho de uso y aun de su titularidad), sin ingerencia en su administración, que corresponde a la sociedad “B”, en la que el adquirente no participa. Esta sociedad “B” es quien elige a su sucesora en la administración y, en definitiva, viene a ser una especie de mandataria de la sociedad “A”.

Los inconvenientes que se ha achacado a esta forma de implementar el sistema surgen de la propia descripción que hemos efectuado¹⁶, siendo el principal de ellos la duración del derecho de uso (99 años), que se estima conduciría a una violación de la limitación temporal que para la locación establece el art. 1505, Código Civil (10 años), violación que se intenta soslayar atribuyendo a los adquirentes la calidad de socios de la sociedad “A”¹⁷.

2. El tiempo compartido como derecho real

Derecho
real

Si nos inclinamos por caracterizar al tiempo compartido como derecho real, debemos determinar si será como derecho real sobre cosa propia o sobre cosa ajena.

Sobre
cosa
ajena

Comenzando por estos últimos, el encuadre como derecho de disfrute sobre cosa ajena (usufructo, o uso o habitación) tropieza con dos grandes obstáculos: a) según veremos, la duración de los mencionados derechos no puede exceder la vida del

¹⁶ Conf. sobre el punto Highton, E., y otros, *ob. cit.*, pág. 219 y sig.

¹⁷ Sobre este aspecto, Highton, E., y otros, *ob. cit.*, *loc. cit.*; Busso, F., *ob. cit.*, *loc. cit.*

titular —en el caso de las personas de existencia ideal, los 20 años (arts. 2920, Código Civil) pues no transmiten “mortis causa” (arts. 2920, 2921 y 2969, Código Civil) y es prohibida la cesión de los derechos de uso y habitación (art. 1449, Código Civil), y también del usufructo, aunque respecto de éste puede ser cedido su ejercicio (art. 2870, Código Civil); b) el nudo propietario no puede asumir obligación personal alguna como contenido del derecho real de disfrute y con alcance de tal, lo que dificulta el acomodamiento jurídico de los servicios que se presta al adquirente del derecho de tiempo compartido y cuya importancia en la figura ya destaqué.

Yendo al encuadre del tiempo compartido como derecho sobre cosa propia, se plantea el interrogante de si es posible encasillarlo en alguno de los derechos reales previstos por el Código Civil o si debería ser considerado como derecho real autónomo (en este último caso, sería necesaria la sanción de una ley especial).

Sobre
cosa
propia

De entre los regulados, se ha sostenido que es perfectamente posible sujetarlo a las reglas del condominio (y, en su caso, a las de la propiedad horizontal, cuando la facultad de usos sucesivos y alternados por períodos determinados recaiga sobre unidades de inmuebles sujetos al régimen de la ley 13.512), no resultando ajena a este derecho la posibilidad de convenir los condóminos la distribución entre ellos, por períodos determinados, del uso de la cosa común —que, en principio, corresponde a todos (arts. 2684 y 2699, Código Civil)— para ser ejercido en forma exclusiva, todo lo cual estudiaremos en detalle, al ocuparnos del derecho real de condominio.

Condo-
minio.
Propiedad
horizontal

No obstante, además de suscitar dudas la aplicabilidad al tiempo compartido de las normas que el Código Civil prevé para la administración de la cosa común (arts. 2699 y sig.), parece insalvable la valla del art. 2715, porque aquí la indivisión debería ser perpetua. Por ello es que se propugna la modificación del art. 2715, admitiendo en estos casos el pacto de indivisión sin límite temporal (análoga solución a la del art. 18, ley 13.512, en cuanto deroga el art. 2715 a los efectos del derecho de propiedad horizontal) y, entretanto, se exhorta a la judicatura a ponderar —frente a una acción de división— lo dispuesto en el art. 2715, Código Civil, respecto de la participación que resulte nociva para los derechos de los condóminos.¹⁸

¹⁸ Conf. Causse, J., Tranchini de Dimarco, M., *ob. cit.*, *loc. cit.*; Di Filippo, M. I., *ob. cit.*, *loc. cit.*; Propuesta de la minoría en el VI Congreso de Derecho

Corresponde señalar el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación¹⁹ que se orientó hacia este criterio.²⁰

**Derecho
real
autónomo**

Es meritando estos inconvenientes que se auspicia la sanción de normas especiales²¹ para gobernar esta realidad distinta, que alumbren un derecho real autónomo, estructurado con el carácter de derecho real sobre cosa propia de carácter exclusivo, teniendo como modelo la figura de la propiedad horizontal, adecuándola a los requerimientos del sistema, sobre todo en lo relativo a las facultades del administrador, y consejo de administración; resultando cláusula obligatoria del pertinente reglamento lo atinente a los servicios a prestarse, su calidad y cantidad.²²

III. Clubes de campo (“countries”)

**Clubes
de Campo
 (“countries”)**

Clubes de Campo (“countries”)

A) Caracterización

**Caracteri-
zación**

El club de campo²³ es un complejo recreativo residencial ubicado en una extensión suburbana, limitada en el espacio e integrada por lotes construídos o a construirse, independientes entre sí, que cuenta con una entrada común y está dotado de espacios destinados a actividades deportivas, culturales y so-

Registral, Posadas, junio de 1986, tema “La propiedad con titularidad compartida. Su registración”.

¹⁹ Sancionada como ley de la Nación n° 24.032, pero que fue vetada totalmente por el Poder Ejecutivo (decreto 271/91).

²⁰ El art. 2715 proyectado, que se refiere a hipótesis de indivisión forzosa, expresa en su último párrafo: “la indivisión forzosa perdurará mientras subsista el sistema en el supuesto de constitución de condominio sobre un conjunto de cosas, con asignación a los condóminos de usos y goces sucesivos y alternados por períodos determinados”. Aunque parece dudoso que la regulación relativa al condominio, tal como la prevé el Código Civil, resulte suficiente, sin más, para aprehender una realidad intrincada que no fue tenida en cuenta al momento de sancionarlo.

²¹ Naturalmente, deberán emanar del Congreso Nacional, en orden a lo dispuesto en el art. 75, inc. 12°, de la Constitución Nacional (ant. art. 67, inc. 11°), por tratarse de normas referidas a derechos patrimoniales.

²² Conf. Highton, E., y otros, *ob. cit.*, págs. 277/281; los mismos autores, La multipropiedad en el Proyecto de unificación legislativa civil y comercial y en las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, *LL*, supl. diario del 28.12.87.

²³ Así llamado porque estos conjuntos se encuentran generalmente ubicados en zonas rurales.

ciales, siendo las viviendas de uso transitorio o permanente y debiendo existir entre el área de viviendas y el área deportiva, cultural y social una relación funcional y jurídica que convierta al club de campo en un todo inescindible.²⁴

Esta nota de inseparabilidad de las áreas de vivienda y deportiva, cultural y social que singulariza al club de campo, conduce a que los titulares de las viviendas tengan la facultad —inherente a dicha titularidad— de hacer uso de las instalaciones deportivas, culturales y sociales y a que la trasmisión del derecho sobre las viviendas conlleva indefectiblemente la de esta facultad.²⁵

También es nota específica de los clubes de campo que, mientras que el uso de la vivienda es exclusivo de su titular, el de las instalaciones y servicios recreativos es compartido con los demás titulares de las viviendas que integran el complejo (y, en todo caso, con los grupos familiares respectivos e inclusive con los ocupantes transitorios o los invitados de los titulares).

B) Régimen jurídico

No existe régimen legal que estructure jurídicamente a esta figura, régimen legal que debe emanar obviamente del Congreso Nacional, por tratarse de derechos patrimoniales cuya regulación compete a éste según lo dispuesto en el art. 75, inc. 12, de la Constitución Nacional²⁶, por lo que también aquí nos referiremos a los distintos criterios que han sido propicia-

Régimen
jurídico

²⁴ Conf. Olive, R. y otros, Expresiones jurídicas de los clubes de Campo, *Revista del Notariado*, N° 759, pág. 861; Highton, E. y otros, *ob. cit.*, pág. 37.

²⁵ En algunos clubes de campo *v.g.* los creados por instituciones deportivas preexistentes, el uso del área recreativa se comparte entre los titulares de viviendas y los socios de la institución.

²⁶ Por consiguiente, las *normas provinciales* que, en ejercicio de su poder de policía (recordar lo dispuesto en el art. 2611, Código Civil) dicten las provincias, no pueden rebalsar las facultades propias de aquel poder avanzando sobre la organización jurídica que debe adoptar el club de campo. Conf. Stratta, A., *Las urbanizaciones especiales. Su organización y régimen dominial. Acotaciones al decreto 9404/86 de la Provincia de Buenos Aires, ED*, supl. diario del 25.2.87; Highton, E. y otros, *ob. cit.*, pág. 94. En ese orden de ideas, en la provincia de Buenos Aires han sido sancionadas normas que no siempre respetan los aludidos cauces y que se vinculan con el régimen jurídico de los clubes de campo: así, ley 8912 (año 1977) de Ordenación Territorial y Uso del Suelo, complementada por la ley 8975, de derecho transitorio y modificada por la ley 10.128 —su decreto reglamentario es el n° 1549/83—; también dec. 2489/63 sobre Propiedad Horizontal y Requisitos para la Inscripción de Títulos; dec. 9404/86, reglamentario de la Ley del Suelo 8912, específicamente referido a los clubes de campo.

dos y eventualmente adoptados a fin de encuadrarla jurídicamente.

Al igual que respecto de la multipropiedad, es posible estructurar los clubes de campo sobre la base de conferir a quienes ingresan al sistema un derecho personal o un derecho real, o una combinación de ambos.

1. Como derecho personal

Derecho personal

Se ha pretendido organizar los clubes de campo como *asociaciones* (art. 33, inc. 3º, apartado 1º, Código Civil) o *sociedades*.

En este último supuesto, habida cuenta de que el art. 1648, Código Civil, exige respecto de las sociedades civiles el fin de lucro —ausente en la especie—, tendría que tratarse de una sociedad comercial (el art. 1º de la Ley de Sociedades 19.550 resulta más flexible respecto de las finalidades del ente). De entre los tipos que brinda la ley el más utilizando es la *sociedad anónima*²⁷, plasmándose los detalles de la organización especial requerida por los clubes de campo²⁸, en el reglamento que autoriza el art. 167, ley 19.550. También se ha recurrido a la figura de la *sociedad cooperativa*, aunque en este caso se presenta la dificultad referente a la transmisión de las acciones, que son nominativas (art. 24, inc. 3º, ley 20.337).²⁹

Bajo esta óptica se señala el peligro de que, en definitiva, el manejo de la organización quede en manos de un reducido número de directivos.

2. Como derecho real

Derecho real

El problema en este caso es determinar si resulta posible encasillar los derechos de los integrantes del club de campo en alguno de los derechos reales admitidos³⁰ —sobre cosa propia o ajena— o bien, atento las especiales características que reviste la realidad de los clubes de campo, habrá de concluirse en que resulta necesaria una legislación propia que la regule como derecho real autónomo.

²⁷ Recordar que la ley 19.550 admite que las asociaciones, cualquiera fuese su objeto, adopten la forma de alguno de los tipos de sociedad que prevé, quedando así sujetas a sus disposiciones.

²⁸ Entre otras, lo relativo a las expensas por mantenimiento y mejora de los servicios, que no puede figurar en el estatuto: Conf. Stratta, A., *ob. cit.*, *loc. cit.*

²⁹ Conf. Stratta, A., *ob. cit.*, *loc. cit.*

³⁰ Rescatamos que en mérito al “*numerus clausus*” no existe la posibilidad de adoptar figuras distintas a las admitidas, ni la de modificar su estatuto.

a) *Dominio*

Este derecho real, si es reconocido a los titulares de los lotes construidos o a construirse, no resulta suficiente para abarcar la realidad que configuran los clubes de campo —con la *unión inescindible del área residencial con la recreativa*—. Los dueños de los lotes aparecerán así aislados y no integrando un complejo (cuando esta es la verdadera situación), además de presentarse el problema de las instalaciones y servicios a utilizar por ellos comunitariamente, que tendrían que ser puestos en cabeza de una sociedad integrada por los dueños de lotes³¹ que, como integrantes del club de campo revestirían una doble calidad: propietarios del lote y socios de la sociedad propietaria de las instalaciones de uso compartido y responsable de la prestación de los servicios a los lotes.

Sobre cosa propia.
 Dominio

La vinculación de ambos sectores (lotes individuales con instalaciones de la sociedad, con la nota de inescindibilidad que hemos apuntado)³² se suele implementar a través de servidumbres (v.g., servidumbre pasiva de abstenerse de ejecutar en los lotes construcciones sin cumplir con las normas internas y sin la aprobación del propietario del fundo dominante (área recreativa); servidumbre activa de paso sobre espacios de circulación interna a favor de los lotes; etc)³³, aunque el expediente no im-

Combinación de derecho real con derecho personal

³¹ La adopción de la figura societaria tiende a agilizar el manejo del "country". Y aun cuando artículos más adelante se admita que pueda optarse por someter al club de campo al régimen de la ley 13.512 (art. 7, incs. k) y l), en el art. 1 se requiere la existencia de "una entidad jurídica que integren o a la que se incorporen los propietarios de cada parcela con destino residencial, que será titular del dominio de las áreas recreativas o de esparcimiento y de los espacios circulatorios (si se optare por mantener en el dominio privado las áreas que configuren la red de circulación interna) y responsable de la prestación de los servicios comunes" (inc. a y d), determinándose que "con simultaneidad a la transmisión del dominio de cada parcela perteneciente al área de viviendas, deberá constituirse el *derecho real de servidumbre de uso* sobre las áreas de esparcimiento, el que deberá constar como restricción en el plano de subdivisión pertinente" (inc. c).

³² Esta inescindibilidad la exige el art. 64 de la ley 8912, de la Provincia de Buenos Aires, al disponer que son notas caracterizantes del club de campo —entre otras— que una parte del área territorial en la que se halle asentado se encuentre equipada para la práctica de actividades deportivas, sociales o culturales (inc. a), que la parte restante se encuentre acondicionada para la construcción de viviendas de uso transitorio (inc. b) y que el área común de esparcimiento y el área de vivienda guarden "*una mutua e indisoluble relación funcional y jurídica que las convierta en un todo inescindible*" (inc. d).

³³ El dec. 9404/86 de la Provincia de Buenos Aires, reglamentario de la Ley de suelo N° 8912, se orienta en este sentido (conf. su art. 1°), aun cuando

presiona como adecuado respecto de la prestación de los servicios a favor de las parcelas individuales (pues es sabido que las servidumbres no pueden consistir en un hacer para el nudo propietario) y su legitimidad es dudosa en lo que se refiere al uso de las áreas recreativas, porque esta servidumbre de uso, que debería ser perpetua, es bien semejante al derecho real de usufructo, que no puede ser perpetuo.³⁴

b) *Dominio revocable*

**Dominio
revocable**

De adoptarse este encuadre se constituiría u otorgaría por los organizadores del sistema (llamados promotores o desarrollistas) un dominio a favor de los titulares de los lotes, sujeto a condición resolutoria (art. 2668, Código Civil), la que se consumaría en caso de incumplimiento o inobservancia de las normas jurídicas y urbanísticas adoptadas.

Esta estructuración no resulta conveniente para el titular del lote, puesto que su derecho nunca sería pleno ni perpetuo y quedaría, en definitiva, sujeto al poder del constituyente.

c) *Dominio y condominio*

**Dominio
más
condo-
minio**

Aunque jurídicamente viable, el condominio que recayera sobre la totalidad del "country", de modo que todos sus integrantes pasan a ser condóminos de la totalidad, constituiría un sistema nada práctico.³⁵

Es por eso que se recurre a una combinación de los derechos de dominio (sobre los lotes) y de condominio (sobre las áreas de esparcimiento).

Además del inconveniente que se señala derivado de la dificultad para vincular ambos derechos de la manera que lo exigen las particulares características de los clubes de campo, las objeciones se centran en la poca agilidad de la administración (arts. 2699 y siguientes, Código Civil), el derecho de abandono para liberarse del pago de gastos que asiste al condómino (art. 2685, Código civil), la facultad de disponer de su parte indivisa

no descarta la posibilidad de que el emprendimiento se sujete al régimen de la ley 13.512 (conf. art. 7, incs. k) y j).

³⁴ Por lo que algunos autores se preguntan si tales servidumbres no estarían fulminadas de nulidad por importar la constitución de un derecho real prohibido: usufructo perpetuo (arg. art. 2920, Código Civil). Conf. Highton, E., y otros, *ob. cit.*, pág. 61.

³⁵ Así, recordar la facultad de pedir la partición en cualquier tiempo: art. 2692, Código civil; el *ius prohibendi* que asiste a cada condómino y el pesado sistema de administración regulado por los arts. 2699 y siguientes, Código Civil.

y la posibilidad de que sea ejecutada por sus acreedores, lo que convertiría al adquirente en condómino del área recreativa sin ser titular de lote alguno; pero sobre todo en la perdurabilidad que debe revestir el sistema, carácter contra el cual conspira el derecho de pedir la partición en cualquier tiempo que compete al condómino (art. 2692, Código Civil), no siendo suficiente para conjurar la tacha lo dispuesto en el art. 2715 de ese cuerpo legal: basta la oposición de cualquier condómino para impedir la renovación del pacto de indivisión, que no puede superar los cinco años y, en cuanto a la nocividad de la partición (contemplada en el último párrafo del art. 2715, Código Civil), parece dudoso que pueda considerársela subsistente durante toda la vida del “country” —porque la partición siempre resultaría perjudicial para los condóminos en la hipótesis— cuando el Código autoriza sólo a “demorar” la división, pero no a posponerla para siempre.

Como modo de diluir estos inconvenientes se ha recurrido a la figura contemplada en el art. 2710 y siguientes, del Código Civil, esto es el condominio de indivisión forzosa referido a cosas afectadas como accesorios indispensables al uso común de dos o más heredades que pertenezcan a diversos propietarios.

Y en esa línea se ha resuelto que:

“La característica principal de los clubes de campo es que dentro de un espacio delimitado, coexisten parcelas de vivienda de propiedad individual y bienes y servicios comunes para uso y beneficio de aquellas parcelas. El “country club” es un todo y una unidad con límites precisos en el que los bienes comunes y los servicios son accesorios de los lotes de propiedad individual y que por lo tanto aquellos no pueden subdividirse ni tampoco enajenarse separadamente de los lotes de propiedad individual... Si bien las disposiciones del Código Civil contemplan una accesoriedad por naturaleza entre los bienes y las parcelas, nada impide que tal dependencia esté fijada por la ley y, en el caso de la Provincia de Buenos Aires, la ley 8912 la establece con toda precisión y claridad... Por la indivisión que establece la ley 8912 respecto de los conjuntos residenciales, deportivos y sociales denominados “club de campo” o “country”, y por su propia naturaleza, les son aplicables a ellos las reglas relativas al condominio de indivisión forzosa contenidas en los arts. 2710 y siguientes, del Código Civil... La configuración de la indivisión forzosa del art. 2710, del Código Civil, es aplicable también a aquellos casos en que la dependencia entre bienes particulares y comunes emana de la finalidad a la cual la cosa está destinada (art. 2713), que está dada no sólo por la voluntad de las partes involucradas, sino por imposición de una realidad socioeconómica que se exterioriza con signos de permanencia y uniformidad que es imposible desconocer ni soslayar”.³⁶

³⁶ C. N. Civ., Sala A, 2.6.89, causa “Mapuche, Country Club c/López de Mar-

*d) Propiedad horizontal***Propiedad horizontal**

Resultaría la figura más adecuada³⁷ aunque no exenta de objeciones.³⁸

Decimos que la figura de la propiedad horizontal resulta la más adecuada porque soluciona los problemas de la indivisión forzosa de las partes privativas y comunes (art. 3º, ley 13.512) y de las vías de circulación interna del “country”³⁹, que de recurrirse a otras figuras deberían transitar por complicados trámites de cesión de calles a la Municipalidad por parte de los integrantes del “country”⁴⁰ y posterior convenio con ésta para posibilitar el cerramiento.

Respecto de las objeciones —más o menos superables con un criterio de cierta flexibilidad— parece grave la referida a la propiedad del terreno, que es parte común —como principio, necesariamente común— con arreglo al art. 2º, ley 13.512, y que en tal carácter tiene individualidad catastral y registral; y también porque el derecho de propiedad horizontal debe recaer sobre una unidad funcional de un inmueble edificado.⁴¹

Marsetti, H.": LL-1990-C-370. Cabe señalar que este fallo fue dejado sin efecto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación —sentencia del 18.9.90—, pero no sobre la base de entender equivocado el encuadre jurídico efectuado en aquél, sino por considerarse que, al reconocer a los demandados un derecho real que jamás reclamaron o se atribuyeron (prescindiendo de la relación asociativa admitida entre las partes y del derecho de dominio exclusivo de la entidad sobre los bienes destinados al cumplimiento de sus actividades deportivas, sociales y recreativas), aparecía desbordado los alcances del principio “*iura novit curia*”, que impide alterar las bases fácticas del litigio o la *causa petendi*.

³⁷ Conf. VII Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Capital Federal, año 1978; XVII Jornada Notarial Argentina, año 1978.

³⁸ Y es que frente a fenómenos nuevos las estructuras existentes semejan lechos de Procusto que obligan a agudizar el ingenio a fin de encajar la nueva realidad a los viejos moldes que no las previeron y a costa de cualquier violencia.

³⁹ Recordemos que “las calles, plazas, caminos, canales, puentes y cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común” pertenece al dominio público del Estado (art. 2340, inc. 7º, Código Civil). Pero en el caso de adoptarse el sistema de la propiedad horizontal las vías de circulación internas del “country” caerían en la previsión del art. 2348, Código Civil, que dice que “los puentes y caminos y cualesquiera otras construcciones hechas a expensas de los particulares en terrenos que les pertenezcan (tal sería el supuesto del “country” sometido al sistema de propiedad horizontal, porque el terreno sería común de los copropietarios, vale decir que correspondería al dominio privado) son del dominio privado de los particulares, aunque los dueños permitan su uso o goce a todos”.

⁴⁰ Así, art. 56, Ley del Suelo n° 8912 de la provincia de Buenos Aires.

⁴¹ El dec. 2489/63, sancionado por el Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires, ha sido utilizado en ese ámbito como paliativo de este último inconveniente. Ello, porque autoriza la inscripción de títulos de constitución, transferencia, modificación o extinción de derechos reales comprendidos en el régimen de la presente ley 13.512, tanto si se trata de edificios construidos co-

El estorbo se presenta porque los titulares de los lotes no serían titulares individuales de las parcelas y se acrecienta en el caso de tratarse de lotes no construidos⁴² porque entonces no podría hablarse de unidad funcional de un inmueble edificado, sino de una unidad funcional a construir, con lo que el derecho real vendría a tener un objeto futuro, lo que no es legítimo⁴³. Para superar el obstáculo se propone la sujeción inicial al régimen de prehorizontalidad —ley 19.724— hasta tanto las construcciones estén terminadas, o bien a través de la formulación de reservas convenidas por unanimidad, que autoricen a los futuros adquirentes a construir nuevas unidades, claramente determinadas y

mo de edificios a construir o en construcción, debiéndose satisfacer a ese efecto los distintos requisitos que se establece. La legitimidad de este ordenamiento local —en tanto referido a edificios a construir o en construcción (una norma similar adopta el art. 119, del dec. 2080/80, que reglamenta la ley 17.801, sobre Registro de la Propiedad Inmueble, en la Capital Federal y territorios nacionales, y que reviste también carácter local), es ciertamente dudosa (porque chocaría con la exigencia contenida en la ley nacional 13.512, relativa a la necesidad de que el inmueble sea edificado para permitir su sometimiento al sistema) y aún podría sostenerse que en este supuesto de unidades proyectadas, a pesar de lo que establece el decreto, el adquirente no resulta investido de un derecho real sino de uno meramente personal, toda vez que no existiría objeto material alguno sobre el cual éste pudiera asentarse, o sea no existiría la *cosa*, que constituye uno de los elementos esenciales del derecho real, como hemos estudiado y lo explica Vélez Sarsfield en la nota al Título 4: de los derechos reales (a). Libro Tercero, del Código Civil (Conf. Causse, J. R., *Urbanizaciones privadas: barrios cerrados. Régimen legal en la Provincia de Buenos Aires*, ed. 1998, p. 1147 y sig., quien cita la opinión concordante de Acquarone, M. T., *Las nuevas urbanizaciones y aspectos del tiempo compartido*, ed. 1998, p. 57 y de Orelle, J. M., Situación jurídica de las unidades proyectadas o en construcción de un edificio dividido en propiedad horizontal, trabajo presentado en la VIII Convención del Colegio de Escribanos de la Capital Federal). Empero, en la práctica negocial y a pesar de las objeciones técnicas de las que es posible, la regulación ha funcionado sin demasiados inconvenientes, produciéndose a su cobijo inclusive la inscripción de los correspondientes títulos en el Registro de la Propiedad Inmueble.

⁴² Conf. Highton, E., y otros, *ob. cit.*, pág. 62 y sig.; Moreira, L., La figura especial de los clubes de campo (country club), en Revista Notarial (Córdoba), n° 45, pág. 24; voto de la mayoría en el fallo plenario de la C.N.Civ. del 20.11.86, autos “Lencina, Ramón y otro c/ Las Casuarinas s/consignación y escrituración”, ED-121-497 o LL-198-A-77. En este fallo plenario se decidió que la venta en mensualidades de una “unidad funcional a construir bajo el régimen de la ley 13.512” no cabía en el sistema de dicha ley, sino que se trataba en realidad de un supuesto regulado por la ley 14.005 de venta de inmuebles fraccionados en lotes cuyo precio debe ser satisfecho en cuotas. También se argumentó con el carácter de común que la ley 13.512 impone al terreno. Conf., en sentido análogo, voto de la minoría en el fallo plenario de la C.N.Espec. Civ. y Com., causa “Derrigo c/Costa del Sol S.A.” del 22.9.84.

⁴³ En la nota al Título Cuarto del Libro Tercero, leemos en el Código Civil: “(a)... El derecho real supone necesariamente la existencia actual de la co-

proyectadas en planos de subdivisión con anterioridad al acto de afectación al régimen de propiedad horizontal.⁴⁴

Es por ello que el Proyecto de Ley de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación —que autoriza (aunque no impone)— adscribir los clubes de campo al régimen de la propiedad horizontal, tuvo que prever específicamente tal circunstancia en la parte final del art. 2617 (que regula, precisamente, el derecho de propiedad horizontal): “*En los clubes de campo, parques industriales, centros de compra, cementerios privados u organizaciones similares, que se sometan al régimen de la propiedad horizontal sólo serán necesariamente comunes las partes del terreno destinadas a vías de acceso y comunicación e instalaciones de uso compartido con sus accesiones. El reglamento de copropiedad y administración podrá establecer limitaciones edilicias o de otra índole*”⁴⁵.

Sobre cosa
ajena

En cuanto a la posibilidad de caracterizarlos como derechos reales sobre cosa ajena, procede examinar el problema desde el ángulo de los derechos reales de disfrute.

e) *Usufructo, uso y habitación*

Usufructo,
uso y
habitación

Si tales fueran los derechos concedidos a los titulares de los lotes, permaneciendo la nuda propiedad en cabeza del empresario organizador del club, es formidable la traba relativa a la duración del usufructo —que se extingue con la muerte del usufructuario si es persona física y a los veinte años si es persona de existencia ideal (art. 2920, Código Civil, aplicable al uso y a la habitación, según el art. 2969)—.

A dicho inconveniente habría que agregar el problema de los servicios que se presta en los clubes de campo a los integrantes, ya que es sabido que el nudo propietario, como tal, no

sa a la cual se aplica, pues que la cosa es el objeto directo e inmediato y no puede haber derecho sin objeto”.

⁴⁴ Conf. Papaño, R., y otros, *ob. cit.*, t. II, págs. 140/141.

⁴⁵ Lo propio había sido previsto en el art. 2 del Proyecto de reformas a la ley de propiedad horizontal preparado por los doctores Guillermo L. Allende, Agustín Durañona y Vedia, Jorge H. Alterini, y Carlos Chevallier Boutell. Asimismo, en la XVII Jornada Notarial Argentina, año 1978, fue recomendada la inclusión en el régimen de la propiedad horizontal de los clubes de campo, clubes náuticos, parques industriales, urbanizaciones con instalaciones comunes y similares. La VII Convención Notarial, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, año 1978, declaró que si las construcciones están concluidas, es perfectamente aplicable a los clubes de campo la ley 13.512; y si son parciales, resulta viable la propiedad horizontal relativamente a las ya construidas, régimen que se irá ampliando cuando se concluyan los sectores proyectados.

puede cargar con obligaciones de hacer que resulten activa o pasivamente oponibles “erga omnes” (sólo podrían hacerlo a título de derechos creditorios).⁴⁶

f) *Servidumbre*

Ya nos hemos referido a ellas al considerar la posibilidad de sujetar el sistema al régimen del dominio o al del dominio más condominio.

Servidumbre

g) *Derecho real autónomo*

Frente a las dificultades que se suscita al pretender encuadrar el sistema en alguna de las figuras existentes, se propone su regulación como derecho real autónomo, estructurado en forma similar al de propiedad horizontal, con particulares regímenes de sanciones disciplinarias para el caso de violaciones al reglamento o a la ley por parte de los copropietarios; de obras nuevas y mejoras en partes comunes; y también con la previsión de un régimen más elástico de asambleas.⁴⁷

Derecho real autónomo

Barrios cerrados. Nociones

En los últimos tiempos han aparecido otros emprendimientos que guardan un cierto parentesco con los clubes de campo, también destinados al mejor y más económico aprovechamiento de los inmuebles y, asimismo, a satisfacer la necesidad de una vida más sana, tranquila y segura –que cada día sienten con mayor fuerza los sufridos habitantes de los agitados conglomerados ciudadanos–.

Barrios cerrados

Tales son los denominados “barrios cerrados”.

La Provincia de Buenos Aires ha procedido a su regulación en ejercicio del poder de policía urbanística que le asiste, aun cuando las normas pertinentes –Resolución n° 74/97 de la Secretaría de Tierras y Urbanismo, Ministerio de Obras y Servicios Públicos y dec. 27/98 del Poder Ejecutivo provincial– incursionan también en el ámbito de la caracterización jurídica a aquéllos.

Así, el dec. 27/98 del Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires, dice en su art. 1°, que:

⁴⁶ Sobre los derechos reales de disfrute y las obligaciones de hacer, ver su desarrollo en este Volumen.

⁴⁷ Conf. Highton, E., y otros, *ob. cit.*, págs. 153/156; Primer Encuentro Jurídico Notarial, San Martín, Provincia de Buenos Aires, año 1985.

“Se entiende por barrio cerrado (BC) a todo emprendimiento urbanístico destinado a uso residencial predominante con equipamiento comunitario cuyo perímetro podrá materializarse mediante cerramiento”.⁴⁸

Y el art. 10, del mismo decreto, establece que “los barrios cerrados deberán gestionarse a través de la ley nacional 13.512 de Propiedad Horizontal sin vulnerar los indicadores contenidos en el art. 52 del dec. ley 8912/77⁴⁹ u optar en lo pertinente por el régimen jurídico establecido por el dec. 9404/84”.^{50, 51}

IV. Cementerios privados

A) Caracterización

Cementerio es el lugar destinado al descanso de los restos mortales. Como la muerte es un fenómeno muy vinculado con la religión y las cuestiones sagradas, en su origen los cementerios se hallaron encargados a la administración de las autoridades eclesiásticas y aparecían anexados a iglesias y conventos.

Los cambios operados en las costumbres trajeron como consecuencia la secularización de los cementerios⁵² y su puesta en manos del Estado, aun cuando aparezcan también pequeñas necrópolis de carácter familiar formando parte de heredades privadas —v.g., en nuestro país, en las estancias—.

Aparecen así los *cementerios públicos*, que son considerados por el art. 2340, inc. 7º, Código Civil, como pertenecientes

Cementerios
públicos

⁴⁸ El art. 3, inc. e) determina que “el cerramiento del perímetro deberá ser transparente y tratado de manera que no conforme para el entorno un hecho inseguro, quedando expresamente prohibida su ejecución mediante muro.

⁴⁹ Esta norma regula las dimensiones mínimas de las parcelas individuales.

⁵⁰ Que, como vimos, autoriza a estructurar jurídicamente al “club de campo” con sujeción a la ley 13.512 de Propiedad Horizontal o también sobre la base de parcelas de dominio privativo y de una entidad jurídica que integren o a la que se incorporen los propietarios de cada parcela con destino residencial, que será titular del dominio de las áreas o de esparcimiento y de los espacios circulatorios y responsable de la prestación de los servicios generales; debiendo guardar el área común de esparcimiento y el área de viviendas una mutua e indisoluble relación funcional y jurídica que las convierta en un todo inescindible, según lo preceptúa el art. 64, de la ley 8912.

⁵¹ Para una interpretación sobre los alcances de esa opción, ver Causse, J. R., *ob. cit.*, Capítulo XVIII, p. 115 y sig.

⁵² En nuestro país a partir del año 1821 quedaron bajo el control de la Superintendencia de Policía.

al dominio público del Estado⁵³, y específicamente al dominio público municipal (art. 2344, Código Civil), pero que Vélez Sarsfield para nada legisló⁵⁴, tal vez por entenderlos sometidos al Derecho Público.

Y es que, efectivamente, las normas aplicables a los cementerios públicos como integrantes del dominio público del Estado y, por consiguiente, también lo relativo a los derechos que emergen de su ocupación por los particulares a los efectos del depósito de despojos mortales, incumben al Derecho Administrativo⁵⁵. Los principios jurídicos que los rigen en la actualidad se hallan contenidos principalmente en ordenanzas municipales, además de los que son fruto de la labor de la jurisprudencia.

Asimismo, cabe apartar del estudio de la problemática específica de los cementerios privados a los que algunas comunidades extranjeras se hallan autorizadas a mantener en virtud de tratados celebrados con los respectivos países de origen— tratados que regulan los derechos pertinentes—⁵⁶, cementerios que se han organizado como asociaciones de las comunidades correspondientes, ejerciendo la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires el poder de policía mortuoria.⁵⁷

Cementerios de comunidades extranjeras

La cuestión de los cementerios privados irrumpe en el campo de las preocupaciones jurídicas en los últimos tiempos, a raíz

Cementerios privados

⁵³ Se trataría de una “obra pública construida para utilidad...común”; conf. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos: 48:200; 145:308 y 329, causa “Bourdieu c/Municipalidad de la Capital”; causa “Correa c/Municipalidad de la Capital”, en JA-18-819; Marienhoff, M. S., Imprescriptibilidad de los sepulcros existentes en cementerios estatales, LL, supl. diario del 10.9.90.

⁵⁴ Conf. C.N. Civ., sala A, 16.7.96: Doctrina Judicial-1997-I-551. Salvo una tangencial referencia en el art. 2551 —relativo a los tesoros— y una cita de Demolombe en la nota al art. 3473. Este autor consideraba títulos comunes a toda la herencia los referidos a los sepulcros.

⁵⁵ La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha calificado al derecho del particular sobre el sepulcro de “propiedad” en el sentido de los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional, como sinónimo de derecho patrimonial: causa “Bourdieu, P. c/Municipalidad de la Capital”, 16.12.55, Fallos: 145: 307. En esa línea, el art. 3° inc. b) del dec. 2080/80 —que, según veremos en el Volumen III de esta obra, reglamenta la aplicación en la Capital Federal de la ley nacional de Registros de la Propiedad Inmuebles n° 17.801— considera no registrables los documentos referidos a derechos sobre sepulcros; conf. Scotti (h), E. O., Régimen jurídico de los cementerios privados, en LL, supl. diario del 22.12.86.

⁵⁶ Así, Tratado con Gran Bretaña, año 1825; Tratado con Estados Unidos de Norteamérica, año 1854; Tratado con Alemania, año 1857.

⁵⁷ Conf. Kiper, C. M., Acerca de la posibilidad de constituir derechos reales sobre espacios destinados a sepulturas en los cementerios privados, LL-1988-E-929.

de la escasez de recursos del Estado que permitan aumentar la prácticamente colmada capacidad de los cementerios públicos, pero también cuando, por otras razones (requerimientos de ciertos estratos sociales, motivos religiosos, etc), comienzan a aparecer cementerios de propiedad de personas privadas que, persiguiendo fines de lucro y sin perjuicio de reconocer el ejercicio de la policía mortuoria por parte del Estado, otorgan a los particulares derechos sobre determinadas parcelas a los efectos de la inhumación de cadáveres, a cambio del pago de un precio. Es este último vínculo el que se halla regido por el Derecho Privado, por lo que corresponde aquí introducirnos en su examen, no sin destacar que se trata (como en el caso de la multipropiedad y los clubes de campo) de un apasionante tema que invita a una meditación y estudio profundizados.

**Regu-
lación
de la Pcia.
de Buenos
Aires**

La Provincia de Buenos Aires cuenta con un régimen administrativo que se refiere a cementerios privados a partir de la derogación de la ley que los prohibía —N° 8357 del año 1974— por la ley 9094 del año 1978, que modificó la Ley Orgánica Municipal. La Ordenanza General N° 221 (del 30.6.78) es la que regula el régimen de los cementerios privados, exigiendo que quienes vayan a afectar un inmueble a la instalación de un cementerio acrediten previamente la calidad de dueños del bien; también se exige que los proyectos de construcción se sujeten a las características de necrópolis parqueizadas (cementerios parque). Dicha ordenanza también se refiere a las características físicas que debe reunir el inmueble, impone la previa aprobación de las tarifas por la Municipalidad y prohíbe establecer restricciones por motivos religiosos, sociales, raciales o políticos. Naturalmente, y dado el carácter local de la Ordenanza, para nada se refiere ella a la naturaleza y alcance del derecho que, sobre determinados espacios, pueden ser concedidos a particulares para la inhumación de cadáveres o depósito de cenizas, porque este vínculo incumbe al derecho privado patrimonial y, por consiguiente, regularlo es facultad del legislador nacional (arg. art. 67, inc. 11, Constitución Nacional), sin perjuicio de la policía del servicio público mortuario, que es de la competencia del derecho público local, por ser propio del Estado.⁵⁸

**Problemas
que susci-
an los ce-
menterios
privados**

Se plantea entonces —al igual que respecto de la multipropiedad y los clubes de campo— el problema de dilucidar la

⁵⁸ Conf. XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, agosto de 1987.

naturaleza jurídica de ese vínculo, de la que derivará el régimen jurídico aplicable. Empero, los interrogantes que suscita el derecho concedido a los particulares para la inhumación en los cementerios privados no se agotan con el referido a su naturaleza jurídica; en efecto, podrían agregarse —para sólo mencionar los fundamentales—: los que plantea la cotitularidad de sepulturas, el embargo y ejecución de sepulturas, la prescripción adquisitiva de sepulturas y la defensa del derecho sobre la sepultura.

Para responderlos no debe perderse de vista que los derechos del titular de la sepultura aparecen sometidos a un doble orden de restricciones: por un lado las derivadas del Derecho Público, en lo relativo al poder de policía mortuoria; y por el otro las que provienen del destino especial que apuntan a satisfacer —el descanso si no eterno, al menos lo más prolongado posible, de los despojos mortales—, destino que compromete principios de moral y buenas costumbres y aun religiosos implicados en el respeto debido a los muertos⁵⁹, sin que pueda perderse de vista al empresario o desarrollista, que es quien organiza el cementerio ofreciendo servicios económicamente rentables a través de empresas comerciales que persiguen obvios fines de lucro. Cabiendo advertir que, una vez organizado el cementerio y “colocados” por un precio (a través del mismo propietario del predio afectado o de otra empresa promotora) los lugares destinados a sepultura, surge el problema del mantenimiento del servicio, que también resulta imprescindible contemplar.

B) Naturaleza jurídica

Yendo al tema de la naturaleza jurídica del derecho que asiste al particular titular de la sepultura (repetimos, que puede ser encasillado como derecho personal o como derecho real), será bueno rescatar que los titulares de las sepulturas no sólo persiguen la finalidad estricta de tener un lugar para el descanso de sus muertos, sino también la de contar con los servicios necesarios para ello (servicios de inhumación, conservación de instalaciones y espacios verdes, vigilancia, aseo, etc.), actividades que implican la aparición de vínculos de carácter obligacional.

Naturaleza
jurídica

⁵⁹ Conf. C.Civ. 2ª Cap., LL-14-31; C.N.Civ., sala A, LL-124-826; sala D, ED-44-301.

1) Como derecho personal

Derecho personal

Aunque respecto de los derechos personales impera el principio de la autonomía de la voluntad, ya hemos visto que encuadrar como derecho personal al de sepultura trae consigo óbices que derivan principalmente de su carácter relativo y de la circunstancia de que no existe a su respecto publicidad registral, con lo que los vaivenes del patrimonio del titular del cementerio repercutirán indefectiblemente en los titulares de sepulturas (así, hipotecas constituidas por el primero, embargos decretados a pedido de sus acreedores, supuesto de concurso, etc.). Examinaremos seguidamente la posibilidad de sujetar el derecho a la sepultura a distintos derechos personales.

a) Locación

Caracterizar al vínculo como locación⁶⁰ tropieza con el estorbo del art. 1505, Código Civil, sobre duración máxima de la locación (diez años no renovables).

b) Comodato

Es de la esencia del comodato su gratuidad⁶¹ y este carácter del comodato cohibe la finalidad de lucro del concedente del derecho, con lo cual va dicho que esta figura no resulta apropiada.

c) Sociedad

Conspira contra la viabilidad de esta solución para los cementerios privados la ausencia de “affectio societatis” y de obtención de una utilidad apreciable en dinero.⁶²

d) Contrato atípico

Autorizado según lo dispuesto en el art. 1197, Código Civil, cualquier combinación en el campo de los cementerios privados no solucionarían los obstáculos a los que hemos hecho referencia, derivados del carácter de derechos personales relativos que engendrarán.

⁶⁰ Ver al respecto la Ordenanza N° 506 del año 1979 de la Municipalidad de San Isidro, art. 23.

⁶¹ Conf. Salvat, R., Acuña Anzorena, A., *Tratado de derecho civil argentino, Fuentes de las obligaciones*, 2ª ed., t. III, n° 2521.

⁶² Conf. Kiper, C. M., *ob. cit.*, en LL-1988-E-929.

2) Como derecho real

A falta de una regulación específica de los cementerios privados, se deberá recurrir únicamente a alguno de los derechos reales admitidos por la ley (ya sea sobre cosa propia o ajena) y sujetarse a su estatuto jurídico, atento el principio del “*numerus clausus*” que impera en la materia; pero como se trata de una realidad nueva, resultan obvias las dificultades que se presentan para lograr el acomodamiento del nuevo fenómeno en los viejos moldes.

Derecho
real

Entre éstos podría recurrirse a alguno de los derechos sobre cosa propia (dominio, condominio, propiedad horizontal) o sobre cosa ajena (derechos reales de disfrute).

a) *Dominio*

Sobre
cosa
propia

Las restricciones que debería soportar el titular del dominio de una parcela conducirían prácticamente a desnaturalizar su carácter de absoluto, aparte de que el derecho real carecería de objeto (cosa cierta y determinada), habida cuenta de que las parcelas destinadas a sepulturas carecen de individualidad catastral (porque la individualidad catastral la tiene el inmueble que constituye el cementerio en su totalidad).⁶³

Además, este encuadre no soluciona el problema de los espacios de utilización común (vías de acceso y circulación interna, instalaciones administrativas y sanitarias, etc.), ni el de los servicios comunes (inhumaciones, vigilancia, aseo, tareas de mantenimiento, etc.).

b) *Condominio*

El condominio recaería sobre la totalidad del inmueble ocupado por el cementerio y no podría invocarse derecho exclusivo alguno, ya que cada condómino sólo es titular exclusivo de su parte indivisa, de manera que la posibilidad de usar con exclusividad una parcela únicamente podrían obtenerla los condóminos a través de una distribución entre ellos del derecho de uso que les asiste a todos (arg. arts. 2684 y 2699, Código Civil).

Los inconvenientes con que se tropieza si se acude a este derecho real ya los hemos señalado al estudiar la multipropiedad y los clubes de campo: pesadez de la administración, derecho de veto que asiste a cada copropietario (art. 2680, Código

⁶³ Conf. Scotti, E. (h.), Régimen jurídico de los cementerios privados, en *LL*, supl, diario del 22.12.86; Highton, E., y otros, *ob. cit.*, pág. 177.

Civil), derecho de abandono para liberarse de contribuir a los gastos comunes (art. 2685, Código Civil), con el consiguiente problema que en caso de abandono se genera a fin de determinar a quién corresponde la titularidad de la parte indivisa abandonada⁶⁴, etc.; siendo el más grave de todos el que deriva de la posibilidad que tiene cualquier condómino de solicitar en cualquier tiempo la partición (art. 2692, Código Civil) salvo concurrencia de las hipótesis de los arts. 2693 y 2715, Código Civil. Resulta a nuestro juicio un tanto artificiosa la solución que se pretende buscar apelando a la *nocividad de la partición*, porque ésta sólo autoriza una demora (según hemos visto) y aquí la indivisión debería perdurar durante toda la existencia del cementerio y existiría desde el nacimiento del condominio.

c) Propiedad horizontal. Embargo y ejecución de sepulcros. Partición del condominio sobre sepulcros. Prescripción adquisitiva de sepulcros

Puestos a escoger entre los derechos reales admitidos por la ley, este derecho real parecería ser el más apropiado para estructurar un cementerio privado⁶⁵, ponderando su carácter de absoluto, exclusivo —respecto de la unidad— y perpetuo.

Por cierto, debería regularse cuidadosamente por vía reglamentaria el régimen de las asambleas y sostenerse la inconstitucionalidad de las normas procesales que impiden —salvo casos especiales— el *embargo y ejecución de los sepulcros* (v.g. art. 219, inc. 2º, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), sobre la base de lo dispuesto en el art. 17 de la ley 13.512 respecto del crédito por expensas comunes⁶⁶. Desde otro ángulo, correspondería a la autoridad administrativa arbitrar los medios para la apertura en el Registro de la Propiedad Inmueble de un folio especial, independiente del asignado al cementerio, que permita tomar conocimiento de la ubicación de la sepultura y de las con-

⁶⁴ Este problema será estudiado en este Volumen II, Capítulo 4, apartado V, punto A, 3.

⁶⁵ Conf. Kiper, C. M., *ob. cit.*, en LL-1988-E-929. Es el sistema por el que parece inclinarse el Proyecto de Ley de Unificación de la Legislación Civil y Comercial, aunque sin imponerlo en forma obligatoria. Dice el art. 2617 del Proyecto —que no contempla específicamente el régimen de los cementerios privados— que en los... *cementerios privados... que se sometan al régimen de la propiedad horizontal sólo serán necesariamente comunes las partes del terreno destinadas a vías de acceso y comunicación e instalaciones de uso compartido, con sus accesiones. El reglamento de copropiedad y administración podrá establecer limitaciones edilicias o de otra índole.*

⁶⁶ Es claro que constituye tema sumamente delicado el relativo al destino ulterior de los restos depositados en la sepultura en caso de ejecución.

diciones del derecho de su titular⁶⁷, así como también adecuar la técnica registral a fin de superar inconvenientes prácticos —*v.g.*, a través de ficheros o nóminas por orden alfabético.⁶⁸

El inconveniente que suscita recurrir a la propiedad horizontal⁶⁹ es que la ley 13.512 requiere que se trate de *inmuebles edificados* —arts. 1° y 2° —⁷⁰ y además declara de propiedad común al terreno, extremo que descartaría la posibilidad de un derecho exclusivo sobre las parcelas destinadas a sepultura.⁷¹

El argumento es fuerte, no obstante lo cual cabría preguntarse si ante el nuevo fenómeno que constituyen los cementerios privados⁷² y mientras se carezca de normas específicas, no correspondería flexibilizar la interpretación del art. 1° en punto a la edificación del inmueble y aun estimar la posibilidad de que los espacios destinados a la sepultura constituyan unidades exclusivas⁷³; ya que podría sostener que el terreno que debe ser necesariamente común (como todas las demás cosas que

⁶⁷ Conf. Kiper, C. M., *ob. cit.*, *loc. cit.*

⁶⁸ Tal lo que propone Scotti, E. (h), *ob. cit.*, en *LL*, supl. diario del 22.12.86.

⁶⁹ Aparte del que voy a señalar me parece que no son sustanciales los demás que se le imputa, sino más bien que se relacionan con el funcionamiento del sistema, pudiendo solucionarse con esmeradas previsiones del Reglamento de Copropiedad.

⁷⁰ Por hipótesis, los cementerios parque no serán inmuebles edificados, de modo que el derecho de propiedad horizontal sobre las parcelas no construidas —y que nunca se construirán— carecería de objeto. Y esta impugnación no se disiparía recurriendo a la posibilidad de que los sótanos revistan calidad de propios autorizada por el art. 2, último párrafo, ley 13.512, o a la referencia a la prohibición de realizar unilateralmente excavaciones o sótanos que contiene su art. 7, porque es posible sostener que estos casos se vinculan con la planta de edificación ubicada por debajo de la línea de superficie —es decir que siempre la ley se refiere a “edificios”—. Conf. Moreira, L. A., *El suelo en la propiedad horizontal*, *ED*, supl. diario del 13.12.85.

⁷¹ A menos que se considere que la ley sólo impone obligatoriamente que sea común la superficie plana o línea imaginaria que sirve como límite del subsuelo y del espacio aéreo: conf. Palmiero, *Tratado de la propiedad horizontal*, pág. 229, ed. 1974; o bien el polígono o plano que se ubica sobre la capa térrea: conf. Fontbona, F., *La propiedad horizontal, los clubes de campo y las unidades a construir*, *Revista del Notariado, Colegio de Escribanos de la Capital Federal*, n° 761.

⁷² Es claro que no la contempló el legislador, quien en verdad pretendió, con la sanción de la ley 13.512, solucionar la escasez de vivienda que castigaba a la sociedad por esa época —tal lo que surge palmariamente del debate parlamentario— y de allí las referencias contenidas en su art. 1°, que parece tolerar sólo el destino de vivienda para los inmuebles sometidos al régimen de la propiedad horizontal, cuando es sabido que en la actualidad se acepta que el destino puede ser múltiple.

⁷³ Rescatando que el régimen de propiedad horizontal tolera la existencia de unidades de propiedad exclusiva por debajo de la línea de superficie terrestre; ver al respecto, Moreira, L., *ob. cit.*, *loc. cit.*

se menciona en el art. 2º, ley 13.512) es únicamente el afectado al uso común o el que resulte indispensable para la seguridad de todo el inmueble.⁷⁴

Si se ubicara el derecho sobre la sepultura como derecho de propiedad horizontal, los delicados temas que en ocasiones han preocupado a la doctrina y la jurisprudencia —partición del condominio de sepulcros y prescripción adquisitiva de los sepulcros— podrían hallar respuesta a través de una línea jurisprudencial que tuviera principalmente en cuenta el particular destino de ellos y los principios morales y aun religiosos y de respeto debido a los muertos, profundamente implicados en la materia.

Partición
del condo-
minio
sobre
sepulcros

Así, para la hipótesis de que existiera un *condominio o cotitularidad sobre un sepulcro*, en punto a la partición resultaría aplicable —“mutatis mutandi”— la doctrina jurisprudencial restrictiva elaborada en torno a idéntico problema que se presentó respecto de los cementerios públicos y que se sustentó en el respeto debido a los muertos, toda vez que la partición podría llegar a importar la venta del sepulcro y el traslado de los restos que eventualmente albergara al osario común. La jurisprudencia consideró que se trataba de un *condominio de indivisión forzosa*⁷⁵ y admitió la división, con carácter excepcional, en los siguientes casos: a) si está desocupado; b) si hay conformidad de todos los condóminos; c) si es posible su división en especie, sin que se desvalore o menoscabe su estructura arquitectónica, conservándose los restos en el mismo recinto.⁷⁶

Prescrip-
ción ad-
quisitiva

En punto a la *prescripción adquisitiva de los sepulcros* (la usucapación se cumpliría contra el anterior titular de la sepultura)⁷⁷ los principios comprometidos a los que acabamos de hacer

⁷⁴ Tal la solución que adopta el art. 2617, Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación, que ya hemos transcripto.

⁷⁵ A partir del célebre caso “Mohorade, Ana c/Mohorade, Bernardo”, resuelto por la C. Civ. 2º, en marzo de 1962: Gaceta del Foro, 20-312; conf. C.N. Civ., sala A, LL, 124-822; sala C, ED-27-707.

⁷⁶ Conf. C.N.Civ., sala C, ED-27-707.

⁷⁷ Al respecto, la jurisprudencia ha caracterizado como *actos posesorios* sobre sepulcros en cementerios públicos, en los que son admitidas las construcciones: a) la detentación del título y, eventualmente, de las llaves del sepulcro; b) inhumación de cadáveres; c) la disposición sobre el destino ulterior de los restos allí depositados; d) la contratación de un cuidador para su limpieza y vigilancia; e) la atención personal que se preste a la bóveda; f) efectuar reparaciones en la bóveda; conf. C.N.Civ., sala A, ED-27-404; sala C, ED-15-179; *id.* ED-27-382; *id.* ED-55-267; sala D, ED-17-673; *id.* sala E, 4.9.96, DJ-1997-2-397; *id.* sala H, 13.6.97, DJ-1998-2-262, sala I, 25.4.2002, LL, fallo 104.383, supl.diario del 10.9.2002. Es clásica la enumeración de actos posesorios sobre

referencia, podrían sustentar una interpretación que, o bien la excluyera⁷⁸ o que únicamente la admitiera para bonificar defectos del título que se invoque sobre el sepulcro, pero no en hipótesis de ausencia de título.⁷⁹

La jurisprudencia —bien que relativamente a los cementerios públicos— se ha pronunciado por la admisibilidad de la prescripción adquisitiva. Un antiguo fallo plenario de las Camaras Civiles, del 21.8.42, *in re* “Viana, María Angélica y otros”⁸⁰ decidió que “las sepulturas son susceptibles de ser adquiridas por prescripción desde que reconocen como título originario una venta⁸¹ otorgada por la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”.

La jurisprudencia posterior ha seguido sus aguas.⁸² Aunque se ha advertido que al respecto no puede sentarse pautas rígidas generales, correspondiendo atender a las circunstancias del caso.⁸³

sepulcros efectuada por Diaz de Guijarro, E., “Los actos posesorios en la usucapión de sepulcros”, JA-67-47. Pero se ha decidido que no constituyen actos posesorios sobre los sepulcros la concurrencia a ellos, participando de homenajes públicos a los antepasados allí sepultados o en forma particular, impulsado por el afecto y el culto a su memoria: C.N.Civ., sala D, ED-17-673. En una posición restrictiva, Marienhoff, M., *Imprescriptibilidad de los sepulcros existentes en cementerios estatales*, en LL, supl. diario del 10.9.90, considera que sólo constituiría acto posesorio la guarda o depósito de cadáveres en el sepulcro, por ser el único acto compatible con su destino, y ello siempre que el sepulcro no esté ocupado total o parcialmente.

⁷⁸ Es lo que sostienen Highton, E. y otros, *ob. cit.*, págs. 166/168.

⁷⁹ Así se propuso en el Segundo Encuentro sobre Cementerios Privados, organizado por la Universidad Notarial Argentina, año 1987; Proyecto presentado por la Diputada María Florentina Gomez Miranda el 29.4.87.

⁸⁰ En LL-27-657 ó ED-1-1040.

⁸¹ Débese advertir que la doctrina sentada en este fallo plenario lo fue para sepulcros cuyo título originario había sido una *venta*, por lo que no resultaría susceptible de ser extendida sin más a supuestos de títulos originarios distintos. Recordar que la Ordenanza Municipal n° 27.590 de la Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires prohíbe la venta o el alquiler de los sepulcros o de alguna de sus partes.

⁸² Conf. C.N.Civ., sala C, ED-15-179; sala D, ED-17-673; sala F, LL-142-616, 26/358 S.

⁸³ C.N. Civ., sala C, 22.6.93: ED, fallo 45.723, supl. del 8.6.94, al resolver un supuesto en el cual se pretendía se declarase adquirido el derecho real con naturaleza administrativa —así lo calificó el fallo— sobre un sepulcro por usucapión, pero sin que ninguna persona (salvo el Defensor oficial) se hubiera presentado para resguardar los restos —“si es que existen en la bóveda”—. Se decidió que “vedar de aquí en más todo tipo de retiro de restos no condice con la realidad, pues puede ser necesario alguno de esos procedimientos para dar cabida a nuevos restos familiares”.

d) Derecho real de uso

**Derecho
real sobre
cosa ajena**

Podría también examinarse el derecho sobre las sepulturas en los cementerios privados desde la óptica de los derechos reales de disfrute sobre cosa ajena.

El que impresiona como más compatible con la índole y destino del objeto es el *derecho real de uso*.⁸⁴

Pero los reparos parecen insuperables.

Por un lado, ya hemos dicho que el titular del derecho aspira a contar con distintos servicios en el cementerio y no sólo con un lugar para el enterramiento; y como es sabido estos servicios accesorios —que debería prestar el que aquí desempeña el papel de nudo propietario— no pueden integrar el derecho real con oponibilidad “*erga omnes*”.

Por otro lado, la aplicabilidad a la extinción del derecho real de uso de las normas relativas a la extinción del usufructo prevista por el Código civil (art. 2969), conduce a que el derecho de uso se extinga con la muerte del usuario (arts. 2822 y 2920) y no se transmita a los herederos (art. 2825), importando señalar que con arreglo al principio del “*numerus clausus*” estas reglas no pueden ser descartadas por voluntad de los contratantes, ya que la autonomía de la voluntad se mueve con márgenes sumamente estrechos en este campo (art 2952).

Cabe entonces preguntarse qué utilidad puede brindar la adquisición de una sepultura en esas condiciones. En efecto, si adquiero un derecho real de uso de una sepultura en un cementerio privado para que mis restos descansen en ella, pero cuando se va a satisfacer la finalidad de la adquisición, ocurrido mi fallecimiento, ¡resulta que ese derecho se ha extinguido!⁸⁵

⁸⁴ Y de hecho sobre esa base se hallan organizados algunos cementerios en la Provincia de Buenos Aires, aunque realmente se confiere un derecho real de co-uso, porque se otorga un derecho de uso sobre una parte indivisa del inmueble donde se asienta el cementerio, individualizándose la parcela de uso exclusivo del cousuario en el “plano interno de ubicación de sepulturas” que lleva el cementerio.

⁸⁵ Se ha tratado de subsanar este inconveniente formidable a través de previsiones —de dudosa validez, al menos desde el punto de vista de los derechos reales— contenidas en el Reglamento Interno del Cementerio, mediante las cuales la propietaria del cementerio renuncia a lo dispuesto en el art. 2920, Código Civil, obligándose, en caso de muerte del titular del derecho de sepultura, a cancelar el derecho de uso existente a favor del causante y a otorgar simultáneamente a favor de los herederos un nuevo derecho real de uso. Pero estas cláusulas *no integran el contenido del derecho real de uso* sino que tienen naturaleza obligacional, por lo que, además de no inscribirse en el Registro de la Propiedad Inmueble, (como sí se inscribe el couse sobre parte indivisa al que antes hicimos referencia) tienen únicamente el alcance relativo que corresponde a los derechos creditorios —con toda la secuela de peligros que ya hemos precisado—.

Y todavía más. Según el art. 1449, Código Civil, es prohibida la cesión de los derechos de uso y habitación⁸⁶, con lo cual el adquirente se verá imposibilitado de transferir su derecho, se trate de actos a título oneroso o gratuito.

e) Derecho real autónomo

Aquí también y toda vez que el fenómeno de los cementerios privados es nuevo, resultará casi imposible que encaje en los antiguos moldes sin alguna violencia.

**Derecho
real
autónomo**

Es por eso que se ha propiciado su regulación como derecho real autónomo, inscribible en el Registro de la Propiedad Inmueble⁸⁷ estructurándolo ya sea como derecho real sobre cosa ajena⁸⁸ o como derecho real sobre cosa propia, tomando como base el régimen de la propiedad horizontal y adaptándolo a la naturaleza y destino particulares del objeto.⁸⁹

⁸⁶ En consecuencia, será nula toda previsión en contrario que pudieran pactar los contratantes.

⁸⁷ Conf. Highton, E., y otros, *ob. cit.*, págs. 189/191; Segundo Seminario Argentino sobre Régimen Jurídico de los Cementerios Privados, organizado por la Universidad Notarial Argentina, junio de 1987; Proyecto de la diputada Dra. M. F. Gómez Miranda ya citado. *Contra*: Botassi, A., Cementerios públicos y privados, en *LL*, supl. diario del 30.7.81, sostiene que resultan suficientes las anotaciones del caso en los libros que deben llevar los cementerios.

⁸⁸ Conclusión por mayoría del Segundo Seminario Argentino sobre Régimen Jurídico de los Cementerios Privados, Universidad Notarial Argentina, junio de 1987.

⁸⁹ Así, Highton, E., y otros, *ob. cit.*, págs. 189/191. El Proyecto de la diputada Dra. Gómez Miranda, califica a los sepulcros de "bienes inmuebles registrables de trasmisibilidad restringida". En las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, agosto de 1987, se propició *por unanimidad*: "De *lege ferenda*, el legislador nacional debe contemplar el régimen de los cementerios privados, sin perjuicio del derecho administrativo local".

Capítulo 3

Dominio Imperfecto. Bien de familia

SUMARIO. *Parte Primera: Dominio Imperfecto. I. Concepto y supuestos contemplados:* A) Análisis del art. 2507 y nota al art. 2661 Cód. Civ. *II. Dominio desmembrado:* A) Política legislativa: nociones. B) Casos de dominio desmembrado. *III. Dominio fiduciario:* A) Implicancia de la Reforma al derogar los arts. 115 y 116 de la Ley de Matrimonio Civil. B) La ley 24.441. 1. Nociones previas. 2. Propiedad fiduciaria: Concepto. Constitución de la propiedad fiduciaria: sus causas fuente. Caracteres. 3. Objeto. 4. Sujetos. 5. Derechos y deberes de los sujetos del fideicomiso: a) el fiduciante; b) el propietario fiduciario; c) el beneficiario; d) el fideicomisario. 6. Extinción del fideicomiso. 7. Conclusión. *IV. Dominio revocable:* A) Concepto y distintos casos. B) Forma en que se opera la revocación: 1. Principio general; 2. Inmuebles; 3. Muebles; 4. Régimen de los frutos. *Parte Segunda: Bien de familia. I. Introducción. II. Concepto y naturaleza jurídica. III. Objeto. IV. Concepto de familia. V. Constitución. Requisitos sustanciales. VI. Efectos de la constitución:* 1. Respetto del constituyente; 2. Respetto de los beneficiarios; 3. Los acreedores y el bien de familia; 4. Tratamiento impositivo favorable. Honorarios. *VII. Desafectación. Distintos supuestos. Causales no admisibles.*

Parte Primera: Dominio Imperfecto

I. Concepto y supuestos contemplados

A) Análisis del art. 2507 y nota al art. 2661 Cód. Civil

Según el art. 2507 Código Civil:

“El dominio se llama pleno o perfecto cuando es perpetuo y la cosa no está gravada con ningún derecho real hacia otras personas. Se llama menos pleno, o imperfecto, cuando debe resolverse al fin de un cierto tiempo o al advenimiento de una condición, o si la cosa que forma su objeto es un inmueble, gravado respecto de terceros con un derecho real, como servidumbre, usufructo, etcétera.”

En su nota se hace referencia a tres distintos “tipos” de dominio: el eminente, el internacional y el natural.

El *dominio eminente* no es un verdadero derecho de propiedad —como ya lo hemos explicado— sino más bien una manifestación de la soberanía del Estado, en cuya virtud éste tiene un poder superior de legislación, de jurisdicción y de contribución sobre todo el territorio del Estado, al que corresponde por

parte de sus súbditos un correlativo deber de tolerar las restricciones de su propio derecho de dominio, impuestas para el bienestar general y el de contribuir a la subvención de los gastos necesarios para la existencia del Estado.

Del *dominio internacional* ya hablamos, y Vélez sintetiza así su concepto al respecto, en la nota que comentamos:

“Se puede decir entonces, que el dominio internacional es el derecho que pertenece a una nación de usar, de percibir sus productos, de disponer de su territorio con exclusión de todo poder exterior; derecho que crea, para los otros Estados, la obligación correlativa de no poner obstáculo al empleo que haga la nación propietaria de su territorio, y de no arrogarse ningún derecho de mando sobre este mismo territorio.”

Recordemos que de esta misma parte de la nota se deduce que, en materia de derechos reales, Vélez —siguiendo a Freitas— ya era perfectamente consciente de la existencia de un sujeto pasivo universal, titular de una obligación de abstención, o, más bien, deber de abstención.

El *dominio natural*, en el sentido empleado por Vélez, existió en el Derecho romano. En la ley 30 del Código, Justiniano “declara que... aunque los bienes dotales de la mujer pasen al dominio del marido, puede ella en caso necesario reivindicarlos”.

Pero, como se encarga de aclarar el mismo Vélez, no estamos aquí en presencia de un verdadero derecho de dominio, dotado de acción persecutoria, dado que la titulada “reivindicación”, en este supuesto sólo podía intentarse mientras los bienes estuvieren en poder del marido, pero no si ellos hubiesen pasado a tercero: sólo existe, pues, un derecho creditorio privilegiado.

El art. 2661 vuelve a repetir que:

“Dominio imperfecto es el derecho real revocable o fiduciario de una sola persona sobre una cosa propia, mueble o inmueble, o el reservado por el dueño perfecto de una cosa que enajena solamente su dominio útil.”

En resumen, dominio imperfecto se llama al dominio cuando le falta alguno de los caracteres que oportunamente señaláramos, es decir, cuando está disminuido en su absolutez, en su perpetuidad o en su exclusividad.¹

¹ Respecto a este último carácter debemos volver a señalar que para algunos autores este carácter es esencial y si falta, el derecho real no es de dominio, sino de condominio, ya que para ellos, el carácter exclusivo implica que no puede haber más de un propietario respecto de una cosa determinada. Pero según otros, la exclusividad no es esencial, y se vería afectada cuando el dueño debe tolerar, debido a la existencia de otros derechos reales constituidos sobre su cosa,

Aparecen así las figuras del dominio desmembrado, del fiduciario y del revocable, que analizaremos a continuación.

II. Dominio desmembrado

Se da toda vez que sobre la cosa existen constituidos derechos reales de disfrute o de garantía a favor de terceras personas, en cuya virtud ellas pueden usar y/o gozar de la cosa, limitando de esa manera las facultades del propietario. Como a consecuencia de estos gravámenes se han desgajado o desmembrado ciertas facultades del derecho de dominio, las que restan en cabeza del propietario constituyen lo que se conoce como *dominio desmembrado*, *directo* o también *nuda propiedad*. Y por su parte, esas facultades desgajadas constituyen las denominadas *desmembraciones del derecho de propiedad*, constitutivas de lo que se ha dado en llamar *dominio útil*.²

A) Política legislativa: nociones

Es restrictiva, en el sentido de que se admiten pocas desmembraciones del dominio, tal como lo hace notar Vélez en las notas a los arts. 2502 y 2503, donde se muestra partidario del Derecho romano clásico, y enemigo de la multiplicidad de derechos reales que había alumbrado la Edad Media, especialmente durante la época feudal, que no traían como consecuencia más que semilleros de pleitos y paralización de la riqueza.²

B) Casos de dominio desmembrado

Cuando existe sobre una cosa un derecho real de disfrute —usufructo, uso o habitación o servidumbre— o uno de garantía —hipoteca, prenda o anticresis—³ aquí nos encontramos en presencia: por un lado, de un dominio desmembrado (el del titular de la cosa gravada) y por el otro, de una desmembración del dominio (la del titular de ese derecho real que grava la cosa).

la realización de “actos de dominio” por parte de otras personas; en una palabra, cuando debe “compartir” con otros, el uso y goce de la cosa; como por ejemplo, en caso de existencia de una servidumbre.

² Ver Mariani de Vidal, M., *Derechos reales de disfrute sobre la cosa ajena*, pág. 13 y sig.

³ Naturalmente, estos son los establecidos por el Cód. Civ., lo que no quita que otras leyes puedan crear otros derechos reales de disfrute de cosa ajena o que gravaran la misma, que se agregarían a los mencionados.

III. Dominio fiduciario

Según el art. 2662:

“Dominio fiduciario es el que se adquiere en un fideicomiso singular, subordinado a durar solamente hasta el cumplimiento de una condición resolutive o hasta el vencimiento de un plazo resolutive, para el efecto de restituir la cosa a un tercero.”

En el dominio fiduciario existen 3 personas: el *constituyente*, que es quien crea la propiedad fiduciaria; el *fiduciario*, que es el titular de este dominio imperfecto, que recibe la cosa del constituyente para transmitirla⁴ a un tercero, que es el *fideicomisario*, una vez cumplido un plazo o una condición resolutorias.

El fideicomiso, según esta disposición, sólo puede crearse por actos entre vivos, y relativamente a cosas determinadas. Están prohibidos los fideicomisos universales y los establecidos por un acto de última voluntad. Así resulta de lo dispuesto en el artículo 3724 Cód. Civ., que para el caso de institución de heredero, sólo admite la sustitución vulgar, esto es, la que se da cuando se subroga al heredero instituido otro heredero, para el supuesto de que éste no quiera o no pueda aceptar la herencia. Se encuentra prohibida, en consecuencia, la sustitución fideicomisaria, que aparece (según lo recuerda la nota a la citada disposición) cuando se subroga un segundo heredero al heredero instituido, con el cargo de conservar los bienes para que a su muerte pasen al sustituido. Según el art. 3731 Cód. Civ., estas mismas normas rigen en materia de legados.

En cuanto a las facultades del propietario fiduciario, son prácticamente nulas: no puede constituir usufructo, porque expresamente se lo prohíbe el art. 2841, norma que resulta aplicable a la constitución de uso y habitación (art. 2949 Cód. Civ.) y a las servidumbres (art. 2979 Cód. Civ.). En cuanto a la hipoteca, el 3125 Cód. Civ. permite su constitución, pero sometida a la misma condición a que está sujeto el dominio fiduciario. Es lo que en definitiva dispone el art. 2670 cuando, para el caso de cumplirse el plazo o la condición resolutorias, autoriza a tomar el dominio, en materia de inmuebles, “libre de todas las cargas, servidumbres o hipotecas con que lo hubiere gravado el propietario desposeído”. Para los muebles, resulta de aplicación el principio del art. 2412 Código Civil.

Tampoco podría, en principio, enajenar, puesto que debe conservar la cosa “para el efecto de restituir la cosa a un terce-

⁴ Y no “restituirle” como equivocadamente dice la norma.

ro”, y si lo hiciere el fideicomisario tendría acción reipersecutoria (art. 2670 Cód. Civ.).

A) Implicancia de la Reforma al derogar los arts. 115 y 116 de la Ley de Matrimonio Civil

Se opinaba que el único supuesto de dominio fiduciario que existía en nuestro derecho positivo era el de los bienes reservados, legislado en los arts. 2812 inc. 3º, 2816 y 3590 del Cód. Civ., y arts. 115 y 116 de la Ley de Matrimonio Civil 2393.⁵

Se daría en el siguiente caso:

A contrae matrimonio con *B*; de ese matrimonio nacen por lo menos dos hijos (*C* y *D*). Muere *B*. Después de un tiempo *A* vuelve a casarse nuevamente, con *E*, y tiene o no hijos de este segundo matrimonio. Antes o después de ese nuevo matrimonio muere uno de los hijos del primer matrimonio, por ejemplo *C*. Pues bien, si falleció antes del nuevo matrimonio a partir del momento de la celebración, y si falleció después, desde la muerte, *A* debe “reservar” para *D* los bienes que hayan heredado de *C* —si los ha heredado— conservando (dice la ley) durante su vida, el “usufructo” de dichos bienes.

A diferencia de la fuente —*Concordancias* de García Goyena— la reserva en nuestra legislación sólo se aplicaba a los bienes que el cónyuge viudo heredara de los hijos del primer matrimonio (debiendo “reservarlos” para los hijos del primer matrimonio) y no a los bienes que por herencia recibiere el binubo del cónyuge premuerto. En el ejemplo dado, la reserva se aplicaría a los bienes que *A* heredara de *C*, pero no a los que heredaren de *B*.

El problema que se presentó con esta institución fue el de determinar su naturaleza jurídica, es decir qué derechos tenía el padre sobre los bienes sujetos a reserva: para algunos, como hemos dicho, se trataba de un dominio fiduciario.

Para nosotros se trataba de un usufructo legal, donde el padre sería el usufructuario, y los otros hijos del primer matrimonio los nudos propietarios. Las razones: la propia ley (arts. 2816, párr. 2º, 237, 238 y 3590 Cód. Civ.) que en todo momento hablan del “usufructo” de los bienes reservados.⁶

Habiendo la ley 17.711 derogado los artículos que en el Código Civil y en la ley 2393 se referían a este instituto, para los que opinaban que esta era la única hipótesis de dominio fidu-

⁵ Así, Rébora, *La Ley*, 9-908 y *Derecho de las sucesiones*, t. II, pág. 66 y sig.

⁶ Ver Mariani de Vidal, M., *Derechos reales de disfrute...*, págs. 100/101.

ciario admitida por nuestra legislación, dicha figura quedaría sin aplicación práctica en la actualidad.

Sin embargo, pensamos que el caso de los "bienes reservados" podría ser un ejemplo (si se acepta el criterio de que en este supuesto nos enfrentaríamos con un dominio fiduciario), pero que cabría utilizar la figura del dominio fiduciario en cualquier supuesto, siempre relativamente a bienes determinados y por actos entre vivos (ya que para actos de última voluntad aparecen las prohibiciones de los arts. 3724 y 3731 Cód. Civ., que ya vimos), puesto que ella aparece genéricamente aceptada por el art. 2662 Código Civil.⁷

Tal es lo que surge del Despacho aprobado en la V Reunión Jurídico-Notarial, efectuada en Santa Fe los días 20 a 22 de julio de 1972, y que por su interés nos permitimos transcribir:

"Consideraciones

"I) Que el fideicomiso, entendido como un acto jurídico en virtud del cual se transmiten determinados bienes a una persona para que disponga de ellos conforme lo ordena el que los transmite, a beneficio de un tercero o del mismo transmitente, se encuentra receptado en nuestro ordenamiento jurídico positivo.

"II) Que el Código Civil se ocupa de él en los arts. 2662 y 2841.

"III) Que el Derecho comercial lo hace en la Ley de Debentures y recientemente en las leyes 19.550 y 19.551.

"IV) Que tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacionales los antecedentes del instituto son escasos, y ha tenido poco uso en la práctica.

"V) Que se nota en la actualidad algunas inquietudes tendientes a revitalizar el instituto como medio para la solución de problemas.

"VI) Que esta Comisión entiende que a los efectos de una mejor interpretación jurídica y a fin de unificar criterios conviene adoptar en el fideicomiso la siguiente terminología: a) *Fiduciante*: es la parte transmitente de los bienes fideicomitados; b) *Fiduciario*: es la parte que los recibe con el encargo de administrarlos o disponer de ellos conforme a las estipulaciones del acto constitutivo, y c) *Fideicomisario*: es el beneficiario del fideicomiso.

"VII) Que dada la amplitud de posibilidades de aplicación que tiene el instituto, cuya total consideración superaría las posibilidades de

⁷ Conf. Kiper, C. M., *Régimen jurídico del dominio fiduciario*, ed. 1990, págs. 119/122. En la actualidad se adopta la figura del dominio fiduciario a fin de garantizar la reorganización y saneamiento de empresas por un club de bancos a quien se transfiere la propiedad fiduciaria de la empresa. En otras hipótesis se traspaesa el dominio fiduciario de un terreno a una empresa constructora o entidad crediticia para la construcción de un edificio, obligándose a entregar esa empresa una o más unidades del edificio a construir al primitivo dueño del suelo. E inclusive se ha propuesto el fideicomiso como instrumento para la privatización de empresas del Estado: conf. Papaño y otros, *ob. cit.*, t.I., pág. 197.

trabajo de esta Comisión, la misma se abocó al estudio del fideicomiso, en el campo de los derechos reales.

"VIII) Que la insuficiencia de legislación, ante las posibilidades actuales de aplicación que presenta el instituto, hace necesario tipificarlo acorde con las modalidades de nuestra idiosincrasia, mediante una ley que regule los intereses de las partes intervinientes y proteja especialmente al fideicomisario.

"IX) Que de esta manera se posibilitaría el desarrollo de actividades negociales de sensible gratificación en la economía del país y un medio eficaz para disminuir el déficit habitacional.

"X) Que sin perjuicio de apoyar la filosofía del *Proyecto de ley de fideicomiso* elaborado por la Comisión de Reformas a la legislación comercial, esta Comisión formula sus reservas particularmente en lo que se refiere a la caracterización del fiduciario, no limitándolo a los Bancos y sociedades financieras.

"XI) Que en este sentido se ha creído conveniente incluir otro tipo de instituciones, tales como entidades o corporaciones profesionales, cooperativas, mutuales, etcétera.

"XII) Que dada la madurez jurídica y la vasta experiencia demostrada por el notariado, esta Comisión aconseja al Plenario que sus respectivos colegios y sus institutos especializados, ofrezcan a los poderes públicos su colaboración en la redacción de leyes en cuya aplicación el notariado tenga intervención profesional. Dicha colaboración brindará una mejor técnica legislativa y posibilitará su eficaz aplicación.

"XIII) Que mediante una adecuada legislación se canalizarán los acuciantes problemas de la prehorizontalidad y se permitirá la construcción de centros habitacionales.

"Por todo lo expuesto, la Comisión I recomienda la siguiente:

"PONENCIA

"1) El fideicomiso es una figura apta para la concreción de determinados actos jurídicos que demanda la actividad comercial en general y el creciente tráfico inmobiliario en particular.

"2) Es necesario profundizar y divulgar su estudio aconsejando su inclusión en futuras jornadas notariales.

"3) Se propone la sanción de una ley que lo regule especialmente y caracterice particularmente al fiduciario sin más limitaciones que las derivadas de la experiencia: idoneidad, solvencia, etcétera.

"4) Sería eficaz como uno de los sistemas para eliminar los problemas que crea el estado prehorizontal.

"5) Se solicita que el Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, eleve estas conclusiones al Consejo Federal del Notariado Argentino, a fin de ofrecer a los poderes públicos la colaboración necesaria para el estudio y redacción de la legislación adecuada"⁸.

⁸ "Boletín" de la *Rev. del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires*, del 31.7.71. En igual sentido, Jornadas Nacionales de Derecho Civil cele-

B) La ley 24.441⁹

1. Nociones previas

La ley 24.441 —denominada “Financiamiento de la vivienda y la construcción. Fideicomiso. Régimen. Leasing. Letras hipotecarias. Créditos hipotecarios para la vivienda. Ejecución de hipotecas”—¹⁰ a través de sus noventa y ocho artículos proyecta su influjo sobre las más diversas materias (de allí que se la haya calificado de “ley ómnibus”¹¹, como puede observarse echando sólo una ojeada superficial a sus XIII Títulos¹², disponiendo su art. 97 dejar “sin efecto toda norma legal que se oponga al contenido de la presente ley”.¹³

Aquí y por ahora nos interesa el estudio del Título I, referido al fideicomiso y, dentro de ese Título, el de los Capítulos I a III inclusive y VII (excluyendo los Capítulos IV a VI inclusive, porque involucran al llamado “fideicomiso financiero”, materia que no es propia del derecho civil —o, al menos, de una obra de

bradas en Mar del Plata. Conf. Highton, E., Arean de Díaz de Vivar, B., Dominio revocable y fiduciario, en las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, LL-1984-C-964.

⁹ Hago constar que a lo largo de este acápite, además de los otros autores que cito, habré de tener muy presentes las “pruebas de galera” de la obra del distinguido jurista Fernando López de Zavalia, *Teoría de los contratos. Parte especial*, Tomo 5, pruebas que, en cuanto referidas al tema en estudio, nuestro común editor tuvo la gentileza de facilitarme —a través del Dr. Ricardo de Zavalia—, y en las que no se puede sino advertir la profundidad de pensamiento y galanura de expresión del jurista tucumano. A la fecha de publicación de esta edición ha visto la luz la obra de López de Zavalia, F., *Fideicomiso, leasing, letras hipotecarias, ejecución hipotecaria, contratos de consumición*, Bs. As., 1996, ed. Zavalia. Sobre este tema ver, también, Highton, E. - Mosset Iturraspe, J. - Paolantonio, M. - Rivera, J. C., *Reformas al derecho privado. Ley 24.441*, Bs. As., 1995, ed. Rubinzal-Culzoni; Lisoprawski, S. - Kiper, C., *Fideicomiso. Dominio fiduciario. Securitización*, Bs. As., 1995, Ed. Depalma.

¹⁰ Fue sancionada el 22.12.94, promulgada el 9.1.95 y publicada en el Boletín Oficial del 16.1.95.

¹¹ Conf. Morello, A., “Aspectos procesales de la ley 24.441, de financiamiento y construcción de viviendas”, *JA* del 3.5.95.

¹² Título I. Del Fideicomiso; Título II. Contrato de leasing; Título III. De las letras hipotecarias; Título IV. De los créditos hipotecarios para la vivienda; Título V. Régimen especial de la ejecución de hipotecas; Título VI. Reformas al Código Civil; Título VII. Modificaciones al régimen de corretaje; Título VIII. Modificación a la ley de fondos comunes de inversión; Título IX. Modificaciones al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; Título X. Modificaciones al régimen registral; Título XI. Modificaciones al Código Penal; Título XII. Modificaciones a las leyes impositivas; Título XIII. Desregulación de aspectos vinculados a la construcción en el ámbito de la Capital Federal.

¹³ Dispositivo que ha llevado a Morello, A., —*ob. cit.*, *loc. cit.*, capítulo III “in fine”— a sostener que se trata de una ley directamente operativa.

las características de la presente—), sin olvidar la reforma a los arts. 2662 y 2670 del Código Civil que dimanarían de los arts. 73 y 74 de la ley, ni las modificaciones que el art. 82 introduce al Código Penal — en la especie, agregado de un nuevo inciso — el 12º— a su art. 173.¹⁴

Aun cuando el propósito declarado de la ley haya sido el de estimular la vivienda y la construcción, auspiciar el ahorro interno y también las inversiones extranjeras,¹⁵ me parece que sus disposiciones desbordan el mencionado fin, pudiendo recibir una general aplicación, a pesar de que no se vinculen con éste.¹⁶

La fuente inmediata del ordenamiento¹⁷ debe buscarse en el proyecto presentado por el Poder Ejecutivo al Congreso de la Nación (siendo Cámara iniciadora la de Diputados) con el Mensaje 1067 del 1.7.94, el cual se basó especialmente en el proyecto de reformas al Código Civil que fuera elaborado por la Comisión designada por dec. 468/92¹⁸, proyecto que denuncia a su

Fuentes
de la ley

¹⁴ En el Volumen 3 habremos de detenernos en la repercusión que tiene la ley en el régimen hipotecario.

¹⁵ Conf. Guastavino, E., "Fideicomisos, 'leasings', letras hipotecarias y otros aspectos de la ley 24.441", *LL* del 18.4.95 —creo que la mención de la ley 24.421, así figura en el ejemplar llegado a mis manos, obedece a un mero error de imprenta—).

¹⁶ Conf. Acquarone, M., "Trust o fideicomiso de garantía", *LL* del 7.4.95; Mantilla, F., "Una introducción al fideicomiso", *LL* del 21.3.95; Highton, E. - Arean de Díaz de Vivar, B. "Dominio revocable y fiduciario en las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil", *LL-1984-C-964*; Carregal, M. A., *El fideicomiso*, ed. 1982, p. 160 y sig. Para Morello, A., *ob. cit., loc. cit.*, cap. II, la metodología de la ley no oculta que se trata de alimentar la financiación —el crédito destinado a esos fines— de la construcción de viviendas y asegurar a ese crédito garantías suficientemente eficaces y efectivas... busca tutelar al acreedor en su manifestación de los grandes grupos financieros que a través del crédito hipotecario son los que deben costear la construcción de viviendas y la provisión de créditos hipotecarios para esa finalidad"; ver también Albohri Telias, D. Pérez, C. P. Salamon, V. B., Fideicomiso inmobiliario, *Revista del Notariado*, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, n° octubre-noviembre-diciembre de 1994, p. 699 y sig. Una dura crítica vierte Ghersi, C. A.— "La ley 24.441 de financiamiento y construcción de viviendas y la reforma a los Códigos Civil y Comercial", *LL* del 24.4.95— sosteniendo que la ley 24.441, "con un fin absolutamente economicista excede su propio marco (por lo menos se equivocaron en su denominación), viola derechos fundamentales constitucionales e impone algunas reglas absolutamente abusivas, que consolidan el poder económico, inéditas en nuestro país".

¹⁷ Para otros antecedentes, ver Guastavino, E., *ob. cit., loc. cit.*; Orelle, J. M. R., *ob. cit., loc. cit.* Importa señalar que la institución se ha difundido en los países anglosajones y se halla legislada en varios países latinoamericanos: Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, México, Perú, Puerto Rico, Nicaragua, Panamá, El Salvador.

¹⁸ He tenido en mis manos el editado por Astrea, año 1993. La Comisión es-

vez como fuentes al proyecto del Poder Ejecutivo elevado al Congreso el 24.6.86, al Código de Comercio de Colombia, a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de México, a la ley 17/1941 de la República de Panamá y a varias disposiciones del Código Civil de la provincia de Quebec —Canadá— del año 1994 (art. 1260 y siguientes); recuerda Orelle, J.¹⁹ que la ley 24.441 también se inspiró en la n° 19.301 de Chile. El proyecto de la Comisión designada por dec. 468/92 regula, entre las modificaciones al Libro Segundo del Código Civil, Sección tercera —“De las fuentes de las obligaciones”—, Parte Segunda —“De los contratos en particular”— Título XII— al contrato de fideicomiso; su art. 8° sustituye el art. 2662 del Código Civil y el art. 9° agrega un segundo párrafo al art. 2670; las dos últimas normas son reproducidas prácticamente en forma textual por los arts. 73 y 74, respectivamente, de la ley 24.441.

La ley 24.441 al efecto de legislar sobre el fideicomiso —institución edificada sobre la base de la confianza que se deposita en el propietario fiduciario, de allí su denominación— no se ciñe al sistema romanista,²⁰ sino que se acerca mucho más a la institución anglosajona del “trust”²¹ en tanto se constituye un

tuvo integrada por Belluscio, A.; Bergel, S. D.; Kemelmajer de Carlucci, A.; Le Pera, S.; Rivera, J. C.; Videla Escalada, F.; Zannoni, E. A.

¹⁹ *Ob. cit., loc. cit.*

²⁰ El derecho romano reconoció la institución del fideicomiso como un pacto —el “pactum fiduciae”— que, anexado a una enajenación por “mancipatio” o por “in iure cessio”, servía para múltiples finalidades, entre las cuales interesan especialmente: a) la “fiducia cum creditore” pacto por el cual el deudor transmitía la propiedad de una cosa a su acreedor —como una forma de garantía, que puede ser comparada con nuestra venta con pacto de retroventa—, conviniendo que ella le fuera devuelta una vez cancelada la deuda; y b) la “fiducia cum amico”, por la que una persona transmitía una cosa a otra para que la custodiara o la usara. Mas los efectos de la fiducia romana eran puramente personales porque el constituyente transfería la propiedad plena de la cosa, de manera que si el fiduciante enajenaba la cosa a otra persona o caía en quiebra, no podía el constituyente perseguirla, limitándose su derecho a exigir una rendición de cuentas al fiduciario. Reiteramos que en el Código de Vélez, producida la resolución del dominio fiduciario (que no es pleno sino imperfecto y existe toda vez que el dominio transmitido se halle sujeto a plazo o condición resolutorias para que, cumplida la pertinente modalidad, la cosa sea restituida a un tercero, a diferencia del dominio revocable, en el que la restitución debe ser efectuada al propietario originario —conf. arts. 2661 y 2662—) ésta tiene efecto retroactivo, salvo la hipótesis de transmisión de cosas muebles no registrables a terceros de buena fe —conf. arts. 2669 al 2672—. Y es que Vélez Sarsfield no escogió como modelo inmediato al derecho romano; en cambio, siguió prácticamente a la letra al *Esboço* de Freitas.

²¹ Conf. Moisset de Espanés, L., “Contrato de fideicomiso”, *Revista del Notariado*, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, Número Extraordinario, mayo de 1995, Seminario sobre la ley 24.441; Guastavino, E., *ob cit., loc. cit.*;

verdadero patrimonio de afectación separado del patrimonio del fiduciario, circunstancia que sustenta la opinión de Moisset de Espanés, L.²² en el sentido de que ese patrimonio casi no tiene un titular que ejerza sobre él un verdadero derecho real, porque el... fiduciante, el que se desprende de bienes de su patrimonio para constituir el fideicomiso queda prácticamente desligado de manera total de ese patrimonio; y quien recibe en fiducia los bienes solamente cumple una función gerencial o empresaria de administración,²³ que inclusive será remunerada, pero no es la verdadera función del “dominus”, porque esos bienes no son de él. Y el beneficiario, o el futuro fideicomisario —a quien se le entregarán los bienes— todavía no tiene ningún derecho real sobre los bienes fideicomitados.

Y aquí surge una duda que con razón plantea López de Zavalía, F.²⁴: luego de ser sancionada la ley 24.441, subsiste el dominio fiduciario legislado por Vélez²⁵ o debe considerarse que la ley 24.441 lo derogó?²⁶

La pregunta no es de fácil respuesta,²⁷ sobre todo frente a la sustitución del art. 2662, Código Civil, resultante del art. 73 de la ley 24.441 y el agregado de un segundo párrafo al art. 2670 de aquel que introduce el art. 74 de ésta.

De todas maneras, y pese a las exhortaciones doctrinarias que se sucedieron en el tiempo, poco había germinado en la

¿La ley
24.441
deroga el
dominio
fiduciario
de Vélez?

López de Zavalía, F., en la ya citada obra titula su Capítulo XXVII “El fideicomiso (trust)”.

²² *Ob. cit., loc. cit.*

²³ Conf. Orelle, J., *ob. cit., loc. cit.*

²⁴ *Ob. cit., loc. cit.*

²⁵ Rescato que, como lo dije en el apartado inmediato anterior, en mi opinión la figura del dominio fiduciario no debía ser limitada al supuesto de los arts. 115/116 de la ley 2393, ni calificada como carente de interés práctico —así lo hace, por ejemplo, Salvat, R., Argañaraz, M., *Derechos reales*, t. II, n° 1187 al 1190—, ni mirada con desconfianza como medio generalmente utilizado para concretar simulaciones ilícitas, sino que cabría aplicarla —al menos a través de actos entre vivos, ponderando la prohibición de las sustituciones fideicomisarias contenida en la norma del art. 3724 y explicada en su nota— en los más diversos supuestos, por aparecer genéricamente aceptada por el art. 2662 del Código de Vélez, aunque pobremente legislada; conf. Kiper, C., *Régimen jurídico del dominio fiduciario*, ed. 1990, p. 119/122.

²⁶ El Proyecto de Código Civil de la República Argentina de 1998 no menciona el dominio fiduciario entre los supuestos de dominio imperfecto que regula. Y como en el Anexo 2 —Legislación complementaria— no se deroga la ley 24.441, puede inferirse que para el Proyecto el único dominio fiduciario es el de la ley 24.441.

²⁷ El jurista tucumano se pronuncia por la subsistencia con muy buenos motivos.

práctica el dominio fiduciario, pobremente regulado por Vélez. Y no pueden hacerse vaticinios respecto del fideicomiso de la ley 24.441; en otras palabras, si “dormirá un sueño letárgico... o será activo dentro de los cánones de la ley, o despertará un entusiasmo tal que vaya más allá de su letra, o si advirtiendo los beneficios que produzca no se sentirá impulsado el legislador a otras ampliaciones, acudiendo una vez más a inspiraciones anglosajonas”.²⁸

Consecuentemente, me parece más valioso concluir en que la ley 24.441 ha derogado las normas que en el Código de Vélez disponían sobre el dominio fiduciario, no sólo por el argumento que cabría extraer de sus arts. 73, 74 y 97, sino porque no percibo la utilidad de inclinarse por la conservación de un instituto que poca o ninguna aplicación había recibido hasta ahora y porque creo que la duplicidad de figuras generará confusiones en los contratantes y en abogados y jueces, que se verían obligados —sin motivo práctico alguno que lo justifique— a extremar el cuidado en la redacción (los dos primeros) y en la interpretación (todos ellos), si en el acto fuente de la propiedad fideicomisaria no se estableciera con claridad a cuál de ambas figuras entendieron someterse las partes, especialmente si se atiende a que la ley 24.441 reserva un ancho campo al juego de la autonomía de la voluntad.²⁹

²⁸ Conf. López de Zavallía, F., *ob. cit., loc. cit.* Con entusiasmo aplaude la figura Mantilla, F., “Una introducción al fideicomiso”, *LL* del 21.3.95, quien sostiene que para nuestra mentalidad latina la transferencia del dominio, aunque sea fiduciaria, dará la sensación de perder la propiedad, y agrega “esta rémora cultural deberá ser superada para afianzar el fideicomiso”; también es optimista Acquarone, M., “Trust o fideicomiso de garantía”, *LL* del 7.4.95; en el mismo sentido, Orelle, J. M., “El fideicomiso en la ley 24.441”, *LL* del 29.3.95.

²⁹ Conf. Kiper, C.M., *Unidad de régimen para el dominio fiduciario*, *JA*, supl. diario del 19.11.97, p. 2 y ss. Una opinión coincidente parece emerger del estudio de Guastavino, E., *ob. cit., loc. cit.*, al determinar que “por no establecer efectos retroactivos la ley 24.441 cabe afirmar que los fideicomisos preexistentes constituidos válidamente según las normas vigentes al tiempo de su constitución, continuarán siendo válidos y que las consecuencias de ellos se regirán por la nueva legislación en la medida pertinente. Ello puede involucrar cuestiones concernientes a la duración máxima del fideicomiso, destino de los bienes y causales de extinción, efectos de la figura, derechos y obligaciones de los sujetos intervinientes, etc.”. Los ejemplos contenidos en el último párrafo transcrito no me parece que puedan ser equiparados para pregonar a su respecto, sin distinciones, la aplicación de los nuevos dispositivos; en efecto, mientras que lo relativo a la duración del fideicomiso me impresiona como una norma de orden público —sustancialmente lo son todas las referidas a los derechos reales—, ponderando no sólo la redacción imperativa del inc. c), art. 4º de la ley —“nunca podrá durar más de treinta años desde su constitución, con la única salvedad allí establecida— sino porque la existencia de una propiedad interina no responde al esquema general de nuestro derecho positivo, para otras hipótesis la propia ley se fija a sí misma carácter supletorio: así, arts. 2, párrafo cuarto, 8, 10, 13, 17, 25, incs. b) y c).

2. Propiedad fiduciaria: Concepto. Constitución de la propiedad fiduciaria: sus causas fuente. Caracteres

Dice el art. 1° de la ley 24.441 que:

“Habrá fideicomiso cuando una persona (*fiduciante*) transmita la *propiedad fiduciaria* de bienes determinados a otra (*fiduciario*), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (*beneficiario*), y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al *fideicomisario*” (los subrayados son míos).

A su turno, el art. 73 sustituye el art. 2662 del Código Civil por el siguiente:

“Dominio fiduciario es el que se adquiere en razón de un fideicomiso constituido por contrato o testamento, y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley”.

El plazo y la condición a los que se refiere la ley han de ser siempre *resolutorios*, ya que —como lo hemos advertido en otro lugar— la propiedad bajo condición suspensiva no existe propiamente como tal.

Antes de avanzar en el estudio pormenorizado del instituto que introduce la ley 24.441, corresponde apuntar a una de sus características más relevantes³⁰, resaltando que, de conformidad con lo dispuesto en los art. 14 a 16, los bienes integrantes de la propiedad fiduciaria “constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante” —art. 14— (agrego que el art. 15 permite concluir en que también se halla separado del patrimonio del beneficiario y, a fortiori, del patrimonio del fideicomisario —personaje del instituto cuyo papel adquirirá relevancia en el tramo final— pues salvo el caso de que se trate de la adopción de medidas conservatorias y defensivas de su derecho, éste se efectivizará sólo a la cesación del fideicomiso, puesto que él es el destinatario final de los bienes.³¹

Dispone concordemente el art. 15 que “los bienes fideicomitados quedarán exentos de la *acción singular o colectiva* (el subrayado es mío) de los acreedores del *fiduciario*. Tampoco podrán

Característica fundamental Existencia de un patrimonio separado

³⁰ Que es la que lo conduce ser parangonado con el “trust” anglosajón.

³¹ López de Zavalia, F., *ob. cit.*, *loc. cit.*, sostiene que el fideicomisario tiene derecho a la entrega final, derecho que es patrimonial y que algún valor tiene, por lo que es ejecutable por sus acreedores.

agredir los bienes fideicomitidos los acreedores del *fiduciante*, quedando a salvo la acción de fraude. Los acreedores del *beneficiario* podrán ejercer sus derechos sobre los frutos de los bienes fideicomitidos y subrogarse en sus derechos”.

Y para terminar de configurar la independencia de este verdadero patrimonio de afectación que constituye la propiedad fideicomisaria, preceptúa el art. 16 que “los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso. La insuficiencia de los bienes fideicomitidos³² para atender a estas obligaciones no dará lugar a la declaración de su quiebra. En tal supuesto y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario, según previsiones contractuales, procederá a su liquidación (se entiende que la liquidación será la del patrimonio fideicomitido), la que estará a cargo del fiduciario, quien deberá enajenar los bienes que lo integren y entregará el producido a los acreedores conforme al orden de privilegios previstos para la quiebra...”³³

Las consecuencias salientes de la separación señalada — aparte de las especificadas en la ley— podrían resumirse así: si es cierto que, como veremos luego, el fiduciario se halla facultado —en la medida que respete los fines del fideicomiso, pues de lo contrario resultará personalmente responsable frente al beneficiario o, eventualmente, frente al fideicomisario— para enajenar los bienes e inclusive adquirir otros con su producido, el precio obtenido o el nuevo bien adquirido no irán a engrosar el patrimonio propio del fiduciario, sino que ingresarán al patrimonio fideicomitido, separado y no sujeto a los vaivenes de aquél (arg. art. 13 de la ley).³⁴ Y si bien los frutos que produzcan los bienes que conforman el patrimonio fideicomitido pertenecerían al fiduciario, por aplicación de los principios que

³² Sostiene López de Zavalía, *ob. cit., loc. cit.*, que la ley se coloca en la hipótesis de insuficiencia definitiva pues, de darse una insuficiencia temporaria, será legítima la enajenación o gravamen que concrete el fiduciario, por responder a los fines del fideicomiso; lo mismo si utiliza dinero en existencia para realizar pagos de deudas. Estas gestiones deberán revelarse en la rendición de cuentas a la que está obligado el fiduciario respecto del beneficiario.

³³ Por cierto que de mediar desacuerdo —y vaya si pueden plantearse problemas en la distribución!—, ello atento la complejidad que presenta el régimen de los privilegios en las quiebras, a la cual hemos aludido en distintas oportunidades con mi Maestro, el recientemente desaparecido Dr. Guillermo Allende; así —entre otras— en nuestra obra *Los privilegios en la Ley de concursos y en el Código Civil*—, será de rigor ocurrir a la sede judicial.

³⁴ Conf. Moisset de Espanés, L., *ob. cit., loc. cit.* Como con acertada síntesis lo señala Orelle, J., *ob. cit., loc. cit.*, “al ser un patrimonio afectado, sólo responde por las obligaciones inherentes a la gestión de mismo patrimonio, quedando descartado el poder de agresión de todo otro acreedor”.

emergen de los arts. 2329 y 2330, Código Civil), le pertenecerán en calidad de propiedad fiduciaria, con lo que, en definitiva, el fiduciario deberá entregarlos al beneficiario, puesto que para él son y ellos constituyen el beneficio que recibirá durante la vida del fideicomiso (arg. art. 15, última parte, ley 24.441), una vez deducidos los gastos y la remuneración debida al fiduciario. Es precisamente por estas circunstancias, que ya he advertido, que Moisset de Espanés, L. —*ob. cit., loc. cit.*— concluye en que el fiduciario, más que un propietario tiene la fisonomía de un administrador operacional, ya que sus facultades son más parecidas a las de un administrador con poderes de disposición que a las de un propietario.

La separación también se pone de manifiesto en la segunda parte del art. 14 de la ley, el cual establece que “la responsabilidad objetiva del fiduciario emergente del art. 1113 del Código Civil se limita al valor de la cosa fideicomitida cuyo riesgo o vicio fuese la causa del daño si el fiduciario no pudo razonablemente haberse asegurado”. Esta norma —más allá de que en el acto constitutivo del fideicomiso puede, y resultaría de toda conveniencia, establecerse para el fiduciario la obligación de asegurar los bienes integrantes del patrimonio fideicomitado— resulta un tanto oscura y dará origen a una serie de problemas. Así: si el daño causado por riesgo o vicio de la cosa bajo fideicomiso es mayor que el valor de la cosa y razonablemente ésta no pudo ser asegurada, ¿quién estará obligado a responder por el saldo frente a la víctima? O es que se tratará éste de un daño “tasado” o limitado por la ley (a semejanza de lo dispuesto en los arts. 179 del Código de Comercio; 276, 277 y 278 de la ley 20.094 de la navegación; 144 y 145 del Código Aeronáutico)? Y, para el supuesto de que en definitiva no resultare excusable la falta de contratación del seguro por parte del fiduciario o, en otros términos, si éste incurrió en culpa en el cumplimiento de sus deberes, ¿quedará igualmente limitado el resarcimiento a los bienes integrantes del patrimonio fideicomitado³⁵ o la víctima podrá agredir los bienes del patrimonio personal del fiduciario?³⁶

Como ejemplos de propiedad fideicomisaria (advuértase que los fideicomisos pueden ser, básicamente, de administración o de garantía) podríamos dar los siguientes:

**Ejemplos de
propiedad
fiduciaria**

³⁵ Así piensa López de Zavala, F., *ob. cit., loc. cit.*, en aras de la mantención de la autonomía del patrimonio fideicomitado.

³⁶ Se plantea el tema como interrogante Moisset de Espanés, L., *ob. cit., loc. cit.*

a) El deudor de una suma de dinero entrega en propiedad fiduciaria a un tercero (fiduciario) un inmueble suyo, a fin de garantizar el pago de la obligación. Una vez saldada la deuda (ésta sería la condición), el inmueble habrá de volver a las manos del deudor (que sería en el caso también fideicomisario) o bien pasar a las de un tercero, según lo disponga el acto constitutivo. En caso de falta de pago, el fiduciario venderá el bien con sujeción al régimen establecido en el contrato y, con su producido, y previa deducción de los gastos, hará el pago al acreedor (fideicomisario). De quedar un remanente, lo entregará al deudor (*aquí se trataría de un fideicomiso de garantía*).

b) Para la protección de un emprendimiento inmobiliario, el propietario del bien (fiduciante) lo transmite bajo el régimen de la ley 24.441 al fiduciario, quien se encargará de hacer los diferentes pagos que demande la construcción de la obra e inclusive al constructor (beneficiario), asegurándose de que la obra sea realizada y entregada a sus compradores (fideicomisarios, entre los cuales puede contarse el propio fiduciante). Se trataría éste de un *fideicomiso de administración*.

Una persona debe ausentarse al extranjero por un largo tiempo, decidiendo crear un fondo fiduciario con el fin de que el fiduciario lo administre y con su producido abone los gastos de educación de sus hijos (beneficiarios), disponiendo que al fin de un determinado lapso, o cuando los hijos concluyan sus estudios, los bienes serán devueltos a él (fideicomisario; en la hipótesis, quien constituyó la propiedad fideicomisaria revestiría el doble carácter de fiduciario y fideicomisario.³⁷

Duración
del
fideicomiso

Según el art. 4º, inc. c) de la ley el plazo o condición a que se sujeta el "dominio" (debió decir "propiedad") fiduciario nunca podrá durar más de treinta (30) años desde su constitución (salvo que el beneficiario fuere un incapaz, "caso en el que podrá durar hasta su muerte o el cese de su incapacidad"). Este es el plazo máximo, a pesar de lo cual es claro que la condición puede cumplirse en un tiempo inferior. Por el mismo motivo, es perfectamente posible la fijación de un lapso menor de duración. Si, en cambio, el acto constitutivo previera uno mayor, parece adecuado considerar que debe entenderse reducido al de treinta años fijado por la ley.³⁸

³⁷ Otros ejemplos pueden consultarse en Guastavino, E., *ob. cit., loc. cit.* y Mantilla, F., *ob. cit., loc. cit.*

³⁸ Doctrina de los arts. 1039, 2825 y 2828; conf. Salvat, R.; Argañarás, M., *ob. cit.*, nº 1518, nota 39, segundo párrafo.

De los artículos transcriptos podemos deducir que la propiedad fiduciaria no recae únicamente sobre cosas (en el sentido del art. 2311, Código Civil) sino sobre bienes (término comprensivo de cosas y derechos. Así, podrían constituir objeto del fideicomiso los créditos en general, títulos valores, contenido patrimonial de los derechos intelectuales, marcas, patentes de invención, etc.³⁹; de allí que se hable de “propiedad” (y no de “dominio”) fiduciaria (conf. art. 11; empero, en el art. 12 se habla del carácter fiduciario del “dominio”, incurriéndose en un desliz técnico objetable).

La propiedad fiduciaria deriva de una *causa fuente*, que configura el negocio fiduciario. Para la ley los negocios fiduciarios pueden ser dos: el contrato⁴⁰ y el testamento (arg. arts. 1 y 3; este último es el que permite constituir la propiedad fiduciaria por testamento). El art. 4° de la ley instruye acerca de las menciones que deberá contener el acto constitutivo.⁴¹

En cada caso, es decir respecto del contrato o testamento constitutivos, habrá de cumplirse con las formalidades indicadas por la legislación para el correspondiente supuesto, ponderando especialmente al objeto del fideicomiso (art. 12 de la ley).

Así, si se trata de un fideicomiso contractual constituido sobre un *inmueble*, dicho contrato deberá ser redactado en escritura pública (art. 1184, inc. 1°, Código Civil) e inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble para resultar oponible a terceros (art. 2505, Código Civil). Es lo que, en términos generales, establecen los arts. 11, 12 y 13, primera parte, de la ley. Por cierto que para que opere el nacimiento del dominio fiduciario, es decir la propiedad fiduciaria que recae sobre cosas, deberá también ser satisfecho el requisito de la tradición (arg. art. 577, Código Civil).

En cambio, si la propiedad fiduciaria recae sobre *créditos*, deberá considerarse en cada hipótesis el crédito de que se trate

Causas
fuente del
fideicomiso

³⁹ Conf. Guastavino, E., *ob. cit.*, *loc. cit.*

⁴⁰ Para López de Zavalía, F., *ob. cit.*, *loc. cit.*, nos enfrentamos a un contrato típico —contrato de constitución de fideicomiso— que es consensual, a favor de tercero, con efectos creditorios, bilateral y oneroso.

⁴¹ El Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de 1993 —que recibiera, según ya dije, media sanción del Congreso de la Nación, hallándose a consideración del Senado— y que modela el dominio fiduciario sobre la base de las normas del Código de Vélez, agrega como otra causa fuente la prescripción. Según López de Zavalía, F., *ob. cit.*, *loc. cit.*, para el instituto de la ley 24.441 la prescripción sólo podrá tener lugar cuando se trate de constituciones de fideicomiso “a non domino”, aunque siempre tendrá que haber un contrato o testamento que la sustente.

(arg. art. 1434 y siguientes, Código Civil) y cumplirse con el pertinente requisito de la notificación al deudor para que la transmisión resulte oponible a terceros (arg. art. 1459, Código Civil).

Si la propiedad fiduciaria recae sobre cosas muebles registrables (buques, aeronaves, automotores, caballos de pura sangre de carrera, etc.), también deberán satisfacerse los requisitos de forma del título constitutivo y la exigencia de la inscripción requeridos por los ordenamientos particulares (en los ejemplos proporcionados: ley 20.094, Código Aeronáutico, dec. ley 6582/58, ley 20.378, respectivamente).

3. Objeto

Ya quedó dicho que el objeto puede ser todo tipo de cosas y derechos “in comercium”, que sean susceptibles de apreciación pecuniaria, pues parece indudable que la propiedad fiduciaria es un derecho patrimonial.

El objeto del fideicomiso debe ser individualizado en el negocio fiduciario o, al menos, consignarse “la descripción de los requisitos y características que deberán reunir los bienes”, es decir, las pautas para su determinación.

Desde otro ángulo, interpreto (sobre la base de lo dispuesto en los arts. 1º y 4º, inc. a) de la ley) que la propiedad fiduciaria únicamente puede recaer sobre bienes determinados y no sobre universalidades. Máxime ponderando el repudio que de las sustituciones fideicomisarias formula Vélez en los arts. 1842 y 3724, a cuyo respecto resulta suficientemente ilustrativa la nota a este último precepto.⁴²

El art. 4º, inc. b), de la ley establece que el negocio fiduciario debe contener “la determinación del modo en que otros bienes podrán ser incorporados al fideicomiso”.⁴³

4. Sujetos

Señalemos, en primer lugar, que los sujetos pueden ser personas de existencia ideal o personas físicas (arg. arts. 2º y 5º

⁴² Conf. Guastavino, E., *ob. cit.*, *loc. cit.* *Contra*: López de Zavalía, F., *ob. cit.*, *loc. cit.*; Moisset de Espanés, L., *ob. cit.*, *loc. cit.*

⁴³ Distinto es el caso de que, con el producido de la enajenación de bienes integrantes de la propiedad fideicomisaria —que el fiduciario se halla facultado a realizar con efectos definitivos, siempre que la enajenación encaje en los fines del fideicomiso: arts. 17 y 74 de la ley —aquel adquiera otros, que deberán pasar a integrar el fideicomiso, por el principio de la *subrogación real*, principio que nada autoriza a descartar para el instituto que estamos considerando.

de la ley, con la restricción que, para ofrecerse al público como fiduciarios, contiene la última de las normas citadas).

A mi juicio surge claramente del art. 1° de la ley (también arg. de su art. 2°, tercer párrafo, en tanto estatuye al fideicomisario como beneficiario residual) que, a diferencia del Código de Vélez⁴⁴ los actores de la propiedad fiduciaria son cuatro⁴⁵, aunque su aparición en escena no resulte simultánea.

En efecto, en una primera etapa aparecen el *fiduciante* y el fiduciario (si el fideicomiso emerge de un contrato, porque debe mediar el respectivo consentimiento; si se trata de un fideicomiso testamentario porque, producida la muerte del testador, la propiedad fiduciaria ha de ser aceptada por el fiduciario). Sólo después de constituida la propiedad fiduciaria hace su entrada el *beneficiario*⁴⁶, que es quien aprovecha el resultado del manejo que de la propiedad fiduciaria realiza el fiduciario en el lapso que va desde la constitución del fideicomiso hasta el cumplimiento del plazo o condición resolutorios⁴⁷. Y en el último acto aparece el *fideicomisario*, que es la persona a quien van a parar los bienes fideicomitados una vez cumplidos el plazo o condición establecidos⁴⁸.

El art. 2° de la ley se plantea el supuesto de que el beneficiario no llegara a existir, no aceptara el beneficio o renunciara a él, disponiendo para cada hipótesis la solución correspondien-

⁴⁴ En éste los protagonistas son o eran tres: el constituyente o fiduciante, el propietario fiduciario o fiduciario y el fideicomisario, o sea el tercero que recibiría la cosa al cumplimiento del plazo o condición.

⁴⁵ Es lo que prístinamente surge del art. 1296 del proyecto de reformas al Código Civil de la Comisión designada por el dec. 468/92, que —ya lo dijimos— ha sido una de las fuentes más importantes, seguida casi a la letra, de la ley 24.441. Dicho artículo, con una redacción más clara, dice: “Habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o a un tercero (fideicomisario).”

⁴⁶ Que puede ser uno o varios e inclusive no existir al tiempo del otorgamiento del negocio fiduciario —así, v. gr., cuando el fideicomiso se constituyera sobre bienes cuyo producido se destinaría a la concesión de becas o premios a futuros becarios o ganadores de certámenes—, aunque siempre el negocio fiduciario debe contener las pautas que permitan su determinación: arg. art. 2° y de la ley.

⁴⁷ Es de destacar que, para el caso de que el título fuente no previera otra cosa, si la condición resolutoria no llegara a cumplirse, los bienes bajo propiedad fiduciaria pasarán a ser de propiedad plena del fiduciario: arg. art. 554, Código Civil; conf. López de Zavallía, F., *ob. cit.*, *loc. cit.*

⁴⁸ Fideicomisario puede ser el beneficiario, el propio fiduciante o un tercero: arg. art. 2 de la ley. Conf. con el criterio de los cuatro sujetos: López de Zavallía, F., *ob. cit.*, *loc. cit.*; Moisset de Espanés, L., *ob. cit.*, *loc. cit.*; Guastavino, E., *ob. cit.*, *loc. cit.* *Contra*: Orelle, J., *ob. cit.*, *loc. cit.*, para quien beneficiario y fideicomisario son sinónimos.

te. Estas soluciones no impiden la posibilidad de que se establezca en el negocio fiduciario que el fiduciante puede desempeñar además del papel de fiduciante, los de beneficiario y aun de fideicomisario.

5. Derechos y deberes de los sujetos del fideicomiso

a) *El fiduciante*

Debe cumplir con los deberes asumidos en el negocio constitutivo, cabiendo rescatar que una vez suscripto éste, el fiduciario podría impetrarle su perfeccionamiento (v. gr., tradición de la cosa; etc.).

Y no creo que resulte descabellado sostener que aun podrían hacerlo, es decir, reclamar aquel cumplimiento, el beneficiario y el fideicomisario; ello sobre la base y en la hipótesis prevista por el segundo párrafo del art. 18 de la ley.

Al fiduciante le asiste el derecho de reclamar del fiduciario el cumplimiento de los deberes asumidos —tanto contractual como legalmente— y de ejercer, con autorización del juez, las acciones correspondientes a la defensa de los bienes fideicomitados, cuando el fiduciario no las ejerciere sin motivo suficiente (arg. art. 18 de la ley).

b) *El propietario fiduciario*

Como pauta genérica la ley establece que el fiduciario "...deberá cumplir las obligaciones impuestas por la ley o la convención con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él". Así lo dispone el art. 6° de la ley, ratificando que la confianza en el fiduciario es una de las características fundamentales de la institución.

El fiduciario se halla obligado a rendir cuentas de su gestión, obligación de la que no podrá ser dispensado en el acto constitutivo; cabiendo predicar esto último también respecto de la dispensa de la culpa o dolo suyo o de sus dependientes y de la prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitados (art. 7 de la ley).⁴⁹ En el caso de que el acto constitutivo contuviere

Reforma
al Código
Penal

⁴⁹ El art. 82 de la ley agrega como inciso 12 del art. 173 del Código Penal —ubicado en el Capítulo destinado a incriminar a las estafas y otras defraudaciones—, entre otros incisos, el inciso 12, según el cual (se considerarán casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece) "el titular fiduciario... que en beneficio propio o de un tercero dispusiere, gravare o perjudicare los bienes y de esta manera defraudare los derechos de los contratantes".

cláusulas de ese tenor, entiendo que cabe tenerlas por no escritas, sin que prescindir de ellas conduzca a la nulidad de la institución fideicomisaria (arg. art. 1039, Código Civil).

El acto constitutivo establecerá la periodicidad con que las cuentas han de ser rendidas por el fiduciario; supletoriamente la ley impone que lo haga “con una periodicidad no mayor a un año”.

El art. 8 de la ley determina —con carácter de criterio supletorio del contrario que pudiere contener el acto constitutivo— que el fiduciario tendrá derecho al reembolso de los gastos y a una retribución. “Si ésta no hubiere sido fijada, la fijará el juez teniendo en consideración la índole de la encomienda y la importancia de los deberes a cumplir”. Esta disposición induce a pensar que “las facultades de quien recibe los bienes en fiducia son exactamente las de una administración operacional; son más parecidas a las de un administrador que a las de un verdadero propietario..., administrador con poderes de disposición —...dentro de las condiciones y finalidad de la fiducia... El fideicomiso está pensado con un sentido de evolución empresaria, es decir, permite la evolución del patrimonio, dentro de la necesaria adecuada administración de los bienes”⁵⁰. Se encuentra en una situación parecida a la de un mandatario, sin serlo⁵¹.

El fiduciario, salvo pacto en contrario, “podrá disponer o gravar los bienes fideicomitidos *cuando lo requieran los fines del fideicomiso* (el subrayado es mío), sin que para ello sea necesario el consentimiento del fiduciante o del beneficiario (art. 17 de la ley) y, dentro de esos límites perduran los efectos de esos actos una vez concluido el fideicomiso (conf. agregado al art. 2670 del Código Civil que introduce el art. 74 de la ley), pero no en caso contrario —o sea cuando desborden los fines del fideicomiso—. Esta última hipótesis habilita el ejercicio de una acción real con efectos reipersecutorios por el fideicomisario, acción sujeta a los principios comunes (según se trate de inmuebles, muebles registrables o muebles amparados por la regla del art. 2412, del Código Civil), porque en este caso la revocación de la propiedad fiduciaria tiene efecto retroactivo (arg. de los arts. 2669, 2670 —inclusive en su actual redacción que dispone la ley 24.441— y 2671, Código Civil). De allí que el adquirente o el titular del gravamen sobre los bienes deberá examinar cuidadosamente el título para determinar la legitimidad o ilegitimidad del acto de disposición del fideicomisario,

⁵⁰ Conf. Moisset de Espanés, L., *ob. cit.*, *loc. cit.*

⁵¹ Conf. López de Zavalía, F., *ob. cit.*, *loc. cit.*

debiendo juzgarse los casos dudosos con sujeción a las pautas de los arts. 1870 y 1934⁵².

Dispone el art. 13 que “cuando así resulte del contrato, el fiduciario adquirirá la propiedad de otros bienes que adquiera con los frutos de los bienes fideicomitidos o con el producto de actos de disposición (dentro de los límites ya señalados y que resultan de los arts. 17 y 74 de la ley), dejándose constancia de ello en el acto de adquisición y en los registros pertinentes” (art. 13, segunda parte, de la ley).

En cuanto a los *actos de administración* celebrados por el fiduciario, ellos subsisten, de conformidad con lo establecido en el primer párrafo del art. 2760 del Código Civil, que no ha sido derogado por la ley 24.441, ya que su art. 74 solamente introduce un agregado a él, circunstancia que ratifica su vigencia actual.⁵³

El fiduciario puede (y debe, pudiendo en todo caso, presentarse la situación prevista en el segundo párrafo del art. 18 de la ley) ejercer todas las acciones que correspondan a la defensa de los bienes fideicomitidos, tanto contra terceros como contra el beneficiario (art. 18, primer párrafo, de la ley).

Sintetizando: el fiduciario debe ejercer la propiedad fiduciaria de la que ha sido investido en beneficio de quien se designe en el contrato (*beneficiario*) y mientras dure el fideicomiso; una vez concluido éste (las causales de extinción se hallan establecidas en el art. 25 de la ley) deberá transmitir aquella propiedad al fideicomisario o a sus sucesores (art. 1º de la ley); hallándose compelido no sólo a entregar los bienes sino también a otorgar los instrumentos y a contribuir a las inscripciones registrales que corresponda para que se perfeccione la adquisición en cabeza del fideicomisario (arg. art. 26 de la ley).

A esta altura, no puedo dejar de advertir que, en resguardo de su posición y aunque no lo prevea el acto constitutivo ni lo exija la ley (como, por ejemplo, lo impone el Código Civil para el derecho de usufructo: arts. 2846 al 2850), sería conveniente que al momento de recibir los bienes fideicomitidos el fiduciario practicara un inventario en forma de los bienes que reciba, con descripción de sus características y estado. Ello a fin de resguardar su responsabilidad en el momento de la restitución de los bienes al fideicomisario.

⁵² Conf. López de Zavalía, F., *ob. cit.*, *loc. cit.* En el mismo sentido, Mantilla, F., *ob. cit.*, *loc. cit.* Expresa su preocupación sobre el tema, Orelle, J., *ob. cit.*, *loc. cit.*

⁵³ Conf. Guastavino, E., *ob. cit.*, *loc. cit.*

El art. 9 de la ley regula las hipótesis que conducirán a la cesación del fiduciario como tal⁵⁴; más esa cesación no aparecerá la extinción del fideicomiso, sino que el antiguo fiduciario será reemplazado por el sustituto designado en el contrato o según el procedimiento en él previsto o, en su defecto, por el juez según las pautas que prevé la norma del art. 10, que concluye prescribiendo que “los bienes fideicomitidos serán transmitidos al nuevo fiduciario”.

c) *El beneficiario*

Ya hemos dicho que el beneficiario surge en escena luego de constituida debidamente la propiedad fiduciaria y siempre que acepte el beneficio (arg. art. 2º, párrafo tercero, de la ley), prolongándose su actuación hasta que concluya el fideicomiso y los bienes vayan a parar a manos de su destinatario final (el fideicomisario). Por cierto que el beneficiario puede ser, a su vez, fideicomisario (así como el fiduciante puede revestir las calidades de beneficiario y fideicomisario; todo dependerá de las previsiones del acto jurídico del que emerja la propiedad fiduciaria).

El beneficiario, como he dicho antes, tiene derecho —salvo que otra cosa disponga el acto constitutivo— a que le sean entregados los frutos producidos por los bienes fideicomitidos; repito que previa deducción de los gastos y remuneración debidas al fiduciario.

Tiene derecho, asimismo, a que se le rinda cuentas de la administración fideicomisaria con la periodicidad establecida en el acto constitutivo o, en su defecto, anualmente (art. 7 de la ley). Puede asimismo solicitar, con citación del fiduciante, la cesación del fiduciario (art. 9, inc. a) de la ley) en el supuesto de incumplimiento de sus obligaciones por parte de éste.

Y, previa autorización judicial, puede ejercer las acciones que correspondieren en defensa de los bienes fideicomitidos, en caso de que el fiduciario no las ejerciere sin motivo suficiente (art. 18, último párrafo, de la ley).

⁵⁴ Las causales son: inc. a) remoción judicial por incumplimiento de sus obligaciones, a instancia del fiduciante o a pedido del beneficiario, con citación del fiduciante; b) por muerte o incapacidad judicialmente declarada si fuere una persona física; c) por disolución si fuere una persona jurídica; d) por quiebra o liquidación; e) por renuncia si en el contrato se hubiere especificado expresamente esta causa (es claro que, si la renuncia tuviere motivo justificado, podría ser presentada por el fiduciante: conf. López de Zavalía, F., *ob. cit.*, *loc. cit.*). Aclara la ley que la renuncia tendrá efecto después de la transferencia del patrimonio objeto del fideicomiso al fiduciario sustituto.

El derecho del beneficiario es transmisible por actos entre vivos o por causa de muerte, salvo disposición en contrario del fiduciante (art. 2º, último párrafo, de la ley).

d) *El fideicomisario*

Es el destinatario final de los bienes fideicomitados. Puede serlo el propio fiduciante o el beneficiario o un tercero.

Además de las facultades que hemos enumerado a lo largo del estudio de la ley, le compete la de ejercer las acciones que resulten pertinentes para que se le efectúe el traspaso del patrimonio fideicomitado.

Su derecho se transmite a sus herederos (art. 26 de la ley) y, salvo previsión en contrario contenida en el acto constitutivo, no se ve la razón por la que no podría concretar la transmisión por actos entre vivos (arg. art. 2, último párrafo de la ley; también doctrina de los arts. 1444 y 1445, del Código Civil).

6. Extinción del fideicomiso

Establece el art. 25 que el fideicomiso se extinguirá por: a) cumplimiento del plazo o de la condición a que se hubiere sometido o el vencimiento del plazo máximo legal;⁵⁵ b) la revocación del fiduciante si se hubiere reservado expresamente esa facultad, la revocación no tendrá efecto retroactivo; c) cualquier otra causal prevista en el contrato. Agrego que si la cosa sometida a propiedad fideicomisaria se destruye totalmente, parece claro que el instituto también desaparecerá —salvo que aquélla estuviere asegurada, en cuyo caso el fideicomiso puede subsistir sobre la indemnización abonada por el asegurador.

Cabe preguntarse si la expropiación de la cosa producirá también la extinción del fideicomiso, o éste subsistirá sobre el resarcimiento derivado de la expropiación. Parece que, a falta de previsión contractual contraria, la respuesta debe ser afirmativa.

⁵⁵ Ya he dicho que, en la hipótesis de que no se cumpla la condición resolutoria o “siendo cierto que no se cumplirá, el derecho subordinado a ella queda irrevocablemente adquirido como si nunca hubiese habido condición”. En otras palabras, en el caso que examinamos, el patrimonio fiduciario quedará irrevocablemente adquirido por el fiduciario, *salvo que el acto constitutivo contuviere disposición en contrario*. Vuelve a advertirse aquí la importancia que reviste el acto constitutivo del fideicomiso y con cuánto cuidado se lo deberá redactar.

7. Conclusión

Sólo el transcurso del tiempo y la decantación de los principios que la gobiernan a través de la labor de abogados, escribanos y jueces, que interpretarán el alcance de la aplicación del instituto a cada uno de los casos particulares que les toque abordar, podrá conducir a conclusiones definitivas a su respecto.⁵⁶

IV. Dominio revocable

A) Concepto y distintos casos

Es aquel que está sujeto a concluir por el cumplimiento de una condición resolutoria (arts. 2663, 2865 y 2668 Cód. Civ.) o de un plazo resolutorio (art. 2668 *in fine*).⁵⁷

Ejemplos de este supuesto los brindan las distintas cláusulas que pueden ser accesorias de un contrato de compraventa, como el pacto de retroventa, de reventa, de mejor comprador, a satisfacción del comprador, etcétera, cuando han sido establecidas como condiciones resolutorias; también en ciertos casos que la ley establece, como por ejemplo, en materia de donaciones, su revocación por causa de ingratitud del donatario.

B) Forma en que se opera la revocación

1. Principio general

Hay que distinguir según se trate de *inmuebles*, en cuyo caso la revocación se produce *ex tunc*, es decir, con efecto retroactivo al día de la constitución o de *muebles*, respecto de los cuales el principio se invierte por el juego del art. 2412 y conc. (la revocación se produce *ex nunc*).

⁵⁶ Mantilla, F., *ob. cit.*, *loc. cit.*, sostiene que el éxito o el fracaso del desarrollo del fideicomiso está condicionada a su encuadre fiscal, bregando por un benévolo tratamiento impositivo del instituto.

⁵⁷ Algunos autores opinan que el dominio sujeto a plazo no es más que un derecho de uso y goce de la cosa, ya que la perpetuidad es de la esencia del dominio y sólo podría dejar de serlo a raíz de una condición, nunca de un plazo, dado que en esta última figura se sabría ya, a ciencia cierta, en qué momento finalizaría el derecho, con lo que las facultades del titular estarían reducidas a un simple "dominio útil": Así, Lafaille, *op. cit.*, t. II, n. 976.

Así lo dispone el art. 2669 Código Civil:

“La revocación del dominio tendrá siempre efecto retroactivo al día en que se adquirió, si no hubiere en la ley⁵⁸ o en los actos jurídicos que la establecieron disposición expresa en contrario.”

2. Inmuebles

Salvo disposición legal o contractual en contrario (art. 2672), la resolución del dominio tiene efecto retroactivo y “el antiguo propietario está autorizado a tomar el inmueble libre de todas las cargas, servidumbres o hipotecas con que lo hubiese gravado el propietario desposeído, o el tercer poseedor”.

Quedan, pues, sin efecto, los actos de disposición. Los terceros adquirentes de estos bienes, pasibles de acción reipersecutoria, no podrían alegar ignorancia, pues, como lo dice la nota al 2663:

“Estas cláusulas revocatorias, debiendo estar en el mismo instrumento público por el cual se hace la enajenación, no pueden dejar de ser conocidas por el tercer adquirente, pues constan en el mismo instrumento que crea el dominio del que lo transmite. Hablamos de escrituras públicas porque sólo por ese medio puede transferirse el dominio de los bienes raíces, pues respecto de los muebles el dominio sólo será revocable en el caso que se determina en uno de los artículos de este Título.”

Los actos de administración, en cambio, deben ser respetados, según lo dispone el 2670.

3. Muebles

La revocación no tiene efecto retroactivo, puesto que entra aquí a jugar el principio del 2412 Cód. Civ. y sólo tendría tal consecuencia cuando éste no resultara aplicable en razón de la mala fe del adquirente: art. 2671.

Art. 2664

No se juzga que existe revocación en el caso del art. 2664 Código Civil.

⁵⁸ Por ejemplo, en los supuestos de revocación de las donaciones por ingratitud del donatario: art. 1866 Cód. Civ.; o cuando se revoca por inejecución de cargas que no figuran en el instrumento donde consta la donación: art. 1855 Cód. Civ. La razón es simple: en estos casos ya no funcionaría el justificativo de la nota al art. 2663 Cód. Civ., que examinaremos en el texto.

Esta norma contiene un error, donde dice “no había sido transmitido *sino* de una manera interina”, debe leerse “*ni siquiera* de una manera interina”, que es lo que resuelve la fuente del artículo⁵⁹ y para que tenga sentido la disposición.

Para el caso de los *inmuebles*, y frente a una nulidad declarada, debe tenerse presente lo dispuesto por el art. 1051 *in fine* Cód. Civ., en su actual redacción.

Con respecto a los *muebles*, recordar lo dispuesto por el art. 2413 Código Civil.

Para tenerse por readquirido el dominio debería, naturalmente, volver a hacerse tradición de la cosa y formalizar la pertinente inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble, en su caso, por aplicación del art 2505 actual.

4. Régimen de los frutos

Resultan aplicables los arts. 590, 2423 y sig. Cód. Civ., que oportunamente examinaremos.

Parte Segunda: Bien de familia

I. Introducción

Habremos de abocarnos ahora al estudio del denominado “bien de familia”⁶⁰, institución que se inscribe dentro de la legislación enderezada a salvaguardar el bienestar de la familia, asegurando su vivienda o sustento a través de una regulación tuitiva del patrimonio familiar.⁶¹

⁵⁹ La obra de Aubry y Rau, t. II, §220 bis.

⁶⁰ En EE.UU. “homestead”: “patrimonio familiar”; “heimstättenrecht”: en el derecho alemán; “asilo de familia” en el derecho suizo; “bien de familia” en México, Colombia, etc. Para un completo examen del derecho comparado, conf. Guastavino, E., *Bien de familia*, pág. 103 y sig., ed. 1962.

⁶¹ En esa órbita giran, también, las previsiones vinculadas con las divisiones a las que se refieren los arts. 51 a 55 de la ley 14.394; con el derecho real de habitación del cónyuge supérstite (art. 3573 bis, Código Civil); con la oponibilidad al concurso del trasmite de boleto de compraventa de inmuebles destinados a vivienda —art. 1185 bis, Código Civil y art. 150, ley 19.551 de Concursos—; con el régimen que organiza el Código Civil, por su art. 1277, en punto a enajenación del bien propio que fuere asiento del hogar conyugal cuando hubiere hijos menores o incapaces. Como antecedentes del régimen actual puede citarse: ley 1501, de concesión de tierras públicas para ganadería; ley 9677, de “casas baratas”; ley 10.284 de lote de hogar; dec. 14.682/46 (ratificado por ley 12.921), de reorganización de la Caja de Ahorro Postal a partir

Nuestra Constitución Nacional la prevé en el art. 14 bis —incorporado por la Reforma de 1957— en el que se dispone que la ley establecerá la defensa del bien de familia. También la contemplaba la Constitución de 1949 (art. 37).

La ley 14.394 —del año 1954— la regula específicamente —arts. 34 a 50—⁶²; sus disposiciones son de orden público⁶³. La reglamentación de la ley se halla contenida en el decreto 2513/60⁶⁴.

La finalidad del instituto —que ha de tenerse bien presente al momento de interpretar las respectivas normas— es la protección de la familia y su objetivo es doble: *económico*, tendiente a la conservación de una parte del patrimonio dentro del núcleo familiar, y *social*, en cuanto propende al mantenimiento de la familia bajo un mismo techo.⁶⁵

II. Concepto y naturaleza jurídica

Para caracterizar al bien de familia nos parece oportuno recurrir a la definición elaborada por Guastavino, E.⁶⁶ confor-

del dec. 11.157/45; de Administración nacional de Vivienda; ley 12.367, de Gendarmería Nacional; ley 13.135, de Personal Militar del Ejército, Armada y Aeronáutica, que por dec. ley 982/58 lo incluyó en la ley 14.394. Lo contemplaban el *Proyecto de Reformas del Código Civil* de la Comisión de 1936 y el *Anteproyecto de Código Civil* de 1954.

⁶² Ha resuelto la Corte Suprema de Justicia de la Nación que “si bien el instituto del bien de familia tiene respaldo mediato en el art. 14 bis de la Constitución Nacional, su ejercicio está sujeto a la ley reglamentaria (art. 28 de la Constitución Nacional)”: 31.3.92, causa “Pastrana Gómez, G. s/quiebra”.

⁶³ Conf. C.S.J.N., 28.7.55, LL-80-480; S.C. Bs.As., 11.3.57, JA, 1959- III-81; C.Civ. Com. Rosario, sala IV, 28.6.78, JA, 1978, IV-570; Belluscio, A., Zannoni, E., *Código Civil Comentado, Anotado y Concordado*, t. 6, pág. 291, ed. 1986.

⁶⁴ La normativa ha sido objeto de críticas por insuficiente: no resuelve los problemas que derivan del enfrentamiento del bien de familia con otras instituciones, v.g. la legítima hereditaria, situación de los herederos no designados beneficiarios, administración posterior a la muerte del propietario, partición hereditaria cuando en la herencia hay un inmueble afectado. Tampoco es precisa la ley en punto a prerrogativas de los beneficiarios, situación de los acreedores de los herederos con créditos anteriores a la afectación. Asimismo, omite extender la tutela a elementos útiles para la protección del bienestar familiar, como las máquinas y herramientas con que la familia desarrolla su trabajo en el inmueble; etc. Conf. al respecto, Belluscio, A., Zannoni, E., *ob. cit.*, pág. 289.

⁶⁵ Conf. C.N. Civ., sala A, 6.8.86, JA, supl. diario del 1.6.88, n° 10; sala B, 24.10.85, JA, 1986-III-647; sala C, 5.8.86, JA, 1987-II- 6; sala D, 29.2.84, “De la Mela, M. suc.”; sala G, 1.10.81; JA, 1982-II, síntesis; C.N. Cont. - Adm. Federal, sala 1°, 12.2.85, JA, 1985-IV síntesis.

⁶⁶ *Ob. cit.*, pág. 256.

me con la cual “es una institución jurídica del derecho de familia patrimonial y por lo tanto del derecho civil, concerniente a un inmueble urbano o rural, ocupado o explotado por los beneficiarios directamente, limitado en su valor, que por destinarse al servicio de la familia goza de inembargabilidad, es de restringida disponibilidad, se encuentra desgravado impositivamente y subsiste en su afectación después del fallecimiento del titular del dominio”.

En punto a su naturaleza jurídica han sido propiciadas diversas tesis; entre ellas las que lo consideran un condominio familiar, o una propiedad de la familia, o una fundación familiar⁶⁷ y aun se ha sostenido que nos enfrentamos a un dominio imperfecto.⁶⁸

Cabe advertir que el propietario constituyente del bien de familia (sea una o varias personas) no deja de serlo a raíz de la afectación, afectación que no implica el nacimiento de un condominio entre constituyente y beneficiario, sino sólo que el derecho del titular se verá sometido, a partir de ella en adelante y mientras perdure, a determinadas restricciones: el inmueble no podrá ser enajenado (pasa a estar fuera del comercio), ni tampoco gravado sino sujetándose a las prescripciones legales y, aunque aquél puede continuar usando y gozando del inmueble, debe tolerar que los beneficiarios también se sirvan de él, en la medida compatible con su naturaleza y concurrencia de los respectivos derechos.

El cumplimiento efectivo de estas limitaciones puede ser exigido al propietario por los beneficiarios quienes, asimismo, pueden hacerlas valer frente a terceros (por ejemplo, la inembargabilidad e inejecutabilidad del inmueble).

III. Objeto

Puede ser afectado cualquier inmueble urbano o rural —art. 34, ley 14.394—, pero no podrá constituirse más de un bien de familia. “Cuando alguien resultase ser propietario único de dos o más bienes de familia, deberá optar por la subsistencia de uno solo en ese carácter dentro del plazo que fije la autoridad de aplicación, bajo apercibimiento de mantenerse como bien de familia el constituido en primer término” —art. 45, ley 14.394—.

Debe ser
único

⁶⁷ Conf. Guastavino, E., *ob. cit.*, pág. 261 y sig.; Cadoche de Azvalinsky, S., Bien de familia, en *Derecho de familia*, Méndez Costa, M.J. y otros, t. 1, pág. 469, ed. 1982.

⁶⁸ Conf. Cifuentes, S., El bien de familia. Fundamento y naturaleza jurídica, LL-108-1050.

Frente a la disposición, sería posible preguntarse cuál sería la solución en la hipótesis de que el condómino de un inmueble que estuviere afectado al régimen quisiera constituir en bien de familia otro inmueble del que fuera exclusivo titular. La respuesta afirmativa se hallaría abonada por la propia ley, en tanto se refiere a alguien que “resultase ser propietario *único* de dos o más bienes de familia”.

Valuación
del inmueble

Según la ley, sólo son aptos para ser afectados los inmuebles urbanos o rurales “cuyo valor no exceda las necesidades del sustento y vivienda de la familia del propietario, según norma que se establece reglamentariamente”.

Por su parte, el art. 9, decreto reglamentario, deja librado a las provincias el establecer dicho valor tope, de acuerdo con el nivel económico local, criterio adecuado porque brinda la posibilidad de contemplar las características socioeconómicas del núcleo familiar, tan dispares a lo largo de nuestro extenso país.

En el ámbito del territorio sometido a jurisdicción nacional, el dec. 2080/80 dispone por su art. 168 que “se admitirá la constitución de un inmueble en bien de familia, cualquiera sea su valuación fiscal, siempre que estuviere destinado a vivienda del constituyente o su familia o cuando, además de ese destino, se llevara a cabo actividad lucrativa desarrollada personalmente por el titular o los beneficiarios de la institución. En los restantes supuestos previstos por el art. 41, ley 14.394, será menester para acogerse a los beneficios de este régimen, además de la explotación personal por parte del propietario o su familia, que la valuación fiscal del inmueble no exceda los montos que semestralmente fijará el Ministerio de Justicia de la Nación”; con lo que tendríamos que cualquiera fuera la valuación, se admitirá la constitución de un inmueble como bien de familia siempre que estuviera destinado a vivienda del constituyente o su familia.⁶⁹

El precepto no impresiona como adecuado ya que tolera la afectación (en las hipótesis del párrafo primero) de inmuebles de subido valor, con desvío de los propósitos tenidos en cuenta por el legislador al admitir el instituto⁷⁰. Es por ello que la ju-

⁶⁹ Conf. C.N. Civ., sala C, 13.8.81, *ED*, f. 35.123; Fazio de Bello, M., Bien de familia. Desafectación, estudio publicado en *LL*, suplemento diario del 23.11.88.

⁷⁰ La Corte Suprema de Justicia de la Nación, al conocer por vía de recurso extraordinario, ha decidido que correspondía “dejar sin efecto la sentencia que denegó la desafectación como bien de familia del inmueble habitado por la cónyuge supérstite, si permite mantener para una sola persona la afectación de un inmueble de 350 m2 ubicado en una zona importante de la Ciudad de Buenos Aires, lo cual excede los fines previstos por la legislación vigente en la materia y pone de manifiesto un ejercicio antifuncional del derecho”. 1.9.81, cau-

risprudencia ha buscado morigerar el desacierto a través de una interpretación integradora que recurre a la última parte del citado art. 168, dec. 2080/80, para encontrar un parámetro referido al valor del bien a afectar —valuación fiscal que no exceda los montos que semestralmente debe fijar el Ministerio de Justicia de la Nación—⁷¹ o a los preceptos relativos al derecho real de habitación —art. 2953, Código Civil—⁷².

Importa precisar que no es indispensable que el inmueble se halle destinado a vivienda: puede ser afectado un inmueble que se dedique al cultivo o ganadería, o si en él se desarrolla por el propietario o su familia una actividad comercial, industrial o profesional que brinde sustento a la familia, o si se trata de un inmueble con destino mixto (arg. arts. 34 y 41, ley 14.394).

Destino del inmueble

Un *inmueble hipotecado* o *embargado* puede afectarse; ello así en tanto la ley no dispone expresamente lo contrario y el art. 43 determina que el solicitante debe acreditar “los gravámenes que pesen sobre el inmueble”. En cambio, parece que no podría serlo un *inmueble alquilado*⁷³ o dado en *comodato*⁷⁴, pues tales situaciones abstaculizarían el cumplimiento del deber de habitar o explotar personalmente y por cuenta propia el bien o la industria en él instalada que impone al constituyente el art. 41 de la ley 14.394.

Inmueble gravado o alquilado

IV. Concepto de familia

El art. 36 define lo que debe entenderse por familia a los fines de la ley, con lo que va dicho quiénes pueden ser beneficiarios⁷⁵

sa “Magnasco de Bicchi M. c/ Lavagnino Tschirch de Magnasco”: LL, f. 87.013, con nota de Fazio de Bello, M., “Bien de familia. Desafectación”.

⁷¹ En ese sentido, C.N. Civ., sala E, 5.10.81, “Martorelli, A. s/suc.”.

⁷² En ese sentido, se decidió que “en la actualidad, conforme con lo dispuesto en el art. 168, dec. 2080/80, no existe límite máximo para que las viviendas puedan ser declaradas bien de familia. Ante ello, corresponde remitir a las normas propias y reguladoras del derecho de habitación en el Código Civil, de donde se extrae que la habitación se limite a las necesidades personales del habitador y su familia, según su condición social”: C.N. Civ., sala D., 29.2.84, “De la Mela, M. suc.”

⁷³ Conf. C.N. Com., sala A., 23.3.90, JA, 1990, III-450.

⁷⁴ Conf. C.N. Com., sala B, 14.3.88, “Bell, L. c/Dhers, E.”, JA, supl. diario del 8.6.88, su doctrina.

⁷⁵ Quien carezca de alguno de los parientes mencionados por el precepto no puede constituir un inmueble suyo en bien de familia, porque no habría familia que mantener bajo un mismo techo o patrimonio que conservar dentro del núcleo familiar, con lo que fallarían los objetivos de la institución.

importando destacar que el constituyente puede designar beneficiarios a alguno o algunos de los parientes mencionados por el art. 36 y no a otros (arg. art. 43).

Familia es para la ley la que constituye el propietario y su cónyuge⁷⁶, sus descendientes, ascendientes o hijos adoptivos⁷⁷; o en defecto de ellos, sus parientes colaterales⁷⁸ hasta el tercer grado de consanguinidad que convivieren con el constituyente.

Desde que el art. 36 de la ley no menciona a los parientes por afinidad, se ha sostenido que no pueden ser designados beneficiarios.⁷⁹

La posibilidad de designar beneficiarios a los colaterales es subsidiaria ("en defecto" de las otras personas mencionadas, dice la ley) y únicamente pueden serlo si convivieren con el constituyente⁸⁰ requisito este último de la convivencia que no resulta exigido para los otros parientes⁸¹. No existe límite en cuanto a la cantidad de miembros que pueden constituir la familia y, a

⁷⁶ Se ha resuelto, ante la demanda intentada por quien pretendió inscribir un inmueble como bien de familia designando como beneficiaria a su concubina, pretensión rechazada por el Registro de la Propiedad Inmueble en razón de no hallarse casado, que "Con respecto al requisito previsto por el legislador, de que exista una relación matrimonial a los fines de poder acceder al beneficio, él no puede considerarse discriminatorio ni inconstitucional, ya que si bien puede existir una regulación que ampare a las uniones de hecho, ellas no tienen por qué tener la misma amplitud que la prevista para la familia regularmente constituida, ya que ambas son diferentes y puede aplicarse una regulación diferente para cada una de ellas ...de la interpretación de los arts. 34 y 36 de la ley 14.394 se desprende que, para el supuesto de que la afectación beneficie a un grupo familiar, debe entenderse por 'familia' la constituida por el propietario y su 'cónyuge'. Es dable por tanto entender que la ley ha priorizado la calidad de cónyuge del solicitante, con lo que se torna excluyente respecto de las uniones de hecho", CNCiv., sala A, 11.7.2000, ED, fallo 50.482, supl. diario del 13.12.2000.

⁷⁷ Se entiende del propietario; conf. Belluscio, A., Zannoni, E., *ob. cit.*, pág. 301.

⁷⁸ Siempre del propietario.

⁷⁹ Es lo que opina Guastavino, E., *ob. cit.*, n° 403.

⁸⁰ Debe entenderse que la convivencia ha de concretarse en el inmueble afectado y que no será necesaria en caso de que él tenga un destino diferente al de vivienda. "La convivencia no es exigida para el cónyuge, ascendientes o descendientes del constituyente, a la luz de los términos del art. 41 de la ley 14.394, en el que la conjunción disyuntiva 'o' indica que el sometimiento al régimen sólo exige que allí vivan el propietario o bien su familia o ambos conjuntamente. Por ello, el que los cónyuges ya no vivan juntos no es causal de desafectación del bien". C.N. Civ., sala F, 28.6.93: Doctrina Judicial-1993-2-543, f. 7730.

⁸¹ Conf. S.C. Mendoza, 22.2.85, LL., f. 84.617; Belluscio, A., Zannoni, E., *ob. cit.*, pág. 299; Guastavino, E., *ob. cit.*, pág. 341. Es por ello que corresponde interpretar o que se ha extralimitado el dec. 2080/80 al reclamar como recaudo de la inscripción, en su art. 163, inc. b), que se preste declaración jurada del propietario de "convivir con las personas designadas en el art. 36 de la ley 14.394" o entender que tal declaración debe prestarse únicamente para los colaterales, únicos respecto de los cuales la ley requiere la convivencia.

la inversa, bastará la presencia del cónyuge⁸² o de alguno de los parientes mencionados por el art. 36 para que se reúna el requisito de familia.⁸³

Asimismo, corresponde señalar que los beneficios de la constitución pueden ser invocados por los familiares nacidos con posterioridad al registro —arg. art. 2953, Código Civil—. ⁸⁴

V. Constitución. Requisitos sustanciales

El constituyente debe ser titular del dominio del inmueble (arts. 34 y 43, ley 14.394) y capaz para disponer a título oneroso (arg. art. 43)⁸⁵, ya que la afectación comporta un verdadero acto de disposición en tanto el propietario verá seriamente restringidas sus facultades sobre el bien.⁸⁶

En la hipótesis de que se trate de un inmueble ganancial o propio en las condiciones del art. 1277, Código Civil, resultará necesario el *asentimiento conyugal*.

Si el bien está *sujeto a condominio*, será menester el consentimiento unánime de los condóminos (art. 43, segunda parte, ley 14.394; conf. arts. 2680 y 2682, Código Civil, por tratarse de un acto de disposición) y que aparezca justificado que entre los condóminos existe el parentesco al que se refiere la ley y, además, cada condómino deberá acreditar que existe ese parentesco con los beneficiarios que cada uno designa y, en caso de nombrar colaterales beneficiarios uno de los condóminos, que media la convivencia requerida por la ley.

Formalidades de la constitución

En jurisdicción nacional la inscripción del bien de familia debe solicitarse ante el Registro de la Propiedad Inmueble (art. 42, ley 14.394 y arts. 4 y 5, dec. 2513/60), cuyas decisiones son

⁸² La *relación concubinaria* queda excluida, porque en este caso no estaríamos frente a un cónyuge; y la presencia de un concubino o concubina en el inmueble no obstaría la afectación a favor de las personas determinadas en el art. 36; conf. C.N. Civ., sala B, 25.8.81, ED-96-421; Guastavino, E., *ob. cit.*, pág. 337; Belluscio, A., Zannoni, E., *ob. cit.*, págs. 301/302.

⁸³ Así, un propietario soltero podría constituir en bien de familia un inmueble suyo designando beneficiario a un hermano que conviviera con él.

⁸⁴ Por ejemplo, si el constituyente designa beneficiarios a sus hijos, nada impide incluir al que nazca posteriormente; lo mismo respecto de los colaterales, siempre que se respete el requisito de la convivencia; etc. Conf. Guastavino, E., *ob. cit.*, n° 404.

⁸⁵ Conf. Guastavino, E., *ob. cit.*, págs. 378/381.

⁸⁶ Conf. C.N. Civ., sala A, 20.12.60, JA, 1961, II-167; sala D, 27.12.60, JA, 1961, III-5.

susceptibles del recurso judicial previsto en el art. 50, ley 14.394, para ante el “juez civil en turno”.

El trámite es gratuito (arts. 46 y 47), tanto en el ámbito nacional como provincial, pero los interesados pueden requerir asesoramiento profesional, en cuyo caso los honorarios no serán superiores al 1% de la valuación fiscal del bien (art. 47). En todos los casos el constituyente debe justificar su dominio sobre el inmueble y las circunstancias previstas por los arts. 34 y 36 de la ley (conf. su art. 43).

Puede concretarse, en jurisdicción nacional, a través de acta labrada ante el mismo Registro (arts. 163, 165, 167, dec. 2080/80) o por escritura pública⁸⁷ (arts. 163, 166, 167, dec. 2080/80), debiéndose satisfacer los recaudos que establece el mismo art. 163 y el art. 164.

También puede disponerse la constitución por testamento, correspondiendo entonces estar a las prescripciones del art. 44, ley 14.394.⁸⁸

No es necesaria la aceptación de los beneficiarios.⁸⁹

Tampoco exige la ley que se acredite que no existe deuda por impuestos o tasas relativamente al bien que se pretende afectar y con ello concuerda la previsión del art. 38, que permite la ejecución del bien de familia por obligaciones provenientes de impuestos o tasas que graven directamente el inmueble.⁹⁰

Momento a partir de y hasta el cual perduran los efectos de la constitución.

Se producen a partir de su inscripción en el Registro Inmobiliario correspondiente (arg. art. 35, ley 14.394)⁹¹ y subsisten

⁸⁷ La escritura pública resulta indispensable en el supuesto de constitución del bien de familia por donación: arg. art. 1810, Código Civil.

⁸⁸ Se ha resuelto que “el órgano jurisdiccional está facultado para hacer inscribir un bien de familia cuando se lo ha constituido por testamento; C. 1ª Mar del Plata, sala 2ª., JA, 26-1975-6860.

⁸⁹ Belluscio, A., Zannoni, E., *ob. cit.*, pág. 329.

⁹⁰ Conf. Belluscio, A., Zannoni, E., *ob. cit.*, pág. 329.

⁹¹ Conf. C.N. Civ., sala A, JA, 1962, IV-93; sala B, 29.10.90, JA-suplemento diario del 20.3.91; sala F, 30.11.87, JA, supl. diario del 1.6.88., pág. 61; C.N. Com., sala B, 28.9.83, JA, supl. diario del 1.6.88, pág. 33, n° 43; íd., 15.11.94: Doctrina Judicial-1995-1-722, f. 9337. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto que “La decisión de hacer surtir efectos a la constitución del bien de familia solamente a partir del momento de su inscripción, no constituye derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa. Ello es así porque si bien el art. 35 de la ley 14.394 dispone que los efectos se producen ‘a partir de la inscripción en el registro inmobiliario correspondiente’, una correcta armonización de las nor-

hasta la desafectación, aun cuando se produjera el fallecimiento del propietario constituyente, interpretación valiosa (ya que cuando fallece el propietario es cuando más necesaria se torna la tutela del grupo familiar) que puede derivarse del art. 37 (que dispone que el bien de familia no puede ser objeto de legados o mejoras testamentarias), del art. 40 (que exige al bien de familia del pago del impuesto a la transmisión gratuita de bienes) y del art. 48 (referido a la reducción del honorario vinculado a "la transmisión hereditaria del bien de familia"), y aun del art. 49, inc. b) (desafectación a solicitud de la mayoría de los herederos en caso de constitución por testamento), normas las citadas que carecerían de sentido si la afectación caducara con la muerte del constituyente.⁹²

Se ha planteado el interrogante de si juega en materia de bien de familia el principio de la *subrogación real*, aun cuando la ley 14.394 no la consagra expresamente. La aceptación de

mas en juego permite interpretar que la aludida inscripción es consecuencia de un procedimiento previo que también es oponible a terceros (arts. 5, 9, inc. b, 17, 18, 19, 24, 25, 26, 4°, ley 17.801): sentencia del 19.9.85, in re "Carrizo, J., incidente levantamiento embargo en autos "Rodríguez, A. c/Carrizo, J." (para arribar a esta singular solución el Alto Tribunal tuvo en cuenta las circunstancias muy particulares del caso, que involucraba una solicitud de inscripción que arrojó una constancia puesta por el registro local al pie del título presentado por el beneficiario, en el sentido de que se había tomado nota de los derechos emergentes de aquél —compraventa y bien de familia—, no obstante lo cual no fue asentado el bien de familia, a pesar de encontrarse en condiciones, ignorándose el motivo de la omisión del Registro. En el mismo sentido, frente al error registral y argumentando con la preeminencia que debe otorgarse a la protección de la vivienda familiar, resolvió la SCMendoza, sala I, 28.9.2001, LL, fallo 103.294, supl.diario del 18.2.2002. Consecuentemente, no parece que la solución de especie a la que llegó la Corte Suprema pueda ser adoptada con carácter general para todos los supuestos. En un interesante caso, la C.N. Com., sala A, 24.5.85, JA, 1986, II-202, se pronunció en el sentido de que "el inmueble es inembargable si fue inscripto como bien de familia el mismo día en que se libró el cheque en ejecución, sin que conste cuál tuvo lugar primero. Ello por tratarse de una inscripción registral integrante de un sistema en el que se consagran efectos retroactivos (art. 5, ley 17.801) y a la que al menos cabe asignar vigencia desde la cero hora del día de su fecha por extensiva aplicación del art. 24 de dicha ley".

Desde otro ángulo, debe tenerse presente que, si la constitución ha sido formalizada en escritura pública, el escribano deberá solicitar el correspondiente certificado, que generará el consecuente bloqueo registral, y que la presentación al registro podrá ser efectuada en cualquier momento, pero deberá serlo dentro de los cuarenta y cinco días subsiguientes al otorgamiento de la escritura para que la inscripción tenga efecto retroactivo a aquella fecha; arg. arts. 23/25 y 5, ley 17.801. Ver cuanto decimos en el Tomo III de esta obra al tratar el tema de la publicidad de los derechos reales.

⁹² Conf. S.C. Bs. As., 27.12.66, JA, 1967-VI, secc. prov., pág. 489; con nota de Guastavino, E., Legítima y bien de familia.

esta posibilidad —que se sustenta en la protección debida a la vivienda familiar— conduciría a que, enajenado el inmueble afectado como bien de familia y adquirido otro con su producido, el inmueble subrogado que se pretendiera inscribir como bien de familia recibiría el mismo trato que el anterior, o sea, que esa inscripción tendría efecto retroactivo a la fecha de inscripción del primero⁹³. La postura negativa se funda en que la subrogación real no está prevista en la ley 14.394, que consagra un régimen de excepción que debe ser interpretado restrictivamente y en que la inscripción del bien de familia tiene carácter constitutivo, según el art. 35 de dicha ley⁹⁴.

El Proyecto de Código Civil de 1998 acepta la subrogación real en su art. 238.⁹⁵

VI. Efectos de la constitución

1. Respetto del constituyente

El constituyente del inmueble afectado no pierde el dominio de éste (con toda la secuela de derechos y deberes que la calidad de propietario implica), ni debe compartirlo con los beneficiarios (estos adquieren ciertas prerrogativas sobre el bien que ha de tolerar el propietario, pero sin convertirse en propietarios ellos mismos), aunque ese dominio tiene características peculiares que veremos a continuación.

El constituyente debe habitarlo *personalmente*⁹⁶ o *explo-tar personalmente la industria o comercio en él instalado* (art. 41)⁹⁷; el inmueble aparece sometido a una *inalienabilidad rela-*

⁹³ Por la afirmativa, CCivyCom San Isidro, sala I, 3.2.97, LLBA-1997-530.

⁹⁴ En esta *postura negativa*, CNCiv., sala I, 21.5.92, LL-1992-E-386.

⁹⁵ Dice el art 238, ubicado en el Capítulo destinado a la protección de la vivienda (Libro II, Título III, Capítulo III): “*Subrogación real. La afectación se trasmite a la vivienda adquirida en sustitución de la afectada o a los importes que la sustituyen en concepto de indemnización*”.

⁹⁶ Por ello el inmueble afectado no puede ser alquilado, aun cuando se argumentara que por el alquiler se percibe una renta, pues ello no coincidiría con el fin tuitivo que es el de proteger el hogar de la familia o el inmueble que esté al alcance de su trabajo personal para contribuir a su sustento: conf. C.N. Civ., sala C, 27.6.78, LL, F. 76.498; sala G, 8.10.87, JA, supl. diario del 1.6.88, pág. 60; en el mismo sentido: C.N. Com., sala D., 13.8.84, causa “Burokas, R. c/ Canale, R.”, LL, f. 83.828; C.Civ. Com. Rosario, sala 4ª, 30.3.87, JA, supl. diario del 1.6.88, pág. 63. Tampoco podría ser dado en comodato: conf. C.N. Com., sala B, 14.3.88, JA, supl. diario del 1.6.88, n° 179, pág. 45.

⁹⁷ Conf. jurisprudencia citada en la nota anterior.

tiva: no puede ser enajenado⁹⁸, ni objeto de legados o mejoras testamentarias —es decir que se halla fuera del comercio— y para gravarlo es necesario el consentimiento del cónyuge⁹⁹ y si éste se opusiere, faltare o fuere incapaz, deberá requerirse autorización al órgano administrativo de aplicación —Registro de la Propiedad Inmueble— (con recurso ante la justicia civil: arg. art. 50, ley 14.394), que sólo se otorgará si mediare causa grave o manifiesta utilidad para la familia (art. 37); el propietario *conserva la administración* del inmueble, con la salvedad de que o puede celebrar actos de administración que se contrapongan con el régimen del bien de familia (así, no podría arrendarlo —salvo las hipótesis excepcionales a que se refiere el art. 41, última parte, ley 14.394—, porque ello impediría el cumplimiento de su deber de habitar el inmueble o explotarlo personalmente, en su caso¹⁰⁰, pero nada impide la percepción y enajenación de los frutos que aquél produzca, en cuanto excedan las necesidades de sustento de la familia); debe *tolerar* que los beneficiarios ejerciten su facultad de habitar el inmueble o gozar de sus frutos.¹⁰¹

Por hallarse fuera del comercio en virtud de lo dispuesto en el art. 37¹⁰² el inmueble sometido al régimen de bien de familia resulta imprescriptible (arg. art. 2400, Código Civil).¹⁰³

El inmueble también está sometido a un régimen especial de *inembargabilidad* (arts. 38 y 39), *tratamiento impositivo* y *régimen de honorarios profesionales* favorables (arts. 40, 46, 47 y 48, ley 14.394). Luego nos detendremos sobre esto.

Si el propietario del inmueble afectado falleciere, la afectación subsiste (arg. arts. 37, 49 y 49, inc. *d*), ley 14.394) y ella no impide la transmisión sucesoria del bien, que integra la masa hereditaria a los efectos del cálculo de la legítima, pero la subsistencia del régimen se traduce en un estado de indivisión forzosa

⁹⁸ Se ha resuelto que “cuando ambos cónyuges prometen en venta el inmueble afectado como bien de familia, dicha convención implica un supuesto de desafectación voluntaria de acuerdo con el art. 49, ley 14.394: C.N.Civ., sala C, 21.10.87, causa “Luzzi, J. c/ Talner, Y.”; sala E, 10.5.83, *JA*, supl. diario del 1.6.88, n° 223, pág. 50.

⁹⁹ No así el de los demás beneficiarios.

¹⁰⁰ Conf. C.N. Com., sala A, 23.3.90, *JA*, 1990, III-450.

¹⁰¹ Conf. Gustavino, E., *ob. cit.*, n° 546; Belluscio, A., Zannoni, E., *ob. cit.*, págs. 305/306.

¹⁰² Conf. C.N. Civ., sala D, 18.8.83, *JA*, 1984, II-137, su doctrina; S.C. Mendoza, sala I, 22.2.85, *LL*, f. 84.617, fallo en el que se sostiene que el inmueble sometido al régimen de bien de familia está fuera del comercio en forma relativa, no aplicándosele los arts. 2612 y 2604, Código Civil.

¹⁰³ Conf. Guastavino, E., *ob. cit.*, n° 316. *Contra*: Belluscio, A., Zannoni, E., *ob. cit.*, pág. 360.

que equivale a un goce comunitario del bien y de sus frutos por los herederos beneficiarios.¹⁰⁴

2. Respetto de los beneficiarios

Les asiste el derecho de servirse el inmueble (uso y goce) en la medida compatible con su naturaleza y concurrencia del derecho del constituyente y demás beneficiarios que pudieren existir, habiéndose propuesto sobre el punto recurrir a la aplicación analógica de las reglas que, en el Código Civil, gobiernan los derechos reales de uso y habitación¹⁰⁵ pueden exigir el cumplimiento de la inenajenabilidad a la que se halla sometido el bien, así como el respeto de la inembargabilidad y el tratamiento impositivo favorable (lo mismo en punto a honorarios) y la subsistencia de la afectación luego del fallecimiento del propietario.

3. Los acreedores y el bien de familia

Dispone el art. 38 de la ley 14.394 que el bien de familia *no será susceptible de ejecución o embargo por deudas posteriores a su constitución*, ni aun en caso de concurso.

Las excepciones a la inembargabilidad e inejecutabilidad son las siguientes: deudas anteriores; obligaciones provenientes de impuestos y tasas que graven directamente al inmueble¹⁰⁶; gravámenes constitutivos de conformidad a lo establecido en el art. 37; créditos derivados de construcciones o mejoras introducidos en la finca.

Corresponde rescatar que la inembargabilidad del inmueble —consagrada en beneficio del interés familiar¹⁰⁷—no obsta la adopción de otras medidas cautelares a las que podrían recurrir los acreedores del titular.¹⁰⁸

También importa precisar que, no hallándose consagrado por la ley la *subrogación* real, en la hipótesis de que el inmueble fuera expropiado o, encontrándose asegurado, sufre una indemnización, ésta no estaría sujeta a inembargabilidad.¹⁰⁹

¹⁰⁴ Conf. Guastavino, E., *ob. cit.*, n° 546. *Contra*: Belluscio, A., Zannoni, E., *ob. cit.*, págs. 308/309 y 350; C.N. Civ., sala A, 17.9.84, causa "Camino Agra, A. suc."; S.C. Bs. As., 27.12.66, JA, 1967, VI—secc. prov., pág. 489.

¹⁰⁵ Conf. Guastavino, E., *ob. cit.*, n° 301/302.

¹⁰⁶ Quedan incluidas las contribuciones de mejoras; conf. Belluscio, A., Zannoni, E., *ob. cit.*, págs. 317/318.

¹⁰⁷ Y que es por eso mismo irrenunciable por el propietario.

¹⁰⁸ Por ejemplo, inhibición general, prohibición de contratar, etc.

¹⁰⁹ Conf. Guastavino, E., *ob. cit.*, n° 479.

Deudas anteriores

El tema del embargo y ejecución por deudas anteriores y qué debe entenderse por tales es el de mayor resonancia práctica.

Para establecer si la deuda es anterior a la inscripción debe estarse al *hecho generador de la obligación*, esto es, a la fecha del contrato o del hecho ilícito, en su caso¹¹⁰ no resultando determinante, entonces, la fecha del incumplimiento contractual, ni la de la demanda por indemnización de daños y perjuicios, ni menos la de la sentencia que condene a su pago.¹¹¹

Así, tratándose de deudas derivadas de una *locación*, cabrá atenderse a la fecha del contrato¹¹²; si la deuda se hallare documentada en una letra de cambio o pagaré que se ejecuta, habrá de ponderarse la fecha de libramiento¹¹³; si se trata de una deuda por *expensas comunes o primas de seguro del edificio sometido al régimen de la propiedad horizontal*, debe estarse a la fecha de inscripción del respectivo Reglamento de Copropiedad y Administración, porque la deuda por expensas tiene su fuente generadora en éste¹¹⁴; si el conflicto se plantea con un *acreedor hipotecario*, el bien de familia es oponible a él cuando no se acredita la existencia de una obligación exigible a la que dicho gravamen acceda, anterior a la inscripción¹¹⁵; si se trata de una *fianza*, debe

¹¹⁰ C.N. Civ., sala A, 21.6.88, *Doctrina Judicial*, 1989, II-543; *id.*, 26.3.91, *Doctrina Judicial*, 1991, II-613; sala B, JA, 1991, I-558; sala D, 22.4.91, *Doctrina Judicial*, 1991, II-654.

¹¹¹ Conf. C.N. Civ., sala A, 21.6.88, *Doctrina Judicial*, 1989, II-543.

¹¹² C.N. Espec. Civ. y com., sala 3ª 10.7.74, *ED*, 58-645; Cam. 1ª Civ. y Com. Mar del Plata, sala 2ª, JA, 1978, IV-768. Para el caso de suscripción de un documento por el que el propietario del inmueble celebró un contrato constituyéndose en *codeudor solidario* del locatario, se estimó que debía estarse a la fecha de aquella suscripción, resultando irrelevante que la deuda del garantizado hubiere nacido con posterioridad: C.N. Com., sala E, 9.10.84, “Banco de Londres y América del Sud c/Chaves, J.”; en el mismo sentido: C.N. Civ., sala B, 28.1.89, *Doctrina Judicial*, 1990, II-545. También se ha resuelto que “el bien de familia constituido por el deudor con posterioridad a la celebración del contrato y anterior al pago efectuado por el fiador, no le es oponible a éste: C.N. Civ., sala D, 1.7.91, JA, 1992, II-235.

¹¹³ Conf. C.N. Civ., sala A., 26.6.92: *LL*, f. 90.778; C.N. Com., sala A, 18.5.72, causa “Arrausé, L. c/Manolio, O.”; sala B, 30.8.67, JA, 1967-IV, sec. reseñas, pág. 407.

¹¹⁴ Conf. C.N. Civ., sala A, 21.10.74, *ED*-60-151; *id.*, 26.9.2000, *ED*, fallo 50.946, supl. diario del 21.8.2001; sala B, 30.5.72, *ED*-43-554; sala E, 14.10.76, causa “Consorcio de Propietarios Obligado 2566 c/Dávila Cecilia”; *id.* 23.8.95, *LL*, f. 94.061, supl. del 7.3.96; C.N. Espec. Civ. y Com., sala V, 4.7.84, *ED*-117-635; C.N. Com., sala A, 29.2.96: *LL*, f. 94.572, supl. del 7.8.96.

¹¹⁵ C.N. Com., sala A, 22.1.85, *ED*, 122-672; en esa causa —en la que se presentaba el supuesto de una hipoteca constituida en garantía del saldo de una cuenta corriente bancaria— se decidió que “la cuenta corriente bancaria

estarse a la fecha en que fue suscripto el contrato de fianza¹¹⁶; si se trata de *obligaciones de origen extracontractual*, debe tenerse en cuenta la fecha de producción del hecho ilícito generador de responsabilidad¹¹⁷; si el conflicto se plantea con *honorarios profesionales*, corresponde estar a la fecha del comienzo de la labor profesional y no a la de la regulación, que se limita a reconocer ese crédito preexistente,¹¹⁸ si se *trata de una cuenta corriente bancaria*, debe estarse a la fecha de la creación del contrato de cuenta corriente bancaria y no a la fecha del descubierto, pues éste tiene su causa en el contrato, resultando irrelevante que la determinación del saldo deudor sea posterior a la afectación del bien, siendo entonces el nacimiento de la cuenta el que debe tomarse en cuenta a fin de considerar la oponibilidad del bien de familia al acreedor (la institución bancaria) y no la aparición de las operaciones posteriores que pudieran haberse efectuado en ella,¹¹⁹ etc.

Corresponde señalar que, afectado el bien por ambos condóminos, la ejecución seguida por los acreedores de uno de ellos, por deudas anteriores a la constitución, determina la de-

con saldo deudor antes de la inscripción no hace inoponible al banco dicha afectación, porque no tiene un saldo definitivo sino sólo una disponibilidad meramente provisoria y sujeta a las vicisitudes de la cuenta. Hay inoponibilidad cuando el cierre de la cuenta se produce antes de la inscripción del bien de familia, porque entonces existe una deuda anterior". *Contra*: C.N. Com., sala B, 29.12.95 - *JA*: supl. del 31.7.96, en el sentido de que "procede la desafectación del inmueble al régimen de bien de familia si la cuenta corriente fue abierta con anterioridad a la afectación (no obstante que la constitución en mora fuera posterior), por cuanto esa fue la fecha en que se generó la obligación y en la que el deudor demostró su confianza y solvencia". *Conf.* con este criterio: Civ. y Com. Azul, 22.2.95, *JA*, supl. del 24.4.96.

¹¹⁶ CNCom., sala A, 14.4.2000, DJ-2000-3-535.

¹¹⁷ *Conf.* C.N. Civ., sala F, 6.8.79.

¹¹⁸ *Conf.* C. N. Civ., sala C, 7.4.94: *Doctrina Judicial* - 1995-1-495; C.N. Com., sala A, 27.6.95, *LL*, 39033-S.

¹¹⁹ *Conf.* C.N. Com., sala A, 22.2.91, *ED*, 142-500; sala B, 29.12.95, *ED*, 170-41; CNCom., Sala E, 12.11.2002, *LL*; fallo 105.702, supl. diario del 25.6.2003; SCBs.As., 10.5.2000, *ED*, fallo 50.434, supl. diario del 15.11.2000; C.N. Civ. y Com. Mar del Plata, sala 1, *JA*, 1997, III-76; Capel C. C. Azul, *ED*, 166-155. *Contra*: se ha resuelto, en cambio, que corresponde estar a la fecha de cierre de la cuenta corriente que dio origen al certificado que se ejecuta y no a la fecha de apertura de la cuenta corriente —C.N. Com., sala A, 13.7.90, "Banco Cooperativo de Caseros c/Petito, C."; *id.*, 8.6.2000, *LL*, fallo 101.351, supl. diario del 13.12.2000—. En ese mismo orden de ideas, sostienen Grispo, J.D.-Balbin, S., *Oponibilidad del bien de familia y cuenta corriente bancaria* —*ED*, supl. diario del 18.2.2000— que, frente a una cuenta corriente cerrada, se debe distinguir dentro del certificado que se ejecutan los conceptos que sean anteriores a la constitución del bien de familia y desbrozar aquellos que sean anteriores a la afectación, a fin de evaluar —sólo respecto de éstos— la procedencia de la desafectación.

safectación de todo el bien, pues no se concibe el mantenimiento de la afectación por una porción indivisa (arg. art. 43, ley 14.394, que exige el consentimiento de todos los condóminos para el sometimiento al régimen); a lo que cabe añadir que, si se subastara una parte ideal del inmueble, difícilmente podría concurrir el requisito de parentesco entre el adquirente y el condómino restante.¹²⁰

Frutos y productos del inmueble

Los frutos del inmueble resultan embargables en cuanto excedan los indispensables para satisfacer las necesidades de la familia, pero en ningún caso el embargo podrá superar el 50% de los frutos (art. 39, ley 14.394).

En cuanto a los *productos*, dada su naturaleza de producciones no renovables del objeto, cuya extracción lo disminuye definitivamente¹²¹, puede ser sostenida su inembargabilidad ya que se encontraría comprometida la cosa misma.¹²²

Concurso del propietario

La situación que se presenta en caso de concurso del propietario del bien de familia no parece contemplada específicamente, ni en la ley 14.394, ni en la Ley de Concursos.

La doctrina y la jurisprudencia han tratado de cubrir ese vacío a través de un criterio que pondera la existencia o no entre los acreedores del concursado de créditos de fecha anterior a la de constitución del bien de familia.

En el caso de que *no existan créditos de fecha anterior a la constitución*, el inmueble queda fuera del activo de la falencia (arg. art. 108, inc. 2º, ley 24.522).¹²³

En caso de que *existan créditos anteriores*, las posiciones no son uniformes: a) según una postura, si el bien de familia es inoponible a los acreedores individuales por título anterior a su constitución, desafectado del régimen de amparo, queda desafectado en favor de todos los acreedores verificados, es decir que el inmueble se incorpora a la masa de bienes atrapados por la ejecución concursal, quedando sujeto al desapoderamiento

¹²⁰ Conf. C.N. Civ., sala D, *ED*, 107-637; sala E, 21.9.93: *JA*, supl. del 24.8.94.

¹²¹ Conf., nota al art. 2329, Código Civil.

¹²² Conf. Guastavino, E., *ob. cit.*, nº 477. *Contra*: Belluscio, A., Zannoni, E., *ob. cit.*, págs. 321/322.

¹²³ Conf. Lettieri, C.A., Aspectos del bien de familia en la quiebra del instituyente, *ED*, supl, diario del 29.5.85; C.N. Com., sala A, 31.3.87, *ED*, f. 40.196.

consecuente a la declaración de quiebra, ya que la situación concursal importa un fenómeno universal que impone apreciar igualitariamente la situación de todos los acreedores¹²⁴, hallándose el síndico legitimado para promover la respectiva desafectación¹²⁵; b) otra postura se inclina por considerar que a los acreedores de fecha posterior a la afectación del inmueble no les es posible beneficiarse del producido de su ejecución¹²⁶, y que ésta puede ser promovida únicamente por los acreedores con título anterior y no por el síndico.¹²⁷

4. Tratamiento impositivo favorable. Honorarios

El bien de familia está exento, en todo el territorio de la Nación¹²⁸ del impuesto a la transmisión gratuita por causa de muerte (derogado en el año 1976) cuando ella opere a favor de las personas mencionadas en el art. 36 y siempre que no resultare desafectado dentro de los cinco años de operada la transmisión (art. 40, ley 14.394).

La exención no resultaría jugar respecto de la *tasa de justicia*, habida cuenta de que en la materia las excepciones son de interpretación restrictiva¹²⁹ aun cuando cabe reparar en lo dispuesto en el art. 38, ley 14.394, a los fines de decidir sobre la procedencia de la ejecución del inmueble.

La ley también exime a los trámites y actos vinculados a la constitución e inscripción del pago del impuesto de sellos, derecho de oficina y tasas correspondientes al Registro de la Propiedad Inmueble, tanto nacionales como provinciales (art. 46). Las normas locales se han adecuado a esta previsión.

Asimismo, "la autoridad administrativa estará obligada a prestar a los interesados gratuitamente el asesoramiento y la

¹²⁴ Conf. C.N. Com., sala A, 31.3.87, *ED*, 123-516; *id.*, 12.3.2001, DJ-2001-3-587; *id.*, 23.9.2002, *LL*, fallo 105.219, suplemento Concursos y Quiebras; sala B, 31.3.87, *ED.*, f. 40.196; sala D, 5.3.79, *LL*, 1979, B-359; Cámara, H., *El concurso preventivo y la quiebra*, t. III, n° 128.1.4.2; Lettieri, C.A., *ob. cit.*, *loc. cit.*; Bouzat, F., *El bien de familia y el desapoderamiento en el concurso civil y la quiebra*, Revista JUS, 1967, n° 9, pág. 5.

¹²⁵ Conf. C.N. Com., sala B, 31.3.87, *ED*, f. 40.196.

¹²⁶ C.N. Com., sala C, 18.7.75, *ED*, 67-509; *id.*, 22.8.2003, *LL*, supl. diario del 14.1.2004 (Reseña de fallos).

¹²⁷ Conf. Sajón, J., *El bien de familia y la quiebra*, *ED*-95-925; Argeri, S., *La quiebra y demás procesos concursales*, vol. II, pág. 188; Kemelmajer de Carlucci, A., Perelada, C., Flores, G. M. de, *Bien de familia y quiebra*, Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, año 17, 1984, pág. 467.

¹²⁸ Cabría examinar la constitucionalidad de esta extensión, ponderando que antes del año 1976 diversas provincias establecieron soluciones distintas a las del art. 40 que estamos estudiando; conf. Belluscio, A., Zannoni, E., *ob. cit.*, pág. 322.

¹²⁹ Conf., Belluscio, A., Zannoni, E., *ob. cit.*, pág. 323.

colaboración necesarios para la realización de todos los trámites relacionados con la constitución e inscripción de familia. Si ello no obstante, los interesados desearan la intervención de profesionales, los honorarios de éstos no podrán exceder, en conjunto, del uno por ciento de la valuación fiscal del inmueble para el pago de la contribución territorial” (art. 47, ley 14.394).

También se refiere a honorarios —esta vez los vinculados con la transmisión hereditaria del bien de familia— el art. 48 de la ley, estableciendo que no podrán superar el tres por ciento de la valuación fiscal, “rigiéndose por los principios generales la regulación referida a los demás bienes”.

VII. Desafectación

Así como la afectación de un inmueble al régimen de bien de familia se consuma con la inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble, su desafectación al sistema y, por consiguiente, la extinción del régimen y de los efectos que de él derivan, se consuma con la cancelación de la inscripción en dicho Registro cuando concurre alguna de las causales que taxativamente¹³⁰ enumera el art. 49 de la ley 14.394.

Producida la desafectación resultan las siguientes consecuencias de ella: a) las obligaciones contraídas por el constituyente con anterioridad y las surgidas durante el período de afectación (*a fortiori* las deudas posteriores a la desafectación) pueden ser hechas efectivas sobre el inmueble, que se torna embargable, ejecutable y prescriptible; b) si el titular del inmueble hubiere fallecido, es pertinente la partición entre los herederos; c) puede ser objeto de mejoras testamentarias y legados; d) las restricciones a sus facultades que debía tolerar el propietario desaparecen, así como las facultades que el sistema otorgaba sobre el inmueble a los beneficiarios.

Formalidades

La desafectación puede formalizarse por acta registral (que se labra ante el mismo Registro de la Propiedad Inmueble), por oficio judicial o por acta notarial.¹³¹

En caso de controversia, entiende la autoridad registral o la judicial, directamente o por vía de recurso (arg. art. 50, ley 14.395).

¹³⁰ Conf. Belluscio, A., Zannoni, E., *ob. cit.*; pág. 3410.

¹³¹ En ese sentido, conf. art. 169, dec. 2080/80.

Distintos supuestos

a) “A instancias del propietario, con la conformidad de su cónyuge; a falta del cónyuge, o si éste fuera incapaz¹³² se admitirá el pedido siempre que el interés familiar no se encuentre comprometido” (art. 49, inc. a), ley 14.394).

La *separación de hecho o el divorcio (decretado o en trámite) de los cónyuges* no constituyen, en principio, causales de desafectación, en tanto la ley no las contempla específicamente, razón por la que debería estarse —aun en caso de liquidación de la sociedad conyugal— a la continuidad del régimen de indivisión respecto del inmueble afectado¹³³, de modo que en cada situación será necesario examinar si concurre alguno de los supuestos previstos en el art. 49 de la ley que justifique la desafectación.¹³⁴

Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha decidido que “corresponde dejar sin efecto la sentencia que no hizo lugar a la desafectación de un inmueble ganancial como bien de familia, tratándose de cónyuges divorciados por culpa de ambos, sin hijos y sin que medie entre ellos el respectivo deber de asistencia, amén de que la esposa tiene un inmueble propio y cuenta con ingresos para proveer lo necesario para su mantenimiento”: causa “Alsina, F. c/Pagan de Alsina, N.”, 10.2.87.

También se ha resuelto que “la desaparición de la convivencia provocada por el divorcio de los cónyuges hace viable la desafectación solicitada por uno de ellos, porque no puede considerarse que la ley comprenda en su tutela a la individualidad de uno solo de los integrantes de la familia”.¹³⁵

Y que “resulta abusiva la oposición por parte de uno de los cónyuges a la desafectación solicitada por el cónyuge propietario del inmueble, que fue quien lo afectó al régimen de bien de familia en beneficio del hijo menor del matrimonio, si se trata

¹³² Lo mismo si el cónyuge se opusiere —a pesar de que la ley no menciona expresamente el supuesto—, por aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 37. Conf. C.N. Civ., sala E, 9.4.91, Doctrina Judicial, 1992, I-478; Belluscio, A., Zannoni, E., *ob. cit.*, págs. 342/343; *Contra*: Guastavino, E., *ob. cit.*, n° 570.

¹³³ Conf. C.N. Com., sala C, ED, f. 38.091; CNCiv., sala E, 23.2.99, ED, fallo 50.087, supl. diario del 6.6.2000; S.C. Mendoza, sala 1ª, 22.2.85, LL, f. 84.617; Guastavino, E., *ob. cit.*, n° 587; Méndez Costa, M. J., *Divorcio y bien de familia ganancial*, LL, supl. diario del 25.2.86; Guaglianone, A., *Disolución y liquidación de la sociedad conyugal*, ed. 1965, n° 416.

¹³⁴ Por ejemplo, si media partición de la sociedad conyugal y el inmueble es adjudicado en condominio a ambos cónyuges, entraría a jugar la causal del inc. c), art. 49; también podría el pedido de desafectación encuadrarse en el inc. d) de la misma norma.

¹³⁵ C.N. Civ., sala B, 9.12.86, ED, 122-576.

de cónyuges separados de hecho, con juicio de divorcio en trámite y ninguno de ellos habita el inmueble, que reviste la calidad de propio del cónyuge que pide la desafectación alegando motivos justificados”.¹³⁶

b) “A solicitud de la mayoría de los herederos¹³⁷, cuando el bien de familia se hubiere constituido por testamento, salvo que mediare disconformidad del cónyuge supérstite o existan incapaces, caso en el cual el juez de la sucesión o la autoridad competente resolverá lo que sea más conveniente para el interés familiar” (art. 49, inc. b), ley 14.394).

La mayoría de edad de los herederos beneficiarios no es causal por sí misma de desafectación, pues la subsistencia del bien de familia no se condiciona a la presencia de herederos menores o incapaces.¹³⁸

c) “A requerimiento de la mayoría de los copartícipes, si hubiera condominio, computada en proporción a sus respectivas partes”.

Así como la ley tolera la afectación de un inmueble en condominio al régimen de bien de familia, siempre que existiera unanimidad (art. 43), también contempla su desafectación, siendo suficiente para ello la decisión de la mayoría de los condóminos, computada según el valor de sus partes indivisas (se requeriría entonces el voto favorable de condóminos cuyas porciones representen el 51% del valor del bien).

La ley no contempla específicamente el supuesto de *empate*, por lo que son plausibles dos soluciones: 1) entender que, toda vez que la enumeración de las causales es taxativa, de no lograrse la mayoría exigida la desafectación no resultaría posible fundarla en esta causal; no obstante, si concurrieren las causas graves a que se refiere el inc. e), podría obtenerse por esta vía¹³⁹; 2) La otra solución apela al régimen del condominio común y a lo dispuesto en el art. 2706, Código Civil, para el caso de empate (“no prefiriendo los condóminos la decisión por la suerte o por árbitros, decidirá el juez sumariamente a solicitud de cualquiera de ellos con audiencia de los otros”).¹⁴⁰

¹³⁶ C.N. Civ., sala E, 9.4.91, Doctrina Judicial, 1992, I-478.

¹³⁷ Por aplicación analógica de lo dispuesto en los incs. b) y c), del art. 49, ley 14.394, se ordenó la desafectación pedida por la mayoría de los herederos, computada en proporción a sus respectivas partes: C.N. Civ., sala A, ED, 42-206.

¹³⁸ Conf. S.C. Mendoza, sala 1ª, 22.2.85, LL, f. 84.617; Guastavino, E., *ob. cit.*, n° 576.

¹³⁹ Conf., Belluscio, A., Zannoni, E., *ob. cit.*, pág. 347.

¹⁴⁰ En este sentido se pronuncia Guastavino, E., *ob. cit.*, n° 573; conf. C.Ñ. Civ., sala E, 10.3.83, causa “Destefanis, R. suc.”.

d) "De oficio o a instancia de cualquier interesado¹⁴¹ cuando no subsistieren los requisitos previstos en los arts. 34, 36 o 41 o hubieren fallecido todos los beneficiarios" (art. 49, inc. d).

Respecto de la exigencia del art. 34 y el aumento de valor del inmueble, nos remitimos a cuanto diremos sobre el punto más adelante, en el apartado "*Causales no admisibles*".

Relativamente a la exigencia del art. 36, será necesario determinar, en cada caso, si el incumplimiento del deber de habitar o explotar personalmente el bien es transitorio y justificado (por ejemplo, por viaje, enfermedad, necesidades laborales; si la presencia de un extraño a la familia en la explotación obedece a un vínculo de dependencia o se trata de una actividad meramente complementaria; etc.).

La muerte de todos los beneficiarios es causal de desafectación, porque en ese supuesto desaparecería el propósito del instituto.

Pareciera, entonces, que la subsistencia de un solo beneficiario, aunque se haya convertido en titular del inmueble, obsta la desafectación.

Se ha sostenido, empero, que resulta procedente la desafectación del bien de familia a partir de la fecha de fallecimiento del constituyente, en caso de sobrevivir un único beneficiario que pasó a convertirse en titular del dominio, porque habría desaparecido la familia y, por lo tanto, el interés familiar que la ley busca proteger, debiendo ser distinguidos cuatro diferentes supuestos en el art. 49, inc. d), ley 14.394, tres referidos a la subsistencia de los requisitos establecidos en los arts. 34, 36 y 41 y una cuarta hipótesis vinculada con el fallecimiento de todos los beneficiarios.¹⁴²

Sin embargo —y sin dejar de reconocer que el argumento es fuerte—, además de que la exigencia legal es literalmente clara —muerte de *todos* los beneficiarios¹⁴³, y de que el art. 49, inc. d), ley 14.394 puede ser interpretado en el sentido de que sólo permite la desafectación, además de los supuestos en que dejan de substituir los requisitos de los arts. 34, 36 y 41 cuando

¹⁴¹ Por ejemplo, un acreedor del propietario a quien asiste ese interés en tanto la desafectación posibilitará que ejecute el inmueble para cobrarse su crédito.

¹⁴² Conf. C.N. Civ., sala A, 10.3.86; JA-1986-III-650; sala B, 24.10.85, ED, f. 39.961; sala E, 7.6.88, JA-1989-III-46; sala G, 1.10.81, ED, f. 35.126; Borda, G., *Familia*, I, N° 358. No obstante, hace la salvedad de la hipótesis en que el único beneficiario del bien de familia no llegue a ser propietario exclusivo del inmueble —sea porque sucede con otros o porque lo recibe en condominio, sea porque no sucede al constituyente—: C.N. Civ., sala A, 10.3.86, JA-1986-III-650.

¹⁴³ Conf. C.N. Civ., sala C, 31.3.86, JA-supl. diario del 16.7.86.

hubieren fallecido todos los beneficiarios¹⁴⁴, cabe señalar que, por de pronto en la hipótesis de que subsistiera un solo beneficiario y el propietario del inmueble, ya no podría hablarse de inexistencia del núcleo familiar. Y en el caso de que coincidirían la calidad de único beneficiario sobreviviente con la de propietario del inmueble (por ejemplo, por ser el beneficiario sobreviviente único heredero del propietario fallecido), parece que la intención del legislador al permitir la constitución del bien de familia ha sido la defensa del núcleo que existía en el momento de su constitución; de allí que la desafectación, en principio, no procedería mientras subsista algún beneficiario, pues el fin tuitivo de la ley no puede ser burlado cuando ese interés exige proteger a uno de sus miembros; “precisamente es para estos casos en que recobra su fuerza, pues el constituyente quiso asegurarle el techo a los familiares más cercanos que vivían en él, fue previsor y recurrió al apoyo de la ley para que, inclusive una vez muerto, se respete su voluntad”.¹⁴⁵

e) “En caso de expropiación, reivindicación, venta judicial decretada en ejecución autorizada por esta ley o existencia de causa grave que justifique la desafectación a juicio de la autoridad competente” (art. 49, inc. e).

En las tres primeras hipótesis, la desafectación es consecuencia de la sentencia que se dicte en los respectivos procesos¹⁴⁶, en los que se ordenará la desafectación, previo trámite incidental.

En el supuesto de mediar causa grave¹⁴⁷, el trámite será autónomo.

Cuando la desafectación se ordenara a consecuencia de una sentencia favorable a un acreedor de uno de los condóminos del bien de familia, dicha desafectación se referirá a todo el inmueble, pues no satisfaría la finalidad del instituto el mantenimiento del sistema sobre una parte indivisa y, además, podría resultar adquirente de la porción indivisa subastada un tercero respecto del cual no apareciera satisfecho el requisito de parentesco entre los condóminos que exige el art. 43 de la ley.¹⁴⁸

¹⁴⁴ Conf. C.N. Civ., sala C, 8.8.86, JA-1986-IV-628.

¹⁴⁵ Conf. C.N. Civ., sala C, 31.3.86, JA-1986-III-652; *id.* 8.8.86, JA-1986-IV-628.

¹⁴⁶ Salvo el caso de avenimiento en la expropiación.

¹⁴⁷ V.g., explotación irracional del bien, mal empleo de sus frutos, destrucción total de la casa habitación, etc. Conf. Guastavino, E., *ob. cit.*, n° 575.

¹⁴⁸ CNCiv., sala D, JA-1984-II-136; sala E, 31.3.99, ED, fallo 50.013, supl. diario del 5.5.2000; CNCom., Sala E, 28.2.2000, ED, fallo 50.440, supl. diario del 21.11.2000; conf. Guastavino, E., *Bien de familia*, 2° ed., t. II, n° 458.

Causales no admisibles

Se ha sostenido que no configuran causales de desafectación: el aumento de valor del inmueble posterior a su afectación, si deriva de causas generales o sociales —como la evolución general del precio de los inmuebles en el mercado—¹⁴⁹; la mayoría de edad de los herederos beneficiarios; ausencias transitorias justificadas en los términos del art. 41, *in fine*, ley 14.394.¹⁵⁰

Tampoco configura causal de desafectación, como principio (en tanto no concorra alguna otra de las enumeradas por la ley), el fallecimiento del propietario del inmueble, siempre que existan beneficiarios que lo sobrevivan.¹⁵¹

¹⁴⁹ El supuesto de aumento del valor por mejoras introducidas por el propietario es opinable. Así, Guastavino, E., *ob. cit.*, n° 370, se inclina por la posibilidad de desafectación si se supera los topes reglamentarios; Belluscio, A., Zannoni, E., *ob. cit.*, págs. 354/355 propone atenerse a las circunstancias de cada caso.

¹⁵⁰ Conf. Guastavino, E., *ob. cit.*, n° 576.

¹⁵¹ Para la hipótesis de que, fallecido el propietario, sobreviva un único beneficiario, ver comentario al inc. d) del art. 49.

Capítulo 4

Condominio

SUMARIO: I. Derecho romano. Nociones. II. Derecho germánico. Nociones: A) El Código alemán: Distintas clases de condominio. Nociones. III. El Código: A) Concepto, caracteres y naturaleza jurídica. B) Comparación con otras figuras jurídicas: 1. Dominio; 2. Sociedad; 3. Servidumbres; 4. Comunidad de bienes; 5. Indivisión o comunidad hereditaria; 6. Propiedad horizontal. C) Constitución: 1. Diversos casos: a) Supuestos enumerados en el art. 2675, Cód. Civ., b) Otros casos. D) Distintas clases de condominio: 1. Condominio sin indivisión forzosa. Concepto; 2. Condominio con indivisión forzosa: a) Distintos casos: enunciación y nociones. IV. Condominio sin indivisión forzosa: A) Facultades de los condóminos. Clasificación. B) Facultades sobre la parte indivisa: 1. Principio general. Limitaciones; 2. Enajenación; 3. Hipoteca: Distintos casos; 4. Constitución de servidumbres; 5. Acciones posesorias; 6. Acciones reales. C) Facultades sobre la cosa: 1. Derecho de uso y goce de la cosa. Limitaciones; 2. Actos materiales de disposición: a) Análisis del art. 2680; 3. Actos jurídicos: a) Análisis de los arts. 2682 y 2683. D) Derechos de los acreedores de los condóminos: 1. Embargo y venta de la parte indivisa; 2. Cargas reales: interpretación del art. 2689. V. Obligaciones y responsabilidad de los condóminos: A) Gastos de conservación y reparación de la cosa: 1. Naturaleza jurídica; 2. Responsabilidad por incumplimiento; 3. Derecho de abandono. B) Obligación por deudas contraídas en pro de la comunidad: 1. Caso de insolvencia de uno de los condóminos. C) Administración de la cosa común. Mayorías necesarias. Jurisprudencia: 1. Explotación común; 2. Explotación no común: a) Explotación por administración, b) Explotación por arrendamiento. Análisis del art. 2702. Naturaleza jurídica del contrato celebrado entre el condómino y los otros condóminos. VI. Conclusión del condominio: A) Causas comunes con el dominio. B) Modo especial: división de la cosa común: 1. Principio general: art. 2692. Limitación supuesta de división nociva; 2. Partición: naturaleza de la acción: a) Efectos de la partición ¿desde cuándo se producen? Excepciones: evicción y vicios redhibitorios; 3. Remisión al Derecho Sucesorio: a) Formas de hacerse la partición.

I. Derecho romano. Nociones

Si bien el Derecho romano no organizó en forma completa el derecho de copropiedad, existen preceptos dispersos, sobre todo referidos a las acciones de división.

Uno de los caracteres del dominio en el Derecho romano era la exclusividad, conforme a la cual sobre cada cosa sólo po-

día existir *una propiedad*; es decir, que la idea de una propiedad múltiple, sobre la totalidad de la cosa siempre fue rechazada: "La única forma de comunión de propiedad sobre una cosa era la propiedad por cuotas".¹

En ella la propiedad era única y correspondía en conjunto, sobre la cosa entera, a todos los condóminos, y cada uno de ellos por su lado, era sólo titular de una parte abstracta, ideal, de una cuota parte, pero no de ningún lote material de la cosa, ni de toda ella.²

Como consecuencia de ello, las facultades de cada condómino sobre su parte indivisa, eran amplias, prácticamente las de un propietario: podía enajenarla, gravarla y sus acreedores ejecutarla; mientras que las facultades sobre la cosa material eran muy restringidas, precisamente por la existencia del derecho de los otros copropietarios: "Todos los actos de trascendencia jurídica y aun los simplemente materiales sobre la cosa, estaban condicionados en su validez por la conformidad de los copropietarios, pues cada uno de ellos gozaba de un derecho de veto (*ius prohibendi*) con respecto a los actos de los demás, y ni siquiera la mayoría podía imponerse al copropietario".³

Cada propietario tenía una acción especial, la *actio communi dividundo*, mediante la cual, en cualquier momento, podía solicitar la disolución de la comunidad.

Este condominio o copropiedad por cuotas ideales del Derecho romano pasó al francés, y de allí al nuestro.

II. Derecho germánico: nociones

El Derecho germánico —que llegó a extenderse al norte de Francia— ideó otro tipo de copropiedad, denominada "propiedad en mano común" (*gesammte hand*) o también "condominio solidario".

En ella, también la propiedad de la cosa pertenece a todos los comuneros reunidos, pero ninguno de ellos ejerce ningún derecho individual, ni siquiera sobre una cuota parte: es decir, que en este tipo de condominio no existen las partes ideales, abstractas o indivisas.⁴

¹ Jörs-Kunkel, *Derecho privado romano*, pág. 173, ed. 1965.

² Conf. Maynz, *Curso de Derecho romano*, pág. 746, ed. 1892, (traducc. de Pou y Ordinas).

³ Jörs-Kunkel, *ob. cit.*, *loc. cit.*

⁴ Sólo excepcionalmente el condómino puede ceder su derecho en la comunidad hereditaria.

Consecuencias: El derecho de cada condómino se reduce a participar, en la medida de su interés, en la liquidación final; no está facultado a realizar acto alguno por sí sólo, material ni jurídico, ni sobre la cosa, ni sobre parte alguna de ella material o idealmente determinada: para concretar cualquier acto es necesaria la unanimidad.

La cosa objeto de la “propiedad en mano común” está afectada al pago de los acreedores comunes, y los acreedores particulares de los comuneros no tienen derecho alguno sobre ella: sobre lo único que están autorizados a caer es sobre los saldos líquidos que pudieran corresponder a éstos.

Por otra parte, los comuneros no pueden exigir libremente la partición.

A) El Código alemán: distintas clases de condominio. Nociones

Contrariamente a lo que pudiera esperarse, el Código alemán de 1900 sólo adopta la figura de la “propiedad en mano común” para determinados supuestos: asociaciones sin capacidad jurídica (art. 54), relaciones de sociedad (art. 705 y sigs.), relación económico-matrimonial (art. 1437) y relaciones entre coherederos (art. 2032).

El régimen común, y el único que recibe el nombre de “copropiedad”, es el condominio por cuotas ideales, es decir, el que responde al modelo romano, legislado por los arts. 1008 a 1011. Así, leemos en el art. 1008:

“Si la propiedad de una cosa pertenece a varios *por cuotas*, valen las disposiciones de los arts. 1009 a 1011”.⁵

III. El Código

A) Concepto, caracteres y naturaleza jurídica

De conformidad al art. 2673 Cód. Civil:

Concepto

“El condominio es el derecho real de propiedad que pertenece a varias personas, por una parte indivisa, sobre una cosa mueble o inmueble.”

⁵ El Código Civil y Comercial italiano de 1942, bajo el epígrafe “De la comunidad”, también adopta la figura del condominio por cuotas (arts. 1100 y sigs., especialmente el 1103), así como el muy moderno Cód. Civ. portugués de 1966 (arts. 1403 y sigs., especialmente el 1408).

Caracteres **Encontramos en esta definición los caracteres del condominio, que son:**

1) *Pluralidad de sujetos*: El derecho de propiedad, como lo dice la propia norma, corresponde a “varias personas”, es decir, que los titulares deben ser dos o más, ya que de lo contrario nos encontraríamos frente al dominio —y no al condominio—. Puede tratarse de personas físicas o jurídicas.

2) *Unidad de objeto*: El derecho de los copropietarios recae sobre una o varias cosas⁶ muebles o inmuebles.

Aunque se trate de varias cosas, ellas son consideradas, a los efectos del condominio, como un solo objeto, ya que el derecho de los copropietarios recae sobre todas, correspondiendo a cada uno por una cuota parte, sin que pueda decirse que ninguna de ellas en su totalidad, ni ninguna de sus partes materialmente individualizada, pertenezca a un copropietario determinado.

Ejemplo: Pablo y Diego son copropietarios de dos fracciones de campo de dimensiones iguales y de igual valor —lotes A y B— y por un 50% cada uno. ¿Esto quiere decir que el derecho de Pablo podría recaer sobre el lote A y el de Diego sobre el lote B?

No, el lote A y el B se consideran un solo objeto, y el derecho de propiedad recae sobre *ambos*, correspondiendo este derecho en un 50% a Pablo y en 50% a Diego.

3) *Existencia de partes ideales, abstractas, alícuotas, indivisas o cuotas partes*: Como lo establece el art. 2673 Cód. Civ., el derecho de cada condómino lo es “por una parte indivisa”, es decir, que le corresponde por la mitad, un tercio, un quinto, etc., sin que pueda decirse, volvemos a repetirlo, que él se asienta sobre parte alguna materialmente determinada del objeto.

Naturaleza jurídica

El Código legisla el condominio separadamente del dominio, pero en verdad, no se trataría de derechos distintos, sino que el condominio no es más que un dominio de sujeto múltiple.

Así, vemos que el art. 2503 enumera en un mismo inciso al dominio y al condominio, y que el art. 2673, al definir a nuestra figura, dice que es el “derecho real *de propiedad*, que pertenece a varias personas por una parte indivisa”. Por otra parte, el copropietario tiene sobre su parte indivisa los derechos de un propietario: puede enajenarla, gravarla, sus acreedores pueden ejecutarla, etc. (art. 2676 y 2677 Cód. Civ.), bien que con respecto a la cosa materialmente determinada, sus derechos de

⁶ En el sentido del art. 2311 Cód. Civ., pues de lo contrario se darían otros institutos, como luego veremos.

uso, goce y disposición se encuentran limitados por el derecho igual que corresponde a los demás copropietarios (arts. 2680 a 2684 Cód. Civil).

Por su parte, el art. 2508 establece que “dos personas no pueden tener cada una en el todo el dominio de una cosa; mas pueden ser *propietarios* en común de la misma cosa, por la parte que cada una pueda tener”.

Idéntica situación a la reseñada —derecho de sujeto múltiple— puede darse en otros derechos reales (así, si el usufructo corresponde a más de una persona por partes indivisas (art. 2821) nos enfrentaremos a un *cousufructo*; lo mismo en el caso del uso, la habitación, etc.⁷ y si el Código no los legisla en forma separada, es porque en la práctica casi no se dan, mientras que no sucede así con el condominio.

Es decir, que en el condominio encontramos igualmente los caracteres del dominio (que es absoluto, exclusivo y perpetuo), naturalmente con las adecuaciones que derivan de sus notas específicas, y que examinaremos un poco más adelante.⁸

B) Comparación con otras figuras jurídicas

1. Dominio

Ya hemos hecho la comparación al referirnos a la naturaleza jurídica del condominio.

2. Sociedad

a) La principal diferencia que se señala es la presencia de un sujeto de derecho en la sociedad —que es el titular de los bienes

⁷ Por eso, el art. 1578 del *Anteproyecto* de Cód. Civ. de 1954, al dar el concepto de condominio, determina que: “Cuando el dominio o un derecho real de goce, perteneciere en común a varias personas, todas ellas ejercerán la copropiedad del respectivo derecho en la medida de su interés... Lo dispuesto en los artículos siguientes sobre el condominio se extenderá a los demás casos de copropiedad de derechos reales, en cuanto resultase análogicamente aplicable.”

Y en la nota se explica que “el condominio es un caso particular de comunión de derechos subjetivos... comprendemos en el concepto tanto el caso de comunidad del dominio, como de los derechos reales de goce que se caracterizan por ejercitarse mediante la posesión. Las reglas aplicables son idénticas y por ello resulta conveniente la determinación expresa de su inclusión en este título”.

⁸ Conf. Allende, *Panorama de derechos reales*, 1ª ed., pág. 110; Salvat, *Derechos reales*, ed. 1959, n° 1234. *Contra*: Lafaille, *Tratado de derechos reales*, ed. 1944, t. 2, n° 1062, quien piensa que debería hablarse de un “derecho de condominio”, cuyas características lo aproximan a una sociedad, llegando a ver inclusive en esta figura, un sujeto embrionario de derecho (véanse núms. 1063 y 1064).

de la comunidad—⁹ que no se daría el condominio en el cual los sujetos son varios, y no existiría otro independiente de ellos.¹⁰

b) Otra diferencia podemos notarla en el objeto, que en el condominio es siempre una o varias cosas —objetos materiales—, mientras que en la sociedad se da una comunidad de intereses que abarca también derechos.

c) Se dice también que mientras la sociedad es un estado activo¹¹, el condominio lo es pasivo, y durante él los copropietarios sólo conservan la cosa a los fines de la liquidación.

d) Mientras que la sociedad, en principio, perdura durante el término fijado en el contrato de constitución, en el condominio —también en principio, puesto que hay excepciones que luego veremos— cualquiera de los copropietarios puede pedir en cualquier tiempo la división de la cosa común (art. 2692 con las limitaciones de los arts. 2693 y 2715 Cód. Civ.).

e) La sociedad sólo puede nacer de un contrato; el condominio, además, de la ley y de una disposición de última voluntad.

f) En las sociedades civiles y en las comerciales, especialmente en las de personas, los socios no pueden disponer *per se* de su cuota (art. 1673 Cód. Civ. y arts. 131, 139, 152, 124 y 215, ley 19.550), mientras que sí puede hacerlo el condómino (art. 2677 Cód. Civ.).

g) Mientras que en las sociedades los acreedores del socio no pueden embargar ni hacer vender los derechos sociales de éste sino que sólo pueden caer sobre los saldos líquidos que pudieran corresponderles¹², los acreedores del condómino pueden

⁹ Se ha dicho que “la relación de los condóminos entre ellos y con la cosa común es, fundamentalmente, distinta a la relación que existe entre los socios y los bienes sociales, cualquiera sea la clase de sociedad; el inmueble en condominio tiene tantos dueños como condóminos; el inmueble de la sociedad no tiene más dueños que éste y en modo alguno es un condominio de los socios. Así, el establecimiento de un condominio sobre el inmueble, que alega la actora, aparece contrariando su propia pretensión de haber constituido con el demandado una sociedad de hecho, porque la existencia de ésta supone una personalidad distinta de la de sus integrantes, que los desplaza en los negocios jurídicos”: S. T. Chubut, *LL*, 141-633 (25.267-S).

¹⁰ *Contra Lafaille, ob. cit., loc. cit.*, en nota 8, quien ve en el régimen de las mayorías y en los casos de créditos y deudas en pro de la comunidad, el atisbo de un sujeto de derecho diferenciado de los condóminos, aun en el condominio de tipo romanista, como el nuestro, que se acentúa aún más en el germánico.

¹¹ El fin que se persigue es una utilidad apreciable en dinero: art. 1648 Cód. Civ., o la “producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas”: art. 1 de la Ley de Sociedades Comerciales n° 19.550.

¹² *Conf. arts. 1755 y 1756 Cód. Civ. y art. 57 de la ley 19.550 que establece: “Los acreedores del socio no pueden hacer vender la parte de interés; sólo pueden cobrarse sobre las utilidades y la cuota de liquidación... En las socieda-*

hacer embargar y vender la parte indivisa “aun antes de hacerse la división de la cosa” (art. 2677 Cód. Civ.).

h) Mientras que en las sociedades civiles (art. 1758 Cód. Civ.) y en las comerciales colectivas, en comandita simple, de capital e industria y en participación, la muerte de un socio resuelve parcialmente el contrato, salvo pacto en contrario (art. 90, ley 19.550), la muerte de un condómino no tiene influencia alguna en el condominio, que continuará con sus herederos.

i) Mientras que el copropietario puede abandonar su cuota aun para liberarse de la contribución a los gastos de conservación de la cosa común (art. 2685 Cód. Civ.), ello no es admisible en las sociedades.

3. Servidumbres

El derecho real de servidumbre es el que existe sobre un inmueble ajeno, en cuya virtud el titular de dicho fundo —que se denomina “sirviente”: art. 2974 Cód. Civ.— debe soportar que el titular de otro fundo, en cuyo favor se ha establecido la servidumbre —fundo “dominante”: art. 2973 Cód. Civ.— realice ciertos actos que tendría derecho a impedirle si no existiera la servidumbre —servidumbre *in patiendo*— o debe abstenerse de hacer algo a lo que tendría derecho de no existir la mencionada carga —servidumbre *non faciendo*— (véase art. 2970 y nota al art. 2971).

La servidumbre es, pues, un derecho real de disfrute sobre un inmueble ajeno (art. 2970 Cód. Civ.) dado que nuestro Código ha receptado el principio romano del *nemini res sua servit*.

Surge entonces de lo expuesto la distinción entre las servidumbres y el condominio: éste es un derecho sobre la cosa propia, que puede ser mueble o inmueble.

Por otra parte, mientras que en el condominio hay un objeto único —ya que aunque el derecho recaiga sobre varias cosas simultáneamente, a los fines del derecho de condominio ellas son consideradas como una unidad, según ya vimos— en las servidumbres siempre es menester la existencia de dos inmuebles —nunca muebles: art. 2970 Cód. Civ.¹³

En relación al condominio y las servidumbres se presentan tres problemas, que señalaremos esquemáticamente aquí:

Problemas

des de responsabilidad limitada y por acciones, se pueden hacer vender las cuotas o acciones de propiedad del deudor, con sujeción a las modalidades estipuladas.”

¹³ Véase sobre este problema, del que nos ocuparemos al tratar de las servidumbres, nuestra obra *Derechos reales de disfrute sobre la cosa ajena*, págs. 58, 63 y 172.

a) ¿Puede una servidumbre ser establecida a favor de uno de los copropietarios de un fundo, sobre dicho fundo?

Ejemplo: A, B y C copropietarios del fundo "X". A, por su lado, propietario del fundo "Y". ¿Es posible que sobre "X" se constituya una servidumbre a favor de "Y"?

Para algunos¹⁴ la respuesta debe ser negativa por aplicación del principio *nemini res sua servit*.

Consideramos, sin embargo, que ello es posible porque, como dice Demolombe¹⁵ "son ellas... heredades distintas del todo y pertenecientes a dueños diferentes". Lo mismo parece surgir de la nota al art. 2985, mucho más, frente a lo dispuesto por los arts. 3055 y 3058 en punto a extinción de las servidumbres por confusión.

b) ¿Puede una servidumbre ser establecida por uno de los copropietarios sobre su porción indivisa?

No, puesto que ello se opondría al principio de indivisibilidad de las servidumbres, que luego desarrollaremos.

c) ¿Puede uno de los copropietarios constituir una servidumbre a favor de un tercero sobre el fundo común?

La respuesta la dan los arts. 2985, 2986, 2987 y 3015. Conformes, los arts. 2680, 2682 y 2683.

4. Comunidad de bienes

El objeto del condominio es siempre una o varias cosas. El art. 2674 dice que "no es condominio la comunión de bienes que no sean cosas", las cuales se rigen por sus propias normas.

Así, si estamos frente a un crédito con pluralidad de acreedores tendremos la mancomunidad o la solidaridad; si varias personas explotan un negocio en común tendremos la sociedad, regulada por reglas propias y distintas, como ya vimos; si las relaciones patrimoniales comunitarias surgen del matrimonio, rigen las normas relativas a la sociedad conyugal¹⁶, y si se trata de los derechos de una persona muerta que pasan a sus herederos, se originará la comunidad hereditaria, cuyas relaciones con el condominio examinaremos seguidamente.

¹⁴ Salvat, *ob. cit.*, t. III, pág. 477.

¹⁵ Demolombe, t. XII, n° 696.

¹⁶ Se ha dicho que "el régimen de la sociedad conyugal no confiere un derecho de condominio a favor de los esposos sobre los bienes gananciales que figuran adquiridos por el otro, puesto que no existe, en rigor, tal copropiedad, sin perjuicio de que con el respectivo juicio de disolución de la sociedad conyugal, se proceda a la partición del conjunto de todos los bienes que compone el acervo societario... dado que el derecho de la mujer casada, como socia o acreedora, nace recién con la disolución de la sociedad conyugal: C.J. Salta, ED, 48-320 (revista del 23.5.73); conf. S.T. Tucumán, LL, 40-1942.

5. Indivisión o comunidad hereditaria

A raíz de la muerte de una persona, si sus sucesores son más de uno¹⁷ se genera entre ellos el estado de comunidad hereditaria, que es el lapso de coposesión de los bienes que poseía el causante y que va desde su fallecimiento hasta el reparto o partición que de los mismos hagan sus herederos.¹⁸

Se sostiene que este estado es necesario distinguirlo del condominio, puesto que, conforme lo establece el art. 2674, su único objeto son las cosas —art. 2311 Cód. Civ.— mientras que en la comunidad hereditaria el derecho recae también sobre bienes (conf. art. 3279 y conc. Cód. Civ.), de donde cada uno tiene su propio régimen jurídico, diferenciado en cuanto a su origen, sus caracteres, su gobierno (véase la diferencia entre los arts. 2699/2700 y 3451 Cód. Civ.) y su funcionamiento, libre en el condominio y bajo la autoridad judicial en la otra figura, aunque debe observarse que existe un intercambio de normas determinado por el art. 2698 Cód. Civ.¹⁹

Una tesis:
hay
diferencias

Además, y como otro rasgo diferencial, debe tenerse presente que el juez competente para entender en la partición de la herencia será, en principio —con las reservas que luego veremos— el juez del sucesorio (art. 3284, inc. 1º Cód. Civ.), mientras que la división de la cosa común debe pedirse ante el juez del lugar de situación de la cosa (art. 5 inc. 1º, Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación).

Otros opinan que entre la comunidad hereditaria y el condominio existe —salvo pequeñas diferencias— una sustancial equivalencia y “no obstante aquellas pequeñas y accidentales diferencias, puede afirmarse que en esta última figura es donde encuentran los copartícipes un mejor desenvolvimiento”.²⁰

Otra tesis:
no hay
diferencia.

¹⁷ “El derecho de los herederos es sobre una porción de la universalidad hereditaria y no de cada uno de los bienes, y se concretará en la hora de la partición recibiendo unos bienes u otros a título exclusivo y como si los hubieran habido directamente del causante (art. 3503 Cód. Civ.):” C.N.Civ. sala A, *LL*, 124-390.

¹⁸ Goyena Copello, “Comunidad, indivisión o condominio hereditario”, estudio en *LL*, 134-1387. Más o menos en iguales términos la define Fornieles, Salvador, *Tratado de las sucesiones*, t. I, pág. 283, 4ª ed.

¹⁹ Conf. CNCiv., sala C, *ED*-60-284; sala H, 4.9.2000, *LL*, fallo 102.353, supl. diario del 25.7.2001; Zannoni, E., “Efectos de la inscripción de la declaratoria de herederos respecto de la comunidad hereditaria y el fuero de atracción”, *ED*-84-310.

²⁰ Moreno Dubois, “La inscripción de la declaratoria de herederos como causa extintiva de la comunidad hereditaria”, *LL*, 122-298; conf. Fornieles, S.,

Ahora bien, de conformidad al art. 3264 Cód. Civ.:

“Los sucesores universales son al mismo tiempo sucesores particulares relativamente a los objetos particulares que dependen de la universalidad en la cual ellos suceden.”

Entonces, cabría preguntarse, qué derecho existe y por qué normas se rige, el que tienen los coherederos sobre las cosas particulares que integran el acervo sucesorio, mientras perdura la indivisión.

La Corte
Suprema

La Corte Suprema a la Justicia Nacional ha dicho que:

“La indivisión de la herencia no crea entre los herederos una sociedad con relación al bien heredado, sino un condominio en el concepto del art. 2673 Cód. Civ.”.²¹

Otra juris-
prudencia

Siguiendo estas aguas se ha expresado que:

“La denominada ‘comunidad hereditaria’ se disuelve por partición cuando se cumple ese estadio que el proceso de transmisión *mortis causa* establece. Mientras esto no ocurra, existe en principio, una copropiedad de los bienes recibidos por aquellos a quienes dicha transmisión alcanza”.²²

y que:

“Mientras subsista el estado de indivisión hereditaria, la propiedad de los inmuebles debe asimilarse al condominio”.²³

y que:

ob. cit., págs. 311 y 465 y sigs.; sin embargo, este autor sostiene que “no obstante sería un error afirmar la equiparación en términos absolutos, y por ejemplo, opina que los acreedores de un heredero no podrían ejecutar la porción indivisa que a su deudor le corresponde sobre los bienes relictos, como lo pueden hacer los de un condómino, argumentando que: a) mientras que en el condominio el objeto es cierto y determinado y, en consecuencia, cotificada la porción ideal, no ocurre igual con la cuota del heredero, ya que ésta es indeterminada, porque está sujeta a la contribución de las deudas del ‘de cuius’ al pago de cargas, a la colación, al descuento de las deudas del heredero en la cuenta particionaria, etc., y b) que no habrá quien la adquiera, sino a vil precio”. A los acreedores de los herederos les quedaría el camino de pedir la partición por acción subrogatoria y aun el embargo, como simple medida precautoria. Conf. con esta posición, Díaz de Guijarro, *JA*, 51-742; C. 2° Civ. y Com. La Plata, sala III, *LL*, 117-779.

²¹ CSJN, 9.4.40, *JA*-71-995; Fallos: 187: 586; 29.4.82, *LL*-1982-D-461.

²² C.N.Civ., sala C, *ED*, 17-8.

²³ C.N.Civ., sala A, *ED*, 24-503.

“El estado de indivisión hereditaria da lugar a múltiples relaciones de los herederos entre sí y con terceros, y durante el cual debe reconocerse y reglarse el derecho de todos los herederos sobre cada uno de los bienes (art. 3449 y sigs. Cód. Civ.) sujetándolos a las normas específicas y a las análogas que gobiernan el condominio”.²⁴

Al referirnos al tema de la constitución del condominio, examinaremos el problema relativo a si la inscripción de la declaratoria de herederos o del testamento, en el Registro de la Propiedad, puede dar origen a un condominio.

6. Propiedad horizontal

Se la ha definido como “el derecho real de propiedad de dos o más personas sobre un inmueble edificado, por el cual cada uno tiene un derecho exclusivo sobre determinados sectores y un derecho común sobre las restantes partes, establecido al solo efecto de hacer posible el primero”.²⁵

También se ha dicho que “constituye un sistema con características propias que, sustancialmente, es un dominio que se integra con un condominio de indivisión forzosa, encuadrado dentro de los principios generales del Código Civil”.²⁶

Prescindiendo de la discusión acerca de si nos encontramos frente a un derecho real autónomo (como resultaría de la primera definición dada) o a una figura que participa de los caracteres del dominio y el condominio de indivisión forzosa reglados por el Código Civil (así, la segunda definición), es indudable que el derecho sobre las partes comunes —conceptualizadas por el art. 2 de la ley 13.512— si bien se rige en primer término por las normas pertinentes de la citada ley, también es cierto que encuadra en la figura que define el art. 2710 Cód. Civ.²⁷: condominio de cosas afectadas como accesorios indispensables al uso común de dos o más heredades que pertenezcan a diversos propietarios.

La propia ley 13.512 dice en su art. 2 que cada copropietario será dueño exclusivo de su piso o departamento y *copropietario* sobre las cosas comunes. Y los arts. 3 y 8 de la misma hablan de “bienes comunes”, mientras que el art. 18 deroga expresamente “a los efectos de esta ley”, los arts. 2617, 2685 *in fine* y 2693 del Cód. Civ., todas normas reguladoras del condominio, de donde se

²⁴ C.N.Civ., sala A, LL, 124-390; conf. C. Civ. 1ª Cap., LL, 4-387.

²⁵ Allende, “El acto jurídico real”, LL, 110-1068.

²⁶ Laquis-Siperman, *La propiedad horizontal en el Derecho argentino*, pág. 31, ed. 1966.

²⁷ Véase, por ejemplo, la semejanza del art. 2712 Cód. Civ. con la primera parte del art. 3 de la ley 13.512.

deduce que las restantes, relativas a esta figura, resultan aplicables en orden a las que constituyen cosas comunes en el derecho de propiedad horizontal.

Debe tenerse presente, sin embargo, que este condominio sobre las partes comunes reviste el carácter de un *accesorio* de las partes de propiedad exclusiva, es decir, que existe para hacer posible el disfrute de éstas, como expresamente lo dice el art. 3 de la ley de la materia.

C) Constitución

1. Diversos casos

a) Supuestos enumerados en el art. 2675 Cód. Civ.

Según el art. 2675 Cód. Civ. el condominio puede originarse en: 1) un contrato; 2) en actos de última voluntad, y 3) surgir por disposición de la propia ley (condominio *ex lege*).

Del contrato

Del *contrato*, el condominio puede surgir en el supuesto de que varias personas adquieran en común una o varias cosas. O cuando el propietario del todo trasmite a otro una parte alícuota de su derecho sobre la cosa.

Según algunos, entrarían también dentro de este supuesto todos los actos jurídicos equiparables a los contratos, de los que resulte clara la constitución de una copropiedad como por ejemplo, si al hacerse la partición extrajudicial de una herencia, se adjudicara una cosa perteneciente al acervo sucesorio en común a varios herederos.²⁸

Del testamento

Los *actos de última voluntad* capaces de alumbrar un condominio serían aquellas disposiciones testamentarias por las que se lega una misma cosa a dos o más personas.

No sería, en cambio, creadora de un condominio la institución de herederos a favor de dos o más personas, porque el derecho ya no recaería sobre una o varias cosas determinadas, sino sobre todo el patrimonio relicto, de donde nos encontraríamos aquí frente a una "comunidad hereditaria" y no a un condominio, problema al que ya nos referimos.

De la ley

Los casos de condominio *ex lege* serían aquellos en los que la ley impone el condominio independientemente de la volun-

²⁸ Conf. Salvat, *ob. cit.*, t. III, n° 1237, pág. 16.

tad de los particulares. Así, en el caso de condominio de muros, cercos y fosos (arts. 2717 al 2745 Cód. Civ.), o por confusión de límites (arts. 2746/55 Cód. Civ.) o el supuesto de mezcla o confusión reglado por el art. 2600 (con el cual ejemplifica la nota al art. 2675).

La nota al 2675 expresa que casos de condominio legal serían, por ejemplo, el de los gananciales de la sociedad conyugal o cuando se prolonga una indivisión.

Respecto de la sociedad conyugal, es evidente que no estamos frente a un condominio: se trata de una figura jurídica distinta, prolijamente regulada por el Código (art. 1217 y sigs.).²⁹

En cuanto a la prolongación de una indivisión, lo veremos en el apartado siguiente.

b) Otros casos

Se sostiene que la enumeración del art. 2675 no es excluyente de otros medios de constitución del condominio. Así, se suelen mencionar los supuestos de prescripción adquisitiva, cuando la posesión durante el término requerido por la ley ha sido ejercida por más de una persona (copesesión).³⁰

Usucapión

Párrafo aparte merece el supuesto de la prolongación de una indivisión hereditaria.

Prolongación de una indivisión hereditaria

Muerta una persona, como ya estudiamos, si sus herederos son varios, se establece entre ellos un estado de comunidad respecto de los bienes relictos, que funciona bajo la égida del órgano judicial: el art. 3284 Cód. Civ. determina que "la jurisdicción sobre la sucesión corresponde a los jueces del lugar del último domicilio del difunto", ante quien deben entablarse "las demandas concernientes a los bienes hereditarios, hasta la partición inclusive", cuando ellas tienen lugar entre coherederos (inc. 1°).

Esa intervención judicial concluye con la partición. Pero suele suceder con bastante frecuencia, que por distintos motivos la indivisión se prolonga durante mucho tiempo³¹, limitándose

²⁹ Esta mención podría deberse al hecho de que la fuente de la norma, el art. 4339 del *Esboço* de Freitas enuncia entre los modos de constitución del condominio entre marido y mujer, al matrimonio celebrado "bajo el régimen de comunidad de bienes", sistema patrimonial-matrimonial que no es el adoptado por nuestro Codificador para reglar las relaciones económicas entre los esposos.

³⁰ Conf. Lafaille, *ob. cit.*, t. 2, pág. 214; Argañarás, en Salvat, *ob. cit.*, t. III, pág. 17, nota 5.

³¹ V.g. si fallece uno de los cónyuges, muchas veces, aunque los hijos sean mayores se espera el fallecimiento del otro cónyuge para practicar la división de los bienes.

¿Se transforma en condominio?

la actividad en el juicio sucesorio a la inscripción de la declaratoria de herederos o del testamento en el Registro de la Propiedad, relativamente a cada uno de los inmuebles que componen la masa hereditaria, y entonces surge el interrogante relativo a si la prolongación de la indivisión durante un cierto tiempo, unida a la inscripción a la que aludimos, ya sea solicitada por uno, varios o todos los coherederos, genera una “transformación” de la comunidad hereditaria que existía respecto de todos los bienes, en un condominio en relación a cada uno de ellos.

La solución de este interrogante es particularmente relevante en orden a la determinación del juez competente para entender en la partición de estos bienes —cuando los herederos quieran hacerla—: si se opina que la indivisión hereditaria no se transforma en condominio por el transcurso del tiempo, subsistirá el fuero de atracción del juicio sucesorio; si se sostiene lo contrario, juez competente resultará el que lo sea para entender en la partición de bienes comunes (juez del lugar de situación de los bienes: art. 5 inc. 1° Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Fundamentos de la posición negativa

Los que se pronuncian por la negativa se fundan en:

- a) Para la constitución del condominio respecto de inmuebles es necesaria la escritura pública —art. 1184 inc. 1° Cód. Civ.
- b) No se daría en la especie ninguno de los casos enumerados por el art. 2675 Cód. Civ., relativos a la constitución del condominio.
- c) Como la inscripción de la declaratoria o del testamento puede ser solicitada por uno solo de los coherederos, los restantes no podrían ser obligados a pasar de un estado jurídico a otro sin prestar su consentimiento.³²

Fundamentos de la posición afirmativa

Los que responden afirmativamente sostienen que estando implícito el condominio en la comunidad hereditaria (véase lo que dijimos arriba respecto de la comparación entre “comunidad hereditaria” y “condominio”) la escritura pública no es requerida, ya que ella sólo es necesaria cuando el condominio se contrata

³² Conf. Legon, estudio en *JA*, 47-943; C. 2° Civ. y Com. La Plata, sala I, *LL*, 65-149; *id.*, sala III, *LL*, 117-779; C.N.Civ., sala B, *LL*, 85-473; *id.*, *JA*, 1962, IV-66; votos del doctor Borda en los fallos de la C.N.Civ., sala A, publicados en *LL*, 94-365 y *LL*, 96-324; C.N.Civ., sala C, *LL*, 122-298; CNCiv., Sala F, 20.2.2004, *ED*, fallo 52.596, supl.diario del 19.3.2004, en el que se revocó una resolución del Registro de la Propiedad Inmueble que había denegado la inscripción de una cesión de derechos hereditarios por encontrarse ya inscrita la declaratoria de herederos respecto de los causantes; C. 1° Civ. y Com. La Plata, sala I, *LL*, 70-396; S.T. Santa Fe, *R.S.F.*, 11-12. Alterini, J. J., en Llambías, J. J., *Código Civil Anotado*, t. IV-A, pág. 496, ed. 1984.

originariamente y por primera vez; que el dominio sobre cosas particulares que pertenecía al causante de la sucesión queda fijado por su muerte en cabeza de los herederos “sin intervalo de tiempo” (nota al art. 3262, Código Civil). Como dice el art. 3416 “cuando muchas personas son llamadas simultáneamente a la sucesión cada una tiene los derechos del autor de una manera indivisible, en cuanto a la propiedad y en cuanto a la posesión”, y esta es exactamente la situación que, con referencia a objetos materiales o cosas, define el Código en el art. 2673 bajo la denominación de condominio, que constituyéndose también en los casos que la ley designa (art. 2675 *in fine*), queda constituido por ministerio de la ley “sin intervalo de tiempo cuando varios herederos suceden al causante en el dominio que éste tenía sobre cosas particulares”³³; que la enumeración del art. 2675 Cód. Civ. no es taxativa y que, inclusive el propio Codificador se ha representado el supuesto cuando, ejemplificando el art. 2675 habla del caso en “que se prolongue una indivisión” y cuando en la nota al art. 3284 ap. 2º expresa:³⁴

“Decimos también *antes de la división de la herencia*, pues si los herederos, procediendo a la división de la herencia, han dejado indivisos algunos inmuebles, la acción ulterior para la división o licitación de estos inmuebles, no será ya de la competencia de los jueces del lugar en que la sucesión se abrió. Ya no es el caso de la división de la herencia, sino de la división de una cosa común.”

Relativamente a la posible falta de consentimiento de los demás coherederos respecto de la inscripción de la declaratoria o del testamento, se contesta con que, en definitiva, y como lo

³³ Conf. Llambías, J. J., su voto como integrante de la C.N.Civ., sala A, LL-96-324.

³⁴ Esta parte de la nota, al igual que la relativa a la sociedad conyugal, reconoce su fuente en el art. 4339 del *Esboço* de Freitas, el cual establece que “el condominio se constituye: ...4º Por contrato en el cual se enajene una cosa indivisa a dos o más personas, se enajene parte de la cosa indivisa o se *prolongue una indivisión*”, y para este caso remite al art. 3084, el que dice: “No habrá, por consiguiente, sociedad, cuando dos o más personas estuvieran en comunidad de intereses o de bienes por causa que no sea contrato de sociedad, aunque por contrato se prolonguen en la comunidad.” Por su parte, el art. 4342 determina que “se adquiere el condominio constituido por contrato (art. 4339, nº 4) si la cosa fuere mueble... 3º En el caso de que se prolongue cualquier indivisión por el respectivo contrato”. “Si la cosa fuera inmueble, el condominio constituido por contrato se adquiere únicamente por la transcripción en el Registro Conservatorio del instrumento público que lo constituye” (art. 4343).

La atenta lectura de la fuente nos plantea la duda acerca de si la nota al art. 2675 de nuestro Código Civil puede usarse como argumento más o menos ilevantable, de la opinión que se vierte en el texto.

tiene dicho la jurisprudencia —inclusive la de la Corte Suprema Nacional— “la indivisión de la herencia... crea entre los herederos... con relación al bien heredado... un condominio en el concepto del art. 2673 del Cód. Civ.”³⁵; con que las diferencias entre condominio y comunidad hereditaria son accidentales y no de fondo y con que dichos coherederos, al no haberse opuesto a la inscripción ni haber efectuado reclamo alguno durante un lapso más o menos prolongado, han prestado un asentimiento tácito “que de una u otra manera los hace partícipes de la inscripción y le da carácter de unánime”.³⁶

Jurisprudencia

La jurisprudencia en general —salvo algunos fallos como los citados en la nota 31— se muestra cautelosa, sosteniendo que:

“Son las circunstancias de hecho las que deciden si, inscrita la declaratoria de herederos en el Registro de la Propiedad, se ha constituido un verdadero condominio o se ha mantenido la indivisión hereditaria”.³⁷

Así, se ha decidido que:

“Cuando transcurriese largo tiempo y los herederos persistan en la indivisión, inscribiéndose a pedido de todos ellos la pertinente declaratoria en el Registro de la Propiedad, debe entenderse que ha quedado constituido un efectivo condominio sobre los bienes a los que la inscripción se refiere”.³⁸

y que:

“Existe condominio si, inscrita la declaratoria de herederos en el Registro de la Propiedad, concurren las siguientes circunstancias: la inscripción fue pedida por todos los herederos; ha transcurrido largo tiempo desde entonces —20 años— durante el cual los interesados

³⁵ LL, 19-1043. Fallos: 187:586; 191:58; 304:571; causa “Bengolea, S. c/Prov. de Bs.As.” del 29.4.82.

³⁶ Goyena Copello, *ob. cit., loc. cit.*; conf. Moreno Dubois, *ob. cit., loc. cit.* *Contra*: Fornieles, *ob. cit.*, t. I, pág. 468, quien comentando un fallo de la C.N. Civ., sala B, publicado en JA, 1957, II-396 o LL, 85-473, que resolvió que la inscripción de la declaratoria de herederos en el Registro de la Propiedad no era suficiente para extinguir la comunidad hereditaria y hacer nacer un condominio, sostiene que “tal decisión no puede menos de aprobarse, porque es prudente, facilita la división y porque el cambio de un estado a otro no debe presumirse con facilidad, ya que si bien ambos institutos son similares, no puede sostenerse la equiparación absoluta en todos los casos, uno de los cuales es, precisamente, el que toca... a la derivación procesal que origina la competencia de los jueces”.

³⁷ C.N.Civ., sala E, LL, 110-929 (8846-S).

³⁸ C.N.Civ., sala F, LL, 118-769.

consintieron la remisión del expediente al archivo; fallecido uno de los herederos, su parte también fue inscrita en la misma forma, y desde entonces han vuelto a pasar más de 10 años”.³⁹

y que:

“...cuando los herederos piden se inscriba lisa y llanamente la declaratoria respectiva de algún inmueble, ello implica un signo inequívoco de la existencia de un acuerdo de voluntades para afectar el inmueble en cuestión a un régimen de propiedad en común (arts. 1137, 1145 y 2675 Código Civil), sin perjuicio de que el resto de los bienes pueda quedar en estado de indivisión”.⁴⁰

La Cámara Nacional de Apelaciones Especial Civil y Comercial —al resolver una cuestión de competencia— sentó como doctrina plenaria la siguiente⁴¹: “son las circunstancias de hecho las que han de determinar si se ha constituido un condominio o si se ha mantenido la indivisión hereditaria. Uno de los hechos fundamentales a tener en cuenta para saber si nos encontramos frente a la indivisión de la masa hereditaria o frente a un condominio, es la prolongación en el tiempo de la inscripción registral de la declaratoria. Si desde la inscripción de la declaratoria de herederos ha transcurrido escaso tiempo (menos de dos años), no cabe tener por constituido el condominio con apoyo en la nota del art. 2675 del Código Civil. En el caso de existir duda sobre si la intención de las partes ha sido mantenerse dentro de la herencia indivisa o pasar al condominio, resulta conveniente inclinarse por la primera alternativa, porque se facilita la división y porque el cambio de un estado a otro no debe presumirse con facilidad”.

En franca posición negativa, en cambio, se ha resuelto que:

“La mera inscripción de la declaratoria de herederos en el Registro de la Propiedad no implica adjudicación de los inmuebles en condominio, sino simplemente exteriorización de la indivisión —hereditaria o postcomunitaria, en su caso— para publicidad y medio de oponibilidad de ella a terceros (art. 2, ley 17.801)... La tesis según la cual depende de las circunstancias del caso interpretar si la voluntad de los herederos al efectuar la inscripción registral fue la de mantener la indivisión o la de constituir un condominio y el transcurso de largo tiempo inclinaría por reconocer la existencia de éste, no se ajusta a los textos del Código, pues el condominio sólo puede constituirse por contrato (caso de adjudicación de algún bien en condominio en la parti-

³⁹ C.N.Civ., sala A, LL, 94-365.

⁴⁰ Conf. C.Apel C.C. San Martín, sala II, ED, f. 39.716.

⁴¹ Autos “Silva, D. y otro c/Silva, R”, 18.5.87, LL-1987-E-467.

ción), por acto de última voluntad (caso del legado de una cosa a dos o más personas), o en los supuestos que la ley designa, entre los cuales no se halla la prolongación de la indivisión, a pesar de lo dicho por Vélez en la nota al art. 2675, Código Civil. El criterio impugnado dejaría siempre en la inseguridad la situación jurídica de los bienes, pues quedaría librada a la interpretación de cada caso particular la determinación de cuándo quedó constituido el condominio... En consecuencia, si el inmueble forma parte de la masa postcomunitaria, no existe derecho real de condominio sobre una porción indivisa de la finca, sino un derecho ideal a la porción correspondiente de la masa liquidada, que no habilita para disponer de la mitad de cada bien en particular".⁴²

y también –al resolver el tema relativo al momento hasta el cual perdura el fuero de atracción del juicio sucesorio– que:

"...ni la declaratoria de herederos, ni su inscripción en el Registro de la Propiedad ponen fin al fuero de atracción del proceso sucesorio, es decir que se mantiene el estado de indivisión hereditaria, lo que implica la subsistencia de él hasta la partición, como indica el art. 3284, inc. 1º, del Código Civil... En efecto, la inscripción de la declaratoria no puede tener incidencia en la suerte de la comunidad hereditaria y no implica adjudicación de los inmuebles en condominio; es decir no constituye ni transmite derechos reales sobre inmuebles sino que reviste valor declarativo, así como de publicidad y de oponibilidad de la indivisión hereditaria frente a terceros... La tesis que sostiene que depende de las circunstancias de cada caso interpretar si la voluntad de los herederos, al realizar la inscripción registral de la declaratoria o el testamento, ha sido mantener la indivisión o constituir un condominio (instituciones que responden a distintos regímenes) –lo que se inferiría de la prolongación en el tiempo de la indivisión hereditaria luego de la publicidad registral–, significa la posibilidad de constituir un derecho real como lo es el condominio por un medio no autorizado por texto legal alguno, puesto que el art. 2675, del Código Civil, indica que él se constituye por contrato, por actos de última voluntad, o en los casos que la ley designa y, aunque en la nota respectiva se menciona el supuesto de que se prolongue una indivisión, ella no es ley. Tal criterio, además de apartarse de los textos legales, significaría dejar en la inseguridad la situación jurídica de los bienes, la que quedaría librada a la interpretación particular de cada caso con respecto al momento en que quedó constituido el condominio, circunstancia que reviste importancia pues, como ya se señalara, existen diferencias entre los derechos de los condóminos sobre la cosa en condominio y los de los comuneros sobre la cosa en indivisión".⁴³

⁴² Conf. C.N.Civ., sala C, LL-1975-A-525; *id.*, LL-1978-D-356; *id.*, LL, f. 87.608.

⁴³ C. N. Civ., Tribunal de Superintendencia, 4.12.97, causa "Municipalidad de Buenos Aires c/ Lacchio, J.", LL, f. 98.095, suplemento diario del 12.11.98.

También se ha dicho que la nulidad de la venta de un inmueble hereditario, con respecto a la parte de los herederos menores que no habían prestado su consentimiento, dejaba constituido entre ellos y el comprador, un condominio.⁴⁴

Nulidad
de una
venta

D) Distintas clases de condominio

Del art. 2692 Cód. Civ. se derivan las dos posible clases de condominio: sin indivisión forzosa y con indivisión forzosa.⁴⁵

1. Condominio sin indivisión forzosa. Concepto

Condominio sin indivisión forzosa es aquél en el cual cualquiera de los condóminos, en cualquier tiempo⁴⁶ y sin depender de la conformidad de los demás condóminos, puede poner fin a la copropiedad solicitando la partición de la cosa común.

2. Condominio con indivisión forzosa

Cuando la facultad enunciada anteriormente de pedir la división en cualquier tiempo se encuentra coartada, ya sea por una causa derivada de la ley, o de la convención, o de una disposición testamentaria, nos encontramos frente a un condominio de o con indivisión forzosa.

a) Distintos casos: enunciación y nociones

Según el art. 2715 Cód. Civ. la indivisión forzosa puede derivar de la ley, del contrato o de una disposición de última voluntad.

Conforme al art. 2710 es de indivisión forzosa el condominio que recae sobre cosas afectadas como accesorios indispensables al uso común de dos o más heredades que pertenezcan a propietarios distintos.

Origen
legal
Art. 2710

⁴⁴ S.C. Bs. As., LL, 21-215.

⁴⁵ Algunos —v.g. Lafaille, *ob. cit.*, t. 2, n° 1067— opinan que también puede distinguirse el condominio en “temporario” y “perpetuo”; este último, sólo puede surgir de la ley: tal sería el supuesto de los muros, cercos y fosos que sirven de separación entre dos fundos contiguos.

⁴⁶ Veremos luego, al realizar el estudio del art. 2715, que si la petición es intempestiva y la misma puede causar algún perjuicio a los comuneros, no será menester recurrir a la estricta noción del “abuso del derecho” (art. 1071 Cód. Civ.), sino que podrá enervarse dicha petición mediante la aplicación de la norma citada *supra*, en cuanto autoriza a “demorar” la partición “cuanto sea necesario”, si la misma fuere nociva, hasta tanto no “haya perjuicio a los condóminos”.

Ejemplos: un canal de desagüe de dos inmuebles, siempre que pertenezca en condominio a ambos propietarios, pues si pertenece a uno solo, el problema será distinto, como luego veremos; un pozo común, etcétera.

Mediane-
ría

También es de indivisión forzosa el condominio que recae sobre paredes, muros, cercos y fosos que sirvan de separación entre dos heredades contiguas —arts. 2716 al 2745— y que, en verdad, no es sino un caso de los contemplados por el art. 2710, si bien el Código lo reglamenta en forma detallada en capítulo aparte.

Art. 2715

Asimismo, hay indivisión forzosa en el supuesto contemplado en el art. 2715 Cód. Civ. que dispone que “habrá también indivisión forzosa... cuando la división fuere nociva por cualquier motivo, en cuyo caso debe ser *demorada* cuanto sea necesario para que no haya perjuicio a los condóminos”.

Ley 13.512

También puede mencionarse como hipótesis de indivisión forzosa el condominio que recae sobre las partes comunes en el régimen de la propiedad horizontal. Según hemos visto en el punto III, B), 6, para aquellos que sostienen que el derecho de propiedad horizontal no es sino un derecho de dominio que recae sobre las partes exclusivas, complementado con un condominio que recae sobre las partes de uso común e indispensables para mantener la seguridad del edificio, ese derecho de condominio que existe sobre las partes comunes, es de indivisión forzosa.⁴⁷

Origen
jurispru-
dencial: los
sepulcros

“La naturaleza y destino especialísimo de los sepulcros ha motivado que adquieran un cierto carácter sagrado y que cuando hay más de un titular, el condominio que recae sobre el sepulcro es de indivisión forzosa, por aplicación de los arts. 3478 y nota, 2715 Cód. Civ., 12 de la ley 4128⁴⁸ y los principios generales del Derecho, a menos que: a) la unanimidad de los dueños resuelva lo contrario; o b) que el sepulcro esté vacío, o c) que el sepulcro pueda ser dividido materialmente entre los condóminos, de manera que los cadáveres puedan ser conservados en el mismo recinto, aunque deban ser cambiados de lugar, siempre que no se desvalorice ni se menoscabe su estructura arquitect-

⁴⁷ Aunque, según parece desprenderse de lo dispuesto por el art. 18 de la respectiva ley, al derogar a sus efectos el art. 2693 del Cód. Civ., la indivisión forzosa aparentaría tener origen contractual: se fundaría en el reglamento de copropiedad y administración, que, como después estudiaremos, es de naturaleza contractual.

⁴⁸ Que vedaba la ejecución de los sepulcros, salvo casos especialísimos. Hoy dicha ley está derogada, y rige, al respecto, el art. 219 inc. 2º del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación.

tónica; en los supuestos *b)* y *c)* aun cuando mediare oposición de alguno de los condóminos cabría la división".⁴⁹

La indivisión forzosa también puede nacer de una estipulación "válida y temporal de los condóminos" (art. 2715 Cód. Civ.).

Origen
conven-
cional

Según el art. 2693 Cód. Civ., si bien los condóminos no pueden renunciar indefinidamente al derecho de pedir la partición sí pueden "convenir la suspensión de la división por un término que no exceda de cinco años y de renovar este convenio todas las veces que lo juzguen conveniente". Este mismo plazo de 5 años es el que fija el art. 2715.

Es menester aquí recordar que si se trata de coherederos, por imperativo del art. 52 de la ley 14.394, ellos pueden convenir en que la indivisión perdure relativamente a todos o a algunos de los bienes relictos, por un plazo que no exceda de diez años.

Y que el art. 53 de la misma ley determina que:

"Cuando en el acervo hereditario existiere un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero o de otra índole tal que constituya una unidad económica, el cónyuge supérstite que lo hubiese adquirido o formado en todo o en parte, podrá oponerse a la división del bien por un término máximo de diez años... Lo dispuesto en este artículo se aplicará igualmente a la casa habitación construida o adquirida con fondos de la sociedad conyugal por el causante, si fuere la residencia habitual de los esposos."

A su vez, según el art. 2715 Cód. Civ., la indivisión forzosa también puede originarse en una disposición de última voluntad, por un plazo que no puede exceder de 5 años.

Disposi-
ciones
de última
voluntad

Esta parte de la norma ha sido modificada por el art. 51 de la ley 14.394, que dice:

"Toda persona podrá imponer a sus herederos, aun forzosos, la indivisión de los bienes hereditarios, por un plazo no mayor de 10 años. Si se tratase de un bien determinado, o de un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero o cualquier otro que constituye una unidad económica, el lapso de la indivisión podrá extenderse hasta que todos los herederos alcancen la mayoría de edad,

⁴⁹ En este sentido se ha orientado la jurisprudencia, a partir del fallo dictado en autos "Mohorade, Ana c/ Mohorade, Bernardo", por la C.Civ. 2ª Cap., con fecha 14.3.1912 (*Gaceta del Foro*, 20-312); conf. C.N.Civ., sala D, LL, 148 f. 68.389; *id.*, sala A, LL, 124-821 (con nota de Guillermo Allende); *id.*, sala B, JA, 1952, II-478; C. 1ª C.C. La Plata, JA, 35-778; C. 2ª C.C. La Plata, JA, 1948, I-462; véase reseña jurisprudencial en ED, 4-108.

aun cuando ese tiempo exceda los diez años. Cualquier término superior al máximo permitido, se entenderá reducido a éste.”

IV. Condominio sin indivisión forzosa

A) Facultades de los condóminos. Clasificación

De acuerdo al régimen que regula nuestro condominio, que es el románico, caracterizado por la existencia de partes indivisas o ideales, las facultades de los condóminos deben ser examinadas desde un doble punto de vista: facultades que tienen respecto de su parte indivisa y facultades relativas a la cosa, que es el objeto del derecho de condominio.

B) Facultades sobre la parte indivisa

1. Principio general. Limitaciones

Las facultades del condómino sobre su parte indivisa son amplísimas y equivalentes a las de un propietario sobre su cosa, sin otras limitaciones que las que deriven de la calidad de abstracta que reviste dicha parte.

Puede, pues, realizar respecto de ella misma cuantos actos⁵⁰ sean compatibles con su carácter de porción ideal, sin depender para ello de la conformidad de los otros condóminos.

Eso es, precisamente, lo que establece el art. 2676 Cód. Civ.:

“Cada condómino goza respecto de su parte indivisa de los derechos inherentes a la propiedad, compatibles con la naturaleza de ella”.⁵¹

El *principio general* en esta materia podría resumirse así: sobre la cuota parte, el condómino tiene libertad absoluta para disponer, gravar, reivindicar, etc. (*facultades amplias*); sobre la cosa o cualquier parte de ella materialmente determinada, en principio, imposibilidad de obrar, ya sea por actos materiales o jurídicos (*facultades muy restringidas*).⁵²

⁵⁰ Materiales o jurídicos.

⁵¹ Es decir, como expresamente lo consignan Aubry y Rau, *Cours...*, 3ª ed., § 221, n° 1, fuentes casi literales de la norma que examinamos, “compatibles con la naturaleza puramente intelectual de esa cuota parte, y puede ejercerlos sin el consentimiento de los demás copropietarios”.

⁵² Conf. Fornieles, *Cuestiones de Derecho civil*, 2ª parte, pág. 19, ed. 1946.

2. Enajenación

De lo dicho se desprende que el condómino puede enajenar libremente su parte indivisa, ya sea a título oneroso o gratuito, y ya sea a favor de los otros condóminos o de terceros.

Los demás copropietarios no pueden oponerse a la enajenación que de su parte indivisa quiera hacer el condómino, ni menos alegar derecho alguno de preferencia para adquirirla. Esto es lo que dispone el art. 2677 Cód. Civ.

Por su parte, el 2843 Cód. Civ., determina que “el usufructo puede establecerse por el condómino de un fundo poseído en común con otros, de su parte indivisa”; norma que resulta aplicable a la constitución de los derechos de uso y habitación por imperativo del art. 2949.

Es claro que los derechos reales que pueda constituir estarán subordinados al resultado de la partición que, como luego veremos, tiene efecto declarativo.⁵³

En cambio no puede arrendar su cuota, por así disponerlo expresamente el art. 1512.

Respecto de las servidumbres y de la hipoteca, hablaremos seguidamente.

3. Hipoteca: distintos casos

El condómino podría hipotecar su parte indivisa, o toda la cosa que tiene en condominio con otros o una parte materialmente determinada de dicha cosa. De los dos últimos supuestos nos ocuparemos al estudiar los actos jurídicos que el copropietario puede realizar sobre la cosa.

Ahora nos referiremos a la hipoteca de la cuota parte.

Dice el art. 2678 Cód. Civ.:

**Hipoteca
de la cuota
parte**

“Cada uno de los condóminos puede constituir hipoteca sobre su parte indivisa en el inmueble común, pero el resultado de ella queda subordinado al resultado de la partición, y no tendrá efecto alguno en el caso en que el inmueble toque en lote a otro copropietario o le sea adjudicado en licitación.”

Es concordante con esta disposición el art. 3123. También juegan los arts. 3124, 2695, 2696 y 2697, así como los arts. 3503 al 3513, de los cuales son fundamentales el 3503 y el 3504 y de los que resulta que la partición tiene efecto declarativo entre los condóminos o coherederos.

⁵³ Conf. Lafaille, *ob. cit.*, t. II, pág. 224; Salvat, *ob. cit.*, t. III, pág. 85.

También debe tenerse en cuenta el art. 2677, que permite a los acreedores del condómino embargar y ejecutar su parte indivisa, aun antes de la división.

Los problemas que trae aparejados la hipoteca de la cuota parte son innumerables y de muy compleja y dudosa solución. Sin pretender agotarlos a todos, podríamos esquematizarlos así⁵⁴:

Primer
interro-
gante

1) *¿Qué tipo de derecho tiene el acreedor hipotecario de parte indivisa*, atento a que el art. 2678 dispone que “el resultado de ella (de la hipoteca) queda subordinado al resultado de la partición y no tendrá efecto alguno en el caso de que el inmueble toque en lote a otro copropietario o le sea adjudicado en licitación”⁵⁵

Condición
suspensiva

Según algunos, su derecho está sujeto a una *condición suspensiva* —que el inmueble cuya parte alícuota se hipotecó toque en lote al condómino al hacerse la partición— y si ello no ocurre, es decir, si no se cumple la condición, “no hay verdadera constitución hipotecaria”⁵⁶.

Condición
resolutoria

Para otros la condición es resolutoria, pero aunque sostienen la existencia de la hipoteca pendiente la condición, opinan que hasta la partición el acreedor hipotecario se encuentra impedido de ejecutar la hipoteca, aun cuando el plazo estuviere vencido.⁵⁷

También se ha sostenido que si bien la extinción del derecho hipotecario se subordina al resultado de la partición y por las consecuencias existe una cierta analogía con una condición, ello en verdad sería mero corolario del efecto declarativo que a

⁵⁴ Véase al respecto nuestro estudio “Hipoteca y condominio”, en la *Rev. del Colegio de Escribanos de Buenos Aires*, donde se examina en detalle estos institutos.

⁵⁵ Si bien esta parte del artículo no fue derogada expresamente, al dejar sin efecto la Reforma de 1968 el art. 3467 Cód. Civ., que reglamentaba el instituto de la licitación, como un modo de realizar la partición, es natural concluir que la alusión del art. 2678 a la licitación, carece de vigencia.

⁵⁶ Quintana Terán, nota a fallo en *ED*, 7-45; S.T. Santa Fe, sala 1ª C.C., *LL*, 109-153; Neppi, nota a fallo en *LL*, 43-473; Spota, Alberto, estudio en *JA*, 1955, I-264, si bien este autor, en un trabajo anterior publicado en *LL*, 12-1170, sostuvo que la condición era resolutoria, aunque agregaba que el acreedor podría ejecutar la hipoteca sólo cuando “ocurra el hecho confirmatorio que ha de dar valor eficiente a la hipoteca y objeto concreto para realizar la ejecución”.

⁵⁷ Spota, Alberto, estudio en *LL*, 12-1167, con la salvedad hecha en la nota anterior; C.F. Paraná, *LL*, 43-475; C.N.Civ., sala F, causa 58.53C del 20.8.59; *id.*, *id.*, *LL*, 100-791 (5998-S); si bien no muy claramente, también Fornieles, S., *Cuestiones...*, 2ª parte, págs. 20/21.

la partición atribuye la ley⁵⁸ y que no resultarían de aplicación los arts. 3125 y 3194 Cód. Civ., sino los arts. 3157 al 3161.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto que la hipoteca constituida por un condómino sobre su parte indivisa, una vez realizada la partición sólo puede tener efecto sobre la fracción adjudicada.⁵⁹

2) *¿Antes de la partición, el acreedor hipotecario puede ejecutar la hipoteca y cobrarse con privilegio?*

Segundo interrogante

Obviamente, para quienes sostienen la tesis de que la hipoteca sobre parte indivisa está sujeta a una condición suspensiva, la respuesta será negativa: si no existe la hipoteca, mal puede ésta ejecutarse.

Respuesta negativa

Al acreedor hipotecario le quedarían dos vías: a) provocar la partición⁶⁰, o b) ejecutar la cuota parte que le corresponde al deudor en el condominio, si prescinde de su derecho hipotecario, pues de este modo quedará en la situación de un acreedor quirografario (recordemos que la hipoteca es siempre accesoria de un crédito en dinero), a los que la ley les permite ejecutar la parte indivisa, antes de la división (art. 2677).

Naturalmente que, en tal carácter, también podrá embargar y hacer vender otros bienes del patrimonio del deudor. Pero la desventaja estribaría en que, prescindiendo de la hipoteca, el crédito quedaría desprovisto de privilegio.

Para quienes sustentan la opinión de que se trata de un derecho sometido a condición resolutoria, la respuesta debería ser afirmativa. Sin embargo, ya hemos visto —véase nota 55— que en este aspecto la conclusión es la misma a la que arriban los que piensan que la condición es suspensiva.⁶¹

¿Respuesta afirmativa?

⁵⁸ Camarotta, *Tratado de Derecho hipotecario*, n° 134, 2°, pág. 132, ed. 1942; Adrogué, Manuel, estudio en *JA*, rev. del 6.11.70.

⁵⁹ Causa "Cobec S.C.A. c/Provincia de Mendoza", del 24.5.88.

⁶⁰ Así, Adrogué, *ob. cit.*, *loc. cit.*; también parece opinar así Fornieles, *Cuestiones...*, pág. 20, pues dice que esta facultad le compete "si el deudor 'se remiso' " en pedir la partición; S.T. Santa Fe, *LL*, 109-153; S.T. Tucumán, *LL*, 12-1168; C.A.ª Apel. Mercedes, *JA*, 1943, VI, 200.

⁶¹ Adrogué, M., *ob. cit.*, *loc. cit.*, sin embargo, dice que antes de la división el acreedor hipotecario puede ejecutar la hipoteca y cobrarse con preferencia, dado que siendo la hipoteca un derecho accesorio, jamás puede colocar al acreedor en peor situación que la del acreedor quirografario y que, siendo la hipoteca indivisible "no puede ejecutarse sobre la parte pro indivisa del condómino... se venderá el inmueble sobre el cual el condómino tiene su derecho, en la medida de su interés".

La Corte
Suprema

La Corte Suprema Nacional, sin pronunciarse directamente sobre el asunto, no obstante, ha dicho que:

"La resolución que fundada en el art. 2678 y conc. Cód. Civ. impone al acreedor hipotecario el requisito de la partición o la licitación entre los condóminos para ejecutar la sentencia de remate que obtuvo contra el deudor concursado no importa violar la igualdad. No se crea al recurrente de tal modo una situación de inferioridad frente a los otros acreedores comunes que, por encontrarse el deudor en estado de concurso, no han podido siquiera proseguir sus ejecuciones, como lo hizo hasta obtener sentencia el acreedor hipotecario en razón de su privilegio".⁶²

Nuestra
opinión

Como lo hemos dicho antes de ahora⁶³, pensamos que la solución surge de una atenta lectura del art. 2678 Cód. Civ., el cual en ningún momento dice que la hipoteca sobre parte indivisa esté sujeta a condición, ni que los derechos del acreedor hipotecario deban esperar, para ejercitarse, que se produzca la partición.

Según la norma citada el condómino puede hipotecar su parte indivisa, y dicha hipoteca es perfectamente válida. *Sólo en un caso* la misma quedará sin efecto alguno: cuando el inmueble cuya parte indivisa hipotecó el condómino, caiga por efecto de la partición, en el lote de otro copropietario; resultando ello así porque la partición entre condóminos tiene efecto declarativo, de donde se deriva que si el inmueble toca en lote a otro copropietario, éste se considera como que adquirió el dominio *ex tunc*, por lo cual, al constituir la hipoteca aquel condómino no era propietario.

Podríamos, entonces, sentar el siguiente principio: la hipoteca constituida sobre su parte indivisa por el condómino es válida y *sólo* quedará sin efecto si el inmueble toca en lote a otro copropietario en la partición, a raíz del efecto declarativo que a la misma otorga la ley.⁶⁴

⁶² Fallos: 235:724; fallo del 31.9.56.

⁶³ Véase mi estudio cit. en nota 52.

⁶⁴ Conf. C.N. Espec. Civ. y Com., sala IV, 9.5.83, ED-105-583: "Los acreedores hipotecarios con derecho real de hipoteca sobre la cuota parte del hipotecante deben ser tratados por lo menos de igual forma que los condóminos, sin que sea admisible que el robustecimiento de la garantía del acreedor unida al gravamen hipotecario, redunde por extraña paradoja en una mayor dificultad en su ejecución. La hipoteca sobre parte indivisa, con relación a la cuota tiene efectos plenos y definitivos si se la ejecutó antes de la partición, en caso contrario queda expuesta a su resultado. A partir del art. 2687, Código Civil, tal hipoteca queda subordinada tan solo al resultado de la partición suponiendo que el acreedor hipotecario, usando el derecho que le acuerda el artículo precedente, no haya ejecutado antes su hipoteca y hecho vender la parte indivisa afectada al crédito".

Por lo tanto, si la hipoteca es perfectamente válida, es natural que su titular pueda ejercer todos los derechos inherentes a su calidad de tal, entre los cuales, obviamente, se encuentra el de ejecutar el asiento de la garantía y cobrarse con privilegio.

¿Acaso el art. 2677, que otorga a los acreedores del condómino el derecho de embargar y vender la parte indivisa *aun antes de hacerse la partición* establece alguna distinción entre los acreedores? No. Y parece lógico concluir que si un acreedor común puede poner en marcha esta facultad, a *fortiori* podrá hacerlo el acreedor hipotecario, que es un acreedor calificado, pero calificado para mejorarlo, no para empeorar su condición; mucho más, cuando ninguna norma cercena a dicho acreedor este atributo: lo único que dice el Código es que *la hipoteca quedará sin efecto si el inmueble toca en lote a otro condómino en la partición*, pero no que mientras tanto esta hipoteca deba permanecer dormida e inútil.

El acreedor hipotecario, si ejecuta su hipoteca mientras está vigente el condominio, es decir, antes de la partición, ejecutará la parte indivisa del condómino, y el adquirente de la misma pasará, a su vez, a ser condómino: para ello no se necesita ni el consentimiento ni siquiera el conocimiento de los otros copropietarios, dado que, según lo dice el art. 2677 Cód. Civ., sobre su parte indivisa el condómino tiene los derechos de un propietario.

Es claro que el acreedor hipotecario —como cualquier otro acreedor— no podrá ejecutar *el inmueble*, porque el mismo no figura en el patrimonio de su deudor, ni tampoco estaría afectado por la garantía que lo resguarda; pero nada se opone a que lo haga, repetimos, en relación a la parte indivisa, y se cobre con el pertinente privilegio.⁶⁵

Surge aquí un problema colateral cual es el de determinar si ante la ejecución iniciada por el acreedor hipotecario de parte indivisa, atento lo dispuesto por el art. 2678 Cód. Civ. sería procedente oponer la excepción de inhabilidad de título.⁶⁶

Inhabilidad de título

Al respecto se ha resuelto que:

“Por ahora no se trata de efectivizar la garantía sobre parte determinada del inmueble, sino de establecer si el título que el acreedor exhibe tiene acción ejecutiva y, en cuanto a esto respecta, es evidente que

⁶⁵ Conf. Alterini, J. H., en Llambías, J. J., *Código Civil Anotado*, ed. cit., t. IV-A, págs. 504/505; Coghlan, A., *El condominio sin indivisión forzosa*, ED, 1980; Adrogué, M., *Hipoteca constituida por condómino*, JA-Doctrina-1970-113; Papaño, R. y otros, *Derechos reales*, t. I, p. 307, ed. cit.

⁶⁶ Esta excepción fue suprimida en las ejecuciones hipotecarias por la ley 17.454. La reimplantó la ley 20.497, de mayo de 1973, modificatoria de aquélla; pero recientemente, esta última ha sido derogada.

la tiene⁶⁷, por donde la ejecución deben mandarse proseguir, sin perjuicio de lo que pueda después resolverse sobre el otro aspecto del asunto, si llegare a plantearse⁶⁸.

O sea que la cuestión relativa a la subsistencia de la hipoteca debería formularse en el momento de la ejecución de la sentencia de trance y remate.⁶⁹

Para nosotros, que nos inclinamos por la validez de la hipoteca de parte indivisa, si la ejecución se promueve antes de la partición (y después, si el inmueble se adjudicara al condómino hipotecante o si éste fuera transferido a un tercero), aquella ejecución no podrá ser enervada por una excepción de inhabilidad de título.⁷⁰

Tercer
interro-
gante

3) *¿Debe darse al acreedor hipotecario intervención en la partición del condominio?*

Las opiniones están divididas.

Algunos piensan que como la partición es susceptible de suprimir la garantía, no hay duda de que existe un interés que merece protección; por éste motivo y por el juego de los arts. 3157, 3158 y sigs. del Cód. Civ., el acreedor hipotecario tendría derecho a intervenir en la partición, *so pena de nulidad de la misma*.⁷¹

Para otros, en el supuesto de que la partición se haga sin notificar al acreedor hipotecario, aunque válida, no le sería oponible.⁷²

Sin embargo, se ha dicho que:

“La falta de intervención del acreedor hipotecario en el juicio de división de condominio del inmueble en que la parte indivisa de un

⁶⁷ Serían de aplicación los arts. 520 y 523 inc. 1º Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación.

⁶⁸ C.N.Civ., sala D, *ED*, 7-45; *id.*, *id.*, *LL*, 77-471.

⁶⁹ Conf. Quintana Terán, *ob. cit.*, *loc. cit.*, quien apunta que ello será así siempre que se ponga en movimiento la acción personal, pero no cuando se ejerza la acción hipotecaria (*v.g.* ejecución seguida contra el constituyente extraño, art. 3121 Cód. Civ.) o contra el comprador del inmueble gravado que no asumió la deuda —respecto de la cual la excepción sería procedente por el juego del art. 3166 Cód. Civ., que se refiere a la “no existencia” del derecho hipotecario—. Sobre la distinción entre acción personal e hipotecaria, véase mi obra *Derecho hipotecario*, pág. 35 y sigs.

⁷⁰ Conf. C.N. Espec. Civ. y Com., sala I, *ED*-102-182; sala IV, *ED*-105-583; Alterini, J. H., en Llambías, J. J., *ob. cit.*, pág. 507.

⁷¹ Formieles, *Cuestiones*, pág. 22.

⁷² Adrogué, *ob. cit.*, *loc. cit.*, quien hace jugar los arts. 3161, 3158, 3474, 2698 y 3465 inc. 2, Cód. Civ.

condominio se halla afectada con hipoteca, no causa la nulidad de la división, por cuanto ninguna disposición legal establece la citación obligatoria y la intervención de aquél en dicho juicio bajo pena de nulidad del acto".⁷³

Nosotros creemos que debido a que por efecto de la partición la hipoteca puede desaparecer, el acreedor hipotecario de parte indivisa *puede* intervenir en la partición de la cosa, e incluso solicitar que tal partición se realice judicialmente —art. 3465, inc. 2 Cód. Civ.— mas su intervención debe limitarse a vigilar que no se cometan fraudes en la partición.

Nuestra
opinión

Pero afirmar que tiene tal "facultad" es muy distinto a sostener que los condóminos están obligados a dar intervención al acreedor hipotecario en la partición, so pena de nulidad o inoponibilidad, puesto que no ya sólo no se establecen en ninguna parte esas sanciones, sino ni siquiera se consagra esta obligación en ninguna norma.

El remedio que le queda al acreedor hipotecario, si se dan los presupuestos correspondientes, es intentar la acción pauliana, en caso de que la partición se hubiera hecho sin su intervención y en fraude a sus derechos.

4) Suponiendo que en la partición se le adjudique al copropietario que hipotecó su cuota parte otros bienes —y no el hipotecario— o dinero, ¿la preferencia puede hacerse efectiva sobre dichos bienes o dinero?

Cuarto
interrogante

También en este aspecto no existe un criterio uniforme.⁷⁴

Se ha resuelto que:

"Como según el art. 2678 Cód. Civ. la hipoteca constituida por uno de los condóminos sobre su parte indivisa en un inmueble común 'no tendrá efecto alguno en el caso en que el inmueble toque en lote a otro copropietario', principio repetido en el art. 3123, nada autoriza a sostener que, no obstante extinguirse la hipoteca, renazca a favor del acreedor hipotecario un privilegio que éste pueda hacer efectivo sobre el valor de bienes distintos a los gravados, y respecto a los cuales es un simple tercero; por consiguiente, no corresponde dar a ese acreedor intervención alguna en el remate de estos bienes, cuya validez, por tanto, no pueden cuestionar".⁷⁵

⁷³ C.Fed. Paraná, LL, 43-73.

⁷⁴ Así, por ejemplo, el art. 2825 del Cód. Civ. y Com. italiano de 1942, responde afirmativamente el interrogante, siempre que se cumpla con determinados requisitos que, por ejemplo, cuando se le han atribuido otros bienes al hipotecante, consisten en inscribir nuevamente la carga "con la indicación de dicho valor dentro de los 90 días a contar de la transcripción de dicha división".

⁷⁵ C.N.Civ., sala F, LL, 100-791. (5998-S).

Pero también se sostiene que la preferencia de cobro subsiste sobre los bienes en virtud del principio de subrogación real, mientras ellos permanezcan en poder del ex condómino, cesando en el caso de pasar a manos de un tercero, por no existir derecho de persecución.⁷⁶

Y aún que si el condómino recibe dinero, la preferencia se ejerce sobre esas sumas, pero esa prelación no puede ejercitarse si el condómino recibe otros bienes y no dinero.⁷⁷

Nuestra
opinión

Para resolver este interrogante creemos que es menester recordar que, siendo la materia de los privilegios de interpretación restrictiva⁷⁸, para que el acreedor hipotecario pudiera hacer valer su privilegio sobre esos nuevos bienes que ingresan al patrimonio del condómino, sería menester la existencia de una norma expresa autorizando la subrogación real. Como dicha norma no existe en el Código Civil —ya que el art. 3110 sólo habla de que la hipoteca se extiende “a la indemnización debida por los aseguradores del inmueble”— pensamos que la respuesta al interrogante debe ser negativa.⁷⁹

Pero si se da el caso de concurso, la solución sería distinta, pues entraría a jugar la ley 19.551, cuyo art. 269 admite la subrogación real aunque una postura contraria podría hallar sustento en la circunstancia de que el art. 265, inc. 7º, ley 19.551 (Ley de Concursos) reconoce el privilegio de la hipoteca “en la extensión prevista en su respectivo ordenamiento”, que no sería otro que el Código Civil, el cual sólo admite la subrogación en hipótesis especialmente determinadas.

Quinto
interro-
gante

5) *Si en lugar de hacerse la partición en especie ella se concreta en una venta, o si los condóminos venden el inmueble sobre el que existe la hipoteca de parte indivisa, ¿subsiste la hipoteca —siempre limitada a la parte indivisa— o ella se extingue?*

Sólo he encontrado dos autores que se refieren expresamente al problema, si bien un tanto superficialmente⁸⁰, sosteniendo que en tal caso la hipoteca subsiste, pues el efecto declarativo de la partición sólo se opera entre los condóminos y no con respecto a terceros.

En un solo fallo, también en forma incidental, se ha sostenido que:

⁷⁶ Adrogué, *ob. cit.*, *loc. cit.*

⁷⁷ Fornieles, S., *Cuestiones...* pág. 21, parte 2ª.

⁷⁸ Véase mi estudio “Apuntes sobre privilegios”, en *LL*, 137-932.

⁷⁹ Conf. Alterini, J. H., en Llambías, J. J., *ob. cit.*, págs. 508/509; Coghlan, A., *ob. cit.*, *loc. cit.*

⁸⁰ Camarotta, *ob. cit.*, n° 138; Adrogué, *ob. cit.*, *loc. cit.*

"El acreedor hipotecario de cuota parte en la cosa indivisa conserva los derechos contra terceros adquirentes en la medida o en la extensión acordada por el copropietario, pues el efecto declarativo sólo se opera entre condóminos y no con relación a terceros adquirentes, que lo son con las cargas que gravan el inmueble al cual sigue la hipoteca en poder de quien se encuentra".⁸¹

Pensamos que esta posición encuentra su sustento efectivo en el hecho de que los arts. 2695 y 2696, así como los arts. 3503 y 3504 Cód. Civ., cuando aluden al efecto declarativo de la partición *siempre se refieren a los derechos de los condóminos respecto de los bienes que en dicha partición les han correspondido a otros condóminos, pero nunca menciona a los terceros.*

Nuestra
opinión

Además, teniendo en cuenta que el efecto retroactivo de la partición es una ficción impuesta por la ley, elementales reglas de hermenéutica jurídica aconsejan no llevar esta ficción más allá de los límites estrictos que le ha fijado la ley.

Luego veremos como resulta mucho más conveniente, precisamente porque se adecua a la realidad, el principio de que la partición es constitutiva de derechos, carácter éste que revestía en el Derecho romano.

Esta breve reseña que acabamos de hacer justifica el hecho de que en la práctica sea muy poco conveniente para los acreedores contar con una garantía hipotecaria sobre parte alícuota. Inclusive —como lo recuerda Salvat⁸²— en estos supuestos las instituciones bancarias exigen que los demás condóminos concurren a la hipoteca, no para obligarse conjuntamente, sino para consentir la venta del inmueble en caso de incumplimiento del constituyente, en cuyo caso el acreedor hipotecario cobraría su crédito hasta la concurrencia del valor de la parte del condómino deudor.⁸³

4. Constitución de servidumbres

Para que haya servidumbre es indispensable la existencia de dos fundos —como luego veremos—: el dominante y el sirviente. Por ello, quedaría excluida la constitución de una servidumbre que recayera sobre una parte indivisa, dado su carácter de abstracta o ideal.⁸⁴

⁸¹ C.N.Civ., sala C, LL, 87-272. Conf. Alterini, J. H., en Llabrás, J. J., *Código Civil Anotado*, ed. cit., t. IV-A, págs. 508-509; Adrogué, M., *ob. cit.*, *loc. cit.*

⁸² *Ob. cit.*, t. III, n° 1246.

⁸³ Según Fornieles, *Cuestiones...* 2ª parte, pág. 24, los otros condóminos, en esta hipótesis quedarían en la situación de los "terceros poseedores" de un inmueble hipotecado, solución a la que nos adherimos.

⁸⁴ Conf. Lafaille, *ob. cit.*, t. II, n° 1083. *Contra*: Salvat, t. III, n° 1248, quien

Además, la constitución de una servidumbre sobre parte indivisa se opondría al principio de indivisión de las servidumbres establecido por el art. 3007. Asimismo, en la nota al art. 2985, última parte, Vélez, refiriéndose a la servidumbre sobre una porción indivisa, expresa:

“...fundamentalmente es imposible, porque la servidumbre, siendo indivisible, no se adquiere por una porción indivisible”.⁸⁵

5. Acciones posesorias

Al respecto, es claro y explícito el art. 2489 Cód. Civ., que autoriza al copropietario a intentar las acciones posesorias sin necesidad del concurso de los demás copropietarios, y aun puede ejercerla contra cualquiera de los otros condóminos, “que turbándolo en el goce común, manifestase pretensiones a un derecho exclusivo sobre el inmueble”.⁸⁶

6. Acciones reales

Confesoria Respecto de la confesoria, expresamente dice el 2799 Cód. Civil:

“Cuando el inmueble dominante o sirviente perteneciere a poseedores con derecho de poseer, la acción confesoria compete a cada uno de ellos y contra cada uno de ellos, en los casos designados en los artículos anteriores; y las sentencias que se pronuncien perjudicarán o aprovecharán a todos respecto a su efecto principal, pero no respecto al efecto accesorio de la indemnización del daño.”

Reivindicatoria

Respecto a la reivindicatoria, habría que hacer una distinción:

a) Si el condómino acciona contra los otros copropietarios, rige el art. 2761 Cód. Civ. y la medida de la “reivindicación” es su parte indivisa;

b) Si, por el contrario, los condóminos han sido desposeídos por un tercero, las normas del Código no son muy explícitas y han originado dos corrientes doctrinarias y jurisprudenciales respecto de la extensión de la acción reivindicatoria iniciada

se pronuncia por la afirmativa, así como Adrogué, M., en su estudio de JA, rev. del 6.11.71, quien sostiene que, además, podría constituir los derechos de prenda y de anticresis, siempre sujetos al resultado de la partición.

⁸⁵ Véase mi obra *Derechos de disfrute sobre la cosa ajena*, pág. 183.

⁸⁶ Recordemos que como lo dijimos al estudiar la coposesión, esta norma es un corolario de lo que dispone el art. 2409.

por uno solo de los condóminos sin el concurso de los demás, que examinaremos con detenimiento al estudiar el tema de las acciones reales, y que podrían sintetizarse así:

1) Para algunos, como la acción reivindicatoria es la que “nace del dominio que cada uno tiene de cosas particulares”, limitándose el derecho de propiedad del condómino a su parte indivisa, éste podría reivindicar del tercero solamente esa parte ideal, pero no toda la cosa.⁸⁷

2) Para otros, del plexo de normas que legislan este supuesto se desprendería que el condómino puede reivindicar contra el tercero, no sólo su parte indivisa, sino la cosa íntegra sobre la cual se asienta el derecho del cual él es titular por su parte ideal.⁸⁸

Los artículos en juego, muchas veces contradictorios entre sí y ellos mismos en sus distintas partes y con sus notas, son principalmente los siguientes: 2679, 3450, 3992 y 686.

En cuanto a la acción negatoria, que se da contra cualquiera que “impida el derecho de poseer de otro... arrogándose sobre el fundo alguna servidumbre indebida”, o que puede tener también por objeto reducir a sus justos límites el ejercicio de un derecho real, pensamos que corresponde a cada condómino sin limitación a su cuota parte —tal como le compete la acción confesoria— y sin necesidad del concurso de sus consorcios, debido al carácter de indivisibles que revisten las servidumbres, según lo dispone el art. 3007 Cód. Civ. el cual, conforme a su nota, es “inflexible”.

Negatoria

Un interesante supuesto resolvió la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁸⁹, al entender en una demanda por *expropiación inversa o irregular*⁹⁰ promovida por algunos de los condóminos

⁸⁷ Así, por ejemplo, Salvat, *ob. cit.*, t. III, n° 2055; conf. C.Civ. 2° Apel., *G. del F.*, 162-79; Cám. Com. Cap., *JA*, 1942, I-961; etcétera.

⁸⁸ Así, por ejemplo, Lafaille, *ob. cit.*, t. 3, n° 2051; Fornieles, *Tratado de las sucesiones*, ed. cit., t. I, pág. 457 y sigs. En este sentido se inclina la jurisprudencia actual: S.C. Bs. As., *JA*, 1954, IV-262; C.Civ. 1° Cap., *JA*, 1943, I-625; Cám. Fed. B. Blanca, *LL*, 66-203; S.C. Tucumán, *JA*, 1952, III-51; S. C. Catamarca, *JA*, 1948, II-724; C. 1° Civ. Com. Tucumán, fallo del 29.6.73: *LL*, 152, sum. 30.736.

Se ha dicho que “la reivindicación del condómino contra extraños se ejerce por la totalidad del bien poseído por éstos y no por la cuota parte indivisa perteneciente al reivindicante, y a la procedencia de la acción no se opone el 2679 *in fine* Cód. Civ., ya que no se persigue dividir la cosa con los terceros, concretando su cuota sobre una parte material y determinada, sino que está destinada a excluir a los terceros de la íntegra posesión de la cosa”: C.N.Civ., sala A, fallo del 20.7.71, expediente 156.597; conf. S.C. Bs. As., A. y S., 1960, IV-544.

⁸⁹ Causa “Russo, F. y otro c/Municipalidad de Buenos Aires” del 9.6.88.

⁹⁰ Conf. arts. 51 a 56, ley 21.499 - Expropiación.

(no todos) de un inmueble expropiado, sin requerir el consentimiento de los demás.

Dijo el Alto Tribunal que "si fuera necesario el consentimiento de todos los condóminos de un inmueble para iniciar una acción de expropiación inversa, pesaría una fuerte restricción al derecho de propiedad de los actores, al no ser posible la expropiación directa o indirecta de sus porciones indivisas y no reconocérseles la legitimación para promover la expropiación inversa, provocando una seria lesión al derecho de propiedad garantizado por la Constitución Nacional... Cada propietario puede pedir en cualquier tiempo la división de la cosa común cuando no se encuentre sometida a una indivisión forzosa (art. 2692, Código Civil). De establecerse la necesidad del consentimiento de los condóminos para iniciar una acción de expropiación inversa so pretexto de proteger al condómino que no consintió la acción intentada, se llegaría en la práctica a instaurar un estado de indivisión (arg. arts. 2396, 3475 bis y nota al art. 669), no aceptado por el codificador... La admisión de la expropiación inversa promovida por la mayoría de los condóminos sólo significa para el restante condómino una forma de sufrir las consecuencias de la partición que los otros tenían derecho a pedir en cualquier momento.

En cambio, tratándose de una *acción de retrocesión*⁹¹, se decidió que la demanda debe ser promovida por todos los condóminos, por tratarse de una obligación de devolver un cuerpo cierto, que es indivisible.⁹²

C) Facultades sobre la cosa

El principio es, como dijimos, que sobre la cosa las facultades de los condóminos son hartamente restringidas.

1. Derecho de uso y goce de la cosa. Limitaciones

De conformidad con el art. 2684 Cód. Civ. todo condómino puede usar de la cosa común, pero con dos limitaciones: *a)* que se ajuste al destino de la cosa⁹³, y *b)* que no la deteriore en su

⁹¹ Conf. arts. 35 a 50, ley 21.499 - Expropiación.

⁹² C.N. Civ., sala F, ED-118-193.

⁹³ El destino, por aplicación analógica del art. 2713, será el convenido por los condóminos, o el impuesto por el testador, en su caso, y a falta de norma contractual o testamentaria, el que surja de "su naturaleza misma" y del "uso al cual ha sido afectada", si su naturaleza admite varios destinos.

interés particular, lo cual es un corolario de lo dispuesto en el art. 2680.

Es claro que como ese derecho de uso y goce corresponde a todos los condóminos, cada uno lo podrá ejercer de modo que no estorbe el derecho igual de los demás, de donde si la cosa no es susceptible de uso y goce común, o si los condóminos no llegan a un acuerdo sobre el punto, resultarán de aplicación los arts. 2699 y siguientes.

En la práctica se suele presentar —sobre todo en el caso de coherederos—, el siguiente problema: uno solo de los condóminos usa y goza de la totalidad de la cosa, sin que los otros condóminos formulen observación alguna. ¿Puede posteriormente reclamársele una compensación por ese uso exclusivo desde la fecha en que él comenzó?

Un caso especial

La jurisprudencia uniformemente ha decidido que:

“Cuando un coheredero ocupa un inmueble de la sucesión durante el período de indivisión hereditaria, lo hace a título de dueño y no de locatario —art. 2684 Cód. Civ.— pero como tal derecho corresponde por igual a sus coherederos —que son condueños a partir de la muerte del causante— deben aplicarse las reglas propias del condominio, y hacerse lugar al pedido de fijación de un precio locativo por la ocupación y uso, pero sólo desde la fecha de la exigencia, ya que durante el período anterior se presume un asentimiento tácito con dicha ocupación gratuita”.⁹⁴

2. Actos materiales de disposición

a) Análisis del art. 2680

Según esta norma “ninguno de los condóminos puede ejercer sin el consentimiento de todos sobre la cosa común ni sobre la menor parte de ella físicamente determinada, actos materiales... que importen el ejercicio actual e inmediato del derecho de propiedad. La oposición de uno bastará para impedir lo que la mayoría quiera hacer al respecto”.

Este es el *ius prohibendi*, que según nuestro régimen jurídico corresponde a cualquier condómino y cuya atenuación se propende actualmente, como luego veremos.

Corolario de la disposición que comentamos es el art. 2681.

⁹⁴ C.N.Civ., sala C, ED, 37-520; *id.*, ED, 32-337; *id.*, sala B, ED, 32-410; *id.*, sala E, ED, 18-743; *id.*, sala A, LL, 124-390; *id.*, sala D, LL, 102-183; S.T. Santa Fe, sala II, LL, 22-679. C.N.Civ., sala C, causa “Passeron, R. s/sucesión” del 13.8.81; sala E, 18.4.86: LL-1986-C-520.

Así, por ejemplo, no podrían hacerse construcciones en un inmueble, ni mudarse la forma de la cosa mueble, etcétera.

Sin embargo, este principio no debe interpretarse rigurosamente, puesto que de lo contrario podría chocar con la norma del art. 1071 Cód. Civ., de tal modo que, en verdad, sólo estarían prohibidas aquellas innovaciones —*lato sensu*— que tiendan a dar a la cosa común un destino distinto o se traduzcan en un menoscabo del derecho de los demás consortes.

Es por ello que se ha decidido que:

“Nada obsta a que el condómino en ejercicio del derecho de uso y goce de la cosa común, pueda hacer en ella las construcciones que quiera para su comodidad particular, con la sola condición de no estorbar a los otros el uso del mismo derecho en otra parte de la cosa’... y si la mejora fue realizada no obstante la falta de consentimiento de los otros condóminos éstos no podrían aprovecharse de ella sin contribuir a su pago”.⁹⁵

3. Actos jurídicos

a) *Análisis de los arts. 2682 y 2683*

Según el 2680 tampoco ninguno de los condóminos puede, sin el consentimiento de los demás, realizar respecto de la cosa actos jurídicos que importen el “ejercicio inmediato del derecho de propiedad”.

Corolario de esta norma son los arts. 2682 y 2683, conforme a los cuales el condómino no puede, *per se*, sin el concurso de *todos* los otros condóminos:

a) *Enajenar* la cosa o parte material de ella, ya sea por título oneroso o gratuito, pues para ello es necesario el consentimiento de *todos* los comuneros —la mayoría sólo puede imponer su criterio en los casos de los arts. 2699 y siguientes—.

Una norma concordante respecto de la venta, establece el art. 1331.⁹⁶

b) *Constituir servidumbres sobre el inmueble en condominio*, porque así lo establece expresamente el art. 2985 (siendo el art. 2986 nada más que una aplicación de lo dispuesto en el art. 2683).

⁹⁵ C.Civ. 1ª Cap., LL, 5-260.

⁹⁶ Así, se ha decidido que “si el objeto de la venta prometida por un condómino fue la transferencia de la plenitud del dominio sobre el inmueble, éste no está en condiciones de cumplir dicha obligación sin el concurso de los otros copropietarios”: C.N.Civ., sala D, fallo del 22.2.73; ED, 48, f. 22.369.

Si, por el contrario, en lugar de ser la servidumbre a cargo del fundo común, lo fuera a favor de éste, entra en juego el art. 3015:

“Uno de los condóminos de un fundo indiviso puede estipular una servidumbre a beneficio del predio común; mas los otros condóminos pueden rehusar de aprovechar de ella...”.

c) *Constituir hipotecas sobre el inmueble en condominio*, ya que de acuerdo a lo dispuesto por los arts. 2680 y 2682 Cód. Civ. la hipoteca en esas condiciones no puede constituirse y si se la constituye, sería nula.

Pero existe un caso en el cual esa hipoteca se validaría total o parcialmente, y que es el que contempla el art. 2683: si la cosa que el condómino hipotecó o parte de ella viene a tocar en lote, por efectos de la partición, a ese condómino.

Es decir que aquí el principio es inverso al que sentáramos respecto de la hipoteca de parte indivisa: la hipoteca es nula y en un solo caso vendrá a resultar total o parcialmente eficaz, el cual se dará cuando el inmueble toque en todo o en parte al condómino hipotecante, por efecto de la partición.

Pero antes de que esto ocurra, como la hipoteca es nula, el acreedor hipotecario carecerá de todo derecho.

Por su parte el art. 3123 menciona una extraña hipótesis: la de la hipoteca del condómino sobre una parte material de la cosa. Esta norma reconoce su fuente en Aubry y Rau⁹⁷ y contra lo dispuesto en el art. 2680 parece autorizarla, junto con la hipoteca de parte indivisa.

Hipoteca
de una
parte
material

Por ello, podría pensarse que a esta particular situación le son aplicables los mismos principios que aquélla.

Mas una armónica interpretación del art. 3123 con los arts. 2680 y 2682 Cód. Civ., abonadas por razones de conveniencia práctica, nos llevan a la conclusión de que en verdad, las reglas que juegan son las de la hipoteca de toda la cosa material y no las de la parte indivisa, de donde: sólo valdrá si esa parte material cae en el lote del comunero que la constituyó, por efecto de la partición.

d) *Arrendar*, ya que, en concordancia con el 2682, el 1512 no sólo impide al comunero arrendar toda o una parte material de la cosa, sino aun su parte indivisa.

Exigiendo la ley unanimidad para la concertación de los actos mencionados en los apartados anteriores, lo que decimos

Efectos

⁹⁷ Cours..., § 226, pág. 718.

respecto del celebrado por un solo condómino resulta aplicable a los realizados por más de uno, aunque sean mayoría.⁹⁸

Si no obstante la prohibición estos actos se celebran ellos serán nulos —arts. 1043 y 1044 Cód. Civ.—, de nulidad relativa, no pudiendo alegarla el condómino que infringió el dispositivo legal por aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 1049, 2ª parte.⁹⁹

El art. 2683 sin embargo dispone que todos estos actos, en principio nulos, vendrán a ser parcial o íntegramente eficaces si por el resultado de la partición el todo o parte de la cosa común tocara en lote al copropietario que los celebró. Concordantes, los arts. 3124 y 3504 Cód. Civ.

Todo ello no es sino un corolario del principio de que la partición es meramente declarativa entre comuneros y de que “cada condómino debe ser considerado como que hubiere sido desde el origen de la indivisión, propietario exclusivo de lo que le hubiese correspondido en su lote, y como que nunca hubiese tenido derecho de propiedad en lo que ha tocado a los otros condóminos”.¹⁰⁰

D) Derechos de los acreedores de los condóminos

1. Embargo y venta de la parte indivisa

Art. 2677

En el condominio romano, a diferencia del denominado “condominio en mano común” del Derecho germánico, como la parte indivisa integra el patrimonio del condómino, sus acreedores pueden embargarla y ejecutarla para hacerse pago de sus acreedores, aun antes de la partición. Así lo dispone el art. 2677 Cód. Civ.

⁹⁸ Conf. S.C. Bs. As., A. y S., 21ª, t. VIII, pág. 399. *Contra*: Llambías, J. J., Alterini, J. H., *Código Civil Anotado*, ed. cit., t. IV-A, pág. 515, para quienes basta la mayoría para actos de administración.

⁹⁹ Para algunos autores nos enfrentaríamos a un supuesto de inoponibilidad a los restantes condóminos del acto prohibido celebrado por uno solo de ellos: conf. Alterini, J. H., El art. 1051 del Código Civil y el acto inoponible, *JA-Doctrina-1971-634*; Laquis, M., *Cuestiones relativas a los condóminos que no consintieron actos de disposición de la cosa común*, *LL*, supl. diario del 22.7.91.

¹⁰⁰ Si pendiente el juicio de nulidad del acto, por aplicación de lo dispuesto por los arts. 2680, 2682, 1043, 1044 y conc. Cód. Civ., adviniere la partición, de resultados de la cual al condómino que celebró el acto impugnado viniera a serle adjudicado el bien total o parcialmente, podría tal circunstancia alegarse como hecho nuevo a tenor de lo dispuesto por el art. 163 inc. 6º, 2ª parte, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, a fin de validar dicho acto (total o parcialmente) por aplicación de lo dispuesto por el art. 2683 Cód. Civ.

En nuestro derecho positivo la figura del condominio de indivisión forzosa creado por la ley 14.394 —arts. 51 a 55— se asemeja a la aludida institución del Derecho germánico. En efecto, el art. 55 de la citada ley dispone:

Art. 55,
ley 14.394

“Durante la indivisión autorizada por la ley, los acreedores particulares de los copropietarios no podrán ejecutar el bien indiviso ni una porción ideal del mismo, pero sí podrán cobrar sus créditos con las utilidades de la explotación correspondientes a su respectivo deudor.”

2. Cargas reales: interpretación del art. 2689

Dice el art. 2689:

“En las cargas reales que gravan la cosa, como la hipoteca, cada uno de los condóminos está obligado por el todo de la deuda.”

Esta norma ha planteado el problema de saber si al establecer que cada condómino responde “por el todo de la deuda”, el Código ha creado un supuesto de solidaridad legal, o esa responsabilidad *in totum* obedece a otros motivos.

El
problema

Esa determinación cobrará relieve en la hipótesis de que quede un saldo deudor una vez excutido el bien sobre el cual recae la carga: pues si existe solidaridad, cada condómino responderá por todo ese saldo impago (art. 699 Cód. Civ.); de lo contrario, el saldo se dividirá conforme a la cuota que a cada cual corresponda o por partes iguales (art. 2638 Cód. Civ.).

Importancia de su
solución

Según una opinión, sustentada entre otros por Salvat¹⁰¹ y Fornieles¹⁰², nos hallamos frente a un supuesto de solidaridad legal, dado que la solidaridad consiste, precisamente en que cada codeudor responde por el todo de la deuda, de conformidad al art. 699 Cód. Civ.:

¿Solidaridad de la
deuda?

“Si a cada uno de los deudores se les puede exigir el pago íntegro de la deuda, estos deudores son sin duda solidarios y otra cosa es confundir las palabras y los conceptos, pero como esa solidaridad existe a causa del gravamen y está determinada por él, cuando el gravamen se extingue, la solidaridad desaparece”.¹⁰³

Vale decir que, en punto a la solución concreta del problema que planteamos *supra*, esta posición llega a la misma con-

¹⁰¹ *Ob. cit.*, t. III, n° 1266.

¹⁰² *Cuestiones...*, 2ª parte, pág. 25.

¹⁰³ Fornieles, *Cuestiones...*, *loc. cit.*

clusión a que arriba la que expondremos seguidamente, es decir, que por el saldo impago que quede una vez ejecutado el bien sobre el que recae la carga, los condóminos no son solidariamente responsables —a menos que así lo hayan convenido— sino que cada uno responde en proporción a su cuota, o, eventualmente, por partes iguales —art. 2688 Cód. Civ.

¿Indivisi-
bilidad
de la
carga?

La otra tesitura —que es la mayoritaria—¹⁰⁴ considera que esta responsabilidad por el todo que impone el 2689 es debida a que las cargas reales —como el ejemplo que da la propia norma: la hipoteca— son *indivisibles*, vale decir, afectan toda la cosa y cada parte de ella, la cual responde, a su vez, por el todo y cada parte de la deuda, pero que no se trata de un caso de solidaridad impuesta por la ley: el art. 2689 no constituye una excepción al principio que establece el art. 2688.

El propio Vélez, en la nota al art. 675 parece dar razón a esta postura cuando afirma:

“La circunstancia de que uno de los herederos esté en posesión del inmueble hipotecado a la deuda, no cambia en nada el principio de que la obligación se divide entre los herederos del deudor. La hipoteca... son accesorios de la obligación y por lo tanto no pueden alterar la naturaleza de la obligación principal que tenía por objeto la entrega de cosas divisibles... El heredero del deudor, poseedor de la cosa hipotecada, no puede ser perseguido por el pago como heredero y deudor personal. Si lo es, es por razón de otro principio que no tiene nada que ver con la división de las obligaciones... Si, pues, el heredero poseedor *puede ser perseguido por el todo*, no es por una excepción al principio de la división de la deuda entre él y sus coherederos, sino como tenedor de la cosa hipotecada, como lo sería cualquier extraño a la sucesión, a quien pasase la posesión del inmueble hipotecado.”

En resumen: debido al carácter de indivisible que revisten las cargas reales, el acreedor puede demandar a cualquiera de los condóminos poseedores de la cosa gravada, por el todo de la deuda. Pero una vez ejecutado el asiento sobre el que recae la carga, si quedare un saldo impago, habiendo dejado de funcionar el motivo determinante de la responsabilidad *in totum*, este saldo revestirá el carácter de una deuda común, regida, en consecuencia, por el art. 2688 Cód. Civ.: cada uno de los condóminos responderá sólo por su parte.

Jurispru-
dencia:
un fallo
plenario

La jurisprudencia se ha volcado hacia la última postura reseñada.

¹⁰⁴ Así por ejemplo Lafaille, t. II, n° 1932; Biliboni, nota al art. 675 del *Anteproyecto*.

Así, en el fallo plenario de las Cámaras Civiles de la Capital, dictado en autos "Bancalari c/Dottesio de Rosa y otro"¹⁰⁵, se resolvió que el art. 2689 Cód. Civ. no establece la solidaridad entre los deudores comunes de la finca hipotecada y, en consecuencia, el saldo deudor que queda después de extinguida la hipoteca se divide en la parte proporcional de cada uno.

Se sostuvo allí que la solidaridad no puede sancionarse implícitamente, sino que debe provenir de la ley o del contrato, en forma expresa. Que si se entendiera en sus términos literales el 2689, se quebrarían los principios que la ley establece en materia de divisibilidad de las obligaciones —art. 668 y su nota, Cód. Civ.— y las relaciones entre principal y accesorio, ratificadas en materia de hipoteca por la nota al 3112 y el art. 3118. Que, por otra parte, Pothier, fuente del artículo, en el n° 119, refiriéndose al "cuasi contrato de sociedad", dice que cuando se trate de cargas reales divisibles, cada cuasiasociado responde sólo por su parte, y cuando la carga consiste en algo indivisible, como las servidumbres prediales o hipotecas, cada uno está obligado por el total, porque no puede estarlo por su parte en una carga cuya naturaleza no es susceptible de división. Vale decir que Pothier se refiere a la carga y no a la deuda, y si establece la obligación de cada uno por el todo, es en razón de la indivisibilidad de la carga y no de la solidaridad de la obligación.

Otros fallos han resuelto que revisten la categoría de cargas reales los impuestos que gravan el inmueble, como la contribución territorial o la de Obras Sanitarias¹⁰⁶; las tasas de alumbrado barrido y limpieza¹⁰⁷; la contribución de mejoras¹⁰⁸; las deudas por medianería¹⁰⁹. Ello por entender que, aunque las deudas impositivas no son estrictamente cargas reales, comportan obligaciones que se proyectan sobre la cosa con motivo de la imposición o en cuyo servicio se genera la tasa¹¹⁰. Y así, se decidió —por aplicación del art. 2689, Código Civil, que "siendo la concordataria condómina del inmueble procede verificar por el total del impuesto inmobiliario".¹¹¹

¹⁰⁵ JA, 11-350.

¹⁰⁶ C.Civ. 1° Cap., LL, 5-306; C.Civ. 2° Cap., JA, 76-512.

¹⁰⁷ C.Civ. 1° Cap., JA, 56-761; C.Civ. 2° Cap., JA, 52-862.

¹⁰⁸ C.Civ. 1° Cap., LL, 25-115; S.C. Bs. As., JA, 1946, III-593; S.C. Tucumán, LL, 7-1135.

¹⁰⁹ C.N.Civ., sala D, JA, 1958, II-380.

¹¹⁰ Conf. C.N.Civ., sala C, LL, f. 88.762; sala E, ED-102-506; C.N.Com., sala D, ED-121-122.

¹¹¹ C.N.Com., sala D, 11-1986-A-242.

Asimismo, se han pronunciado por la validez de la ejecución seguida contra uno solo de los condóminos, a los efectos de la venta de la finca hipotecada o gravada con impuestos.¹¹²

V. Obligaciones y responsabilidades de los condóminos

A) Gastos de conservación y reparación de la cosa

Conforme al 2685:

“Todo condómino puede obligar a los copropietarios en proporción de sus partes a los gastos de conservación o reparación de la cosa común; pero pueden librarse de esta obligación por el abandono de su derecho de propiedad.”

1. Naturaleza jurídica

Para algunos se trataría de obligaciones o cargas reales, teniendo en cuenta que la calidad de sujeto pasivo está dada por su vinculación con la cosa, y poniendo el acento sobre el derecho de abandono que compete a cada condómino para liberarse de contribuir a solventar esos gastos.¹¹³

Para otros no puede considerarse ni carga de la propiedad —por no ser obligación real— ni obligación personal— por no mediar contrato alguno entre los condóminos.

Aun hay quienes sostienen —como Pothier— que estamos frente a un “cuasi contrato de sociedad”, y de allí la responsabilidad de los condóminos.

2. Responsabilidad por incumplimiento

Al respecto, dice el 2686:

“No contribuyendo el condómino o los condóminos, pagarán los intereses al copropietario que los hubiere hecho y éste tendrá derecho a retener la cosa hasta que se verifique el pago.”

Jurispru-
dencia

Se ha resuelto que:

“El condómino que hizo de su peculio la totalidad de los gastos para conservar y reparar la cosa común tiene derecho a percibir de los

¹¹² C.Civ. 2°, JA, 23-306; *id.*, *id.*, JA, 30-729; C.Civ. 1°, JA, 15-245, n° 1260; conf. C. 1° Apel. Córdoba, LL, 5-354.

¹¹³ Alsina Añenza, estudio en JA, II-40/56; Salvat, *ob. cit.*, t. III, N° 1260; Conf. C. 1° Apel. Córdoba, LL, 5-354.

demás copropietarios la parte de ese importe que a cada uno corresponda, con intereses hasta el momento del pago y sin que al respecto puedan oponerse los principios generales sobre falta de mora, pues en este supuesto y a título de excepción, el art. 2686 Cód. Civ., la considera operada de pleno derecho".¹¹⁴

y que:

"...requerido el condómino para que contribuya a los gastos de conservación, queda constituido en mora de pleno derecho *una vez concluidos los trabajos*".¹¹⁵

3. Derecho de abandono

Está establecido por la segunda parte del 2685, que arriba transcribimos.

Damos por reproducido aquí cuanto dijimos respecto de la forma que debe revestir el abandono —especialmente en relación a cosas inmuebles— cuando desarrollamos las formas de extinción del derecho de dominio, en el Volumen I de esta misma obra.

Al respecto se ha resuelto que:

Jurisprudencia

"La facultad de abandonar el derecho de propiedad debe ejercerse cuando se requiere su contribución y antes de que se hayan concluido las refacciones ya que, después de esa oportunidad, producida la mora conforme al art. 2685 Cód. Civ., la renuncia de la propiedad no tiene por efecto liberarlo de contribuir y sólo podría computarse hasta el valor de lo renunciado".¹¹⁶

Abandonada la parte indivisa, ¿ésta acrece la de los otros condóminos proporcionalmente a su cuota?

¿A quién corresponde la porción abandonada?

Pensamos que no. Cada condómino goza respecto de su parte indivisa de los derechos de un propietario. El abandono, pues, de una parte alicuota produce los mismos efectos que el abandono del dominio de toda la cosa, y el Código los legisla conjuntamente en el art. 2608.

Por lo tanto, si se trata de un inmueble, la parte alicuota pasará al dominio privado del Estado —art. 2342 inc. 2º— y si se trata de cosas muebles, se transformará en una *res nullius* susceptible de apropiación.

¹¹⁴ C. 2º Civ. y Com. La Plata, sala 2ª, *D.J.B.A.*, 55-94.

¹¹⁵ C. 1º Apel. Córdoba, *LL*, 5-354.

¹¹⁶ C. 1º Apel. Córdoba, *LL*, 5-354.

Esta situación tan extraña debió ser expresamente resuelta y pensamos que para evitar complicaciones, en el sentido de que la parte abandonada acrece la de los otros condóminos.

Pero a falta de una norma expresa, no creemos que el derecho de acrecer funcione en esta hipótesis, pues cuando el Código lo acepta, exige una específica declaración de voluntad al respecto —ej.: para los legados, arts. 3810 y sigs.; caso del cusufructo: art. 2823.¹¹⁷

Nos refirma en esta posición lo dispuesto por el art. 2724 Cód. Civ. que, legislando sobre el abandono de la medianería ha establecido expresamente su efecto: conferir al vecino (condómino) la propiedad exclusiva de la pared. Vale decir que a falta de esa especificación en el art. 2685, el acrecimiento a favor de los otros comuneros no se produce.

Por otro lado, en el caso de los herederos —sucesores universales— cuando uno de ellos renuncia a la sucesión, el acrecimiento a los otros “se causa... en virtud de la universalidad del título, que absorbe todo, por lo mismo que es universal” (nota al art. 3812 Cód. Civ.), situación que no se da en el caso del condominio.

B) Obligación por deudas contraídas en pro de la comunidad

Respecto de estas deudas¹¹⁸ pueden darse tres situaciones:

- 1) Que las haya contraído uno solo de los condóminos.
- 2) Que las hayan contraído todos los condóminos colectivamente, sin pactar la solidaridad.
- 3) Idem, pero estipulándose la solidaridad.

Por uno
solo de los
comuneros

Para la primera situación rige el art. 2687: “no está obligado sino el condómino que las contrajo, el cual tendrá acción contra los condóminos para el reembolso de lo que hubiere pagado”.

Por todos,
sin pactarse
solidaridad

En relación a la segunda, a su vez, pueden presentarse dos hipótesis: a) que los condóminos hayan expresado al obligarse la cuota parte que a cada uno correspondía en la cosa: en ese

¹¹⁷ *Contra*: Salvat, *ob. cit.*, t. III, pág. 40, nota 38, quien opina que el abandono produce la adquisición forzada de la cuota por parte de los otros condóminos.

¹¹⁸ Se ha resuelto que “El art. 2687 Cód. Civ., referente a las deudas contraídas por el condómino en pro de la comunidad, comprende únicamente aquellas deudas que provienen de la conservación o reparación de la cosa común y no... de las innovaciones materiales que, para ser introducidas en el bien común, necesitan la conformidad expresa de todos los condóminos, no bastando la ausencia de oposición por parte de éstos” (C.N.Civ., sala C, LL, 111-527).

caso responderán conforme a dicha cuota; y b) que al obligarse lo hayan hecho "sin expresión de cuotas", en cuyo caso responderán por partes iguales, sin perjuicio del derecho de repetir cada uno proporcionalmente lo que hubieran abonado demás por parte de los otros que hubieren abonado de menos. Las dos posibilidades están legisladas en el 2688.

Para la tercera situación se aplican las normas de las obligaciones solidarias: arts. 717 y 689 Cód. Civ.

Tener presente que "salvo pacto en contrario, no son solidarias las obligaciones contraídas por los condóminos".¹¹⁹

Idem,
pactán-
dose
solidari-
dad

1. Caso de insolvencia de uno de los condóminos

Juega el art. 2690, el cual plantea dos problemas:

1) ¿Qué es lo que debe repetirse entre los demás condóminos: su cuota parte, que la perdería el insolvente a favor de los otros condóminos¹²⁰ o la parte que en la deuda correspondería pagar al insolvente?¹²¹

2) ¿Esta disposición se aplica a las relaciones de los condóminos con el tercero acreedor, de suerte que quedarían suplidas por esta norma específica las normas generales que en materia de obligaciones establece el Código (así, por ejemplo, no sería aplicable el art. 694, respecto de las obligaciones simplemente mancomunadas)?

¿O rige las relaciones de los condóminos entre sí, cuando uno de ellos ha satisfecho la deuda y los demás consortes deben reembolsarle el gasto en proporción a sus cuotas?¹²²

Por la ubicación del artículo, a continuación de los que legislan acerca de las deudas contraídas en pro de la comunidad, sin embargo, parecería que la primera es la solución que más se ajusta al texto del Código, ya que de lo contrario, su ubicación correcta debiera haber sido inmediatamente después del art. 2687.

¹¹⁹ C.N.Com., sala B, LL, 97-567.

¹²⁰ Así opina, por ej., Lafaille, *ob. cit.*, t. II, n° 1093, apoyándose en el Derecho romano.

¹²¹ Así, por ejemplo, Salvat, *ob. cit.*, t. III, n° 1268. Es lo que resuelven tanto el *Anteproyecto* Bibiloni (art. 2514; véase sobre todo nota a sus arts. 2514 y 2515) como el *Proyecto* de 1936 (art. 1585) y el *Anteproyecto* de 1954 (art. 1589 última parte).

¹²² Conf. Lafaille, *ob. cit.*, t. II n° 1093; Salvat, *ob. cit.*, t. III, n° 1268; también es la solución del *Anteproyecto* Bibiloni (art. 2514), del *Proyecto* de 1936 (art. 1585) y del *Anteproyecto* de 1954 (art. 1589).

C) Administración de la cosa común. Mayorías necesarias.
Jurisprudencia

Se refieren a la administración de la cosa común, los arts. 2699 y 2700 Cód. Civ.

1. Explotación común

Cuando la cosa es susceptible de uso y goce común por los consortes y no hay oposición de ninguno, puede ser explotada directamente por ellos.

2. Explotación no común

Cuando por la naturaleza de la cosa o por la oposición de alguno ese uso y goce común no fuera factible, cualquiera de los condóminos puede pedir la división; pero si ninguno quiere recurrir a ese expediente extremo, o si la cosa está sometida a una indivisión forzosa, los condóminos, en asamblea, resolverán si la cosa debe ser "puesta en administración o alquilada o arrendada" (art. 2699).

Quórum

El quórum necesario para deliberar es la *unanimidad*, según lo determina el 2703; mas la jurisprudencia ha atemperado el rigorismo de la citada norma, al resolver:

Jurisprudencia

"La circunstancia de que el Código Civil determine que, siendo imposible el uso y goce de la cosa común, resolverán todos los condóminos si ella debe ser puesta en administración y que ninguna determinación será válida si no fuese tomada en reunión de todos los condóminos o sus legítimos representantes (arts. 2699 y 2703 Cód. Civ.) no debe ser entendida como que la obstrucción de un solo comunero baste para privar de eficacia a cualquier providencia que se adopte, siendo lícito compeler al renuente por vía judicial, bajo apercibimiento de celebrarse el acto con quienes a él asistan".¹²³

Mayoría

En cuanto a la mayoría necesaria, es la *absoluta*, debiéndose computar los votos *por valor* y no por cabeza.

Vale decir que se requiere el voto favorable de los condóminos cuyas cuotas sumadas superen la mitad del valor —y ese principio rige aun cuando la porción de un solo condómino alcance ese monto— debiendo recordarse que, en caso de duda

¹²³ C.N.Civ., sala E, LL, 121-126; conf. Lafaille, t. II, n° 1102. *Contra*: Salvat, t. III, n° 1278, quien sostiene que si no puede reunirse el quórum debe solicitarse la partición.

sobre el valor de la parte de cada condómino, se presume que son iguales (arts. 2704, 2705 y 2708 Cód. Civ.).

Habiendo empate, dispone el 2706 que “no prefiriendo los condóminos la decisión por la suerte o por árbitros, decidirá el juez sumariamente a solicitud de cualquiera de ellos con audiencia de los otros”.

a) *Explotación por administración. Del administrador. Mayoría necesaria para su nombramiento. Remoción. Caso especial de que administre un tercero.*

Si la mayoría lograda en asamblea con el quórum establecido por el 2703 y computándose de conformidad a los arts. 2704 y 2705, resuelve que la cosa debe ser puesta en administración, ella misma dispone sobre el modo de administrarla y tiene facultad de nombrar y remover a los administradores —art. 2700—. En caso de empate rige el 2706.

El administrador puede ser un condómino o un tercero.

Si se trata de un condómino¹²⁴, el art. 2701 aclara que será reputado mandatario de los otros condóminos, “aplicándosele las disposiciones sobre el mandato y no las disposiciones sobre el socio administrador”.

Así, por ejemplo, juega el art. 1945, que no regiría si la relación del condómino administrador se reglara por las normas del contrato de sociedad.

Si es a un tercero a quien se le confía la administración, *a fortiori*, el contrato que lo vinculará a los condóminos será el de mandato.

Pero si uno de los condóminos se encarga sin mandato de la administración de la cosa común, será reputado *gestor de negocios*, y no mandatario de los otros —art. 2709— y así, por ejemplo, regiría el art. 2302 y no el 1949 Cód. Civ.

b) *Explotación por arrendamiento. Análisis del art. 2702. Naturaleza jurídica del contrato celebrado entre el condómino y los otros condóminos.*

Si en lugar de ponerla en administración, la mayoría de los condóminos —en cuanto al quórum, cómputo y mayorías son siempre aplicables los arts. 2703 al 2706— resuelven arrendar la cosa, dice el 2702 que “debe ser preferido a persona extraña, el condómino que ofreciere el mismo alquiler”.

¹²⁴ El art. 4354 inc. 2° del *Esboço de Freitas* dispone que: “Habiendo igual número de votos el condómino propuesto para administrador, será preferido a cualquier persona extraña”.

Condómino administrador

Tercero administrador

Problema:
¿es una
locación?

A pesar de la que parece terminante norma transcrita, se ha planteado el problema de saber si la naturaleza jurídica del contrato que liga en tales casos a un condómino con los otros es, en verdad, la de una locación; y este interrogante se motiva en la circunstancia de que cualquier condómino, por el hecho de serlo y como dueño de la cosa —aunque por una parte ideal— tiene derecho de usar y gozar de la cosa común, y si lo hace con exclusividad y aun cuando abone una compensación a los otros condóminos, ese vínculo jurídico no es el de un arrendamiento, puesto que no se puede ser inquilino de la cosa propia.

Importan-
cia de la
solución

La solución de este problema tiene una gran trascendencia: en efecto, si se considera que el contrato celebrado entre un condómino y los demás y por el cual ese condómino adquiere el derecho de usar y gozar con exclusividad de la cosa común mediante el pago de un precio cierto en dinero, no es una locación, sino un contrato atípico, no resultarían de aplicación las leyes de emergencia dictadas en materia de arrendamientos —urbanos o rurales— y a que ellas, por su propio carácter, son de interpretación estricta y no rigen por analogía situaciones similares.

Para nosotros no caben dudas de que un condómino puede concertar un contrato de locación con los demás, no sólo porque la norma del 2702 es terminante y así lo autoriza expresamente, sino porque esta situación no aparece contemplada entre las incapacidades para celebrar el contrato de arrendamiento.

Vale decir que en este caso el condómino revestirá las categorías simultáneas de propietario e inquilino, con las facultades y deberes propios de ellas.¹²⁵

El proble-
ma del
desalojo:
art. 1613
Cód. Civ.

Vamos a examinar ahora otro problema: Si el contrato de locación ha sido válidamente celebrado con un tercero —me-

¹²⁵ La jurisprudencia se inclina por esta posición. Así se ha dicho que “La figura del heredero-locatario es posible en el ordenamiento vigente. Si bien la cuestión ha dado lugar a pronunciamientos encontrados, en especial en la provincia de Buenos Aires (S.C. Bs. As., *Ac. y Sent.*, 1956, V-89; en sentido opuesto C. 1° C.C. Bahía Blanca, *JA*, 1962, II-162), en el ámbito nacional tal afirmación ha sido adoptada en forma prácticamente pacífica por la jurisprudencia” (C.N. Civ., sala C, *ED*, 47, fallo 21.866; *id.*, *LL*, 71-761; *id.*, sala A, *LL*, 91-409; *id.*, sala B, *LL*, 81-594; *id.*, *ED*, 29, fallo 14.673; *id.*, sala D, *LL*, 66-676; *id.*, sala E, *LL*, del 21.6.59; *id.*, sala F, *LL*, 99-424; inclusive la S.C. Bs. As. en fallo del 9.2.73, *Doctrina Jurídica*, La Plata, rev. del 24.3.72, pág. 6).

Aunque en esos mismos fallos se sostiene que el condómino que afirma ser locatario debe probarlo y no basta el uso y goce de la cosa común, pues ese derecho le corresponde como condómino, a tenor del art. 2684 Cód. Civ.

Conf. con el criterio de la jurisprudencia: Spota, estudio en *JA*, 1956, I-126; Borda, *Trat. de las sucesiones*, ed. 1958, t. I, n° 525.

diando resolución de la asamblea de copropietarios con el quórum y mayorías fijadas por la ley—, ¿podrá uno solo de los condóminos demandar el desalojo?

Al respecto, dice el art. 1613:

“Perteneciendo la cosa arrendada a copropietarios indivisos, ninguno de ellos podrá sin consentimiento de los otros, demandar la restitución de la cosa antes de concluirse el tiempo de la locación, cualquiera que sea la causa que para ello hubiere.”

O sea que antes del vencimiento del término de la locación, la demanda debe ser intentada por todos los condóminos, cualquiera fuere la causa que diere motivo al desalojo.

Después del vencimiento de dicho término, el desalojo puede ser demandado por cualquier consorte, sea la causa del desalojo la conclusión del término o cualquiera otra.¹²⁶

Y aquí se plantea una duda: las leyes de emergencia por las que se prorrogan los contratos de locación, ¿cómo juegan respecto del art. 1613? Este, ¿alude al “tiempo contractual propiamente dicho” de la locación solamente, o también cubriría la prórroga legal de dicho término?

En una palabra: vencido el término del contrato pero vigente el plazo de la prórroga impuesta por la ley podría cualquier condómino demandar el desalojo, o necesitaría el concurso de los demás consortes, por no haberse concluido el “tiempo de la locación”?¹²⁷

VI. Conclusión del condominio

A) Causas comunes con el dominio

Revistiendo el condominio los caracteres de un dominio con unidad de objeto y sujeto plural, las mismas causales de extinción de la propiedad jugarán respecto de la figura que estudiamos.

Habrán causales *absolutas*, como por ejemplo, la destrucción o consumo total de la cosa —si es parcial el derecho continúa sobre los restos: art. 2604—; si la cosa es puesta fuera de

¹²⁶ Se ha resuelto que cualquiera de los condóminos puede promover juicio de desalojo sin concurrencia de los demás, si el contrato de locación está vencido (C.N.Civ. sala D, *LL*, 87-766; C. 1ª C.C. La Plata, sala II, *LL*, 65-129; *id.* sala III, *D.J.B.A.*, 53-58; S.C. Bs. As., *Ac. y Sent.*, 1961, III-268; C.Apel. Rosario, sala II, *LL*, 17-281; entre otros).

¹²⁷ Por la primera posición: C. 1ª C.C. La Plata, *JA*, 1952-II-124; S.C. Bs. As., *JA*, 1963, I-45. Parece estar por la segunda: C.N.Civ., sala D, *LL*, 87-766.

comercio —art. 2604— o si se trata de animales domesticados que recuperan su antigua libertad o que pierden la costumbre de volver a la residencia de sus dueños —art. 2605.

Y las habrá *relativas*, como las de los arts. 2606, 2609 y 2610.

Jugará también el abandono —arts. 2607, 2608 y 2685, 2ª parte.

Nos remitimos a cuanto dijimos al tratar la extinción del dominio en el Capítulo 1.

Debe tenerse presente que si la enajenación, el abandono, la ejecución, etc., recaen sólo sobre la parte indivisa, únicamente para el condómino titular se extinguirá el derecho, que puede pasar, según los casos, a la cabeza de otro o de los otros condóminos o de un tercero,

Respecto de la *prescripción*, debe recordarse que si uno solo de los condóminos es quien intenta prescribir el dominio de *toda la cosa* contra los demás, su posesión debe ser inequívoca y revelar que se ha excluido a los demás consortes de la posesión de la cosa, pues de lo contrario, el uso y goce que hiciere de la misma encuadraría dentro de las facultades que otorga el art. 2684¹²⁸ Cód. Civ. Nos remitimos a lo expuesto en materia de “Intervención de título” en esta obra.

B) Modo especial: División de la cosa común

El modo especial o típico de conclusión y liquidación del dominio es la división o partición de la cosa común.

La partición consiste en la conversión de la parte ideal que le corresponde a cada comunero, en una porción o lote material equivalente a su interés en la cosa.

Partición
provisoria
o de uso

Cuando el condominio es de indivisión forzosa o cuando los condóminos no quisieran liquidarlo, pueden recurrir a la partición, no de la propiedad, sino del uso y goce de la cosa —el art. 3464 llama a esta figura “partición provisional”— lo que no sería sino una reglamentación de la facultad que a los condóminos atribuyen los arts. 2684 y 2712 Cód. Civ. La resolución debe ser tomada por unanimidad (arg. art. 2699 Cód. Civ.).

1. Principio general: art. 2692

El desenvolvimiento del condominio se caracteriza por su poca agilidad, puesto que ninguna resolución puede tomarse —en

¹²⁸ Conf. C.N. Civ., sala E, 13.5.96, LL, f. 95.240, supl. del 18.4.97, con nota de Cura Grassi, D., Prescripción adquisitiva. Posesión del condómino.

principio— sin que el quórum alcance a la unanimidad y aun en las resoluciones la regla es la necesidad del consentimiento de todos los condóminos y excepcionalmente la de la mayoría.

Precisamente esta regla de la unanimidad es la que produce una paralización en la explotación económica de los bienes y aun para su libre circulación: de allí el principio establecido por el art. 2692.

Es claro que la facultad de pedir en cualquier tiempo la división de la cosa no rige cuando existe una indivisión forzosa ya sea de origen legal, convencional o testamentario, en estas dos últimas hipótesis dentro de los marcos fijados por la ley.¹²⁹

En cuanto a quiénes pueden pedir la partición, a estar del art. 3452, pueden pedir la partición “los herederos, sus acreedores y todos los que tengan en la herencia un derecho declarado por las leyes...”.

¿Quiénes pueden pedir la partición?

Esta acción que se concede a los acreedores de los herederos —en nuestro caso de los consortes— ¿es la acción oblicua o subrogatoria¹³⁰ o se les otorga *iure proprio*?

Pensamos que si se tratara de la acción subrogatoria no era menester consagrarla en una norma expresa, ya que quedaría englobada dentro del art. 1196. Estamos, pues, por la segunda solución.

Según el art. 3460, aplicable a nuestra materia conforme lo dispuesto por el art. 2698:

La acción de partición y la prescripción

“La acción de partición de la herencia es imprescriptible, mientras que de hecho continúe la indivisión; pero es susceptible de prescripción cuando la indivisión ha cesado de hecho, porque alguno de los herederos, obrando como único propietario, ha comenzado a poseerlo de una manera exclusiva. En tal caso, la prescripción tiene lugar a los veinte años de comenzada la posesión.”

Y dispone el 3461:

“Cuando la posesión de que habla el artículo anterior, ha sido sólo de una parte alícuota de la herencia o de objetos individuales, la acción de partición se prescribe por 20 años respecto a esa parte o a esos

¹²⁹ Ya nos ocupamos de las cláusulas de indivisión al tratar acerca de las “cláusulas de inalienabilidad” en el Capítulo 1 de este Volumen relativo a las restricciones y límites al dominio.

¹³⁰ Así opinan Borda, *Sucesiones*, t. I, pág. 425, y Fornieles, *Trat. de las suces.*, t. I, pág. 324, para quienes sería menester acreditar negligencia de los consortes. La regulación de la acción oblicua la formulan los arts. 111 a 114 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación.

objetos, y continúa existiendo respecto a las partes u objetos que no han sido así poseídos.”

Esta norma jugaría en los supuestos de extenderse el condominio a varios objetos.

La situación contemplada por la 2ª parte del 3460 se da cuando uno de los condóminos intervierte su título y comienza a poseer como exclusivo señor de la cosa: a los 20 años adquiriría el dominio de toda ella y, en consecuencia, al quedar extinguido el condominio, desaparece la acción de partición.

Como resulta obvio no estamos frente a una prescripción liberatoria de la acción de partición, pues mientras dura la indivisión y por ende, mientras subsiste el condominio, la acción es imprescriptible.¹³¹

División
nociva

Aun no existiendo indivisión forzosa impuesta por la ley o por el convenio de partes o por cláusula testamentaria, el art. 2715 legisla sobre una restricción a esta facultad de pedir en cualquier tiempo la partición: es el caso en que la división fuere nociva “por cualquier motivo”, dándose el cual, ella debe ser *demorada* “cuanto sea necesario para que no haya perjuicio a los condóminos”.

La nocividad de la división puede provenir, según el Código, de “cualquier motivo” que pueda perjudicar a los condóminos, produciendo tal circunstancia una desvalorización de la cosa que torna en inconveniente a la partición.¹³²

Jurispru-
dencia

La jurisprudencia ha sostenido que ese perjuicio debe derivar en situaciones objetivas, graves y excepcionales, que serían las únicas que autorizarían la demora de la partición. Como podrían ser los supuestos de crisis económicas generales y de envergadura que hubieran producido una disminución transitoria y considerable de los bienes. O también si se pide la partición en momentos en que existe un juicio pendiente en el que se discute acerca de la superficie de la cosa.

¹³¹ Conf. Fornieles, *Suces.*, t. I, pág. 327, n° 257.

¹³² Se ha decidido que “el inmueble de autos, a raíz del derecho real de habitación constituido a favor de la viuda cae dentro de la previsión del art. 2715 del Código Civil, desde que surge de la ley y tiende a permanecer en el tiempo mientras subsista la causa legal que lo ha provocado ...proceder a la división del condominio mediante la venta del bien sería nocivo para los condóminos, desde que el precio a obtener, respetándose el derecho de habitación de la viuda, sería indudablemente inferior al que se obtendría en circunstancias normales, de ahí que corresponda diferir la división para cuando cese ese derecho...”. CNCiv., sala S, 12.4.2000, DJ-2000-2-1123 (fallo 15.835).

Así se ha decidido que:

“El precepto legal que autoriza a postergar la división del condominio cuando ello fuere nocivo por cualquier causa, sólo rige si concurren circunstancias excepcionales, extraordinarias y perjudiciales, no teniendo ese carácter la depresión económica de la plaza”.¹³³

Por ello se consideró que:

“La disminución del valor de la propiedad raíz comparada con el de diez años atrás no constituye una de las circunstancias que pueden autorizar la postergación de la división del condominio”.¹³⁴

Dentro de esta corriente se consideró inaplicable el precepto si el perjuicio derivare del valor afectivo que para uno de los condóminos pudiera tener la cosa o el hecho de que la división aparejare un cambio en el destino del inmueble.¹³⁵

Si se dan las circunstancias indicadas, el juez puede demostrar la partición, aplicándose a la relación que liga a los condóminos hasta que ellas desaparezcan, las normas de la indivisión forzosa, según resulta del propio art. 2715, que la engloba, precisamente, dentro de este supuesto.

Si bien la letra de la ley parece hacer hincapié sólo en el perjuicio que podría derivarse a los condóminos, piensan algunos que también debe tenerse presente el interés colectivo¹³⁶, lo cual aparecería refirmado por el contenido de los nuevos arts. 1071 y 2513 Cód. Civ.

Efectos

2. Partición: naturaleza de la acción.

Ya desde el Derecho romano el carácter de la acción de división de condominio —*communi dividundo*—¹³⁷ era controvertido. Se han sostenido al respecto tres tesis:

Que se trata de una acción real, ya que el juez está facultado para hacer atribuciones de propiedad¹³⁸, y porque pone en movimiento un derecho real, como es el condominio.¹³⁹

Acción real

¹³³ C. Civ. 1° Cap., JA, 32-254.

¹³⁴ C. Civ. 1° Cap., JA, 19-839.

¹³⁵ C. 1° La Plata, JA, 15-1089.

¹³⁶ Lafaille, *ob. cit.*, t. II, n° 1143.

¹³⁷ Junto con las otras dos destinadas a partir cosas comunes: la partición de herencia (*familiae erscundae*) y de deslinde (*finium regundorum*).

¹³⁸ Así piensa Salvat, *ob. cit.*, t. III, n° 1294.

¹³⁹ Así opina Salvat, t III, n° 1294.

Acción
personal

Que se trata de una acción personal, en cuanto tiende a la efectivización de la obligación (derecho personal, aunque derive de uno real como es el condominio) que la ley impone a los comuneros de concurrir en cualquier momento a la división de la cosa común.¹⁴⁰

Acción
mixta

Que se trata de una acción de carácter mixto. Así, leemos en las *Institutas* de Justiniano¹⁴¹:

“Ciertas acciones parecen tener una naturaleza mixta, tanto real como personal; tales son las *familiae erciscundae*...; la acción *communi dividundo*... en fin la acción *finium regundorum*... En estas tres acciones el juez tiene derecho de adjudicar cualquier cosa a una de las partes, según las reglas de la equidad¹⁴² y de condenar a la que entre ellas ha sido beneficiada con la adjudicación, a pagar a la otra cierta suma”.¹⁴³

Nuestro Codificador parece rechazar esta última postura, en cuanto sostiene en la nota al art. 4023 *in fine*:

“En este Código no reconocemos acciones mixtas de reales y personales.”

Importancia
de la
cuestión

La importancia de zanjar la cuestión relativa a la naturaleza real o personal de la acción, estriba en la determinación del juez competente para entender en la misma cuando no hay norma expresa al respecto en las leyes procesales.

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación determina en su art. 5, inc. 1º, 2ª parte, que para la tramitación de la acción de división de condominio será competente el juez que lo es para entender en las acciones reales.

En el mismo sentido, por ejemplo, el Código de Procedimientos de Santa Fe (art. 7) y el de Córdoba (art. 617).

La jurisprudencia, allí donde no existe o existía norma específica, también navega en esa corriente.¹⁴⁴

¹⁴⁰ Así opina Maynz, *ob. cit.*, t. II, §363.

¹⁴¹ IV, 6, 20.

¹⁴² De allí surgiría el carácter real.

¹⁴³ De allí surgiría el carácter personal que, según algunos autores —*v.g.* Arangio Ruiz, *Las acciones en el Derecho privado romano*, pág. 123— también resultaría del hecho de que en estas acciones se mira asimismo a la repartición proporcional de los frutos, gastos de mantenimiento, etcétera.

¹⁴⁴ C.S.J.N., Fallos, 95:217; C.N.Civ., sala D, LL, 109-978; C.F. La Plata, JA, 54-730.

a) Efectos de la partición: ¿desde cuándo se producen?

Nuestro Código, siguiendo las aguas del Derecho francés, atribuye a la partición —en los arts. 2695 y 2696— simple efecto declarativo del derecho de los condóminos, es decir, que tiene efecto retroactivo a la fecha de constitución del condominio. Vale decir que se considera como si el condominio nunca hubiera existido: se establece, pues, una *ficción legal*.

Ficción legal

Con ello se aparta del Derecho romano, donde la partición tenía efecto constitutivo del derecho que sobre su lote adquiría el condómino: se consideraba que cada comunero adquiría el derecho sobre dicho lote de los otros condóminos, como si se tratara de una venta que ellos le hacían.

Derecho romano

Este último sistema se adecua a la realidad, con lo que va dicho su superioridad sobre el nuestro que, como veremos, por ser una mera ficción, debe reconocer excepciones fundadas en la fuerza de los hechos, y origina innumerables problemas (uno de los cuales ya hemos examinado al referirnos a la hipoteca constituida por el condómino).¹⁴⁵

En cuanto al origen de las tesis que otorgan efecto retroactivo a la partición, lo esbozaremos a continuación.¹⁴⁶

Un poco de historia

A partir del siglo XVI en Francia, comenzaron a perfilarse las teorías —que finalmente se impusieron, derrotando a la concepción romana— que veían en la partición un acto declarativo de propiedad y ellas fueron impulsadas por dos razones:

Una, de índole fiscal. En efecto, siendo —de conformidad al Derecho romano— la partición traslativa de propiedad, en virtud de esa traslación, de esa mutación del derecho, los señores feudales exigían el pago de un tributo. Siendo la partición declarativa, no existía tal transmisión de derechos y, en consecuencia, tampoco la obligación de oblar ese derecho feudal.

La otra razón, derivada del principio imperante en el derecho de las costumbres, según el cual toda obligación contratada por escritura pública importaba la constitución de una hipoteca general que gravaba todos los bienes presentes y futuros del deudor.

¹⁴⁵ Por el carácter retroactivo se pronuncian el Cód. Civ. y Com. italiano de 1942 (art. 757), el Cód. Civ. uruguayo (art. 1151) y el Cód. Civ. chileno (art. 1344). Por el carácter constitutivo: Cód. peruano (art. 922) y Cód. mexicano (art. 1799).

¹⁴⁶ Para un mayor desarrollo, véase Foignet, René, *Manuel Élémentaire d'histoire du Droit Français*, pág. 369 y sigs., ed. 1946.

Siendo la división constitutiva del derecho, y en el caso de existir una hipoteca de la índole de la reseñada arriba, ésta debía ser sufrida por los otros condóminos. La tesis del efecto retroactivo remediaba ese inconveniente pues, recibiendo cada condómino su lote del antecesor en el dominio y no de los otros consortes, este lote lo adquiriría libre de todo gravamen que pudiera resultar de obligaciones contraídas por los demás copropietarios.

Excepciones: evicción y vicios redhibitorios

Como no podía ser de otro modo, la ficción establecida por la ley tiene que pagar tributo a la realidad y por ello, reconocer ciertas excepciones, porque esa realidad se le impone.

Así es como el art. 2697 dispone que las consecuencias de la retroactividad de la división serán las mismas que el Código determina en relación a la división de las sucesiones. Y en el Libro IV, los efectos de la partición están reglados en los arts. 3503 y siguientes, los cuales determinan que los condóminos entre sí se deben garantía de evicción (legislada específicamente por los arts. 2140 y 2144, bajo el acápite de “De la evicción entre los copartícipes”) y por vicios redhibitorios.

Privilegio

El crédito surgido de la evicción a favor del condómino contra los otros copropietarios, goza del privilegio establecido por los arts. 3928 y 3929, dando la nota al art. 3928 la razón de su otorgamiento:

“Cada copartícipe no consiente en desprenderse de su derecho indiviso sobre el conjunto de los inmuebles comunes, sino con la condición de obtener una parte equivalente a la de los otros. Faltando esta condición, la igualdad se rompe, y es justo reconocer al perjudicado un derecho real sobre los bienes a los cuales no había sino renunciado condicionalmente.”

En caso de concurso, ese privilegio ha sido eliminado por la ley 19.551 (arts. 263 y 265, que no lo enumera entre los privilegios especiales); es decir que esa preferencia puede ejercerse en las ejecuciones individuales, pero desaparece en las colectivas.

Respecto de quiénes juega el efecto declarativo

Como surge de los arts. 2695 y 2696, el efecto retroactivo de la partición sólo tiene lugar cuando la cosa en condominio o parte de ella toca en lote a otro comunero.

En cambio no se da en el supuesto de que la cosa o cosas pasen a manos de un tercero, por ejemplo, por una venta que le

hicieren los condóminos, o cuando la cosa fuera subastada en un procedimiento de ejecución forzada, ya que, en primer lugar, ese tercero no es condómino y en segundo término, su derecho emana del contrato de compraventa y no de la partición.¹⁴⁷

3. Remisión al Derecho Sucesorio

Según el art. 2698 "las reglas relativas a la división de las sucesiones y a la manera de hacerla, así como a los efectos que ella produce, resultan aplicables a la división del condominio".

a) *Formas de hacerse la partición*

Por su parte, el art. 3642, como dijimos aplicable en la especie, dispone:

"Si todos los herederos están presentes y son capaces, la partición puede hacerse en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen conveniente."

Actualmente la partición puede hacerse de dos modos: en especie y por venta. El tercer modo que admitía el Código de Vélez —la licitación— fue dejado sin efecto por la reforma del Código Civil de 1968.¹⁴⁸

La partición en especie, también llamada directa, es siempre preferida, cuando fuera posible y cómoda. En tal sentido, el art. 3475 bis —aplicable al condominio: art. 2698— agregado por la Reforma de 1968, determina:

En especie

"Existiendo posibilidad de dividir y adjudicar los bienes en especie, no se podrá exigir por los coherederos la venta de ellos. La división de bienes no podrá hacerse cuando convierta en antieconómico el aprovechamiento de las partes, según lo dispuesto en el art. 2326".¹⁴⁹

¹⁴⁷ Conf. Borda, *Sucesiones*, t. I, pág. 457, n° 624; C.N.Civ., sala C, LL, 87-272.

¹⁴⁸ Es curioso, sin embargo, que el Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, que entró a regir el 1.2.68, haya reglamentado el instituto de la licitación, siendo que a partir de 1.7.68 ella quedó derogada por la Reforma del Código Civil, lo que demostraría la desconexión con que trabajaron las comisiones reformadoras de la ley ritual y del Código Civil. La licitación ya no aparece en la reforma de la ley 22.434.

¹⁴⁹ Al estudiar los modos de adquisición del derecho de propiedad horizontal veremos que una de las formas de partir en especie una cosa sujeta a condominio es, precisamente, someterla al régimen de la ley 13.512, siempre y cuando ella reúna los caracteres exigidos por el art. 1° de dicha ley.

Por venta La partición por venta está contemplada por el Código como un supuesto de venta forzosa, en el art. 1324 inc. 3°.

Demás está decir que si todos los consortes están de acuerdo, la partición puede hacerse a través de una venta (ya particular, ya en remate público, ya en pública subasta), aunque fuere posible la división en especie. Es al surgir las desinteligencias entre los condóminos cuando, reunidas las condiciones del 3475 bis, se les impone la partición directa: defecto de esas condiciones, procede la venta.

Partición con saldo Suele suceder que, aun siendo la cosa divisible, los lotes que se formen no sean exactamente equivalentes a las partes alícuotas de los condóminos; en ese caso, puede convenirse en que el comunero que ha recibido el lote más valioso compense en dinero al que ha sufrido detrimento en el suyo y en esa proporción: ello está autorizado por el 3462.

Para este supuesto, se requeriría el acuerdo de todos los condóminos, en defecto del cual procedería la venta.

La licitación A la licitación, suprimida por la Reforma de 1968, aludía el art. 2696 del Código de Vélez, que la reglamentaba a través del art. 3467, hoy derogado.

La licitación tenía lugar cuando alguno de los herederos se había opuesto a la tasación del bien, solicitando que éste se licitara. En tal supuesto, se abría una especie de remate privado, al cual sólo podían concurrir los comuneros y donde ellos¹⁵⁰ pujaban entre sí, ofreciendo quedarse con el bien por un precio superior al de la tasación, adjudicándosele a quien ofreciera el precio más alto.

El art. 752 del anterior Cód. Procedimientos Civil y Comercial de la Nación, como ya dijimos, detallaba el desenvolvimiento procesal de la licitación.¹⁵¹

Partición judicial y extra-judicial El art. 3462 autoriza a formular la partición en la forma y por el acto que la unanimidad de los comuneros determinen, si son capaces y están presentes.

¹⁵⁰ Y no los terceros extraños al condominio, sistema abierto que, por ejemplo, es el admitido por la legislación francesa (arts. 839, 1167 y conc. Cód. Civ.).

¹⁵¹ Dicho artículo había sido derogado por la ley 20.497 de mayo de 1973, modificatoria de aquella que, a su vez, fue recientemente derogada. La reforma procesal de la ley 22.434 ya no regula la licitación, concordando con la ley de fondo que la suprimió.

Pueden, pues, convenir en hacerla extrajudicialmente, en cuyo caso, debe formalizarse en escritura pública, de conformidad a lo dispuesto por el art. 1184 inc. 2º, Cód. Civ. Extra-judicial

También pueden hacerla por instrumento privado, pero en tal caso, deberá presentarse ante el juez para ser homologada (art. 1184 inc. 2º, 2ª parte Cód. Civ.). Al respecto, dispone el 678 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación:

“Si se pidiere la aprobación de una división de bienes hecha extrajudicialmente, el juez, previas las ratificaciones que correspondieren, y las citaciones necesarias, en su caso, resolverá aprobándola o rechazándola, sin recurso alguno “

La partición judicial se impone en los casos especificados por el art. 3465: Judicial

“1º Cuando haya menores, aunque estén emancipados, o incapaces interesados, o ausentes cuya existencia sea incierta;

”2º Cuando terceros, fundándose en un interés jurídico, se opongan a que se haga partición privada;

”3º Cuando los herederos mayores y presentes no se acuerden en hacer la división privadamente.”

El procedimiento aparece regulado por los arts. 676 al 678 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación.

Capítulo 5

Condominio con indivisión forzosa Condominio de muros, cercos y fosos

SUMARIO. Parte Primera: Condominio con indivisión forzosa. I. Establecidos por la ley: A) Accesorios indispensables: 1. Facultades de los condóminos. Límites. Obligaciones. II. Establecidos por voluntad de las partes. III. Indivisiones resultantes de la ley 14.394: A) ¿Desde cuándo surte efecto la indivisión? B) Derechos de los acreedores. IV. Condominio por confusión de límites: A) Nociones sobre la *actio finium regundorum*. B) Concepto de confusión de límites. C) Requisitos exigidos para iniciar la acción y finalidad de la misma. Diferencia con la reivindicación. D) Deslinde judicial y extrajudicial: 1. Prueba. Prueba dudosa. Facultades del juez; 2. Gastos; 3. Efectos. Parte Segunda: Condominio de muros, cercos y fosos. I. Conceptos previos. 1. Los muros desde el punto de vista físico: a) Muro encaballado, b) Muro contiguo, c) Pared próxima; 2. Los muros desde el punto de vista jurídico: a) Pared privativa, b) Pared medianera, común o en condominio, c) Pared de cerco o de cerramiento forzoso. II. Régimen del dominio de los muros. Prescripción: 1. Muro contiguo; 2. Requerimiento previo a la construcción; 3. Pared de cerco encaballada: art. 2725 Cód. Civ.: a) Tesis de Tobal, b) Tesis de Spota, c) Tesis de Salvat, d) Tesis de Lafaille, e) El planario de la Justicia de Paz, f) Fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en pleno. III. El nuevo art. 4022 del Código Civil. IV. Pago del precio de la pared. Especial análisis de la última parte del art. 2736 (agregado de la Reforma). V. Prueba. Presunciones: A) Análisis de los arts. 2718 y 2719. B) Prueba contraria: 1. Instrumentos públicos o privados; 2. Signos materiales. VI. Derechos y cargas de la medianería: A) Análisis del art. 2740: igualdad. Facultades de los condóminos. B) Concepto de “servirse” de la pared. C) Caso especial de reconstrucción del muro. D) Renuncia a la medianería: efectos. Adquisición posterior al abandono. VII. Condominio de cercos y fosos en la campaña. Concepto: A) Cuando el cerramiento es forzoso. B) Presunción de medianería. C) Derechos y obligaciones. D) Árboles medianeros.

Parte Primera: Condominio con indivisión forzosa

I. Establecidos por la ley

Dijimos en el Capítulo anterior que la indivisión forzosa tenía origen legal en los siguientes supuestos: condominio de los accesorios indispensables para el uso común de dos o más heredades; condominio de muros, cercos y fosos que sirvan de

separación entre dos heredades contiguas; supuesto en que la división fuera nociva y el condominio que recae sobre las partes comunes en los inmuebles sujetos al régimen de la ley 13.512.

De la hipótesis de "división nociva" ya nos hemos ocupado; de las partes comunes en la propiedad horizontal hablaremos en el Capítulo siguiente; lo relativo al condominio de muros, cercos y fosos lo desarrollaremos en la segunda parte de este mismo Capítulo.

Trataremos, pues, aquí, el supuesto del condominio que recae sobre los accesorios indispensables para el uso común de dos o más heredades.

A) Accesorios indispensables

Análisis
de los
arts. 2710
y 2711

Según el 2710 Cód. Civ.:

"Habrá indivisión forzosa, cuando el condominio sea sobre cosas afectadas como accesorios indispensables al uso común de dos o más heredades que pertenezcan a diversos propietarios y ninguno de los condóminos podrá pedir la división."

Estos accesorios indispensables destinados al servicio de dos o más heredades podrían ser, por ejemplo, pasillos, callejones, bebederos, pozos, canaletas de desagüe, diques o represas que sirvan para el riego de diversos fundos, etcétera.

Es menester que sobre estos accesorios exista condominio, puesto que si fueran de propiedad exclusiva, para su utilización por el vecino sería menester el establecimiento de una servidumbre —legal o convencional.

Así, en el supuesto de un pasillo que sea indispensable a dos inmuebles para acceder a la vía pública, nos encontraremos en la hipótesis que estudiamos siempre que ese pasillo pertenezca en común a los dueños de los dos inmuebles —el propio art. 2710 dice que habrá indivisión forzosa cuando el *condominio* recaiga...".

Si ese pasillo fuera de propiedad exclusiva del dueño de un solo inmueble, el titular del otro fundo que necesitare pasar por aquél para llegar a la vía pública, tendría derecho a que se le constituyera a su favor una servidumbre de paso —que sería legal: art. 3068 y sig. Cód. Civ.— sobre dicho pasillo. Resultarían, entonces, aplicables las normas relativas a las servidumbres y no las de los arts. 2710 y siguientes.

Es una cuestión de hecho, que dependerá de cada caso concreto, el determinar cuándo los accesorios son "indispensables" para el uso común de los fundos.

En cuanto al origen de este condominio y de esta afectación, rigen las normas comunes: el contrato, el testamento, la ley, la usucapión.

Conforme al art. 2711 Cód. Civil:

Naturaleza
jurídica

“Los derechos que en tales casos corresponden a los condóminos, no son a título de servidumbre, sino a título de condominio.”

Dejando de lado cierta doctrina francesa Vélez¹ considera que en estos casos existe un condominio de indivisión forzosa y no una servidumbre, dado que no hay aquí una heredad dominante y otra sirviente, “pues la indivisión forzosa no constituye una carga impuesta a la cosa indivisa, sino una simple restricción a la facultad de pedir la división” —nota al art. 2711—, lo cual no se ve contradicho por la circunstancia de que el derecho sólo puede ejercerse en la medida de las necesidades de los fundos linderos —que son la cosa principal— si tenemos en cuenta que ese condominio se ha establecido, precisamente, para beneficio de dichas heredades.

La determinación de la naturaleza jurídica es importante, en el sentido de que para la solución de los problemas que puedan presentarse, deberá recurrirse a las normas que reglan el condominio y no a las relativas a servidumbres.²

Conse-
cuencias

Así, cada condómino puede, respecto de esos accesorios, ejercer las acciones posesorias o la real reivindicatoria; el condominio puede adquirirse por usucapión (recordar el art. 3017 Cód. Civ. relativo a servidumbres); el derecho no se extingue por el no uso durante 10 años (como sucede con las servidumbres: art. 3059).

1. Facultades de los condóminos. Límites. Obligaciones

Como lo dicen Aubry y Rau, los derechos que corresponden a cada comunero son, por razón de la indivisión, más extensos que los que le competen en un condominio común.

Facultades

Por eso es que el art. 2712 Cód. Civ. dice que “cada uno de los condóminos puede usar de la totalidad de la cosa común y de sus diversas partes, como de una cosa propia...”.

¹ Siguiendo a Aubry y Rau, *Cours...*, 3ª ed., t. II, pág. 369, §221, 3º.

² Conf. Aubry y Rau, *ob. cit.*, *loc. cit.* en nota anterior.

Límites

Mas esta facultad reconoce las siguientes limitaciones:

a) El uso debe realizarlo cada condómino conforme al destino de la cosa común (art. 2712), determinándose dicho destino, en primer lugar por lo que hayan acordado los condóminos, en defecto de convención, por la naturaleza de la cosa, y si conforme a su naturaleza es susceptible de varios destinos, por aquel uso al cual ha sido afectada de hecho —art. 2713.

b) El uso de cada condómino no puede embarazar el derecho igual de los otros (art. 2712).

c) No puede usarse de la cosa “sino para las necesidades de las heredades, en el interés de las cuales la cosa ha sido dejada indivisa” —art. 2714— y no para satisfacer las necesidades de otros fundos, aunque pertenecieran a uno de los condóminos.

Actos materiales

Así, el copropietario de un patio común podría elevar edificios a cualquier altura, abrir puertas o ventanas sobre él, desaguar las aguas pluviales o aun las servidas, siempre que la disposición del lugar lo permita, de modo que no perjudique a los otros condóminos³. También podría instalar cañerías, cables, canaletas, etc., todo ello sin consentimiento de los demás condóminos, pero dentro del marco que hemos indicado, y cuya apreciación dependerá de cada caso concreto.

Actos jurídicos

En cuanto a los actos jurídicos, pensamos que, teniendo en cuenta el carácter de accesorios indispensables para el uso de las heredades, no puede celebrarse ninguno sobre la cosa común ni sobre las partes ideales, si no se comprenden también las partes exclusivas, y al revés, todo acto que se realice en relación de las heredades, comprende, necesariamente, la parte ideal que a su propietario le compete sobre la cosa común.⁴

Obligaciones

En cuanto a las obligaciones de los copropietarios respecto de la contribución a los gastos, etc., rigen las reglas comunes del condominio, con las excepciones propias de esta figura.⁵

En tal sentido, no sería aplicable el art. 2685 *in fine*, en cuando autoriza el abandono de la parte ideal, debido a la característica de “indispensable” que la cosa común reviste para el uso y goce de las partes exclusivas⁶; tampoco jugaría el 2699,

³ Ejemplos dados por Aubry y Rau, *ob. cit.*, págs. 269-70.

⁴ Argumento art. 3 última parte, ley 13.512; conf. Lafaille, *ob. cit.*, t. II, pág. 266.

⁵ Conf. Aubry y Rau, *ob. cit.*, pág. 371.

⁶ Arg. art. 2723 Cód. Civ. Una situación similar, en la propiedad horizontal (art. 8, ley 13.512). *Contra*: Aubry y Rau, *ob. cit.*, pág. 371.

en cuanto se refiere al arrendamiento de la cosa común, separadamente de las partes exclusivas, por la misma razón.⁷

II. Establecidos por voluntad de las partes

Son los casos de indivisión que surgen, ya sea de la voluntad de los condóminos, o de la imposición del trasmitente a título gratuito, dentro de los límites que marca la ley.

De estos problemas nos hemos ocupado en el Capítulo 1 al referirnos a las cláusulas de inalienabilidad.⁸

III. Indivisiones resultantes de la ley 14.394

Esta ley⁹ opera en el ámbito del Derecho Sucesorio, y los casos de indivisión son los siguientes:

Distintos supuestos

Según el art. 51, la indivisión puede imponerla el causante —haya testado o no— a sus herederos, aun forzosos, de todos los bienes que componen el acervo sucesorio.

Art. 51

Como ya lo dijimos¹⁰ por aplicación del art. 51 de la ley, no jugará lo dispuesto por el art. 3598 Cód. Civ., en cuanto prohíbe (so pena de tenerlas por no escritas) imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legítimas y por el art. 3732, que determina que son de ningún valor las disposiciones testamentarias que declaren inenajenable el todo o parte de la herencia.

El término máximo de la indivisión que puede imponer el *de cuius* es el de 10 años. Si se fijara uno mayor, se entenderá reducido a 10 años. Sin embargo, si la indivisión en lugar de afectar a todo el acervo sucesorio, se refiriera a un bien determinado, o si se tratara de un “establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero o cualquier otro que constituya una unidad económica”, puede imponerse su indivisión hasta que todos los herederos lleguen a la mayoría de edad, aun cuando tal plazo exceda los 10 años.

Es claro que si concurriesen circunstancias graves o razo-

⁷ Véase el art. 3 última parte, ley 13.512.

⁸ Véase el Cap. 1, pág. 11 y sigs.

⁹ Que se inspira en los arts. 3035/39 del *Anteproyecto* Bibiloni, quien critica acertadamente la disposición del 3452 Cód. Civ., según la cual la división de la herencia puede pedirse por cualquier heredero o sus acreedores, o cualquiera que tenga en la sucesión un derecho declarado por las leyes, en cualquier tiempo y no obstante cualquier prohibición del testador o convenciones en contrario.

¹⁰ Véase el Cap. 1, pág. 13.

nes de manifiesta utilidad o interés legítimo de tercero, a petición de parte interesada¹¹ el juez puede autorizar la división aun antes de transcurrido el plazo de indivisión fijado.

Art. 52

Mientras que si el condominio tiene origen contractual rige el art. 2693 —los condóminos pueden pactar la indivisión por un plazo no mayor de 5 años, renovable—; si surge de una transmisión *mortis causa*, juega el art. 52 de la ley 14.394:

“Los herederos podrán convenir que la indivisión entre ellos perdure total o parcialmente por un plazo que no exceda de 10 años, sin perjuicio de la partición temporaria del uso y goce de los bienes entre los copartícipes...

”Estos convenios podrán renovarse al término del lapso establecido. Cualquiera de los herederos podrá pedir la división, antes del vencimiento del plazo, siempre que mediaren causas justificadas.”

Art. 53

Por fin, en el último supuesto, ya no hay ni imposición por el causante, ni convenio entre los coherederos, sino que la indivisión —*en relación a un bien determinado*— resulta impuesta por el cónyuge supérstite respecto de un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero o de otra índole tal que constituya una unidad económica, y siempre que dicho cónyuge lo hubiese adquirido o formado en todo o en parte, compitiendo al mismo su administración mientras perdure la indivisión.

Asimismo, el cónyuge podrá oponerse a la división de la “casa habitación construida o adquirida con fondos de la sociedad conyugal formada por el causante, si fuese la residencia habitual de los esposos.”

El término máximo que puede alcanzar esta indivisión es el de 10 años.

Lo mismo que en los demás casos, “a instancia de cualquiera de los herederos, el juez podrá autorizar el cese de la indivisión antes del término fijado, si concurrieron causas graves o de manifiesta utilidad económica que justificasen la decisión.”

A) ¿Desde cuándo surte efecto la indivisión?

Al respecto, dispone el art. 54 de la ley:

“La indivisión hereditaria no podrá oponerse a terceros sino a partir de su inscripción en el registro respectivo.”

¹¹ Que aun puede ser un acreedor de un coheredero si la alícuota sobre los bienes relictos es el único capital de su deudor y éstos no se explotan, de manera que no puedan ejercer la facultad concedida por el art. 55.

Así, por ejemplo, si se tratara de un inmueble, la inscripción de la indivisión deberá hacerse en el Registro de la Propiedad Inmueble; si se tratara de un automotor en el Registro del Automotor; si de una aeronave, en el Registro Nacional de Aeronaves, etcétera.

¿Y si la indivisión recayere sobre los muebles que componen el ajuar de la casa del muerto, que pueden ser muy valiosos, y que no se registran?

Pensamos que en salvaguardia de los derechos de los terceros, y en previsión de posibles fraudes, para que pueda serles opuesta, si la indivisión no resulta de un acto de última voluntad, el convenio entre los coherederos debe formalizarse en escritura pública o constar en instrumento privado de fecha cierta.

B) Derechos de los acreedores

Con reminiscencias del condominio llamado germánico, establece el art. 55:

“Durante la indivisión autorizada por la ley, los acreedores particulares de los copropietarios no podrán ejecutar el bien indiviso ni una porción ideal del mismo, pero sí podrán cobrar sus créditos con las utilidades de la explotación correspondientes a su respectivo deudor.”

Vale decir que cuando se de alguna de las figuras contempladas por la ley 14.394 —arts. 51 a 53— dejará de jugar lo dispuesto en el art. 3452 Cód. Civ., especialmente su parte final.

Es claro que mediando justa causa¹² podrían solicitar la división (arg. art. 51, última parte de la ley) y aún podrían atacar de fraudulenta la cláusula o pacto de indivisión, echando mano de la acción pauliana.¹³

IV. Condominio por confusión de límites

A) Nociones sobre la “actio finium regundorum”

Esta era una acción que, junto con la *communi dividundo* y la *familiae ersiscundae* integraba el grupo de las denominadas “acciones mixtas” en la época justiniana, porque “tanto te-

¹² Como sería, por ejemplo, el hecho de que los bienes no produjeran utilidad alguna por no ser explotados por los coherederos y la porción hereditaria fuera el único bien del patrimonio del deudor.

¹³ Conf. Bibiloni, *Anteproyecto*, t. III, pág. 261, ed. Abeledo, 1930.

nían de personales como de reales”, problema al que ya nos hemos referido en el Capítulo anterior, al estudiar la naturaleza jurídica de la acción de división de condominio.

La *actio finium regundorum*, cuya antigüedad se remonta a la Ley de las XII Tablas, procedía en Roma cuando los límites de dos fundos contiguos se encontraban confundidos, ya fuera accidentalmente o porque uno de los propietarios había cometido usurpaciones sobre el terreno vecino, surgiendo a raíz de esta confusión y respecto de cada uno de los vecinos, *quasi ex contractu*, la obligación de regular los límites de sus propiedades, sancionada por la *actio finium regundorum*, a través de la cual se procedía a la división de cosas comunes, ya que se consideraba que la confusión creaba entre los vecinos una comunidad especial.

Hasta Justiniano esta acción sólo se aplicaba a los debates sobre una franja de 5 pies que debía quedar libre entre dos terrenos cultivados, y que se denominaba *confinium*, correspondiendo a cada propietario dejar libres dos pies y medio.

Cuando el debate se extendía más allá de esa franja, la acción que correspondía intentar era la reivindicación.

En esta acción el juez tenía la facultad de hacer adjudicaciones¹⁴ en el supuesto de que no pudieran establecerse los límites de otro modo, procediendo a dividir entre los comuneros, mediante el dictado de una sentencia constitutiva del derecho, la franja de terreno confundida. Además, en dicha sentencia debían regularse las cuestiones pendientes entre los comuneros (v.g. en caso de que hubiera existido usurpación, debía restituirse la porción invadida, con los frutos) y aun podía condenar a una de las partes a pagar a la otra una suma en dinero, ya fuera con el fin de igualarlas si la participación en los bienes comunes había sido desigual, ya fuera por no haber obedecido la orden de restitución, o por haber causado por dolo algún perjuicio al contrincante.¹⁵

B) Concepto de confusión de límites

Resulta del art. 2746.

El condominio se extiende únicamente a la zona dudosa, pero de ninguna manera abarca la totalidad de los fundos con-

¹⁴ Por ello en las acciones de división de cosas comunes la “fórmula” estaba provista de la *adjudicatio*, que no existía en las demás acciones.

¹⁵ Conf. Jörs-Kunkel, *Derecho privado romano*, págs. 357-59, ed. cit.

tiguos, que permanecen de propiedad exclusiva de los vecinos. La fuente de este condominio es la ley.

La caracterización como condominio de esta figura ha sido criticada, puesto que "los vecinos no levantan controversia de derechos; están de acuerdo en sus límites. Desean solamente establecerlos en el terreno, y si disienten es en que se haya de ir más adelante o haya de retroceder el trazado de hecho, según los antecedentes en que están de acuerdo... No hay zona intermedia que pertenezca a los dos vecinos: uno llega exclusivamente a donde llega exclusivamente el otro... lo que se busca no es dividir lo común: es deslindar lo exclusivo. Ninguno pretende lo que no es suyo. Reclama lo propio".¹⁶

El efecto del condominio por confusión de límites es el de otorgar a cada uno de los comuneros la facultad de pedir que los "límites confusos se investiguen y demarquen", investigación y demarcación que se hace a través de la acción de deslinde.

C) Requisitos exigidos para iniciar la acción y finalidad de la misma. Diferencia con la reivindicación

Los requisitos necesarios para que proceda la acción de deslinde surgen del art. 2748 Cód. Civ. y los estudiaremos a continuación.

*Debe tratarse de dos fundos colindantes —art. 2746—
o contiguos — art. 2748.*

Fundos
contiguos

En el caso de que el demandado sea el Estado, resulta aplicable el art. 2750, que dice:

Caso de
que el
deman-
dado sea
el Estado

"Puede dirigirse contra el Estado respecto de los terrenos dependientes del dominio privado. El deslinde de los fundos que dependen del dominio público corresponde a la jurisdicción administrativa."

Como se observa fácilmente, no se presenta problema cuando ambos fundos colindantes pertenecen a particulares, o al dominio privado del Estado, porque entonces rigen las normas que estamos considerando; o ambos al dominio público, porque en ese caso su deslinde corresponde a la "jurisdicción administrativa". Pero la duda se plantea cuando el fundo del particular linda con uno del dominio público del Estado, *v.g.* una calle o camino público.

¹⁶ Biliboni, *Anteproyecto*, t. III, pág. 127 y sigs., ed. Abeledo, 1930.

Lafaille¹⁷ sostiene que la segunda parte del art. 2750 Cód. Civ. exige que los dos fundos pertenezcan al dominio público del Estado para que su deslinde corresponda a la "jurisdicción administrativa", de allí el plural que utiliza la norma: "dependen".

Para otros¹⁸ basta que uno solo de los fundos pertenezca al dominio público del Estado, puesto que no sólo se encuentra aquí—lo mismo que en el supuesto de que las dos heredades sean del dominio público —comprometido el interés de la comunidad, sino también porque pareciera que ésta es, justamente, la hipótesis que tiene presente el Código, que se refiere al Estado *demandado* por un particular, ya que el art. 2750 es continuación del 2749, que se coloca en la posición de que el actor sea un particular.

Fundos
rústicos

Es necesario también que se trate de fundos "rústicos" (art. 2648).

La doctrina y jurisprudencia mayoritarias sostienen, entre nosotros, que las palabras "rústicos" y "urbanos" en este supuesto particular, no aluden a la situación de los fundos (en el campo o la ciudad, respectivamente), sino al hecho de que se encuentren edificados —en cuyo caso serían "urbanos"— o no —serían "rústicos"—, cualquiera fuere su ubicación.

La razón es que en caso de predios edificados, resultarían aplicables las reglas de la medianería y no las de la confusión de límites; por ello es que, con más propiedad podría decirse que la acción de deslinde cesa —para dar paso a las normas sobre medianería— cuando se trata de edificios que se tocan.¹⁹

El *Anteproyecto* Bibiloni (art. 2504), el *Proyecto* de 1936 (art. 1813) y el *Anteproyecto* de 1954 (art. 1781), en lugar de utilizar el equívoco término "rústicos", se refieren a heredades "no separadas por edificios, muros, cercas u obras permanentes".

Jurispru-
dencia

Así, se ha resuelto que:

"No procede la acción de deslinde, si las heredades contiguas se encuentran separadas por un alambrado".²⁰

¹⁷ *Tratado*, ed. cit., t. II, n° 1244. Se ha dicho que compete a los tribunales civiles el conocimiento de la acción de deslinde referente a un terreno particular que linda con una calle pública (S.T. Entre Ríos, *Rev. de Leg. y Jurispr.*, 6-351).

¹⁸ Salvat, *ob. cit.*, t. III, n° 1461.

¹⁹ Aubry y Rau, *ob. cit.*, t. III, § 199.

²⁰ C. 1° C.C. Córdoba, *LL*, 1-587.

y que:

“La denominación de ‘predios rústicos’ o ‘urbanos’ a los fines de su mensura, no corresponde por el hecho de que estén situados en la ciudad o en el campo, sino según estén edificados o no”.²¹

y que:

“A los efectos del art. 2748 Cód. Civ., se entiende por ‘predio urbano’ al que se halla edificado, siendo ‘rústico’ el que no tiene edificación, con prescindencia de que el fundo esté ubicado dentro o fuera del radio de las ciudades”.²²

Asimismo, *debe tratarse de fundos cuyos límites estén confundidos*. Este requisito resulta de los arts. 2746 y 2748.

No hay disputa en cuanto a la propiedad, sino que los colindantes están de acuerdo en cuanto a sus títulos, pero ignoran cuál es la línea separativa de las heredades en los hechos, es decir, sobre el terreno.

Justamente porque *no hay controversia* respecto del derecho, sino sólo duda acerca del límite de hecho entre los dos fundos, es que lo que se persigue a través de la acción de deslinde es la investigación de esos límites y su demarcación (art. 2746 *in fine*).

De esta característica le viene su diferencia con la reivindicación, que se otorga, precisamente, cuando los límites no están confundidos de modo que no se sabe exactamente por dónde pasan, sino que se encuentran *cuestionados*, vale decir, que mientras en la confusión de límites ninguno de los vecinos afirma derecho alguno sobre la zona litigiosa, ni pretende que la línea divisoria pase por un lugar específico, puesto que no sabe hasta dónde llega su propiedad en el terreno, y lo único que solicita es la investigación y demarcación de los límites, en la reivindicación hay afirmación del derecho de dominio sobre una determinada zona, y se reclama su restitución por parte del colindante que la posee; un vecino sostiene que el límite pasa por un lugar específico y el otro colindante afirma que por otro: hay controversia sobre la propiedad o sobre los títulos que la sustentan.²³

Límites confundidos

Diferencia con la reivindicación

²¹ C. 2º Apel. C.C. Córdoba, JC, 2-191.

²² C. 2º Apel. La Plata, sala I, LL, 27-432.

²³ Por ejemplo si un lindero afirma que el título del vecino no se aplica a la zona litigiosa o que él adquirió su dominio por prescripción adquisitiva, o que en el caso de haber un déficit de terreno el mismo debe pesar sólo sobre el lindero, etcétera.

En resumen: en la confusión de límites, que hace procedente el deslinde, nos enfrentamos a límites *ignorados*; la reivindicación, en cambio, procede cuando los límites están *controvertidos* o *cuestionados*.

Situación
especial
distinción

El art. 2747 dice:

“Cuando los límites de los terrenos estén cuestionados, o cuando hubiesen quedado sin mojones por haber sido éstos destruidos, la acción competente a los colindantes es la acción de reivindicación para que a uno de los poseedores se les restituya el terreno en cuya posesión estuviese el otro.”

Parece razonable sostener que en el supuesto de destrucción de mojones la reivindicación será procedente sólo cuando esta destrucción haya sido un medio de consumir un despojo; de lo contrario cabrá una acción personal para obligar al colindante a reponerlos y por daños y perjuicios²⁴ o la acción de deslinde, si a raíz de la desaparición de los mojones los límites han quedado confundidos.

En ese sentido, se ha sostenido que:

“Cuando la norma contempla el caso en que los terrenos hubiesen quedado sin mojones, se refiere al supuesto de que hayan sido destruidos por uno de los linderos y modificados en sus límites, en cuyo caso habrá una controversia sobre la propiedad de esa fracción, no una confusión de límites, por lo que la acción procedente es la reivindicatoria, no la de deslinde”.²⁵

Importancia
de la
distinción

La distinción entre acción reivindicatoria y acción de deslinde es importante, porque:

1) En la acción de deslinde, como lo dice la nota al 2746, “cada una de las partes es a la vez demandante y demandado y debe, por consiguiente, probar su derecho”.

En la reivindicatoria, una parte es actora y otra demandada, pesando íntegramente la carga de la prueba en la primera.

2) En la acción de deslinde, de conformidad al art. 2755 “no siendo posible designar los límites de los terrenos, ni por los vestigios antiguos ni por la posesión, la parte dudosa de los terrenos será dividida entre los colindantes, según el juez lo considera conveniente”.

En la reivindicación el juez carece de esta facultad, pues aquí rigen los principios relativos a la carga de la prueba, y si

²⁴ Así lo disponen los arts. 4406 inc. 5º y 4411 del *Esboço* de Freitas.

²⁵ C.Paz Letrada, sala II, *G de Paz*, 81-177.

no hay demostración concluyente por parte del actor, la reivindicación es rechazada.

3) Mientras que la finalidad de la reivindicación es obtener la restitución de la parte del terreno sobre el que se alega propiedad y que se encuentra poseído por otro; la de la acción de deslinde es la investigación y demarcación de esos límites, que se encuentran confundidos.²⁶

La acción compete "a los que tengan derechos reales sobre el terreno contra el propietario del fundo contiguo" (art. 2749).

A quiénes
compete

Están legitimados activamente para promover la acción el titular del dominio, del condominio²⁷, el usufructuario, el usuario, el habitador y el acreedor anticresista.

Mas pensamos que para que la sentencia fuera oponible al propietario, cuando la acción es intentada por los titulares de derechos reales de disfrute o garantía sobre la cosa ajena, el demandado podría exigir que se le diera intervención a aquél.²⁸

Contrariamente a lo que opinan los autores, creemos que también podrían ejercitarla el acreedor hipotecario y el titular de una servidumbre activa, por cuanto es evidente su interés en deslindar el fundo sobre el que se asienta su derecho; es claro que con la salvedad hecha arriba en cuanto a la posibilidad de exigir la comparencia del propietario.

D) Deslinde judicial y extrajudicial

El deslinde puede hacerse extrajudicialmente o judicialmente.

Deslinde
extraju-
dicial

²⁶ Así se ha resuelto: "El fundamento de la acción de deslinde es la incertidumbre de la línea separativa entre dos fundos contiguos y tiene así por objeto fijar esos límites de modo que la incertidumbre desaparezca" (C. 1ª C.C. Córdoba, LL, 1-587); y que: "La acción de deslinde tiende a fijar la línea separativa entre dos predios rústicos, cuyos límites se han confundido, originando un condominio forzoso" (S.C. Tucumán, LL, 40-194); y que: "Si se trata de inmuebles perfectamente delimitados mediante los respectivos cercos y no hay, por consiguiente, confusión de límites, si algún derecho se pretendiese sobre los mismos, no procede para lograrlo la acción de mensura, sino la reivindicatoria" (C. 3ª C.C. Córdoba, C.J., XVI-46); y que: "La acción entablada es la reivindicatoria y no la de mensura y de deslinde si el actor, en su demanda, después de individualizar la fracción reclamada, pide la entrega de la misma con sus frutos y costas del juicio, invocando los arts. 2758 y 2772 del Cód. Civ. y 71 del Cód. Proc." (C. 2ª Apel. La Plata, sala I, LL, 27-432 o JA, 1942, III-634).

²⁷ Aunque en este supuesto, y por el juego del art. 2680 sería necesario que concurrieran los condóminos.

²⁸ Resultarían aplicables los arts. 94 y sigs. del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación.

Para el supuesto de deslinde *extrajudicial* dispone el art. 2753:

“El deslinde de los terrenos puede hacerse entre los colindantes por acuerdo entre ellos que conste de escritura pública. Bajo otra forma será de ningún valor. El acuerdo, la mensura y todos los antecedentes que hubiesen concurrido a formarlo deben presentarse al juez para su aprobación; y si fuese aprobado, la escritura otorgada por personas capaces y la mensura practicada, servirán en adelante como título de propiedad, siempre que no se causare perjuicio a tercero. En lo sucesivo, el acto puede únicamente ser atacado por las causas que permiten volver sobre una convención.”

La escritura pública es exigida *ad solemnitatem*, dado que la norma establece expresamente que “bajo otra forma será de ningún valor”.²⁹

Reglamentado el punto, el art. 673 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación dispone:

“Deslinde por convenio. La escritura pública en que las partes hubiesen efectuado el deslinde deberá presentarse al juez con todos sus antecedentes. Previa intervención de la oficina topográfica se aprobará el deslinde, si correspondiere.”

La oficina topográfica a la que alude la disposición transcrita, es la Dirección Nacional de Catastro y Topografía, según surge del dec.-ley 1018/57, sobre Reglamento Nacional de Mensuras.

Naturalmente que para tener por concluido el trámite, deberá cumplirse también con el requisito de la inscripción registral, para que el título a que alude el art. 2753 resulte oponible a terceros—art. 2505 Cód. Civ. y arts. 2 y 20 de la ley 17.801.

Deslinde
judicial

Respecto del deslinde *judicial* dice el art. 2754:

“El deslinde judicial se hará por agrimensor y la tramitación del juicio, será la que prescriban las leyes de procedimiento.”

El Código de Proc. Civ. y Com. de la Nación regla el procedimiento en los arts. 674 y 675, como juicio especial, indicando que debe tramitarse por las normas del juicio sumario.

²⁹ Conf. Salvat, *ob. cit.*, t. III, n° 1465. *Contra*: Lafaille, *ob. cit.*, t. II, n° 1242, quien por considerar que este acuerdo es un accesorio o complemento del título de propiedad, sostiene, que al igual que a éste, le es aplicable la norma del art. 1185 Cód. Civ.

1. Prueba. Prueba dudosa. Facultades del juez

Como ya dijimos, la carga de la prueba recae sobre ambas partes, y puede consistir en sus títulos de propiedad, vestigios antiguos de designación de límites y aun la posesión.

Una norma especial es la del art. 2751:

El art.
2751

“La posesión de buena fe de mayor parte de terrenos que la que expresan los títulos, no aprovecha al que la ha tenido.”

En armonía con el art. 4011 esta disposición, si bien no muy claramente, está aludiendo a la prescripción adquisitiva *corta*, es decir, que aunque la posesión sea de buena fe, como lo es por mayor extensión que la que surge de los títulos, es una posesión que más allá de dicha extensión reposa no en un título verdadero, sino en uno putativo —art. 2357 Cód. Civ.—: no se da, pues, el requisito del justo título exigido para que la adquisición por prescripción se produzca a los diez años —art. 3999—. En cambio, sí podría jugar la prescripción veinteañal, reglada por los arts. 4015 y 4016.³⁰

2. Gastos

Conforme al art. 2752:

“Los gastos en mejoras de la línea separativa son comunes a los colindantes, pero cuando la demarcación fuese precedida por investigación de límites, los gastos del deslinde se repartirán proporcionalmente entre ellos, según la extensión del terreno de cada uno.”

3. Efectos

Ya hemos puesto de manifiesto que efectuado el deslinde, ya sea judicial o extrajudicialmente, la sentencia dictada en el primer caso o “la escritura otorgada por personas capaces y la mensura practicada”, homologadas por juez competente³¹, servirán en adelante como título de propiedad, siempre que no cause perjuicio a tercero” —art. 2753 Cód. Civ.— vale decir, que será parte integrante, accesoria o complementaria del título de dominio de cada uno de los colindantes.

³⁰ Conf. Salvat, *ob. cit.*, t. III, n° 1475.

³¹ Según el Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, lo es el del lugar de situación de los inmuebles, ya que en materia de competencia se le aplican las mismas normas que a las acciones reales típicas.

Parte Segunda: Condominio de muros, cercos y fosos

I. Conceptos previos

Antes de entrar en materia, vamos a fijar el significado de los términos que emplearemos. Nunca como aquí se justifica tal proceder, puesto que reina una gran anarquía en cuanto a terminología, lo que podría llegar a oscurecer los problemas y a confundirnos en la búsqueda de las soluciones, llevándonos a disputas puramente verbales.³²

Paredes
o muros
linderos

Denominaremos *paredes o muros linderos o separativos* a aquellos que se encuentran edificados en el límite de dos fundos contiguos pertenecientes a distintos propietarios.

Con esta designación nada hemos dicho acerca de la efectiva ubicación de la pared ni tampoco en relación con su carácter jurídico.

1. Los muros desde el punto de vista físico

Los muros separativos pueden edificarse de tres formas distintas que dan origen al muro encaballado, al muro contiguo y a la pared que nosotros llamaremos "próxima".

a) Muro encaballado

Su eje coincide con la línea separativa de las heredades, por lo que el muro vendría a quedar asentado parte en terreno de uno de los vecinos y parte en terreno del otro. Se los denomina "muros encaballados" pues van "a caballo" de la línea limitativa de los dos inmuebles.



b) Muro contiguo

Uno de sus extremos toca dicho límite separativo entre los fundos, pero la pared se asienta íntegramente en terreno de uno solo de los vecinos.³³



³² Conf. Hospers, John, *Introducción al análisis filosófico*, Cap. I, especialmente pág. 39 y sigs., ed. 1936.

³³ La demostración de que un muro está construido encaballado o contiguo puede lograrse a través de una operación de mensura.

c) Pared "próxima"

Edificada íntegramente en terreno de uno de los vecinos, pero sin que linde inmediatamente con la línea separativa de las heredades. A fin de darles un calificativo, podríamos denominarlos "muros o paredes próximas".

(—)

En principio, esta clase de muros está fuera de nuestra problemática. Sin embargo, si el espacio dejado por el vecino entre la pared y el límite fuera insignificante, a tal punto que careciera de utilidad alguna para el propietario del fundo donde está edificada, podría exigirse la cesión de la pared y, naturalmente, la del terreno que queda entre la línea separativa de los dos inmuebles y el muro, aplicando analógicamente el principio establecido para los muros contiguos.³⁴

³⁴ Nuestro art. 2736 habla de una finca que "linda inmediatamente con una pared o muro", lo que ha llevado a la doctrina a sostener la opinión negativa. Así, por ejemplo, Spota, *Tratado de la medianería*, ed. 1935, página 236 y sigs.; Salvat, *ob. cit.*, t. III, n° 1400; Lafaille, *ob. cit.*, t. II, n° 1186.

En Francia, el texto que sirvió de fuente al art. 2736 de nuestro Código — art. 631 Cód. Civ. — que se refiere a *tout propriétaire joignant un mur...*, ha llevado a la misma conclusión. Así Aubry y Rau, *ob. cit.*, § 222, ap. 4°, pág. 383, texto y nota n° 44, de los cuales — a pesar de que no los nombra en la nota — Vélez tomó casi a la letra el art. 2736; Zachariae, éste sí citado en la nota, en la traducción de Masse y Verge, ed. 1854, § 322; Pothier, sin embargo, que aparece en la mencionada nota, no trata el problema. También conf. Planiol-Ripert, *Tratado práctico de Derecho civil*, ed. 1942, t. 3, pág. 274. Aparte de las palabras de la ley se argumenta con que la disposición crea una excepción al principio de que el dominio es absoluto, que es necesario interpretar restrictivamente, por lo que no podría obligarse al propietario a vender parte de su fundo cuando ninguna ley lo obliga, y con que en cuanto a la determinación de la "insignificancia" del espacio, al no poderse dar límites precisos, quedaría sujeto a la arbitrariedad judicial. *Contra*: Es clásica la posición de Demolombe, *Cours du Code Napoleon*, ed. 1869, t. II, pág. 386, n° 354, quien sostiene que nadie puede sustraerse por medio de un fraude a la aplicación de una ley que reposa sobre motivos de interés general; también Marcadé, t. 2, pág. 581, n° 609, en su *Explication théorique et pratique du Code Civil*, ed. 1852; Pardessus, *Traité des servitudes ou services fonciers*, ed. 1838, t. I, n° 154. También el art. 4379 del *Esboço* de Freitas, determina: "No obstante lo dispuesto en el final del art. 4377, n° 4, si el dueño de la pared o muro hubiere dejado en medio de él algún espacio tan estrecho que no le sea de utilidad alguna, podrá aún su vecino ejercer el derecho del art. 4376 (derecho de adquirir la medianería), pagando a más, el valor del terreno intermedio. En caso de contestación sobre la inutilidad del terreno intermedio, se resolverá mediante el juicio de peritos, y no se tomará en consideración al dueño de la pared o muro su oposición, aún cuando ofrezca construir en el límite separativo de los dos inmuebles alguna pared o muro común".

Por otra parte, el art. 875 Cód. italiano de 1942, que reproduce el art. 571

Personalmente —aunque sin profundizar en el asunto— pensamos que la solución negativa no podría sostenerse entre nosotros con gran énfasis, luego de la reforma del art. 1071 por la ley 17.711, que descalifica el ejercicio abusivo de los derechos.

2. Los muros desde el punto de vista jurídico

Aquí nos encontramos con la pared privativa, la medianera y la pared de cerco o de encerramiento forzoso.

a) Pared privativa.

Es la que pertenece en propiedad exclusiva al vecino que la ha construido. Siendo de propiedad exclusiva de uno de los vecinos, el otro lindero que desee apoyar o utilizar³⁵ el muro, debe

del de 1865, dice: "Cuando el muro se encuentra a una distancia del lindero menor de un metro y medio o bien a una distancia menor de la mitad de la establecida por los reglamentos locales, el vecino puede pedir la comunidad del muro solamente al objeto de edificar contra dicho muro, pagando, además del valor de la mitad del muro, el valor del suelo a ocupar con la nueva edificación, salvo que el propietario prefiera extender su muro hasta el lindero. El vecino que quiere pedir la comunidad debe interpelar previamente al propietario acerca de si prefiere extender el muro al lindero o proceder a su demolición. Este debe manifestar la propia voluntad dentro del término de 15 días y debe proceder a la construcción o a la demolición dentro de los 6 meses desde la fecha en que ha comunicado la respuesta".

³⁵ La facultad de adquirir la medianería corresponde al lindero en virtud del art. 2736, aun cuando no justifique, ni siquiera alegue, que le es necesaria para el apoyo, teniendo en cuenta la generalidad de sus términos. Conf. para disposición similar en el Derecho francés: Aubry y Rau, *ob. cit.*, pág. 222, n° 4, t. 3; Pothier, *Oeuvres*, ed. 1861, t. 4, n° 248; allí Pothier cita y combate la opinión de Desgodets, quien sostiene que nadie puede ser obligado a vender lo suyo salvo casos excepcionales contemplados en la ley. El anotador de Pothier, M. Bugnet, nota 2, pág. 334, expresa que esta cuestión no puede presentarse en el Derecho francés atento la generalidad de las expresiones del art. 661 Cód. Civ.; conf. Planiol-Ripert, *ob. cit.*, n° 312; Spota, *ob. cit.*, n° 178, pág. 235; nota a fallo en JA, 38-659; art. 4377 inc. 1° de *Esboço* de Freitas; C.N.Civ., sala C, JA, 1956, I-208, autos "Paleico Szacha c/Sabatini, Oreste". En este interesante caso, el actor requirió del demandado el pago de la pared encaballada hasta la altura del edificio construido por este último, que constaba de planta baja y un piso. El demandado, por su parte, reconvino por adquisición de toda la altura de la pared —7 pisos— basándose en el art. 2736 Cód. Civ. Se pide el rechazo de la reconvención argumentándose con que al pretender la enajenación de toda la pared, lo que realmente se busca es "alquilar ese trecho donde no se realiza apoyo alguno, para publicidad comercial", privando así al actor de los beneficios de un contrato que tenía desde hace tiempo con la compañía "Meca", que había colocado allí un cartel pintado de "Coca-Cola". La Cámara hizo lugar a la reconvención en virtud de lo dispuesto por el art. 2736. Dijo el doctor Chute: "...el propietario no tiene que dar explicación alguna cuando desea adquirir la medianería en toda su extensión, aunque sólo utilice una parte de ella, y que esa facultad no puede ser repelida por el lindero, que lo único que puede exigir

adquirir "la medianería", esto es (como veremos en seguida) hacerse condómino del mismo.

De lo contrario, y a raíz de la utilización de la pared, su dueño puede exigir esa adquisición o intentar acciones posesorias o reales que corresponden al poseedor y/o propietario desposeídos.³⁶

b) Pared medianera, común o en condominio.

El art. 2717 Cód. Civ. dispone:

"Un muro es medianero y común de los vecinos de las heredades contiguas que lo han hecho construir a su costa en el límite separativo de las dos heredades."

La definición esta casi literalmente tomada de Pothier³⁷ aunque se ha omitido la segunda parte, que se refiere al supuesto más común, y que menta los otros medios de adquisición de la medianería.

Según Pothier:

Pothier

"Un muro es medianero y común cuando los vecinos lo han hecho construir a comunidad de gastos sobre los extremos de sus heredades respectivas; o cuando uno de los vecinos lo ha hecho construir a su costa sobre el límite de su heredad y el otro vecino adquiere de él la comunidad."

En el n° 200 de su obra, sin embargo, refiriéndose a la si-

es el reembolso de la mitad del valor de la pared." Comentando dicho fallo, Spota, *Abuso del derecho de adquirir la enajenación forzosa de la medianería* (JA, 1956, I-208), considera que "incurre en conducta antifuncional el lindero cuando adquiere la medianería... para tornar imposible el uso particular que de la pared haga su dueño". Lafaille, *ob. cit.*, t. 3, n° 1186, también exige un "interés legítimo".

Nosotros pensamos, pese a lo que parece clarísima letra del precepto del 2736 Cód. Civ., que en ciertos casos especiales podría configurarse en el ejercicio de la facultad allí concedida, el supuesto aprehendido por el actual art. 1071 del Cód. Civ.

³⁶ Conf. C.Civ., Fallos, 192:365; S.C. Tucumán, JA, 1956, III-43; voto del doctor Sánchez de Bustamante en el plenario de la C.N.Civ., en autos "Gagero de Simonetti c/Bogopolsky", que luego examinaremos detenidamente (JA, 1955, III-208 y reproducido en 1959, IV-23, nota 3). *Contra*: Sosteniendo que el único derecho del dueño de la pared, en estos casos, sería el de exigir la adquisición de la medianería (voto del doctor Méndez Chavarría en el plenario cit. arriba); Lafaille, *ob. cit.*, t. 2, n° 1190; Salvat, *ob. cit.*, t. 1, n° 585; Spota, *Tratado de la medianería*, n° 236; C. 3° C.C. Córdoba, C.J. XII-92; pero todos ellos para el supuesto de que el vecino se muestre dispuesto a adquirir la medianería, pues entonces obraría en ejercicio del derecho que le confiere el art. 2736 Cód. Civ. Existiría, pues, el ejercicio de una facultad y no el desconocimiento de los derechos del dueño de la pared.

³⁷ *Ob. cit.*, n° 199.

tuación del comunero que eleva a su costa un muro, Pothier expresa que si bien ese muro es *medianero* en su totalidad, no será común sino hasta la altura a la que había sido elevado a comunidad de gastos y por el resto pertenece al que lo elevó.

De donde, para Pothier, muro *medianero* sería el género, equivalente a lo que nosotros denominamos pared separativa o lindera, y muro *común* la especie, aplicándose tal denominación a aquellas paredes construidas a comunidad de gastos o construidas por uno solo de los vecinos, si el otro abonare después la parte que le corresponde.

Aubry
y Rau

Para Aubry y Rau —también citado como fuente del art. 2717 Cód. Civ.³⁸:

“El muro medianero es aquel que, ubicado en la línea separativa de dos heredades, pertenece en común, con el terreno sobre el que se encuentra asentado, a los propietarios de esas heredades”.³⁹

Consideramos que no se ha trasvasado a nuestro Código la distinción de Pothier entre muro medianero y muro común que, por lo demás, no se encuentra en otros autores.

Nuestra ley, por el contrario —lo mismo que una de sus importantes fuentes, el Código Civil francés— *utiliza y considera los términos “medianero” y “común” como sinónimos* (arts. 2722, 2723, 2724, 2730, 2734, 2735, 2736 a 2740 Cód. Civ.).

Recordemos que, conforme al art. 2716 “el condominio de las paredes, muros, fosos y cercos que sirvan de separación entre dos heredades contiguas, es de indivisión forzosa”.

Condo-
minio
de muro y
terreno

Naturalmente que el condominio sobre el muro se extiende también al terreno sobre el cual está éste asentado, ya que pared y terreno forman un todo inescindible.⁴⁰

³⁸ *Ob. cit.*, §222, ap. 1º, pág. 374.

³⁹ Conf. Planiol-Ripert, *ob. cit.*, t. 3, nº 298.

⁴⁰ Conf. Planiol-Ripert, *ob. cit.*, t. 3, nº 311; Pothier, *ob. cit.*, núms. 221 y 253; Aubry y Rau, *ob. cit.*, §222, ap. 1º pág. 374, según su definición de muro medianero. Es por ello que, siendo nuestros arts. 2723 y 2724 Cód. Civ., copia de partes del párr. 2º del §222 de la obra de estos últimos autores —pág. 379— pensamos que el abandono o renuncia de la medianería regulado por esas disposiciones lo es no solamente del condominio de la pared —como parecería resultar de una lectura ligera de los artículos— sino que también comprende la renuncia a la comunidad del terreno sobre el cual la pared se asienta, por formar un todo único con ella y a pesar de que no se lo menciona expresamente, como tampoco lo hacen dichos autores, seguramente por considerarlo sobre-

Bibiloni reproduce los arts. 2716 y 2717 de nuestro Cód. Civ. El *Proyecto* de 1936 formula una distinción entre muro común o en condominio y muro medianero. En efecto, el art. 1597 determina:

“Un muro pertenecerá en condominio a los propietarios de heredades contiguas, cuando se hubiere levantado en el límite separativo, asentándolo sobre terreno de ambas. El muro sera medianero si fuere construido a gastos comunes por los dos propietarios vecinos, o cuando hecho a costa de uno de ellos, el otro abonare la mitad de su valor. Será totalmente medianero, siempre que esa comunidad de gastos corresponda a toda la extensión y altura, comprendidos los ciementos.”

El *Anteproyecto* de 1954 sigue, en este aspecto, los lineamientos del *Proyecto* de 1936.⁴¹

c) *Pared de cerco o de encerramiento forzoso; cerca, también llamada a veces pared divisoria.*

Conforme al art. 2516 Cód. Civ.:

“El propietario tiene la facultad de excluir a terceros del uso o goce o disposición de la cosa, y de tomar a este respecto todas las medidas que encuentre convenientes... Puede encerrar sus heredades con paredes, fosos o cercos, sujetándose a los reglamentos policiales.”

Esta facultad de encerrarse de que gozan los propietarios se convierte en obligación en los “pueblos y sus arrabales”⁴²; para la campaña rigen los arts. 2742 y 2744. En aquellos sitios, debido a la aglomeración de habitantes, hay no solamente un interés particular, si no también un interés público en el cerramiento de las heredades.

Cerramiento
forzoso

abundante, teniendo en cuenta la definición que acababan de dar. Conf. *Proyecto* de 1936, art. 1602; *Anteproyecto* de 1954, art. 1598; Lafaille, *ob. cit.*, t. 2, n° 1226; Spota, *Tratado de la medianería*, n° 367; Salvat, *ob. cit.*, t. III, n° 1379. *Contra*: Durrieu, Marcelo, *Tratado de la medianería y de la confusión de límites*, pág. 39, ed. 1918.

⁴¹ Véase art. 1594 y su nota, donde expresa que “el muro común es el género y el muro medianero la especie dentro de aquél”.

⁴² Para la campaña rigen los arts. 2742 y 2744, que luego examinaremos. En cuanto a qué debe entenderse por “pueblos y sus arrabales”, es cuestión de hecho, sujeta a la apreciación judicial. Los actos administrativos al respecto no son obligatorios para el juez aunque, naturalmente, gravitarán en su decisión. Conf. Spota, *Tratado...*, n° 85; Aubry y Rau, *ob. cit.*, § 200, pág. 207; Argañarás en Salvat, *ob. cit.*, t. 3, pág. 99, nota 21, a); Lafaille, *ob. cit.*, t. 2, pág. 294, nota 60; C. 1ª C.C. La Plata, sala 3ª, *D.J.B.A.*, 57-181.

De allí la disposición del art. 2726, que reconoce su fuente en el art. 663 Cód. francés, y en las enseñanzas de Aubry y Rau⁴³, y que dice:

“Todo propietario de una heredad puede obligar a su vecino a la construcción y conservación de paredes de tres metros de altura y 18 pulgadas de espesor, para cerramiento y división de sus heredades contiguas, que están situadas en el recinto de un pueblo o en los arrabales.”

El requerido, sin embargo, puede liberarse haciendo uso de la facultad concedida por el art. 2727, que le permite ceder “la mitad del terreno sobre que la pared debe asentarse y renunciando a la medianería”.

Y a tanto llega el interés del legislador en el cerramiento, que otorga a quien edifica primero en los sitios mencionados, en un lugar aún no cerrado entre paredes, el derecho de asentar la mitad de la pared que construya en el terreno del vecino, respetando las medidas que indica en el art. 2725.⁴⁴

Muro de cerramiento, pared de cerco, cerca o pared divisoria (esta última denominación —un tanto equívoca— la utilizan los arts. 2727, 2729 y 2736) sería entonces aquella edificada en los pueblos o sus arrabales, de piedra o de ladrillo, hasta la altura de 3 metros y “su espesor interno no excediendo de 18 pulgadas”.⁴⁵

Este muro, conforme lo que acabamos de ver, puede ser edificado:

a) Por uno solo de los vecinos “encaballándolo” en la línea separativa de las heredades contiguas —art. 2725.

En este caso, para liberarse del deber de reembolso de los gastos de construcción (luego examinaremos el momento a partir del cual nace tal obligación) el vecino no requerido previa-

⁴³ *Ob. cit.*, § 200, pág. 206 y sigs.

⁴⁴ Esta disposición reconoce su fuente en el art. 671 del Código de Luisiana. Como lo hace notar Spota (*ob. cit.*, pág. 48, n° 42, nota 2 bis) esta norma no es original de nuestro Código y del de Luisiana, pues también aparece en el art. 580 Cód. Civ. brasileño: “El vecino que primero construye puede asentar la pared divisoria en la mitad del espesor en el terreno contiguo sin perder por eso el derecho a requerir la mitad del valor de ella, si el vecino quiere servirse...”.

⁴⁵ Por su parte, y en relación a la altura de las paredes de cerco, determina el art. 2729 Cód. Civ.: “Las paredes divisorias deben levantarse a la altura designada en cada municipalidad; si no hubiere designación determinada, la altura será de 3 metros.” Es lo que también dispone el art. 663 Cód. Civ. francés, que se remite a los reglamentos y usos constantes y reconocidos y sólo en defecto de ellos, entrarán a regir las disposiciones del Código.

mente, pero en cuyo terreno se asienta la mitad de la pared puede, cediendo el terreno y renunciando a la medianería, liberarse de la contribución, por aplicación analógica del art. 2727 (conc. arts. 2723 y 2724 Cód. Civ.) siempre y cuando, naturalmente, no se haya servido de la pared mediante el apoyo de alguna construcción.⁴⁶

b) Por uno solo de los vecinos, a su costa y en su terreno; es decir que aquí se trataría de una pared contigua⁴⁷, supuesto contemplado por los arts. 2728 y 2736.

c) Puede también quien se dispone a construirlo requerir al vecino para que contribuya a sufragar la mitad del terreno sobre el cual la pared va a asentarse. Este está obligado a realizar tal contribución, de la que únicamente puede liberarse cediendo la mitad del terreno sobre el cual la pared va a edificarse y renunciando a la medianería (arts. 2726 y 2727 Cód. Civ.).⁴⁸

II. Régimen del dominio de los muros. Prescripción

Entramos ahora a considerar el arduo problema de la propiedad de los muros que dividen dos heredades contiguas, así como el régimen de la prescripción que juega a su respecto.

Debemos formularnos tres preguntas fundamentales:

- 1) ¿En qué momento nace el condominio de la pared?
- 2) ¿Desde cuándo es exigible la obligación de contribuir con la mitad de los gastos de construcción del muro y, eventualmente, pagar la mitad del terreno sobre el que se asienta? En otras palabras ¿desde cuándo hay *actio nata* que hará correr el término de prescripción?; y
- 3) ¿Qué tipo de prescripción —adquisitiva o liberatoria— juega en esta materia?

Interrogantes

Los interrogantes es menester responderlos teniendo bien presentes los distintos tipos de paredes desde el punto de vista físico a que hemos aludido, así como también no perder de vista el concepto de muro de cerramiento forzoso.

⁴⁶ Conf. Spota, *ob. cit.*, núms. 108 a 112; C.Civ. 1ª Cap., JA, 38-1074; C.Civ. 2ª Cap., JA, 42-1117; *id.*, JA, 58-157; C.Paz Letrada, sala 4ª, JA, 72-1019; *id.*, sala 2ª, JA, 76-349. *Contra*: El abandono no cabe una vez construida la pared de cerco encaballada: Salvat, *ob. cit.*, t. 3, n° 1345; Lafaille, *ob. cit.*, t. 2, n° 1179.

⁴⁷ Recordar lo dicho *supra*, ap. I, 1) b).

⁴⁸ Esta renuncia no le impide luego adquirirla, satisfaciendo las exigencias del art. 2736, de acuerdo con el 2739 Cód. Civil.

1. Muro contiguo

Comenzaremos por el supuesto del muro contiguo. Por estar éste íntegramente asentado en el terreno del vecino que lo construyó, es de su propiedad exclusiva, según surge de los arts. 2520, 2315, nota al 2514 y lo dispuesto por el art. 2614 Cód. Civ., en cuanto suprime el derecho de superficie.⁴⁹

Estaríamos, entonces, en presencia de lo que hemos calificado como muro *privativo*. Esta situación aparece regida por los arts. 2728 y 2736.⁵⁰

El art. 2736 legisla sobre la facultad (de la que hablamos hace un momento) de adquirir el condominio, o sea la medianería, que corresponde al vecino cuyo terreno linda inmediatamente con la pared —de allí resulta que se está refiriendo a la disposición a la pared “contigua”—⁵¹ estableciendo qué es lo que debe abonarse.

Hacemos resaltar que al determinar que debe pagarse no sólo el valor de la pared sino también “la mitad del suelo sobre el que se ha asentado”, la norma vuelve a denotar que está legislando relativamente a los muros contiguos.

La facultad otorgada por el art. 2736 es imprescriptible⁵² e implica para el dueño exclusivo de la pared y terreno la obligación correlativa de hacerle participe en el condominio. Se trataría, pues, de un supuesto de venta forzosa, aunque no se encuentre expresamente enumerado en el art. 1324 Cód. Civ.⁵³

⁴⁹ Sobre la interpretación del art. 2614, véase Mariani de Vidal, Marina, *Derechos reales de disfrute sobre la cosa ajena*, Cap. 2 pág. 19 y sigs., ed. Abeledo Perrot

⁵⁰ Del art. 2736 Cód. Civ. resulta también el carácter de muro privativo, ya que allí se contempla la posibilidad del vecino de “adquirir la medianería” —que, hemos sostenido, es lo mismo que decir “adquirir el condominio”— de donde se deduce fácilmente que tal condominio no existe.

⁵¹ Es, por otra parte, lo que se desprende de las fuentes del artículo que ya analizamos. Claramente, también tratado el tópico en el voto del doctor Serrano, emitido en el plenario de la Cám. de Paz Letrada, *in re* “Patrone c/Daneri de Devoto”, JA, 1948, II-440, que más adelante examinaremos en detalle en el texto.

⁵² Conf. Aubry y Rau, § 222, ap. 4º, pág. 385; Demolombe, t. 11, nº 357; Planiol-Ripert, *ob. cit.*, t. 3, nº 312. Los autores franceses se apoyan especialmente en el art. 2232 del Cód. civ., que determina que los actos de pura facultad o mera tolerancia no pueden fundar la prescripción. Entre nosotros conf. Spota, *ob. cit.*, pág. 213, especialmente nº 159; Argañarás, en Salvat, t. 3, nº 1398, a); Lafaille, *ob. cit.*, t. 2, nº 1183.

⁵³ Conf. Salvat, *ob. cit.*, t. 3, pág. 165; Spota, *ob. cit.*, nº 153. Se ha sostenido también que se trata de una “expropiación anómala”, Lafaille, *ob. cit.*, t. 2, nº 1182; de una “operación de naturaleza mixta, con algo de la venta y de la expropiación”; Planiol-Ripert, *ob. cit.*, t. 3, núms. 317 y 312; donde la utilidad

Sintetizando: conforme al 2736 Cód. Civ., si el muro es contiguo, es privativo, o sea de propiedad exclusiva del que lo edificó en su terreno y a su costa. Y el condominio nacería cuando el otro lindero, haciendo uso del derecho que allí se le otorga, paga la porción del muro y del terreno correspondientes, perfeccionándose así la compraventa forzosa que daría origen a la medianería.

Ahora bien, esta facultad de adquirir el condominio ¿puede en algún momento convertirse en obligación? O sea, en lugar de estar obligado a vender, puede el dueño de la pared obligar al lindero a comprar? Si así fuera, ¿desde cuándo? Y en este caso ¿en qué momento nacería el condominio?

Es justamente el problema que resuelve el art. 2728, estableciendo que ese momento es "cuando el vecino quiera servirse de la pared divisoria".

Que se trata de pared contigua, surge sin ninguna duda del período de la norma que reza "en su terreno y a su costa".

Y la misma disposición determina que la obligación de reembolso nacerá, dando así el derecho a exigirlo "en el caso de que el vecino quiera servirse de la pared".

El "quid" de la cuestión reside, pues, en establecer qué debe entenderse por "servirse" de la pared.

Se ha sostenido que si la pared contigua es de cerramiento forzoso, el vecino se sirve, o con mayor propiedad "la pared sirve al vecino" desde el momento de su construcción, puesto que es utilizada desde ese instante para encerrar la heredad, en los lugares en que, precisamente, se impone a los vecinos tal obligación.⁵⁴

La acción para reclamar el reembolso nacería, pues, para esta tesitura (lógicamente que en relación al muro de encerramiento, o sea hasta los 3 metros de altura) en el momento de la construcción del muro, cuando éste sirve al vecino para encerrar el inmueble.

Obligación de adquirir la medianería

Concepto de servirse de la pared

pública justificativa de la expropiación estaría dada por la finalidad de evitar pérdidas de terreno, mano de obra y materiales, que sería de interés general. Y aún se opina que estaríamos frente a una restricción al dominio fundada en los deberes de la vecindad: Pothier, *ob. cit.*, n° 27, aunque allí mismo y en otros pasajes — núms. 248, 250 y 252— este autor habla de la "obligación de vender del vecino".

⁵⁴ Véase voto del doctor Colmo en el fallo de la C. Civ. 1°, JA, 36-1419, quien dijo: "Cuando la ley dice que no puede pedirse el pago de la mitad del valor de un muro de encerramiento mientras el colindante no quiera servirse del mismo, seguramente no entiende tan sólo el hecho de que éste utilice el muro para cualquier fin específico. Basta que le sirva como muro divisorio".

En lo que el muro supere los 3 metros de altura, sería de aplicación la tesis que desarrollaremos inmediatamente.

La posición precedente ha sido abandonada. Actualmente impera la que sostiene que el vecino *se sirve* de la pared sólo cuando la utiliza para algún fin específico, *v.g.* apoyo de edificios, tirantes, instalación de cañerías, etcétera.⁵⁵

Pensamos que esta postura es la única que puede sostenerse porque:

1) El artículo dice "el vecino quiera servirse", lo que implica un acto positivo de su parte —utilización específica— y no la actitud pasiva de que el muro le sirva para encerrarse simplemente.

Por lo demás, si así no fuera, esta norma carecería de sentido, puesto que quien hubiera construido en su terreno y a su costa un muro de cerramiento, en los lugares donde existe la obligación de encerrarse, podría reclamar de inmediato su valor y el del terreno sin necesidad de ninguna disposición expresa al respecto, y justamente el principio contrario es el que se desprende de la norma.

2) Las fuentes del artículo no hacen sino reafirmar esta posición. En efecto, el 2728 es copia de un párrafo de Aubry y Rau.⁵⁶ Ahora bien, la frase "sino en el caso de que el vecino quiera servirse de la pared divisoria", la adiciona Vélez siguiendo a Pothier⁵⁷ a quien precisamente se remiten Aubry y Rau⁵⁸ para fundamentar un cambio de opinión respecto de sus ediciones anteriores.

Con el agregado, pues, Vélez completa y explicita el pensamiento de Aubry y Rau, en el sentido de exigir la utilización específica del muro, para poder obligar recién en ese caso al vecino a adquirir la medianería.

Sintetizando: la obligación de contribuir al reembolso de la parte pertinente del valor de pared y terreno nace desde el momento en que el lindero utiliza específicamente la pared y, en consecuencia, desde ese momento hay derecho por parte del dueño del muro y terreno al reclamo pertinente *actio nata*.

El Proyecto de 1936 soluciona en tal sentido el problema,

⁵⁵ Conf. C.Civ. 2ª Cap., JA, 1942, I-889; C.Paz Letr., sala 2ª, C.P., 65-145; *id.*, JA, 76-59; C. 1ª C.C. La Plata, sala 1ª, JA, 1951, II-270; Spota, *ob. cit.*, n° 123 y sigs., analiza con detalle los casos en que habría utilización específica de la pared; también Salvat, *ob. cit.*, t. 3, n° 1347.

⁵⁶ *Ob. cit.*, pág. 209, §200.

⁵⁷ *Ob. cit.*, pág. 330, n° 234 *in fine*.

⁵⁸ *Ob. cit.*, pág. 209, nota 6.

en sus arts. 1595 y 1596. Concordemente, el *Anteproyecto* de 1954: arts. 1592 y 1593.

Prescripción

Se opina que respecto a la adquisición de la medianería —condominio— de la pared contigua, que es privativa, resultan de aplicación tanto la prescripción adquisitiva como la liberatoria.

En efecto: una vez realizado el apoyo, la utilización específica por el vecino, empezaría a correr la prescripción adquisitiva del derecho de condominio respecto de la parte del muro efectivamente utilizada⁵⁹ —art. 3961— que puede ser la corta —art. 3999 Cód. Civ. — o la larga —art. 4015— según sea el caso.⁶⁰

Adquisitiva

Pero a partir del apoyo, no solamente empezaría a correr la prescripción adquisitiva, sino también la liberatoria, con respecto al crédito por reembolso, que conforme al art. 2728 tiene el vecino que construyó la pared “en su terreno y a su costa”.

Liberatoria

Ahora bien, si antes de cumplirse los 10 años —art. 4023 Cód. Civ. — el lindero carga nuevamente sobre la pared, o merced al apoyo primitivo, como no es condómino del muro, el dueño de éste podría ejercer las acciones reales y posesorias en defensa de su propiedad exclusiva... mas ellas tropezarían con la facultad de adquirir la medianería consagrada por el art. 2736 Cód. Civ., según ya vimos oportunamente; entonces, parecería que estas acciones reales y/o posesorias, ante lo dispuesto por el art. 2736 deberán transformarse en una acción de reembolso es decir, simplemente, en una acción personal.

Supongamos ahora que desde el apoyo primitivo ya se han cumplido los 10 años necesarios para que prescriba la acción de reembolso, que es una acción personal y que, en consecuencia, se encuentra, a falta de otro plazo expreso, comprendida en el término general del art. 4023.

¿Esta prescripción liberatoria hará adquirir el condominio —medianería—, o será menester que se cumpla todavía el término de la prescripción adquisitiva?

Si opinamos lo primero⁶¹ la prescripción adquisitiva no juga-

⁵⁹ Conf. Spota, *ob. cit.*, pág. 65.

⁶⁰ Conf. Spota, *ob. cit.*, pág. 54, núms. 37 y sigs.; Salvat, *ob. cit.*, t. 3, n° 1372; Lafaille, *ob. cit.*, t. 2, n° 1191.

⁶¹ Por ejemplo Spota, *ob. cit.*, núms. 39 y sigs., nota al fallo en JA, 1955, III-221 y sigs., especialmente, quien partiendo de la base de que la adquisición de la medianería comporta una compraventa forzosa en los casos de los arts.

ría nunca en esta materia, pues el condominio se habría adquirido *siempre*— salvo el caso de la usucapión corta que todos coinciden en señalar como muy raro de darse en la práctica— *antes* de que tuviera tiempo de cumplirse la usucapión larga.

Si nos inclinamos por lo segundo, quiere decir que, si bien el dueño de la pared habría perdido la acción personal de reembolso por la prescripción extintiva, como conservaría todavía el dominio exclusivo de la pared, tendría las acciones reales y posesorias que se otorgan en defensa de la propiedad y, en consecuencia, podría hacer cesar la utilización del muro por parte del lindero⁶²; pero aquí nos encontraríamos frente a la facultad —imprescriptible— del art. 2736 Cód. Civ.; todo lo cual y en buen romance significa que si quiere persistir en la utilización de la pared, el lindero tendrá que pagar lo que le corresponda a fin de adquirir el condominio, lo que, también hablando claramente, daría origen a la curiosa situación de un crédito que subsiste como exigible —aunque por vía indirecta— aún después de operada a su respecto la prescripción liberatoria.⁶³

Las incoherencias a que llevaría esta última postura nos inclinan por la primera opinión, lo que nos lleva a la lógica conclusión de que la prescripción adquisitiva no puede jugar en esta materia. Aunque debe tenerse presente que el condominio nacería recién con el cumplimiento de la prescripción liberatoria.

Y este razonamiento sería aplicable a los muros no solamente en el caso de que lo fueran de cerramiento, sino aun por

2725, 2728 y 2736, llega a la conclusión de que prescripta la obligación de pagar el precio de esa compraventa, ella se habría perfeccionado, originando, en consecuencia, el condominio sobre el muro; también Lafaille, *ob. cit.*, t. II, n° 1191, aunque deja en claro que el resultado —o sea la adquisición del condominio— se alcanzaría de un modo “indirecto”. Es de hacer notar que ambos autores ponen la tónica sobre el muro encaballado.

⁶² Véase el voto del doctor Sánchez de Bustamante en el plenario de la C.N.Civ. *in re* “Gaggero de Simonetti”, que luego comentaremos.

⁶³ Tal vez tratando de evadir esta consecuencia, el doctor Méndez Chavarría, en el plenario citado en la nota anterior, expresa que con el apoyo se abre la vía para la defensa de la propiedad que se ejercita aquí en el “modo pertinente”, o sea mediante una acción por cobro de la “parte proporcional”, y ese derecho se mantiene mientras no prescriba la copropiedad del muro. “Mientras ello no ocurra... el propietario puede reclamar el pago de la medianería, no en razón de que se le hubiera abierto un crédito, sino en razón de que continúa siendo dueño de su dominio se... resguarda precisamente por esta acción, que es la adecuada a la naturaleza de su función... No se niega por tanto la prescripción, se determina tan sólo aquella que en realidad resulta aplicable y que en este caso es la adquisitiva y no la liberatoria.”

... Sin embargo, aquí tendríamos la incongruencia de una acción creditoria —aunque se pretenda obviar tal denominación— sujeta al término de la prescripción adquisitiva.

encima de la altura de los 3 metros, puesto que el art. 2736 se refiere a cualquier clase de muro: el párrafo final del artículo nos refirma en dicha posición⁶⁴, respecto siempre de la parte efectivamente utilizada por el colindante.

2. Requerimiento previo a la construcción

Este es el caso de quien va a construir el muro de cerramiento forzoso y requiere previamente al vecino la contribución correspondiente para la construcción y el terreno (art. 2726 Cód. Civil).

En este supuesto fácilmente se colige que desde ese momento nace la obligación de contribuir, de la que únicamente puede liberarse el requerido por el abandono, estatuido por el art. 2727⁶⁵ y que, una vez construida la pared, en el límite separativo de las fincas, a comunidad de gastos, desde ese momento nacerá el condominio o la medianería sobre dicho muro (art. 2717).

3. Pared de cerco encaballada: art. 2725

El supuesto que consideraremos ahora es el que más polémicas ha desatado, dando incluso lugar al pronunciamiento de dos tribunales plenarios.

Recordemos que las preguntas fundamentales a responder aquí eran principalmente las siguientes:

¿Desde cuándo nace el derecho de condominio sobre el muro?

¿Desde cuándo nace el derecho a reclamar el reembolso del valor de la pared? (el terreno está fuera de reclamo pues, por hipótesis, la pared se ha asentado por mitades en terreno de ambos linderos: art. 2725).

Teniendo en cuenta la respuesta a estos interrogantes, ¿qué tipo de prescripción juega en la materia: la adquisitiva, la liberatoria, o ambas?

Diversas teorías se han sostenido a fin de dar solución a estos problemas. Las esbozaremos a continuación, para luego

⁶⁴ También el hecho de que Aubry y Rau, evidentes fuentes de Vélez en la materia, no tratan este supuesto en el acápite de *la clôture forcée* —§ 200, pág. 206 y sigs.— sino en el referente a *de la mitoyenneté* —§ 222, ap. 4°, pág. 383.

⁶⁵ Este abandono de la medianería implica abandono de la pared propiamente dicha, de los cimientos y del terreno respectivo —tales los ingredientes de la medianería—, de manera que si luego se quiere o se debe readquirir la medianería (habrá obligación de adquirirla, por ejemplo, si se carga sobre la pared) deberá abonarse pared, cimientos y terreno correspondientes: art. 2739, Código Civil.

poder abocarnos al conocimiento del art. 4022 Cód. Civ., reformado por la 17.711.

a) *Tesis de Tobal*

¿Cuándo
nace el
condo-
minio?

Según una primera postura, expuesta originariamente por Gastón Tobal,⁶⁶ el muro pertenece en condominio a los vecinos en el supuesto en que se edificara encaballado de conformidad al art. 2725 Cód. Civ., y *respecto de la pared de cerco*⁶⁷ desde el momento en que se lo levanta, por aplicación de los principios que gobiernan la *accesión* (arts. 2331, 2520, 2574 y 2587 Cód. Civ.) y teniendo en cuenta que nuestro Código prohíbe el derecho de superficie (art. 2614).

Siendo, en consecuencia el condominio “funcional e inmediato” y sirviendo, conforme a su destino de cerca, de pared de cerramiento, ni bien se lo levanta, al uso común de ambas heredades, sólo restaría a favor del que construyó el muro íntegramente a su costa pero asentándolo en el límite separativo de las fincas (art. 2725) un derecho de crédito, que es el derecho a reembolsarse los gastos relativos a la mitad del muro —*lato sensu*— que, naturalmente, también nacería con la construcción de la pared.

Prescrip-
ción:
sólo la
liberatoria.

Este derecho de crédito —siempre respecto de la pared de encerramiento, es decir, hasta los 3 metros de altura— prescribe, como toda obligación que no tenga otro término señalado,

⁶⁶ Véase especialmente C. Civ. 1ª Cap., en JA, 38-659, con nota de Spota; tesis también sostenida en los votos de los doctores Serrano y Migliore en el plenario de la Cám. Paz Letrada *in re* “Patrone c/Daneri de Devoto”, que comentaremos en el texto. Véase, asimismo, voto de los doctores Funes y Ruzzo en el plenario de la Cám. Nac. en lo Civil en autos “Gaggero de Simonetti c/Bogopolsky”, que también veremos en el texto. Conf. C.C. 2ª Cap., JA, 68-167; S.T. San Luis, JA, 1944, II-598; C. 2ª C.C. La Plata, sala 1ª, JA, 1952, IV-193.

⁶⁷ Es decir, hasta los 3 metros de altura o hasta “la designada en cada municipalidad” —art. 2729— puesto que en lo que excediera la misma, se referiría por los principios relativos a las paredes privativas.

Personalmente no nos parece muy ajustado a los principios técnicos la solución que se propicia para la pared por encima de los 3 metros. Pues si el condominio nace desde la construcción del muro encaballado, debido al principio de la *accesión* y a que nuestro Código no admite el derecho de superficie, el condominio debería extenderse y nacer desde ese momento a toda la altura de la pared. Lo que sí admitiría una distinción, según se tratara del muro hasta los 3 metros y por encima de ellos, sería el momento del nacimiento del crédito por reembolso y, en consecuencia, el término para la prescripción liberatoria que, para el primer tramo de la pared, empezaría a correr desde la construcción y para el segundo, desde la utilización.

a los 10 años —art. 4023— que empezarían a contarse desde la construcción del muro.

No jugaría aquí la prescripción adquisitiva.

Desde el dominio de la construcción encaballado, el muro “sirve” a las fincas que separa como pared de encerramiento, y permite al lindero que no contribuyó al pago, dar cumplimiento, precisamente, a la obligación de encerrarse prescripta por el art. 2726. Este artículo se aplica tanto a las paredes a construir (que es lo que se desprende literalmente de sus términos) como a las ya construídas, puesto que tanto da que el requerimiento contemplado por el art. 2726 sea anterior o posterior a la construcción, ya que configuraría una grave lesión a la obligación de cerramiento impuesta por el 2726, el hecho de que fuera “suficiente que uno de los vecinos se hubiere adelantado a cumplir con su deber legal, para que por ello quedara privado del derecho a exigir la contribución al cerramiento forzoso”.⁶⁸

El art. 2728 —que, como vimos, hace nacer el derecho a reclamo desde que el vecino apoya sobre la pared— y su doctrina interpretativa, no resultarían aplicables a la situación del muro encaballado, puesto que la citada norma legal regla el supuesto de muro contiguo, como se desprende de las fuentes de la misma y de sus propias palabras —“en su terreno y a su costa” y habla del “reembolso de la mitad de su valor (del muro) y del terreno”.

Por el contrario, ninguna prescripción limitativa como la del art. 2728, para las paredes contiguas, contienen los arts. 2725 y 2726, que precisamente legislan sobre los muros encaballados.

En este último aspecto, es decir, desde cuándo nace el derecho a reembolso, debe tenerse en cuenta que la fuente del art. 2725 ha sido el art. 671 del Código de Luisiana, cuya última parte que decía que quien construye primero ... “no puede obligar al vecino a contribuir a los gastos de su construcción”, ha sido suprimida por Vélez, lo que indica a todas luces que, a diferencia del modelo, en nuestro sistema hay derecho al reclamo desde la construcción; mucho más si leemos el art. 672 del Cód. de Luisiana, que tampoco ha sido reproducido por nuestro Codificador. Dicha norma establece:

“Si el vecino contribuye por mitades a la edificación de la pared, tiene entonces la medianería.”

El *Proyecto* de 1936 sigue este sistema (art. 1598), lo mismo que el *Anteproyecto* de 1954 (arts. 1594 y 1595).

⁶⁸ Véase especialmente Spota, nota a fallo en *JA*, 38-659; *id.*, en *JA*, 1948, II-440; *id.*, en *LL*, 68-598. *Contra*: S.C. Bs. As., *JA*, 1957, IV-12, n° 134; *LL*, 88-200.

b) Tesis de Spota

Para Alberto G. Spota⁶⁹ el derecho conferido por el art. 2725 configuraría una restricción al dominio —que debería haber sido incluida en el título relativo a las “restricciones y límites al dominio”⁷⁰. De modo tal que, aun edificado en parte sobre terreno ajeno, el muro es de propiedad exclusiva del vecino que lo levantó a su sola costa; aquí nuestro Código se ha apartado del principio romanista de la accesión.⁷¹

Ahora bien, a pesar de que el muro es de su propiedad exclusiva desde el momento de su construcción desempeña para el otro vecino las funciones de cerca —dándose así cumplimiento a la obligación de encerramiento consagrada por el art. 2726— el vecino dueño de la pared tiene una pretensión accionable para reclamar el reembolso de la mitad de su precio, precisamente a partir de la construcción, porque el art. 2726 relativo a la obligación de contribuir con terreno y parte del precio para la construcción de muros de cerramiento, se aplica tanto si se trata de una pared a construirse, como ya construida.

El condominio nacería recién cuando el vecino pagara el precio pertinente, o cuando prescribiera la obligación personal de pagar ese precio, prescripción que es la común a todo derecho creditorio —art. 4023 Cód. Civ.— y que comienza a contarse desde que hay *actio nata*, como acabamos de reseñarlo, desde el momento de la construcción de la pared.⁷²

c) Tesis de Salvat

Según Salvat⁷³ la pared, aun edificada encaballada, es de propiedad exclusiva del vecino que la construyó, el que recién

⁶⁹ *Tratado*, n° 44, pág. 71 y en las notas a fallos que ya hemos citado.

⁷⁰ Conf. respecto a la naturaleza jurídica del derecho conferido por el art. 2725 Cód. Civ., voto del doctor Sánchez de Bustamante en el plenario de la C.Civ., tantas veces citado; también C.N.Paz, sala 2ª, *JA*, 1956, IV-31.

⁷¹ Spota, nota en *JA*, 1955, III-214.

⁷² En su nota a fallo publicada en *LL*, 68-601 dice el jurista: “Si la adquisición de la medianería a tenor del art. 2736 Cód. Civ., es un acto jurídico que se concreta en una enajenación forzosa, ello implica que el condominio se establece una vez abonado el precio... Si la obligación de abonar el precio ha quedado prescrita, por aplicación de una norma de orden público y mediante oportuna innovación de ésta por excepción o por acción declarativa... la compraventa se ha perfeccionado. En ese caso, se adquiere el derecho real de condominio sobre la cerca, el que permite a cada uno de los condóminos servirse de la pared... medianera para todos los usos a que ella está destinada según su naturaleza —art. 2736— y cada uno de los condóminos puede armar toda clase de construcciones al muro medianero —art. 2731 Cod. Civ.

⁷³ *Ob. cit.*, t. 3, n° 1335/6.

podrá exigir del lindero el reembolso de los gastos de construcción cuando éste utilice específicamente la pared —y no por el sólo hecho de servir de “cerca” o “pared de encerramiento”— ya que considera aplicable a esta situación lo dispuesto por el art. 2728, por razones de analogía.

d) Tesis de Lafaille

Lafaille⁷⁴ opina que al construirse la pared haciendo uso del derecho acordado por el art. 2725 se produce una expropiación del terreno del vecino a favor del constructor, quien queda así dueño exclusivo no sólo del muro, sino también del terreno sobre el que éste se asienta “mientras el requerido no paga el importe de la construcción, si no optare por renunciar a la medianería”, todo ello fluyendo de lo dispuesto por el Cód. Civ., arts. 2725 y 2726/27.

No resulta claro en este autor, por qué si se produce la expropiación del terreno a favor del constructor, luego si el otro vecino quiere adquirir la medianería debe sólo pagar el valor de la pared y no del terreno también.

Tampoco resuelve claramente el problema de cuándo se hace exigible la obligación de reembolso, aunque parece desprenderse de algunos de sus párrafos que es desde la construcción de la pared.⁷⁵

La prescripción liberatoria de dicha obligación no haría propiamente adquirir el condominio del muro, pero ese “resultado se alcanza de modo indirecto”.⁷⁶

e) El plenario de la Justicia de Paz

Con fecha 4 de junio de 1948 la Cámara de Paz Letrada de la Capital, en pleno, en los autos “Patrone, Pascual c/Dalleri de Devoto, Aída”⁷⁷, por voto de 6 camaristas contra 4, resolvió el siguiente interrogante:

“Si el propietario de una heredad que ha construido a su costa una pared sobre la línea divisoria de dos fundos contiguos en un lugar de cerramiento forzoso, tiene derecho a exigir a su vecino el reembolso de la mitad del valor de la pared de cerco, o bien si ese derecho está supeditado a que el vecino cargue sobre el muro divisorio.”

⁷⁴ *Ob. cit.*, t. 2, n° 1177.

⁷⁵ Véase *ob. cit.*, n° 1190.

⁷⁶ *Ob. cit.*, n° 1191.

⁷⁷ *JA*, 1948-II-440.

La mayoría se inclinó por la primera de las alternativas, siendo las razones de los doctores Serrano y Migliore —a cuyos votos se adhirieron los otros integrantes de aquella— más o menos los mismos que consideramos en el apartado a) (“Tesis de Tobal”).

La minoría consideró aplicable por análoga la disposición del art. 2728 Cód. Civ., recalcando especialmente que el hecho de haber usado de la facultad de asentar la pared parte en terreno ajeno no puede colocar al que aprovecha de tal ventaja en mejor situación que el que edifica la pared íntegramente en su terreno.

f) *Fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en pleno*

La cuestión sometida a decisión plenaria, en los autos “Gaggero de Simonetti, María y otros c/Bogopolsky, Josué”, en la parte que nos interesa (pues también se trató una cuestión procesal), fue la siguiente:

“Si la prescripción operada con relación a la obligación de abonar un muro de cerramiento forzoso, puede ser invocada para eximirse de la obligación de abonar ese mismo muro cuando se lo utiliza como medianero, cargándose sobre él.”

Con fecha 6 de julio de 1955 se resolvió en el sentido de que:

“...la prescripción operada con relación a la obligación de abonar un muro de cerramiento forzoso puede ser invocada para eximirse de la obligación de abonar ese mismo muro, cuando se lo utiliza como medianero, cargándose sobre él”.⁷⁸

Nos detendremos en este plenario, no sólo por su importancia intrínseca, sino también porque creemos que su solución se ha hecho ley, a través de la sustitución del art. 4022 Cód. Civ. por la Reforma de 1968.

La mayoría

Cuándo nace el condominio

La mayoría consideró, siguiendo los argumentos esgrimidos en su momento por Tobal (a los que ya nos referimos), que en caso de muro encaballado, el condominio, respecto de la altura que deben tener las paredes de cerco —3 metros—⁷⁹ es funcional e inmediato, o sea que *nace con la construcción*.

⁷⁸ JA, 1955, III-208 y reproducido en 1959, IV-23, nota 3.

⁷⁹ Ya que por encima el muro sería privativo del que lo construyó y, en consecuencia, se aplicaría cuanto hemos dicho acerca de los muros privativos (conf. C. Apel. Rosario, sala 2ª, C.C. *Juris*, 15-145).

Ahora bien, como la pared edificada encaballada facilita por parte del que no construyó ni fue requerido previamente para ello, el cumplimiento de la obligación de encerramiento prescripta por el art. 2726 Cód. Civ., es desde el momento en que se levanta la pared que ésta “sirve” al vecino, le sirve como pared de cerco, a la construcción de la cual está obligado y aunque no haya existido el requerimiento previo, autorizado —pero no impuesto— por el mismo art. 2726.

Concepto de “servirse” del muro

Siendo el condominio inmediato y naciendo desde la construcción el crédito relativo al reembolso de la pared de cerramiento —el crédito es lo único que le resta al constructor— si este crédito prescribe por aplicación del art. 4023 Cód. Civ., quedaría por ver *qué sucede si luego el vecino que no pagó, pero que se liberó de la obligación de pagar por la prescripción, apoya sobre el muro*, es decir, que no lo utiliza ya como simple pared de encerramiento, sino como pared de carga o apoyo.

Sólo resta un crédito

Interrogante

¿Nace entonces, a partir del apoyo, una nueva obligación, ahora la de abonar la pared como “pared de carga” o de “apoyo”?

Para la mayoría, evidentemente, *no*, pues, adquirido el condominio por la construcción, este derecho real otorga a los comuneros el derecho de servirse de la pared para todos los usos a que ella está destinada, según su naturaleza —art. 2736 Cód. Civ.— y “cada uno de los condóminos puede arrimar toda clase de construcciones a la pared medianera” —art. 2731 Cód. Civ.— sin que tal arrimo haga renacer el crédito por reembolso, que está definitivamente muerto a raíz de la prescripción.⁸⁰

Por encima de los tres metros, el crédito —y, en consecuencia, el arranque de la prescripción liberatoria— aparecería recién desde el apoyo.⁸¹

Por encima de los 3 metros

Para el doctor Méndez Chavarría —de la minoría— por el contrario, si bien el derecho a reclamar el reembolso de la pared de cerco como tal nace desde la construcción, en consecuencia ese es el arranque de la prescripción liberatoria decenal de tal crédito; dicha prescripción no tiene por efecto conferir el condo-

La minoría

⁸⁰ Naturalmente subsistiría como obligación natural (Cód. Civ., artículo 515 inc. 2).

⁸¹ Recalcamos que el plenario se refería exclusivamente a la pared que principia por ser sólo de cerco y luego se utiliza como pared de apoyo, que es, precisamente, el problema que resuelve el nuevo art. 4022 Cód. Civ.

minio al lindero, sino que únicamente lo libera de contribuir a los gastos de la pared de encerramiento, atento la obligación que establece el art. 2726 Cód. Civ.

Ahora bien, como el constructor permanece dueño exclusivo del muro —ya que el condominio no se adquiere por prescripción liberatoria, sino por pago de la parte pertinente del precio o por contrato de adquisición y empleo de la pared, aun sin pago— si el lindero, operada la prescripción liberatoria a la que hicimos referencia arriba, carga sobre la pared, entonces habría una nueva causa de deber y:

“...el derecho del propietario mientras subsiste, se ejercita en el modo pertinente, o sea mediante una acción para el cobro de la parte proporcional, calculado al momento en que el demandado cargó, pues en ese momento se produce para él el comienzo de la utilización económica de la cosa. En este caso, a diferencia del art. 2726, no se ha abierto un crédito con la simple construcción... Se ha abierto en cambio la vía para la defensa de la propiedad, en la forma que resulta congruente con la naturaleza y destino de esa especial propiedad de que se trata. Ese derecho se mantiene mientras el lindero no prescriba la copropiedad del muro, prescripción que... comienza desde el momento... en que se cargó sobre él, realizando un acto evidente de coposesión.”

El doctor Sánchez de Bustamante —otro miembro de la minoría— opinó que la construcción de la pared encaballada es una mera facultad a favor del sujeto del derecho, que depende de su iniciativa personal y que es incapaz de engendrar *per se* ninguna prescripción liberatoria a favor de tercero. En consecuencia, recién cuando el vecino carga o apoya sobre la pared, nace el derecho a reembolso y comienza a correr la prescripción liberatoria de dicha obligación.

Pero como la prescripción liberatoria es inidónea para hacer adquirir un derecho real, el muro, aun prescripta la obligación de reembolso de la pared de cerco, permanecerá de propiedad exclusiva del que lo construyó encaballado, hasta que se pague el precio correspondiente, o hasta que se cumpla la prescripción adquisitiva, cuya fecha de arranque es, precisamente, la del apoyo.

Pero la fecha de apoyo marcará también el arranque de la prescripción liberatoria de la obligación de reembolso. Una vez producido éste, como se conserva la propiedad exclusiva, si el vecino carga sobre la pared, su dueño tendrá las pertinentes acciones —posesorias y de dominio— que la ley otorga a todo propietario en defensa de su propiedad.

La crítica que, a nuestro juicio, merecen estas dos últimas posiciones, la hemos formulado más arriba.

III. El nuevo art. 4022 del Código Civil

La Reforma de 1968 reemplazó el viejo art. 4022 Cód. Civ. por el siguiente:

“La prescripción operada con relación a la obligación establecida en el art. 2726 puede ser invocada para eximirse de abonar la medianería en el supuesto del art. 2736, hasta la altura del muro de cerramiento forzoso.”

Es evidente que el artículo ha querido incorporar a la ley la resolución plenaria de la Cámara Civil.

Teniendo en cuenta que entre los miembros integrantes de la Comisión Reformadora se encontraba el doctor Spota —a cuya tesis ya nos referimos— se explica el hecho de que no haya realizado la reforma en el capítulo destinado al “condominio de muros, cercos y fosos”, introduciendo como agregado al art. 2725 un párrafo declarando que en ese caso la pared de cerco así construida pertenecería en condominio a ambos linderos, tal como era la solución del *Proyecto* de 1936 y el *Anteproyecto* de 1954, sino que se haya preferido introducir la cuestión como tema relativo a la prescripción, sin entrar a discurrir sobre la propiedad del muro, por lo que siguen en pie las doctrinas que hasta aquí llevamos expuestas.

Creemos que la solución del nuevo art. 4022 Cód. Civ. lo es al problema que constituyó el *thema decidendi* del plenario civil, a pesar de que, en lugar de transcribir directamente la solución del mismo, se hace referencia a dos artículos del capítulo de “condominio de muros, cercos y fosos”, que confunden un poco la cuestión.

En efecto, el art. 2736 Cód. Civ., como vimos, se refiere al caso de las paredes contiguas, por lo que podría creerse que la actual norma del art. 4022 se aplica a tales muros.

Sin embargo, pensamos que el art. 4022, tal como está concebido, debe entenderse así: *la prescripción operada con relación a la obligación establecida en el art. 2726* (es decir, con relación a la obligación de contribuir en los lugares de cerramiento forzoso a la construcción de muros de cerramiento, con las características determinadas en el mismo artículo). Como vimos, el art. 2726 se aplica tanto en el caso de que el muro no esté construido como en el supuesto de que ya esté levantado encaballado. El art. 2726 *no rige* la situación de los muros contiguos, que tiene su legislación específica en el art. 2728.

Puede ser invocada para eximirse de abonar la medianería en el supuesto de art. 2736 (o sea cuando se utilice efectiva-

mente la pared, no ya como simple cerca, sino como pared de apoyo, cargándose sobre ella).

El art. 2736, si bien se refiere a una facultad y no a una obligación, contempla el caso de pared utilizada efectivamente, según se deduce de su frase "alcance a tener la finca de su propiedad", de donde puede concluirse que el actual art. 4022 Cód. Civ. se refiere a la situación de utilización de la pared que comenzó siendo simplemente de encerramiento como pared de carga o apoyo".⁸²

Hasta la altura del muro de cerramiento forzoso (este último párrafo se debe a que la prescripción sólo se habría operado con relación a la pared de cerco —hasta los 3 metros de altura— y no por encima, porque por encima de dicha altura, el derecho a cobrar recién nacería en el momento del apoyo, aquí sí por aplicación analógica del art. 2728 (Cód. Civ., ya que respecto de ella no cabría formular el argumento de que antes del apoyo ha servido como cerca).

A primera vista, podría pensarse que, al mencionar al art. 2736, el nuevo art. 4022 estaría mentando a las paredes contiguas, haciendo aplicación respecto de ellas, también de la distinción entre pared de encerramiento y pared de carga o apoyo, que ya vimos.

Es decir, que parecería haberse incorporado a la ley el principio según el cual en caso de paredes contiguas, el derecho al cobro como pared de cerco nace desde la construcción, y en el caso de apoyo posterior a la prescripción de la acción de reembolso, tal prescripción podría alegarse para liberarse de abonar la medianería, siempre hasta los 3 metros, es decir, hasta la altura de las paredes de cerramiento.

Ahora bien, el art. 2728 Cód. Civ. no ha sido derogado, es decir, que continúa vigente y debe armonizarse con todas las demás normas del Código, aun las reformadas posteriormente, ya que todas ellas integran un solo cuerpo, como es el Código Civil.⁸³

La interpretación respecto de las paredes de cerco edificadas como contiguas según la cual éstas "servían" a los efectos de hacer viable la acción de reembolso prescripta por el art. 2728,

⁸² Véase voto del doctor Méndez Chavarría en el plenario civil al que nos referimos —"Gaggero de Simonetti c/Bogopolsky"—; Spota, sobre la aplicación del art. 2736 al caso de paredes encaballadas: *Tratado*, n° 46, pág. 73; también nota al plenario civil en *JA*, 1955, III-208; conf. C. Civ. 2° Cap. *JA*, 58-167.

⁸³ Conf. Liambias, *La reforma del Código Civil*, pág. 429. *Contra*: Entendiendo que una ley posterior que modifica un artículo del Código —en el caso de la Reforma de 1968— deroga tácitamente los artículos que se le opongan: Borda, estudio en *ED* del 14.8.69, pág. 3.

desde la construcción, ha sido totalmente abandonada por la jurisprudencia y la doctrina, y francamente, no creemos que la cuestión haya querido ser resucitada por la Reforma.

Sostenemos que no habría distinción alguna que hacer respecto de la pared contigua, en las condiciones del art. 2728, entre "la pared de cerco" y "pared de apoyo", pues naciendo el derecho a reembolso recién desde la utilización específica, no cabría con respecto a estas paredes el problema que se presentó en torno a las encaballadas, y que solucionó, precisamente, el plenario "Gaggero de Simonetti".⁸⁴

Pero lo que nos refirma más en nuestra posición, es el hecho de que el art. 2726 se refiere a las paredes (a construirse o construidas) *encaballadas* y no contiguas, por lo que la referencia al art. 2736 que contiene el nuevo 4022, sólo tiene, a nuestro juicio, por objeto, denotar la utilización del muro como pared de carga.

Y hasta nos lleva a esta conclusión la circunstancia de que las palabras del actual art. 4022 no son sino prácticamente reproducción de las utilizadas por la doctrina triunfante en el plenario "Gaggero de Simonetti", aunque reemplazando ciertos períodos de la misma directamente por el número de las disposiciones en ella aludidas.

IV. Pago del precio de la pared. Especial análisis de la última parte del art. 2736 (agregado de la Reforma)

Dice el art. 2736, Código Civil, que el adquirente de la medianería debe abonar la mitad del valor de la pared "como esté construida".⁸⁵

"Como
esté cons-
truida"
la pared

En consecuencia, no puede rehusar el pago de los revoques exteriores, capas de aislamiento, etc.⁸⁶, aún si han sido empleados materiales costosos o de cierta calidad⁸⁷. Y así, se ha decidido que "la falta de utilidad para el adquirente de los revoques exteriores no puede perjudicar el derecho de quien levanta el

⁸⁴ No se ha resuelto, pensamos, por la Reforma, el problema relativo al juego de la prescripción liberatoria y/o adquisitiva con relación a estas paredes; tampoco —por lo menos *in terminis*— en relación a las encaballadas, aunque de la disposición del nuevo art. 4022 puede deducirse el régimen del dominio, a pesar de que la amplitud de la norma permitiría sostener tanto la tesis que llamamos "del doctor Tobal", como la de Spota, con igual fuerza de convicción.

⁸⁵ Sobre el modo de calcular el valor de la pared atendiendo a su antigüedad (envejecimiento), CNCiv., sala F, 15.11.2000, *ED*, fallo 50.740, supl. diario del 2.5.2001.

⁸⁶ Conf. C.N.Civ., sala G, 19.9.80, *ED*-119-650.

⁸⁷ Conf. Llambías, J. J., Alterini, J. H., *ob. cit.*, pág. 636.

muro que, luego, se convierte en medianero, y debe ser adquirido "como esté construido".⁸⁸

No obstante, debe ser hecha la salvedad de las pinturas y ornatos extraordinarios de la pared del lado del adquirente, pues no se trata de elementos integrativos de la estructura constructiva de la pared sino de simples elementos de tipo decorativo, cuyo valor no debe abonar el adquirente⁸⁹, ya que la directiva de la ley — "como esté construida" la pared— no puede constituir una regla absoluta y sin excepciones que conduzca a imponer al adquirente una exorbitante obligación que exceda las finalidades de la ley.⁹⁰

Cimientos

También debe abonar el adquirente los cimientos correspondientes a la porción de pared que adquiera y que sean necesarios para sostenerla⁹¹, no así los de mayor entidad que haya demandado la construcción de sótanos y otras obras especiales por quien la levantó.⁹²

Terreno

Habida cuenta de que la pared, los cimientos y el terreno constituyen, en esta materia, un conjunto único, además de la pared y cimientos proporcionales a la parte que se adquiera, quien pretenda hacerse condómino del muro deberá en algunas oportunidades pagar también la mitad de la porción de terreno correspondiente a la parte que adquiera. Según ya hemos dicho, deberá hacerlo en el supuesto de tratarse de pared contigua (arg. art. 2736, Código Civil) o en las hipótesis en que se haya hecho abandono de la medianería (art. 2727, Código Civil) y se la quisiera o debiera luego readquirir (arg. art. 2739, Código Civil)⁹³; pero no se debe pagar el terreno si se trata de muro encaballado, por motivos obvios (la pared se asienta en parte sobre terreno propio del obligado al pago de la medianería).

Otros gastos

Se ha resuelto que el plano de la medianería es un gasto necesario ya que resulta imprescindible para la reclamación judicial.⁹⁴

⁸⁸ Conf. C.N.Civ., sala G, ED-119-650.

⁸⁹ Conf. Llambías, J. J., Alterini, J. H., *Código Civil Anotado*, ed. cit., t. IV-A, pág. 635.

⁹⁰ Conf. C.N.Civ., sala C, 2.8.79, ED-86-197.

⁹¹ Conf. C.N.Civ., sala D, ED-77-389.

⁹² Conf. C.N.Civ., sala C, ED-86-197; Llambías, J. J., Alterini, J. H., *ob. cit.*, págs. 635/636.

⁹³ Conf. Llambías, J. J., Alterini, J. H., *ob. cit.*, pág. 636.

⁹⁴ Conf. C.N.Civ., sala A, ED-87-717.

Situación interesante se presenta cuando, al construirse la pared, se ha producido una ocupación de terreno vecino. En ese sentido ha sido resuelto que "quien construyó totalmente sobre el terreno del vecino una pared de cerco no puede reclamar de su colindante la contribución al cerramiento forzoso, ya que este muro accede al suelo que pertenece a este último; ello sin perjuicio de los derechos que puedan corresponder a aquél como edificador en terreno ajeno."⁹⁵

Invasión
de terreno
ajeno

Con anterioridad a la Reforma, uniformemente los tribunales resolvían que "tratándose del reclamo por el valor de la medianería es improcedente computar el incremento derivado de la depreciación monetaria, dado que el propietario estuvo en situación de accionar desde el momento en que el lindero apoyó su construcción en la pared y toda dilación de la diligencia respectiva, que traduce una negligencia en el ejercicio de sus derechos, solo a él incumbe".⁹⁶

Desvalorización
monetaria

Totalmente inexplicable este criterio, cuando por otro lado se ha sostenido que la consideración del factor mencionado no hace sino corregir cantidades nominales, pero no aumentar ni disminuir la deuda.⁹⁷

Y además, criticable: en primer lugar, porque el acreedor tiene, mientras la deuda no prescribe, el derecho de reclamarla en cualquier momento, no importando negligencia alguna de su parte el que lo haga antes o después; en segundo lugar porque la consideración de la incidencia de la desvalorización monetaria nada quita ni pone, como lo determinan los propios fallos y, en tercer lugar, porque al no computarla, se estaría beneficiando al deudor moroso.

La Reforma, con el agregado formulado al art. 2736, algo mejoró la situación: debe considerarse el valor al tiempo de la demanda o de la constitución en mora.

"Si la constitución en mora extrajudicial ha sido anterior a la demanda, debe prevalecer aquélla sobre ésta, cuando media un lapso

⁹⁵ Conf. C.N.Civ., sala J, 28.2.89 en Doctrina Judicial, f. 4143, supl. diario del 8.11.89.

⁹⁶ C.N.Civ., sala E, en jurisprudencia compartida prácticamente por todas las salas del cit. Tribunal; véase especialmente, LL, 127-230; C.N.Fed., sala Civ. y Com., LL, 140-773; C.N.Civ., sala C, LL, 140-752 (24.598-S); *id.*, *id.*, LL, 145-27; *id.*, sala A, LL, 145-6. Véase al respecto mi trabajo "Deudas de valor, deudas de dinero y desvalorización monetaria, con especial referencia a la medianería", en LL, t. 148.

⁹⁷ C.N.Fed., sala Civ. y Com., LL, 14-773; C.N.Civ., sala C, LL, 140-752; *id.*, LL, 145-27; *id.*, sala A, LL, 145-6.

prolongado entre ambas, porque habría manifiesta negligencia culpable del actor, cuyos efectos no debe soportar el deudor".⁹⁸

El agregado del art. 2736 Cód. Civ., según lo ha decidido jurisprudencia uniforme, es de aplicación a las causas pendientes y, por supuesto y *a fortiori*, a pleitos iniciados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Reforma, aunque se refieran a redes construidas o utilizadas antes de su sanción.⁹⁹

Este criterio, por aplicación del art. 3 del Cód. Civ., también reformado, que preconiza el efecto inmediato de las leyes, conforme al criterio de Roubier¹⁰⁰, o por considerar que se trata de una norma aclaratoria o interpretativa¹⁰¹. Salvo que el demandante hubiera estimado el valor en una suma inferior, o hubiera pedido la fijación del valor a la fecha de utilización, pues de lo contrario, se violaría el principio procesal de congruencia.¹⁰²

Ahora bien, esta determinación del valor hecha a la época de la constitución en mora o demanda, ¿excluye el cómputo de la desvalorización monetaria?

Así resultaba de alguno, por no decir de todos los fallos, que sostenían que:

"...no corresponde incrementar el valor del crédito originado por el valor de la medianería en función de la depreciación monetaria, habida cuenta de la cristalización monetaria que resultaría del último párrafo del nuevo art. 2736 Cód. Civ."¹⁰³

Aunque tímidamente, se fue abriendo paso la concepción de que esta cristalización monetaria no existe, o que, aun existiendo, no cabe ya distinguir entre deudas de valor y deudas de dinero —y la de medianería es una deuda de valor— y se declara procedente el reajuste por desvalorización monetaria, desde los momentos indicados en el art. 2736 *in fine*, hasta la sentencia definitiva".¹⁰⁴

⁹⁸ C.N.Civ. sala D, causa 166.355 del 22.11.71; *id.*, *id.*, LL del 25.3.69; *id.*, sala F, fallo del 8.7.71, causa 163.708.

⁹⁹ C.N.Civ., sala A, fallo del 11.2.69, expte. 140.377; *id.* sala B, LL, 139-104; *id.*, sala C, LL, 135-1047; *id.*, sala D, LL, 133-1024; *id.*, sala F, fallo del 10.9.70, causa 157.479.

¹⁰⁰ C.N.Civ., sala B, LL, 136-1101.

¹⁰¹ C.N.Civ., sala E, LL, 137-130.

¹⁰² C.N.Civ., sala C, LL, 139-66; *id.*, sala D, fallo del 24.11.65, causa 109.199.

¹⁰³ C.N.Civ., sala A, fallo del 28.8.79, causa 153.303; *id.*, sala B, LL, 136-1101; C.N.Civ., sala C, fallo del 19.6.70, causa 152.528; *id.*, sala E, fallo del 8.7.71, causa 162.528; *id.*, sala F, LL, 140-777.

¹⁰⁴ C.N.Civ., sala F, LL, 138-151.

La sala D, de la Cám. Nac. de Apelac. en lo Civil¹⁰⁵, estima que la corrección debe realizarse desde la interposición de la demanda hasta la sentencia, pues el ejercicio de la acción evidencia interés en el reclamante, cuya inactividad anterior no puede perjudicar al deudor.

Como vemos, acepta el reajuste, pero vierte conceptos acerca de la "negligencia" del demandante que, a nuestro juicio, nada tienen que hacer aquí.

La sala F del mismo tribunal ha decidido que:

"...el valor computable es el de la demanda, sin perjuicio, claro está, de tener en cuenta la inflación a los efectos de la fijación definitiva del valor".¹⁰⁶

Esta es la doctrina sostenida por Borda:¹⁰⁷

Teniendo en cuenta el momento económico actual y el incontestable y a veces olvidado hecho de que nada aumenta en detrimento del deudor el tener en cuenta la incidencia del factor desvalorización monetaria, y el que no computarla sí constituiría, en cambio, un injusto beneficio en favor del deudor moroso, no podemos menos que aplaudir esta última postura.¹⁰⁸

Cabe señalar que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, con fecha 22 de setiembre de 1978, en la sentencia plenaria dictada en la causa "López Cabana, M. c/Propietarios Necococha 1232/4", sentó como doctrina la siguiente:

"Para la fijación del monto de la condena en la acción por cobro de medianería, corresponde tomar la depreciación monetaria habida con posterioridad al tiempo que contempla el art. 2736 "in fine" del Código Civil".¹⁰⁹

El Tribunal puso así fin a la discordancia de soluciones que, frente al problema, adoptaban las distintas salas integrantes de él, unificando la jurisprudencia en el ámbito de la Capital Federal.

Cuanto acabamos de decir en torno a la depreciación monetaria no resulta jugar en la actualidad. Ello por imperio de la prohibición de indexar consagrada por la ley 23.928 ("Ley de Convertibilidad") —arts. 7, 8 y 10—, prohibición expresamente

¹⁰⁵ Fallo del 22.12.70, en causa 156.588.

¹⁰⁶ LL, 147-730.

¹⁰⁷ *La Reforma de 1968 al Código Civil*, pág. 386, ed. Perrot.

¹⁰⁸ Conf. Mariani de Vidal, M., *Deudas de valor y deudas de dinero. Medianería*, LL-148-184.

¹⁰⁹ ED-80-253.

mantenida por la ley 25.561 ("Ley de emergencia pública y reforma del régimen cambiario") —art. 4, modificación a los arts. 7 y 10 de la ley 23.928—.

V. Prueba. Presunciones

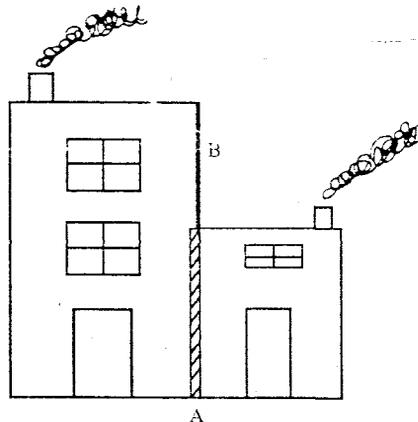
Hemos visto que, según el art. 2717 "un muro es medianero y común de los vecinos de las heredades contiguas, que lo han hecho construir a su costa en el límite separativo de las dos heredades".

A) Análisis de los arts. 2718 y 2719

A fin de facilitar la prueba de las circunstancias preindicadas, la ley establece presunciones —*iuris tantum*— las cuales están contenidas en los arts. 2718 y 2719 Cód. Civ., es decir, que se trata de presunciones legales, que no excluyen el juego de otras comunes, que los jueces pueden deducir de las circunstancias de cada caso y que deben ser alegadas y probadas por quienes afirmen la existencia de la medianería.¹¹⁰

Art. 2718

La presunción establecida por el 2718 se refiere a las *paredes que separan dos edificios* y podría volcarse en el siguiente gráfico:



¹¹⁰ Conf. Spota, *ob. cit.*, pág. 256.

La razón de ser de la presunción respecto del tramo "A" es la que si la pared separa dos edificios, vale decir, que ambos edificios se apoyan en esa pared, la utilizan, es lógico pensar que la misma está en condominio; o porque ha sido construída desde el origen a comunidad de gastos, o porque si uno solo la construyó a su costa, es probable que cuando el otro la haya querido utilizar para edificar apoyándose en ella, el primero le haya reclamado la adquisición de la medianería.

Razón
de ser de
la presun-
ción

Sin embargo, se ha resuelto que:

"La presunción de medianería establecida en el art. 2718 no funciona si se demuestra que el edificio levantado por quien reclama el pago del muro se construyó con anterioridad al del demandado, correspondiente a éste la prueba de su adquisición".¹¹¹

Respecto del tramo "B" también es natural suponer que quien ha construído a su costa la pared —ese tramo— haya sido sólo el que la necesitaba para su edificio, el más alto.

Se ha decidido que:

Jurispru-
dencia

"La presunción de medianería establecida para las paredes que dividen edificios, así como aquella por la cual se reputa de propiedad exclusiva la pared que exceda la altura del edificio menos elevado, se aplica también al supuesto de muro prolongado en profundidad".¹¹²

y que:

"Aunque el vocablo 'edificio' sugiere la idea de obras de albañilería, es lo suficientemente amplio como para comprender toda clase de construcciones, tales como un galpón de zinc apoyado en parantes de madera".¹¹³

Y aún podría aplicarse la presunción en el caso de que sólo restaren vestigios de algún edificio y hasta la altura de los mismos.¹¹⁴

Puede suceder que el edificio de menor altura presente sinuosidades, es decir, que en parte sea más elevado que en

Sinuosi-
dades

¹¹¹ C.N.Civ., sala C, LL, 75-293; C.N.Paz, sala III, G.P., 91-406. *Contra*: Art. 4385 inc. 3º del *Esboço* de Freitas, que dispone que la presunción juega, "aunque uno de los vecinos alegue y pruebe que su edificio es más antiguo que el otro".

¹¹² C.Civ. 1ª, JA, 59-795.

¹¹³ C.Civ. 1ª, JA, 53-634.

¹¹⁴ Conf. art. 4385 inc. 4º del *Esboço* de Freitas; Lafaille, *ob. cit.*, t. II, nº 1194; Spota, *ob. cit.*, nº 280; C.Civ. 1ª Cap., JA, 44-610.

otros; en ese caso, la presunción debe seguir esas sinuosidades, puesto que el dueño del edificio más bajo razonablemente sólo debió adquirir la medianería de la parte que necesitaba, es decir, de aquella en la que se apoyó.¹¹⁵

Art. 2719
vs. su nota

Según el 2719:

“La medianería de las paredes o muros no se presume sino cuando dividen edificios, y no patios, jardines, quintas, etc., aunque éstos se encuentren cerrados por todos sus lados.”

La nota funda la solución de la norma en el hecho de que:

“...no es probable que el propietario de un patio o de un jardín, simplemente obligado a concurrir a la construcción de un muro cualquiera de cerramiento, haya contribuido a los gastos de levantar una pared que desde su origen estaba destinada a sostener un edificio.”

Vale decir que, mientras el artículo se refiere a un muro que separa dos patios o dos jardines, o dos quintas contiguas, vale decir, cuando la pared no pertenece a ningún edificio, la nota contempla la hipótesis de una pared que sirva de separación a un edificio por un lado y a un patio, jardín, etc., por el otro.

La discordancia se debe a que la nota está tomada de Aubry y Rau¹¹⁶ quienes se refieren al segundo caso solamente y, de acuerdo con el art. 653 del Cód. francés, sostienen que la medianería se presume cuando hay patios, jardines, etc., *por ambos lados*, es decir, justamente la solución contraria a la de nuestra disposición.

Pensamos que la presunción del 2718 como surge claramente del 2719 Cód. Civ., juega en el único caso de que el muro separe dos edificios, pero no cuando hay un edificio de un lado y un patio, jardín, etc., del otro o cuando el muro separa dos patios, jardines, etcétera.

Esta es la solución de la, en nuestro criterio, verdadera fuente del artículo, que lo es el 4388 del *Esboço* de Freitas.¹¹⁷

Ubicación
del muro

¿La presunción del 2718 se aplica cualquiera sea la ubicación del muro que separa dos edificios?, es decir, ¿juega sólo

¹¹⁵ Conf. Spota, *ob. cit.*, n° 278; Lafaille, *ob. cit.*, t. II, n° 1194.

¹¹⁶ *Ob. cit.*, § 222.

¹¹⁷ Sin embargo, se ha resuelto que el art. 2719 Cód. Civ. debe entenderse como que la medianería no se presume sólo cuando el muro separa edificios por un lado y por el otro patios o jardines, pero no cuando divide dos patios o jardines (C. Civ. 1°, JA, 25-40; C. Civ. 2°, JA, 23-880). Y aun que “debe presumirse la medianería de la pared que divide patios si el resto de la misma separa edificios” (C. Civ. 1°, JA, 18-535).

cuando está encaballado en la línea divisoria de las heredades o también cuando ha sido construido como contiguo?

La norma no hace distinción alguna, de donde puede concluirse que ella juega en ambas hipótesis, apartándose, para ese supuesto específico de otras presunciones que pudo establecer con carácter genérico en otras normas.¹¹⁸

Sin embargo, algunos opinan que por ser el 2718 una especie de continuación del 2717, que exige que el muro, para ser medianero, debe estar construido en el "límite separativo de las dos heredades", la presunción sólo se refiere a los muros encaballados, reglando el supuesto del muro contiguo la disposición del 2519, que establece que "todas las construcciones... y obras existentes en la superficie o en el interior de un terreno, se presumen hechas por el propietario del terreno y que a él le pertenecen, si no se probare lo contrario...".¹¹⁹

B) Prueba contraria

Las presunciones que establece el 2718 son *iuris tantum* y pueden destruirse por la prueba en contra que, según la misma disposición, debe ser rendida solamente a través de instrumentos públicos o privados o por signos materiales "que demuestren la medianería de toda la pared o de que aquélla no existe ni en la parte más baja del edificio".¹²⁰

1. Instrumentos públicos o privados

Deben documentar actos que, como lo indica el 2720, sean "comunes a las dos partes o a sus autores".

Ej.: Un instrumento en el que ambos linderos reconozcan que el muro ha sido construido exclusivamente por uno de ellos¹²¹, un instrumento de venta de la medianería de uno de los vecinos al otro.¹²²

Pero no sería un medio adecuado ni tendrían valor alguno, justamente por no revestir el carácter de comunes a ambos linderos, las declaraciones que a veces se formula en las escritu-

¹¹⁸ V.g. la del art. 2519. Mas si tenemos en cuenta la fuente del 2717, que como ya indicamos, es Pothier, *ob. cit.*, pág. 313, n° 199.

¹¹⁹ Conf. Salvat, *ob. cit.*, n° 1358 y 1361, a); Lafaille, *ob. cit.*, t. II, n° 1195; *Anteproyecto* Bibiloni, art. 2528, véase su nota.

¹²⁰ No sería, pues, admisible para destruir la presunción, la prueba testimonial.

¹²¹ C. Civ. 1° Cap., JA, 35-601.

¹²² Conf. Salvat, *ob. cit.*, t. III n° 1365.

ras de compraventa de que las paredes divisorias son de exclusiva propiedad del vendedor. En cambio esas manifestaciones son admisibles cuando han emanado del autor común de los títulos de las heredades linderas.

Jurispru-
dencia

Y así se ha dicho que:

“Si el antecesor común en el dominio, al enajenar una de las fincas estableció que la pared divisoria de ambas era medianera en toda su extensión y altura, el muro tiene esa condición jurídica, aunque uno de los inmuebles estuviese edificado y el otro baldío”.¹²³

y que:

“La manifestación del antecesor común en el dominio de los inmuebles vecinos, adquiridos uno por los actores y otro por la demandada, hecha en la escritura de compraventa otorgada a favor de los primeros, de que las paredes divisorias de ambas fincas son medianeras hasta la menor altura de las construcciones linderas que existieran y que el resto en toda su altura pertenece exclusivamente a los vendedores por haberlas hecho construir a su costo, y cuyos derechos a las mismas transfieren a los adquirentes, tiene efecto de prueba, conforme con el art. 2726 Cód. Civ. y da acción a éstos para reclamar la medianera en la medida de su aprovechamiento”.¹²⁴

2. Signos materiales

Nuestra ley, a diferencia del Código francés que sí los especifica¹²⁵, no determina cuáles podrían ser estos signos, de donde es este un punto que queda librado al arbitrio del juez.

Salvat¹²⁶ da los siguientes ejemplos: si en la parte más alta de un muro encontramos canaletas que correspondan a cañerías incrustadas en él; o boquetes en los cuales se hayan apoyado tirantes de un edificio anterior más alto.

¹²³ C.N.Civ., sala D, LL, 79-55.

¹²⁴ C.N.Civ., sala B; LL, 73-645.

¹²⁵ El art. 654 establece cuáles son los signos de la no existencia de la medianería: 1) cuando el muro está construido en forma tal que su goteo debe caer del lado de uno de los linderos, porque es lógico pensar que si la pared se hubiese construido por ambos vecinos, el goteo se hubiese dispuesto de forma de caer de los dos lados; 2) cuando sobre la pared existen salientes destinadas a servir de apoyo a las vigas, siempre que tales salientes estén colocadas de un solo lado y desde su construcción, porque si el muro se hubiera construido por ambos vecinos, hubiera sido lógico que las salientes se encontrarían de ambos lados. En estos casos la pared o muro se presume ser de propiedad exclusiva del vecino sobre cuyo lado cae el goteo o existen las salientes.

¹²⁶ *Ob. cit.*, t. III, n° 1366.

El art. 2721 resuelve que “en el conflicto de un título que establezca la medianería y los signos de no haberla, el título es superior a los signos”.

Conflicto
entre
títulos
y signos

VI. Derechos y cargas de la medianería

A) Análisis del art. 2740: igualdad. Facultades de los condóminos

La norma citada establece que “la adquisición de la medianería tiene el efecto de poner a los vecinos en un pie de *perfecta igualdad...*”.

Este concepto de equiparación entre los condóminos del muro, aparece nuevamente en forma específica en los arts. 2730 y 2737.

Cada uno de los copropietarios de la pared puede servirse de ella para todos los usos “a que ella está destinada, según su naturaleza, con tal que no cause deterioros en la pared, o comprometan su solidez, y no se estorbe el ejercicio de iguales derechos para el vecino”.

Facultades

Por ello es que, ejemplificando, dice el art. 2731:

“Cada uno de los condóminos puede arrimar toda clase de construcciones a la pared medianera, poner tirantes en todo su espesor, sin perjuicio del derecho que el otro vecino tiene de hacerlos retirar hasta la mitad de la pared en el caso que él también quiera poner tirantes, o hacer el caño de una chimenea; puede también cada uno de los condóminos abrir armarios o nichos aun pasando el medio de la pared, con tal que no cause perjuicio al vecino o a la pared”.¹²⁷

Sin embargo:

“...el uno de los vecinos no puede hacer innovaciones en la pared medianera que impidan al otro un derecho igual y recíproco. No puede disminuir la altura ni el espesor de la pared, ni hacer abertura alguna sin consentimiento del otro vecino.” (Art. 2737.)

Esta norma concuerda con el art. 2654, que prohíbe a uno de los medianeros abrir ventanas o troneras en la pared, sin consentimiento del otro condómino.

¹²⁷ Podrían también, instalarse cañerías de agua, de gas, calefacción, cables de electricidad, etc.; colgar objetos de adorno, etcétera.

Luceras Si la pared es privativa y se han abierto en ella luceras, de conformidad a la facultad otorgada por el art. 2655, la adquisición posterior de la medianería por el vecino, le da el derecho de "pedir la supresión de obras, aberturas o luces establecidas en la pared medianera que fueren incompatibles con los derechos que confiere la medianería".

Esto es lo que dispone el art. 2740, 2ª parte; pero el art. 2656, que reglamenta igual situación exige que, para poder solicitar la supresión de las "ventanas de luces" el medianero debe edificar "apoyándose en la pared medianera".

Ante esta aparente contradicción, la jurisprudencia ha resuelto que el art. 2740 debe entenderse complementado por el 2656 y, en consecuencia, que es necesario no sólo que se adquiera la medianería para poder exigir la supresión de las luceras, sino también que se construya apoyándose en esa pared.¹²⁸

B) Concepto de "servirse" de la pared

Respecto de los muros de cerramiento forzoso --en principio hasta los tres metros de altura: art. 2729 Cód. Civ.-- se ha planteado el problema de determinar qué debe entenderse por "servirse" de la pared divisoria, a los fines de que nazca la obligación de adquirir la medianería.

Como ya estudiamos en el punto III, la jurisprudencia ha distinguido los muros encaballados de los contiguos.

Muro encaballado

Para los *encaballados*, se ha considerado que de estos muros se sirve el lindero desde su construcción por el vecino que lo levanta a su exclusivo cargo, porque le permite al que no pagó cumplir con el deber de encerramiento que la ley impone en "los pueblos y sus arrabales". Ello, hasta los 3 metros de altura, que es la de las paredes de cerco. Por encima, se aplica la solución dada respecto de las paredes contiguas.

Muro contiguo

Para los *contiguos*, por el contrario, si bien en un principio la jurisprudencia, como también explicamos, se inclinó en igual sentido, terminó por prevalecer la orientación que consideraba que "el vecino se sirve de estos muros cuando los utiliza específicamente como paredes de apoyo, por ejemplo, instalando cañerías, tirantes, etcétera."¹²⁹

¹²⁸ Véase el Cap. 1, págs. 28/29; conf. C.Civ. 2ª Cap., 29-236; C. 2ª Apel. La Plata, sala I, LL, 42-724.

¹²⁹ Así, se han considerado actos de utilización de la pared, que originan

El derecho del condómino llega al punto de permitir a cada uno de ellos "alzar a su costa la pared medianera sin indemnizar al vecino por el mayor peso que cargue sobre ella" (art. 2732).

C) Caso especial de reconstrucción del muro

Según el art. 2733:

Arts. 2733
y 2626

"Cuando la pared medianera no pueda soportar la altura que se le quiera dar, el que quiera alzarla debe reconstruirla toda ella a su costa, y tomar de su terreno el excedente del espesor. El vecino no puede reclamar ninguna indemnización por los embarazos que le cause la ejecución de los trabajos."

Disponiendo el 2734:

"En el caso del artículo anterior, el nuevo muro, aunque construido por uno solo de los propietarios, es medianero hasta la altura del antiguo, y en todo su espesor, salvo el derecho del que ha puesto el excedente del terreno para volver a tomarlo, si la pared llegase a ser demolida."

y el 2735:

"El vecino que no ha contribuido a los gastos para aumentar la altura de la pared, puede siempre adquirir la medianería de la parte alzada, reembolsando la mitad de los gastos, y el valor de la mitad del terreno en el caso en que se hubiese aumentado su espesor."

Esta situación también aparece contemplada por el art. 2626 Cód. Civ., ubicado en el título que reglamenta las "restricciones y límites al dominio", y que establece:

"El propietario del terreno contiguo a una pared divisoria puede destruirla cuando le sea indispensable o para hacerla más firme o para hacerla de carga, sin indemnización alguna al propietario o condómino de la pared, debiendo levantar inmediatamente la nueva pared."

el deber de adquirir la medianería: instalación de caños para aguas corrientes (C.Civ. 1º Cap., LL, 25-689; C.Civ. 2º Cap., LL, 4-49; *id.*, LL, 4-1047); de contadores de luz eléctrica (C.Civ. 2º Cap., LL, 4-1047); adosamiento de un caño de gas a la pared (C.N.Paz, sala III, LL, 95-129); arrimo de construcciones y apoyo de tirantes (C.Civ. 2º Cap., LL, 4-49); el haber asegurado con clavos una estantería de madera y ganchos para colgar útiles de uso corriente (C.Paz Letrada, sala III, JA, 72-674); el apoyo de un galpón o tinglado en las columnas, salientes o contrafuertes que forman parte de la pared (C.Civ. 1º Cap., LL, 22-393); el empotramiento de una escuadra de hierro y grampas (C. 1º C.C. La Plata, JA, 1951, II-270).

Muro
medianero

No existe problema cuando el muro está en condominio: uno de los condóminos, en el caso del 2733 puede destruirlo y construir otro muro el cual, según el 2734 será medianero en todo su espesor¹³⁰ hasta la altura del anterior —porque reemplaza al muro derribado y sigue su misma condición jurídica— y privativo por encima de dicha altura, sin perjuicio de la facultad que otorga el 2735.

Muro
privativo

Pero si el muro no está aún en condominio, vale decir, si es privativo, el vecino que no contribuyó a su pago, que no tiene ningún derecho de medianería sobre el muro: ¿puede destruir la pared y reconstruirla nuevamente en forma adecuada a sus fines o *debe previamente adquirir la medianería, es decir hacerse condómino en la pared?*

Y en caso de que se sostuviere que no debe previamente adquirir la medianería, ¿que carácter jurídico revestiría la nueva pared? ¿Será privativa del que construyó la originaria hasta la altura del anterior y privativa del que la reconstruyó en lo que exceda de dicha altura?

Jurispru-
dencia

En el fallo dictado por la Cám. Civ. en pleno, con fecha 6 de mayo de 1935, en los autos "Raffo Bartolomé c/ Moles Anice-to y otros"¹³¹ se resolvió:

"El art. 2626 Cód. Civ. se refiere no sólo a los muros medianeros, sino también al caso de que sean simplemente divisorios.¹³²

"El art. 2626 Cód. Civ., que es original y propio del Codificador, importa una excepción a las disposiciones legales que gobiernan el condominio de muros y cercos, de manera que su colocación en el título de las restricciones y límites del dominio exige su examen sin una obligatoria subordinación a los preceptos que rigen situaciones diversas.

"Aun cuando se trate de una pared de cerco o simplemente divisoria, el propietario del terreno lindero, que la ha demolido para construir una nueva a su costo, más firme o apta para ser cargada, no está obligado a pagar al propietario de la pared demolida la mitad del valor de ésta, desde que los términos del art 2626 del Cód. Civ. son absolutos a ese respecto. El pensamiento del legislador al acordar al lindero el derecho de destruir la pared medianera o simplemente divisoria para hacerla más firme o para hacerla de carga 'sin indemnización alguna', ha sido el de que nada tiene que pagar al condómino o propietario exclusivo de la pared antigua, desde que los derechos de éste quedan compensados con el carácter de la nueva pared.

¹³⁰ Salvo "el derecho del que ha puesto el excedente del terreno para volver a tomarlo si la pared llegase a ser demolida".

¹³¹ JA, 50-554 o LL, 7-558.

¹³² Vale decir, tanto a los que están en condominio como a los que son privativos.

"La palabra 'condómino' del art. 2626 del Cód. Civ. se refiere, evidentemente al caso de pared medianera; pero la palabra 'propietario' que emplea el mismo, no puede referirse también a ese caso, no sólo porque sería una redundancia inadmisibles en el texto severo de la ley, sino también porque esa interpretación conduciría a darle un significado técnicamente inexacto y en desacuerdo con el concepto amplio de pared divisoria que el texto legal citado emplea en su primera parte."

En consecuencia, como lo dijo el doctor Coronado, de la mayoría:

"...los términos 'sin indemnización alguna al propietario' tienen una acepción amplia e importan declarar que el dueño de la pared antigua carece de derecho para reclamar la mitad de su valor, ni tampoco a reclamar suma alguna como indemnización por las molestias y embarazos de la obra, salvo casos de negligencia... Si la pared es únicamente divisoria —vale decir, privativa— se produce una compensación por la mejora que significa la nueva obra... por ello... el dueño de una pared divisoria que es destruida por el lindero para levantar una nueva a su costa, adquiere *ipso facto* la calidad de condómino de la nueva."

Resumiendo y para contestar los interrogantes planteados anteriormente: el lindero puede destruir una pared contigua "para hacerla más firme o para hacerla de carga", sin que tenga que adquirir previamente la medianería ni indemnizar por las molestias y embarazos que cause la obra, situación ésta que rige exclusivamente el art. 2626, abstracción hecha de las normas que regulan el régimen de las paredes medianeras, porque en este supuesto se trata de una restricción al dominio que debe soportar el dueño de la pared privativa en cuanto a su carácter jurídico. La nueva pared será medianera, es decir, estará en condominio hasta la altura de la anterior y por encima, pertenecerá exclusivamente al que la reconstruyó. Porque el que construyó originariamente la pared quedará compensado con el valor de la pared nueva, sin que pueda, como vimos, requerir que antes de la destrucción se le abone la mitad de la pared vieja.

D) Renuncia a la medianería: efectos. Adquisición posterior al abandono

De conformidad al art. 2722:

"Los condóminos de un muro o pared medianera, están obligados en la proporción de sus derechos, a los gastos de reparaciones o reconstrucciones de la pared o muro."

Quando la norma alude a que están obligados "en la proporción de sus derechos", se refiere al supuesto de que la medianería exista sólo sobre un tramo de la pared y por el resto sea privativa, ya que respecto del tramo que se encuentra en condominio, los gastos se reparten por mitades entre los linderos y, naturalmente, en relación con el tramo que pertenece exclusivamente a uno de los vecinos, los gastos correrán por su sola cuenta.¹³³

Las reparaciones o reconstrucciones a que alude la disposición transcrita son aquellas que se hacen necesarias porque debido a vicios de la construcción, caso fortuito, transcurso del tiempo o uso normal de la pared, ésta ya no tiene las condiciones necesarias de estabilidad, que requiere para el cumplimiento de sus fines, y aun cuando las obras deban realizarse de un solo lado, ya que el condominio se extiende a todo el espesor de la pared.

Pero es natural que si las obras se debieran únicamente a la conveniencia individual de uno de los vecinos, los gastos que ellas demanden deberán ser sufragados íntegramente por él, vale decir que ninguno de los condóminos tiene el deber de contribuir a los gastos de mejoramiento de la pared¹³⁴, así como tampoco a los que se hayan hecho necesarios por un hecho u omisión que le sean imputables al otro condómino, porque entonces rigen los principios comunes en punto a reparación de daños.

derecho
abandono

El art. 2723 consagra el derecho de abandono en los siguientes términos:

"Cada uno de los condóminos de una pared puede libertarse de contribuir a los gastos de conservación de la pared, renunciando a la medianería, con tal que la pared no haga parte de un edificio que le pertenezca o que la reparación o reconstrucción no haya llegado a ser necesaria por un hecho suyo."

El condómino que ha utilizado la pared no puede, para liberarse de los gastos de reparación de la misma, abandonar ofreciendo retirar las construcciones que hubiere adosado a ella, "desde que la facultad de abandono no puede quedar supe- ditada al juego caprichoso del vecino, que tanto apoya su cons-

¹³³ Conf. Salvat, *ob. cit.*, t. III, n° 1734. Así, se ha resuelto que: "Corresponde al propietario hacer la impermeabilización adecuada del muro medianero que presenta filtraciones de humedad provocadas por la caballeriza vecina, cuando ha utilizado el mismo para construir su casa de departamentos, pues el propietario anterior no estaba obligado a aislar la pared más abajo de lo que era necesario en previsión de posibles usos de los linderos" (C.Civ. 2° Cap., G.F., 182-264).

¹³⁴ Conf. Spota, *ob. cit.*, n° 338; Lafaille, *ob. cit.*, t. II, n° 1223.

trucción como la retira del muro divisorio, según la actitud que asuma el propietario del muro colindante".¹³⁵

La facultad de abandono compete a cada uno de los vecinos, aun en los lugares de cerramiento forzoso, siempre que no se den, por supuesto, las circunstancias impeditivas mencionadas en el art. 2723.

Debe observarse que el derecho de abandono se consagra a favor del condómino *para liberarse de contribuir a los gastos o reconstrucción del muro*, pero no juega cuando se trata del cobro de la medianería por quien ha utilizado el muro divisorio y pretende exonerarse de ese cobro haciendo abandono o retiro de las construcciones"¹³⁶, ya que el único supuesto en que se permite la renuncia de la medianería, además del mencionado en el art. 2723, es el del art. 2727, que presupone un muro, ya no utilizado, sino ni siquiera construido.

Según la jurisprudencia, no habiendo la ley de fondo establecido el momento en el cual debe ejercitarse esta facultad, rigen los principios comunes, habiéndose decidido que "sólo puede hacerse valer... junto con las demás defensas que hacen al derecho discutido, o sea al contestarse la demanda, y no para resistir la ejecución de la sentencia que condena al pago".¹³⁷

Cuándo
debe
ejercerse

Los efectos del abandono están establecidos en el art. 2724: "conferir al otro la propiedad exclusiva de la pared o muro".

Efectos

Respecto del problema de saber si el abandono de la medianería implica no sólo el de la copropiedad del muro sino también del terreno donde se asienta el mismo, y cuya copropiedad corresponde al renunciante, ya lo hemos examinado anteriormente, y pensamos que, a pesar de que no lo diga expresamente el 2724, el terreno queda involucrado en el abandono, ya que pared y terreno forman un todo inescindible.

La ley otorga la posibilidad de volver a adquirir la medianería, a pesar de haberse realizado el abandono, en el art. 2739.

VII. Condominio de cercos y fosos en la campaña.

Concepto

En la campaña la división entre los fundos no se hace a través de paredes de mampostería, sino que se recurre generalmen-

¹³⁵ C.Civ. 2º Cap., LL, 7-446.

¹³⁶ C.Civ. 2º Cap., LL, 7-446.

¹³⁷ C.Civ. 2º Cap., LL, 7-446; C.N.Paz, sala I, LL, 68-17; *id.*, sala III, G.P., 109-200; C.Civ. 1º Cap., LL, 9-478.

te a “cercos” o “cercas” de piedra o alambre, también a “cercos vivos”, o fosos o zanjas, métodos que resultan menos onerosos.

A) Cuándo el cerramiento es forzoso

Según el 2742:

“En las campañas los cerramientos medianeros deben hacerse a comunidad de gastos, si las dos heredades se encerraren. Cuando una de las heredades está sin cerco alguno, el dueño de ella no está obligado a contribuir para las paredes, fosos o cercos divisorios.”

La norma contempla solamente las dos situaciones extremas: que ambas heredades se encierren por completo —allí hay obligación de contribuir— o que una de ellas esté “sin cerco alguno” —no existe tal deber— pues se supone que el cerco no aprovecha al propietario del terreno completamente abierto.¹³⁸

Pero no se refiere a situaciones intermedias.

Códigos
rurales

Estas se encuentran previstas en los Códigos Rurales, los cuales imponen la obligación de contribuir no sólo cuando las dos heredades se cierran completamente sino cuando, *v.g.*, se cierran en sus tres cuartas paredes (Ley de Cercos y Caminos de la Provincia de Buenos Aires, art. 21), o en sus dos tercios (art. 86 del Cód. Rural de Jujuy; *id.*, art. 171 del Cód. Rural de San Luis), etcétera.

Jurispru-
dencia

La jurisprudencia ha decidido que:

“Corresponde la contribución por el cerramiento no solo cuando ambas heredades han quedado totalmente encerradas, sino también cuando ello ocurre en la proporción que establecen las leyes locales; de modo que sólo está exento de contribuir el lindero cuyo predio no tenga más cerco que el construido por el vecino”.¹³⁹

B) Presunción de medianería

El 2743 establece:

¹³⁸ Pero si el propietario no contribuyó por tal circunstancia —estar su fundo totalmente abierto— y luego encierra su heredad totalmente o en la proporción establecida por las leyes locales, ya nacería la obligación de adquirir la medianía del cerco, porque habría mediado utilización. Conf. Salvat, *ob. cit.*, t. III, n° 1416; conf. C.Civ. 2°, JA, 1943, III-395; S.T. San Luis, JA, 1942, IV-755.

¹³⁹ C.Civ. 2° Cap., JA, 1943, III-395; C.Paz en pleno, JA, 1948, II-439; C.Civ. 2° La Plata, JA, 1952, IV-193.

“Todo cerramiento que separa dos propiedades rurales se presume medianero, a no ser que uno de los terrenos no estuviese cerrado, o hubiese prueba en contrario.”

Vale decir que la presunción juega tanto en el caso de que ambos fundos estuvieran cerrados (totalmente o en la proporción establecida en los Códigos Rurales), como en el de que los fundos estuvieran totalmente abiertos, y sólo existiera el cerco cuya medianería se presume.

La presunción deja de funcionar sólo cuando uno solo de los fundos no estuviere encerrado (totalmente o en la extensión determinada por los Códigos Rurales), y el otro sí lo estuviere.

C) Derechos y obligaciones

El art. 2744 establece:

“Lo dispuesto en los artículos anteriores sobre paredes o muros medianeros, en cuanto a los derechos y obligaciones de los condóminos entre sí, tiene lugar en lo que fuera aplicable respecto de zanjas o cercos, o de otras separaciones de los terrenos en las mismas circunstancias.”

Los autores sostienen que la facultad de abandonar, aunque medie cerramiento forzoso, que establecen los arts. 2724 y 2727 Cód. Civ., no juega en estos supuestos, ya que la ley lo establece solo para los inmuebles de los pueblos y sus arrabales y, en consecuencia, en el presente caso sería menester una norma expresa que no es la del art. 2685 *in fine*, que rige en las hipótesis de condominio sin indivisión forzosa.¹⁴⁰

Abandono

D) Árboles medianeros

Al respecto dispone el 2745:

“Los árboles existentes en cercos o zanjas medianeras, se presume que son también medianeros y cada uno de los condóminos podrá exigir que sean arrancados si le causaren perjuicios. Y si cayesen por algún accidente no podrán ser replantados sin consentimiento del otro vecino; Lo mismo se observará respecto de los árboles comunes por estar su tronco en el extremo de dos terrenos de diversos dueños.”

¹⁴⁰ Véase Lafaille, *ob. cit.*, t. II, n° 1231; Spota, *ob. cit.*, n° 446.

Capítulo 6

Propiedad Horizontal

SUMARIO. I. Introducción: A) Noción. B) Breves antecedentes históricos. C) La propiedad horizontal y el Código Civil. D) La ley 13.512: 1. Fuentes; 2. Normas que deroga y normas que declara expresamente aplicables; 3. Naturaleza jurídica. Distintas tesis. Dominio que integra con un condominio de indivisión forzosa. Derecho real autónomo. II. Objeto del derecho: A) Partes exclusivas o privativas: análisis del art. 1° de la ley. B) Cosas y partes comunes. C) Derechos de los copropietarios sobre las partes privativas y comunes. D) Conversión de partes comunes a privativas y de privativas a comunes. III. Adquisición del derecho: A) Modos de adquisición. B) Partición en el condominio y en la comunidad hereditaria. C) Reglamento de Copropiedad y Administración: concepto y naturaleza jurídica: 1. Modalidades de su sanción; 2. Efectos de su inscripción; 3. Análisis de la jurisprudencia relativa al momento en que se opera la trasmisión del dominio; 4. Modificación según el reglamento. Interrogantes.

I. Introducción

A) Noción

Las necesidades originales por la concentración de la población en grandes centros urbanos, dieron a luz un nuevo sistema de propiedad, el que combina un derecho exclusivo sobre ciertos sectores y un derecho común sobre otros, que es su accesorio y que existe, precisamente, para posibilitar el completo ejercicio de aquél.

Por ahora nos basta este esbozo de la figura que estamos considerando. Más adelante haremos una caracterización más acabada de la misma.

Se ha difundido para denominar a este derecho la terminología que utiliza nuestra ley y que es la de "propiedad horizontal". Como lo hace notar Racciatti¹, tal vez ella haya sido ideada para oponerla a la clásica propiedad romana, "propiedad vertical", que se extiende "desde el cielo hasta el infierno" (conf. art. 2518 Cód. Civ.).

Terminología

¹ *Propiedad por pisos o por departamento*, pág. 4, ed. 1958.

Se han propuesto otras designaciones, como la de “propiedad por pisos o por departamentos”², que denotaría las distintas posibilidades que pueden presentarse, ya que el titular puede serlo de todo un piso en un edificio de varios pisos, o de un departamento, ya fuere en un piso de un edificio de varios o en un edificio de una sola planta; la de “propiedad por departamentos o de departamentos”³; la de “propiedad en planos horizontales”⁴; también “apartamentos y cosas comunes”, que es la utilizada por la ley venezolana de 1958; “dominio horizontal”⁵; “dominio de un sector independiente integrante de un edificio común”⁶; “propiedad horizontal de pisos y departamentos”⁷; “condominio en los edificios”.⁸

Utilizaremos aquí la más difundida, y la que ha tomado carta de ciudadanía en nuestro Derecho, por ser la empleada por nuestra ley: propiedad horizontal.

B) Breves antecedentes históricos

Algunos autores sostienen que en Caldea y en Egipto, aunque los casos fueran raros, ya se admitía la idea de una propiedad sin indivisión⁹; de allí se extiende a todo el Oriente.

Otros opinan que fue conocida en el Bajo Imperio Romano, también en el Derecho sirio-romano, en Palestina y entre los fenicios.¹⁰

Roma

Mucho se ha discutido acerca de si en el Derecho romano existió un régimen jurídico regulatorio de la propiedad horizon-

² Racciatí, *ob. cit.*, pág. 4.

³ Corchon, *Sistema jurídico argentino de la propiedad por departamentos*, ed. 1949.

⁴ Serpa López, *JA*, 1943, II, secc. doc., pág. 63.

⁵ Gatti, Edmundo, *Rev. Lecciones y Ensayos*, n° 24, pág. 27.

⁶ Molinario, Alberto, D., “La enseñanza de los derechos reales que integran el Código Civil”, en *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, 1959, t. 28, pág. 35.

⁷ *Anteproyecto de Código Civil de 1954, Título VIII de la Sección 1ª, del Libro V (arts. 1606 a 1621).*

⁸ Código Civil y Comercial italiano de 1942, arts. 1117 a 1139.

⁹ Novillo Corvalán, en Salvat, *Derechos reales*, t. II, pág. 422, cita a Cuq, quien sostiene que “los papiros grecoegipcios mencionan la presencia en el piso superior de un comedor y de un dormitorio... En Egipto, como en Caldea, el piso superior de una casa puede formar una propiedad distinta y ser objeto de una venta”.

¹⁰ Jörs-Kunkel, *Derecho privado romano*, ed. 1965, pág. 114, nota 1), dicen que “el código sirio romano y muchos documentos egipcios muestran que esta forma de propiedad estaba muy extendida en el Oriente del Imperio”.

tal. La polémica se ha desatado en torno a un pasaje de Papiniano y a dos de Ulpiano¹¹ que, según algunos, "patentizan la institución"¹², y que, para otros, no alcanzan a conmover la firmeza del principio romano de *superficie sólo cedit* y, que si bien existieron casas de inquilinatos compuestas de más de un piso, ocupadas por distintas familias, no puede reconocerse en el Derecho romano a esta institución, ni siquiera admitiendo el desenvolvimiento del derecho de superficie al que, naturalmente, no puede parangonarse con el de la propiedad horizontal.¹³

Si no se originó en la Edad Media (como algunos sostienen), por lo menos, la institución de la que nos estamos ocupando, adquirió en esta época gran auge y la conformación que tiene actualmente, debido a la concentración de la población en las ciudades y a los problemás económico-sociales que de ello se derivaron, especialmente en Italia y Francia, dado que el individualismo germánico fue reacio a este tipo de propiedad.

Se suelen mencionar como reguladoras del sistema, por ejemplo el *Estatuto* de la ciudad de Milán, la *Costumbre* de Orleans (año 1609), la *Costumbre* de Auxerres (año 1561), de París, de Montargis, de Bretaña, Nantes, Saint-Malo, Caen, Rennes y, sobre todo, la de Grenoble, donde alcanzó la figura enorme difusión.¹⁴

En cuanto a España, parece que existieron bosquejos en el siglo XVIII y ya en 1831 Escriche, en su conocidísimo *Diccionario*, se refiere a supuestos de división horizontal de la propiedad, que luego se plasmaron en el Código Civil español.

Edad
Media

¹¹ Sobre todo de este último jurisconsulto, que dice —*Digesto*, XLIII, 18, *Uti possidetis*, 7—: "Pero si sobre la casa que poseo hay un cenáculo en el cual otro viviere como dueño dice Labeón, el interdicto *Uti possidetis* puede ser utilizado por mí y no por el que viviere en el cenáculo; porque siempre la superficie cede al suelo. Mas si el cenáculo tuviere acceso por sitio público, dice Labeón, que no se reputa que posee la casa el que posee la cripta, sino aquél cuya casa estuviere sobre la cripta, esto es verdad respecto al que tuvo entrada por sitio público, por lo demás el superficiario utilizará el interdicto propio y las acciones del Pretor; pero si el dueño del suelo será preferente en el interdicto *uti possidetis* tanto contra otros como contra el superficiario; pero si el superficiario es amparado por el Pretor, conforme a la ley de arrendamiento."

¹² Battle Vázquez, *La propiedad de casas por pisos*, pág. 19, ed. 1954.

¹³ Véase en *Boletín del Instituto de Derecho Civil de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1946, pág. 412, donde se sostiene que aun del fragmento de Ulpiano, que sirve de mayor fundamento a la tesis afirmativa, lo único que se desprende es la existencia de propiedades divididas, pero no la de una regulación legal al respecto.

¹⁴ Para un más profundo análisis de los antecedentes históricos, véase Battle Vázquez, *ob. cit.*, pág. 17 y sigs.

Modernamente, podría decirse que la institución está difundida en todo el mundo, porque las necesidades que satisface también se han difundido con igual fuerza en todas partes.

di-
gno

En el Código francés, a pesar de los abrumadores antecedentes reseñados, un solo artículo se refirió a la figura, el 664, ubicado entre las servidumbres legales¹⁵. Esta norma fue modificada por la ley específica de la materia, dictada en el año 1938.

Prohibía la institución el Código Civil alemán de 1900 —art. 1014—, aunque luego fue consagrada por una ley del año 1951.

Aun Suiza, que se daba como prácticamente la única excepción, la ha incorporado a su régimen jurídico, en la ley federal del 12 de diciembre de 1963, que entró a regir el 1° de enero de 1965.¹⁶

Vale decir que en la actualidad, ya sea en los Códigos Civiles o en leyes especiales, todos los países han dado cabida en su ordenamiento jurídico a la regulación de la llamada propiedad horizontal.¹⁷

C) La propiedad horizontal y el Código Civil

.2617
ota

Cronológicamente nuestro Código Civil fue el primero que prohibió la propiedad horizontal. En efecto, en su art. 2617 se establece que “el propietario de edificios no puede dividirlos horizontalmente entre varios dueños, ni por contrato, ni por actos de última voluntad”, el cual concuerda con el principio de *superficie sólo cedit*, adoptado en el art. 2518, y es conforme al art. 2614, que prohíbe el derecho de superficie; y es también concorde con el pensamiento de Vélez, expuesto en las notas a los arts. 2502 y 2503, donde se pronuncia en contra de la multiplicitad de derechos reales sobre la cosa.

En la nota al 2617, se fundamenta esta determinación.

¹⁵ “Cuando los diferentes pisos de una casa pertenecen a diversos propietarios si los títulos de propiedad no regulan el modo de hacer las reparaciones y reconstrucción, éstas deben ser hechas como sigue: las paredes maestras y el techo están a cargo de todos los propietarios, en proporción al valor del piso que les pertenece. El propietario de cada piso hace el pavimento sobre el cual anda. El propietario del primer piso hace la escalera que conduce al mismo; el propietario del segundo piso hace, a partir del primero, la escalera que conduce a su casa y así sucesivamente”.

¹⁶ En EE.UU. existe, si no propiamente la propiedad horizontal, sí un régimen de cooperativas que mucho se le asimila. Por su parte, en Inglaterra, no se prohíbe expresamente el sistema.

¹⁷ Para una detallada enunciación de la legislación comparada, véase Racciatti, *ob. cit.*, pág. 11 y siguientes.

Es obvio que las necesidades económico-sociales actuales hacen indispensable la regulación de una situación que en los hechos se ha presentado con fuerza arrolladora; pero tampoco cabe desconocer en absoluto que el semillero de pleitos que presagiaba Vélez en la citada nota, se ha dado con bastante intensidad alrededor de esta institución.

Justamente debido a esas necesidades que mencionamos arriba, fue que se presentó al Congreso proyectos de regulación del derecho de propiedad horizontal como el del senador Alejandro Ruza —en 1928—; el del diputado Leónidas Anastasi, también suscripto por los diputados Araujo, Boatti, Manuel Pinto (h), Cooke y Cisneros, en 1938 y el del diputado Sanmartino, en 1946, reproducido en 1948.

Proyectos

Cabe mencionar también el aporte de la Sección de Derecho Civil del Instituto Argentino de Estudios Legislativos, que se concretó a través de un detallado estudio, redactado por el doctor Alberto G. Spota, aprobado por dicho Instituto en 1943.

Inspirándose en la idea el Código alemán, Babiloni no le da cabida al instituto en su *Anteproyecto*, criterio que también siguió el *Proyecto* de 1936, no así el *Anteproyecto* de 1954, como vimos.

Finalmente, en el año 1948, sobre la base de un proyecto remitido al Senado por el Poder Ejecutivo y el elaborado por el senador Alberto Teisaire, la Comisión de Legislación del Senado produjo despacho que, con ligeras modificaciones y prácticamente sin debate, aprobó la Cámara Alta y que al pasar a la Cámara de Diputados fue aprobado a "libro cerrado".

La ley 13.512, de propiedad horizontal, fue promulgada el 13.10.48. En 1949 fue dictado su decreto reglamentario, que lleva el n° 18.734.

La figura fue reglada también en las leyes represivas del agio y la especulación, que quedaron sin efecto en el año 1959.

El estudio de la ley y su decreto reglamentario, debe ser complementado con el de la jurisprudencia interpretativa para tener así un cabal conocimiento del derecho vivo en la materia.

D) La ley 13.512

1. Fuentes

Se sindicaron como fuentes de nuestra ley, al Cód. Civ. y Comercial italiano de 1942, a la ley chilena de 1937, y a la uruguayana de 1946 sobre la materia, así como también al decreto brasileño de 1928.

El estudio de las fuentes —apreciando sus semejanzas y diferencias con nuestro régimen— nos permitirá llegar a una comprensión más profunda de él.

2. Normas que deroga y normas que declara expresamente aplicables

Derogadas

Según el art. 18 de la ley, “a los efectos” de ella, quedan derogados en forma expresa, además de las clásicas “disposiciones que se opongan a lo estatuido” en la ley, los siguientes artículos del Cód. Civ.:

a) *Art. 2617*, que es precisamente la norma que prohibía el derecho de propiedad horizontal.

b) *Art. 2685 in fine*, que permite a los condóminos abandonar su parte indivisa para liberarse de la obligación de contribuir a los gastos de reparación y conservación de la cosa común, justamente porque la propia ley establece en su art. 8, última parte que:

“Ningún propietario podrá liberarse de contribuir a las expensas comunes por renuncia del uso y goce de los bienes o servicios comunes ni por abandono del piso o departamento que le pertenece.”

c) *Art. 2693*, que determina que los condóminos pueden pactar la indivisión de la cosa común sólo por un término que no exceda los 5 años, renovables.

Teniendo en mira que el derecho de los consorcistas tiene base contractual, es lógico que la ley permita mantener la indivisión de las partes comunes sin límite de tiempo, mientras el inmueble se encuentre afectado al régimen de la ley 13.512, para evitar que para sujetarse a lo dispuesto en la citada norma del Cód. Civ., los consorcistas se vieran obligados a renovar cada cinco años el convenio de indivisión, so pena de provocar de otro modo la extinción del sistema.

Expresamente aplicables

El *art. 17*, que enuncia las garantías de que goza el crédito por expensas —que son la savia vital de todo el engranaje— declara expresamente aplicables los arts. 3266 Cód. Civ. (relativo a la medida en que responde el adquirente de una unidad por las expensas devengadas antes de transferírsele el dominio: sólo con la cosa); el 3901 del mismo cuerpo legal, para fijar el privilegio que corresponde al crédito por expensas (el del conservador) y el art. 2686 también del Cód. Civ., que otorga el derecho de retención de la cosa común al condómino que hubiera realizado gastos de reparación y conservación de esa cosa.

Los estudiaremos en detalle al referirnos a las “expensas comunes”.

3. Naturaleza jurídica. Distintas tesis

Las dos tesis más difundidas acerca de la naturaleza jurídica de la propiedad horizontal son: la que la considera un dominio que se integra con un condominio de indivisión forzosa y la que la caracteriza como un derecho real autónomo.¹⁸

Dominio que integra con un condominio de indivisión forzosa:

Al referirse al derecho sobre las unidades —partes exclusivas— la ley 13.512 habla siempre de “propietarios” (arts. 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 13 y 15) así como al mentar el que recae sobre partes comunes, habla de “copropietarios”, especialmente el art. 2, así como el art. 13, que incluso se refiere a la “parte proporcional indivisa de los bienes comunes”.

Las restricciones que afectan el dominio sobre la unidad, aun en lo relativo al sometimiento al régimen de mayorías no alcanzarían (según esta postura) a desnaturalizarlo, como no lo alcanzan las innumerables limitaciones de todo tipo impuestas a la propiedad privada.

En cuanto al derecho sobre las partes comunes, pertenece por una parte indivisa a cada consorcista, y puede, lisa y llanamente caracterizarse como un condominio de indivisión forzosa, similar al legislado en los arts. 2710 y sigs. Cód. Civ., lo cual explicaría la derogación del art. 2693 por el art. 18 de la ley 13.512.

El dominio y el condominio de indivisión forzosa se encuentran “indisolublemente unidos” en una relación de principal (el dominio) a accesorio (el condominio de indivisión forzosa), como resulta prístinamente del art. 3 de la ley; de allí que se hable, como vimos, de un condominio que se integra o complementa con un condominio de indivisión forzosa.¹⁹

Derecho real autónomo

“Se trata... de una figura *sui generis* en la cual se combi-

¹⁸ Véase al respecto la exposición del Senador Antille, al propiciar en el Senado la sanción de la ley 13.512, en *ED*, 39, págs. 925/29.

¹⁹ En esta posición, Laquis-Siperman, *La propiedad horizontal en el Derecho argentino*, pág. 25 y sigs., ed. 1966; Novillo Corvalán, en Salvat, *Derechos reales*, t. II, n° 1184, g), ed. 1952.

nan dos formas jurídicas distintas: dominio y condominio, cuya unidad de destino las reúne en un todo indivisible".²⁰

El derecho sobre las partes exclusivas se encuentra sometido a fuertes restricciones que la ley establece, en virtud de la relación de interdependencia en que se encuentran con respecto al conjunto del edificio, fundamentadas en razones de beneficio común; la voluntad de los copropietarios no puede expresarse individualmente, sino dentro de asambleas, cuyas resoluciones surgen de la reunión de las mayorías estatutarias o legales, a cuyas decisiones debe ajustarse también el representante o administrador, que vendría a desempeñar el papel de órgano representativo de la comunidad.

En fin, "esta naturaleza especialísima del instituto nos obliga a considerarlo como un derecho real autónomo, con características propias que lo separan y diferencian de los demás".²¹

En cuanto a la jurisprudencia, se ha pronunciado por la tesis del dominio complementado por un condominio de indivisión forzosa, la Cám. Nac. Civ., sala D²², que dijo:

"En el régimen de la llamada propiedad horizontal... se yuxtaponen la propiedad sobre las partes privativas y el condominio de indivisión forzosa sobre las partes comunes... Ambos derechos aparecen íntimamente unidos y constituyen un todo indivisible...".

También la Cámara Nacional en lo Civil, por su sala C, sostuvo que:

Dominio
más
condo-
minio de
indivisión
forzosa

"El régimen creado por la ley 13.512 sobre división horizontal de la propiedad, presenta todos los caracteres esenciales del dominio respecto de las partes privativas, y un condominio de indivisión forzosa en lo atinente a las comunes. El dueño de un piso o departamento está asimilado en el ejercicio de su derecho al propietario de cualquier bien raíz".²³

Enrolándose en el criterio que la considera un derecho real autónomo se ha sostenido:

Derecho
autónomo

"La ley 13.512 no crea sólo una nueva forma de condominio, sino una modificación sustancial del régimen del dominio previsto en el Código Civil, ya que deroga el art. 2617 de este último. Por consi-

²⁰ Racciatti, *ob. cit.*, pág. 37.

²¹ Racciatti, *ob. cit.*, *loc. cit.*; conf. con esta postura, Allende, Guillermo, *Panorama...*, pág. 124; Bendersky, *rev. Lecciones y Ensayos*, n° 26, pág. 7; Legon, *Tratado de los Derechos Reales en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil de Córdoba*, t. VII, pág. 193.

²² LL, 113-633; conf. C.N.Civ., sala D, LL, 99-124.

²³ Fallo del 16.7.54: JA, 1954, III, 312; C.N.Civ., sala A, ED-120-408.

guiente, tanto actúa para originar un condominio particular (el llamado de 'propiedad horizontal') como para consumar la división del condominio clásico, sustituyendo la porción indivisa del art. 2678 Cód. Civ., por la porción concreta que ella establece".²⁴

También se han sostenido otros criterios en punto a la naturaleza jurídica del derecho de propiedad horizontal. Mencionaremos algunos:

Que se trata de una *servidumbre*: podría derivarse del hecho de que el Código francés la legislaba en el título dedicado a las servidumbres.²⁵

No podría tener cabida en nuestro Derecho, donde las servidumbres presuponen la existencia de dos fundos: el dominante (que recibe el beneficio) y el sirviente (que soporta la carga), pertenecientes a propietarios distintos, lo que no se da en el régimen instituido por la ley 13.512.

Que estamos frente a una *sociedad*: tal vez derivada del sistema norteamericano, con su régimen de cooperativas. Es indudable que no se aplicaría a las partes exclusivas, ya que faltaría la *affectio societatis*.

Que es un derecho de *superficie*: esta parece haber sido la idea de los redactores del Código Civil alemán, que incluyeron la prohibición de la figura al legislar sobre el derecho de superficie. Para desecharla, se hace notar que en la propiedad horizontal no existe desmembración del derecho de propiedad, como en la superficie, sino una "armoniosa combinación" de la propiedad singular con la copropiedad especial sobre las partes comunes.

II. Objeto del derecho

Ya pensemos que la propiedad horizontal es un derecho autónomo, ya convengamos en que se trata de un dominio que integra con un condominio de indivisión forzosa, lo cierto es que el objeto de este derecho es siempre un inmueble edificado, en el cual sobre ciertas partes cada consorcista tiene un derecho exclusivo y sobre las otras un derecho común, concretado en una cuota parte o parte indivisa o "porcentual", derecho común que se establece "al solo efecto de hacer posible el primero".²⁶

²⁴ C.N.Civ., sala A, LL, 88-355; *id.*, sala C, LL, 98-735 (4660-S). Juzgado de 1ra. Instancia Espec. Civ. y Com., n° 22, *firme*, ED-122-668.

²⁵ Igual que lo hacía el Código de Venezuela, arts. 683/4, sobre "servidumbre de medianería".

²⁶ Allende, *Panorama...*, pág. 124.

Es menester, pues, estudiar los caracteres que deben reunir esas partes exclusivas (denominadas unidades) y esas partes comunes.

Débase recalcar que, de conformidad con el art. 3 de la ley 13.512, “los derechos de cada propietario en los bienes comunes son *inseparables* del dominio, uso y goce de su respectivo departamento o piso. En la transferencia, gravamen o embargo de un departamento o piso se entenderán comprendidos esos derechos, y no podrán efectuarse estos actos con relación a los mismos, separadamente del piso o departamento *a que acceden*” (el subrayado es mío).

Y así, se ha resuelto que:

“No resulta admisible la pretensión de la actora de rescindir parcialmente el contrato de compraventa celebrado entre las partes, pues en materia de propiedad horizontal el derecho sobre las partes comunes, además de ser proporcional al valor del departamento es inseparable del dominio de este último”.²⁷

A) Partes exclusivas o privativas: análisis del art. 1º de la ley

En el art. 1º de la ley se establece que:

“Los distintos pisos de un edificio o distintos departamentos de un mismo piso o departamentos de un edificio de una sola planta, que sean independientes y que tengan salida a la vía pública directamente o por un pasaje común, podrán pertenecer a propietarios distintos, de acuerdo a las disposiciones de esta ley. Cada piso o departamento puede pertenecer en condominio a más de una persona.”

Unidades:
requisitos

De allí se deduce que las unidades²⁸ deben reunir los siguientes requisitos:

²⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación, causa “Andrés, A. c/Cavipla SRL” del 25.7.85.

²⁸ Debe tenerse en cuenta que, a pesar de que la ley habla de “departamentos”, lo que parecería aludir a un único destino, el de vivienda, las unidades pueden tener no sólo ese, sino cualesquiera otro, y así: un mercado, un garage —aunque en este último caso el “pasaje común” a que alude la ley se materialice en un montacargas—, un edificio para oficinas, consultorios, locales industriales, etc., podrían ser sometidos al régimen de la ley 13.512. Véase al respecto, reseña jurisprudencial en *ED*, 39-873/81; conf. Laquis-Siperman, *ob. cit.*, pág. 34. Este enfoque un tanto unilateral del art. 1º, tal vez se debió a que lo que urgía a los legisladores a la sanción de la ley 13.512 fue el problema de la vivienda. Así, dijo el Senador Antille (véase *ED*, 39, pág. 928): “La concentración de la población forma centros de gran densidad y sólo puede ser solucionada por una legislación que atienda a este fenómeno inevitable. La

1. *Independencia funcional*, vale decir, que cada unidad sea autónoma y se baste a sí misma para satisfacer el fin al cual va a ser destinada.²⁹

2. *Salida a la vía pública*, directamente o por un pasaje común (pasillo, escaleras, etc.), pues en este supuesto no resulta aplicable la servidumbre legal de paso regulada por los arts. 3068/76 Cód. Civ.

Además de estos requisitos, el edificio debe cumplir con las normas sobre edificación establecidas por el poder público. Por ello, el art. 27 del dec. reglamentario 18.734/49, ubicado en su capítulo II, relativo a "Disposiciones especiales para la Capital Federal y Territorios Nacionales", dispone:

"Las autoridades municipales podrán establecer los requisitos que deben reunir los edificios que hayan de someterse al régimen de la ley 13.512 y expedir las pertinentes autorizaciones, las que, una vez otorgadas, no podrán revocarse".³⁰

B) Cosas y partes comunes

Se refiere a ellas el art. 2 de la ley.

En su primera parte, esta norma contiene las pautas para la caracterización de una parte como común, y que son dos:

- a) cosas de uso común del edificio, o
- b) cosas indispensables para mantener la seguridad del edificio.

Al respecto se ha dicho que:

"La ley 13.512 adopta el principio que podría llamarse de necesidad común, como criterio único para determinar en cada caso concreto

propiedad, desmembrándose, eleva progresivamente el nivel de vida de las clases menos afortunadas, creando el pequeño capitalismo, enseñando las normas generales de economía y contribuyendo al progreso de las ciudades y de los países... En este caso, se trata de facilitar la construcción con un fin social: aumentar la edificación; se incrementan, desde luego, los medios de habitar con higiene y comodidad, cuando facilitamos la construcción, haciendo dueños exclusivos a los habitantes, de su propio piso y teniendo un derecho de condominio sobre las cosas que son útiles para la habitación."

²⁹ Así, por ejemplo, un edificio compuesto de diez habitaciones, un baño y una cocina, no podría ser sometido al régimen de la ley 13.512 para destinar las unidades a vivienda, pues ellas no se bastarían a sí mismas, ya que poseerían el baño y la cocina comunes y, en consecuencia, dependerían unas de otras.

³⁰ Se ha resuelto que no existe imposibilidad de afectar un inmueble al régimen de la ley 13.512 si para ello basta con la construcción de un pasaje común, como medio de salida a la calle: C.N.Civ., sala F, ED, 9-432.

Pautas
para
su deter-
minación

cuáles serán las partes del inmueble que, al encuadrarse en sus disposiciones, deberán pertenecer en propiedad a sus dueños”.³¹

Enumera-
ción

Luego la ley formula una enumeración que, como ella misma lo declara, *no es taxativa*, lo que permite que en el Reglamento de Copropiedad —figura que estudiaremos más adelante— se adicionen otras a las enunciadas por la ley.

El art. 2 expresa que, por ajustarse a las pautas que ella determina, son consideradas comunes:

1) *El terreno*: que no figura en los incisos, pero sí en la primera parte de la disposición, y cuya inclusión entre las partes comunes resulta obvia, por estar construido sobre él el edificio sujeto al régimen de la ley.³²

2) “Los cimientos, muros maestros³³, techos³⁴, patios sola-

³¹ C.N.Civ., sala E, *ED*, 11-388. C.N.Espec.Civ.y Com., sala I, *ED*, Rep.17, pág.790, n° 84; sala IV, *ED*-101-434.

³² Se ha resuelto que “nada impide que se excluya de la propiedad común un jardín situado en los fondos del edificio, cuya propiedad común no hace a razones de seguridad”: C.N.Civ., sala D, *ED*, 11-383.

³³ Se ha resuelto que “si para el caso de unidades cerradas”, es decir aquellas que resultan plenamente habitables, el “piso” que no es sino el “techo” de la que se ubica en la parte inferior —y, en su caso, el mismo terreno— tiene siempre el carácter de común, lo mismo debe ocurrir en lo que hace al “piso” de la azotea, aunque ésta haya sido atribuida en forma privativa a uno de los consorcistas, ya que ello no le permite atribuirse como “propio” lo correspondiente al “piso” o “techo” de la otra unidad, por lo que los daños que resulten intrínsecos a dicha losa deben correr la suerte de los daños sobre cosas comunes y, por ello, no habiéndose incurrido en defectos a título de culpa o dolo de los titulares de la terraza, el daño ocasionado debe ser soportado por el consorcio”: C.N.Civ., sala A, 16.9.80, *ED*, Rep. 17, p. 791, n° 91. Y también se ha decidido que “aunque el balcón terraza sea de dominio exclusivo de los propietarios del inmueble, el contrapiso de ese balcón que sirve de techo al departamento del piso inferior posee el carácter de común. El contrapiso, por ser una parte real o potencialmente afectada al servicio del edificio, ha de ser considerado como bien común y no propio, por lo que su reparación queda a cargo del consorcio”: C.N.Civ., sala E, 8.3.91, *LL*, f. 89.821 ó *Doctrina Judicial*, 1991-II-981. En ese sentido, sostienen Highton, E., *Derechos Reales*, vol. 4, Propiedad Horizontal, n° 102, que en el interior de los departamentos sólo las paredes interiores y los revestimientos, cielorasos, baldosas, parquetes, pertenecen al dominio exclusivo de los titulares de las unidades, no perteneciéndoles en forma independiente de la comunidad las losas o pisos y techos, ni las paredes que dividen el departamento de otros y de los espacios comunes. Y del mismo modo afirma que “debe distinguirse la azotea o terraza del techo; este último es la parte superior de un edificio que lo cubre, mientras que la primera es la cubierta llana del edificio dispuesta para andar por ella”. O sea que se trata de una superficie sobre el techo, accesible al uso y que puede ser unidad independiente o complementaria de alguna unidad de carácter privativo. De allí concluye la autora en que “la conservación del techo, es decir, la estructura del subsuelo de la terraza, estará a cargo de la comunidad, no así la conservación y reparaciones superficiales, que serán por cuenta del propietario”.

³⁴ Se ha resuelto que “la conservación de azoteas, muros y tabiques que

res, pórticos, galerías³⁵ y vestíbulos comunes³⁶, escaleras, puertas de entradas³⁷, jardines.”

3) “Los locales e instalaciones de servicios centrales, como calefacción, agua caliente o fría, refrigeración, etcétera”.³⁸

limitan con pasillos o vestíbulos comunes interesa a todos los copropietarios, por cuanto las primeras están destinadas a la cobertura de todo el edificio y los segundos a la separación de las distintas dependencias”: C.N. Espec.Civ. y Com., sala VI, *ED-101-441*.

³⁵Se ha resuelto que: “El frente del edificio, aun en las partes que coinciden con fracciones privativas, está formado por un muro maestro y es, por tanto, un elemento común no pudiendo ser objeto de ninguna modificación, sin el consentimiento de todos los copropietarios”: C.N.Civ., sala C, *ED, 5-245*. Y que “Es inválida la cláusula del reglamento de copropiedad por la cual los primitivos propietarios conservan el dominio exclusivo sobre los muros medianeros”: C.N.Civ., sala F, *LL, 137-266*. Y que: “Es lícita la cláusula del boleto de compraventa mediante la cual el vendedor de las unidades de un inmueble en propiedad horizontal se reserva el derecho de uso exclusivo del lado exterior de las paredes medianeras para explotar propaganda comercial, habiéndose especificado que se ha tenido en cuenta, al fijar el precio de las unidades, la aludida reserva. Pero la vigencia de dicha cláusula no puede exceder de diez años a partir de la inscripción del reglamento en el Registro de la Propiedad”: C.N.Civ., sala D, *ED, 23-338*.

³⁶ “Si el reglamento de copropiedad establece que los ‘paliers’ de servicio son de uso común, un copropietario no puede colocar un candado en la puerta del ascensor que da al ‘palier’ de su piso, aunque sea propietario de los dos departamentos ubicados en ese piso”: C.N.Civ., sala F, *ED, 39, fallo 18.934*.

³⁷ “Si bien la puerta de entrada del edificio es una parte de propiedad común cuya modificación de acuerdo con el reglamento requiere los dos tercios de los votos de los consorcistas, la determinación de mantenerla cerrada en forma permanente no modifica ni altera esa parte común, constituye más bien una medida tendiente a reglamentar el uso de la misma y, en consecuencia, cae dentro de los poderes de la mayoría de los copropietarios —art. 10, ley 13.512—”: C.N.Civ., sala D, *LL, 138-23.509-S*.

³⁸ “En el régimen de la ley 13.512 las columnas de distribución de agua o de la calefacción central son de propiedad común, en tanto que las cañerías de distribución que sirven exclusivamente a las diversas unidades, en principio, son privadas, y el propietario de la unidad responde por los daños que de ellas derivan”: C.N.Paz, sala II, *ED, 39, fallo 18.938*. Se ha resuelto que “los caños que pasan por el interior de las paredes comunes, sean de servicios centrales o no, particularmente los de los pisos de los departamentos y los de los muros divisorios entre ellos y de partes comunes, son de propiedad común y sus reparaciones deben correr por cuenta del consorcio; las filtraciones y daños producidos por esos caños o por los artefactos y cañerías de desagote allí instalados —salvo las rejillas o partes externas al cuidado del propietario individual— debe correr por cuenta del consorcio que tiene obligación de reponer los desperfectos y perjuicios ocasionados por cosas comunes, aunque esos daños estuvieran ubicados en partes exclusivas, siempre que se originaran en partes comunes”; C.N.Esp.Civ.y Com., sala IV, 30.12.88, causa “Nuñez, M. c/Martinuzzi, Nora”; y que “de conformidad con el art. 2°, incs. b) y c) de la ley 13.512, las compactadoras de residuos deben considerarse cosas comunes, como así también el lugar donde se instalan y las construcciones materiales necesarias para su uso: C.N.Esp.Civ.y Com., sala IV, *ED-101-434*; sala III, *ED-92-334*. Y que “si de

4) "Los locales para alojamiento del portero y portería"³⁹.

5) "Los ascensores, montacargas, incineradores de residuos y en general todos los artefactos o instalaciones existentes para servicios de beneficio común."

"Los sótanos y azoteas, revestirán el carácter de comunes, salvo convención en contrario."

También se suele especificar en los Reglamentos de Copropiedad, que pertenecen a los copropietarios en común, las cosas muebles afectadas al servicio del edificio, en una cláusula que se redacta más o menos en los siguientes términos:

"Revisten asimismo el carácter de comunes, las cosas, muebles y/o accesorios, que se incluyen en el respectivo inventario que el Administrador formule con la aprobación de los copropietarios."

conformidad con el Reglamento de copropiedad la unidad funcional destinada a *cocheras* constituye un dominio de propiedad exclusiva de sus titulares, en su esencia conceptual no guarda diferencias con las unidades propias. Por ende, la obligación de custodia corresponde a sus propietarios, más allá del deber general de vigilancia que corresponde al encargado del edificio sobre las partes comunes de éste": C.N.Civ., sala G, ED-100-155; y que "la ocupación de la *cochera* por el actor, que es consecuencia de tener asignado su uso exclusivo en virtud del Reglamento de Copropiedad y en su calidad de copropietario de la planta garaje donde ésta se encuentra, es una situación que no tiene relación con el depósito y tampoco con los contratos llamados de guarda y de garaje. Se trata del ejercicio de una facultad que corresponde al comunero en el condominio de indivisión forzosa, con las especificaciones que contenga el Reglamento acerca del destino y del uso que debe darse a cada una de las partes comunes del edificio. En suma, las reglas que regulan la responsabilidad del depositario no tienen cabida en la especie": C.N.Civ., sala D, LL-151-81.

³⁹ La ley 13.512 parte del supuesto de que al sacarse en venta los departamentos, el construido para el portero, según planos, esté prestando los servicios correspondientes a la función prevista entonces. No se coloca en el supuesto de que se hallare alquilado ni impone como requisito previo a la incorporación de la propiedad a su nuevo régimen la restitución del local al servicio de portería": C.N.Civ., sala D, ED, 5-254; conf. *id.*, sala C, ED, 9-315. Pero también se ha dicho que "Si el vendedor no informó a los compradores que el departamento de la azotea, que tenía como destino natural, convencional y legal servir de alojamiento al portero, estaba arrendado a quien se desempeñaba en tal carácter, corresponde condenar al vendedor a entregar a los copropietarios el departamento destinado a vivienda del portero, bajo apercibimiento de la indemnización que corresponda y a pagar los daños y perjuicios": C.N.Civ., sala B, ED, 6-589; y que "La circunstancia de que el proyecto de reglamentación de copropiedad entregado a los compradores al suscribirse el boleto no fuera acordado por todos los copropietarios, no autoriza al vendedor a modificarlo sin previa consulta y a conceder en locación el departamento destinado a portería, que según aquel proyecto, sería de propiedad común de todos los copropietarios, desde que todos los compradores adquirieron sus unidades de vivienda en la seguridad de que ese departamento conservaría esa calidad": C.N.Civ., sala C, LL, 94-427.

El art. 3 del dec. 18.734/49 dice que el reglamento de copropiedad deberá proveer sobre las siguientes materias: "1) Especificación de las partes del edificio de propiedad exclusiva; 2) Determinación de la proporción que corresponda a cada piso o departamento con relación al valor del conjunto, y 3) Enumeración de las cosas comunes...".

Especifi-
cación e
el regla-
mento

Se trata de cláusulas que obligatoriamente deben contenerse en el Reglamento de Copropiedad.⁴⁰

Mientras que las partes privativas siempre son de uso exclusivo, las partes comunes pueden ser de uso común o de uso exclusivo por uno o por un grupo determinado de copropietarios, a pesar de ser propiedad común de todos los consorcistas.

Uso de l:
partes
comunes

Ejemplos de este último supuesto: balcones⁴¹, patios solares, etc. Al respecto, se ha dicho que:

"Los llamados patios solares, cuando ellos son necesarios para aire y luz, aun cuando estén comprendidos en los límites de un departamento, deben ser incluidos entre los bienes comunes, sin perjuicio de que la convención pueda reservar su uso exclusivo a los dueños de las viviendas a que ellos accedan."⁴²

C) Derechos de los copropietarios sobre las partes privativas y comunes

El estatuto regulador del derecho sobre las partes privativas está recortado especialmente por los arts. 4, 6 y 14, 2ª parte de la ley 13.512. Y se ha resuelto que:

Sobre
las parte
privativa

⁴⁰ La proporción en que cada copropietario participa en los bienes comunes, suele volcarse así en los Reglamentos de Copropiedad: "Corresponde a cada una de las unidades que a continuación se indican las siguientes porcentuales, unidad n° 1..., el ...%; unidad n° ..., el ...%, ... Los indicados porcentuales son el resultado de la proporción que representa la superficie propia de las unidades en cada inciso incluidos, con relación a la suma de las superficies propias de todas las unidades contempladas en el inciso. Los porcentuales establecidos en el inc. ... del artículo determina: a) el valor proporcional de cada unidad con relación al valor del conjunto; b) el valor proporcional del derecho de cada propietario sobre los sectores, servicios y/o cosas comunes del edificio; c) el valor del voto emitido en las Asambleas conforme a lo que dispone el art. ...". Corresponde a los arts. 8 y 9 del reglamento tipo de la Cámara Argentina de la Propiedad Horizontal. Véase asimismo, C.N.Civ., sala E, ED, 11-371; *id.*, sala F, ED, 39, f. 18.929.

⁴¹ Así, en el Reglamento "tipo" mencionado en la nota anterior, se establece: "Sectores de propiedad común cuyo uso pertenece exclusivamente al copropietario que se indica: ...balcones: los existentes en las plantas del 1º al 6º piso inclusive sobre el frente del edificio, cuyo uso exclusivo pertenece respectivamente a los propietarios de las unidades que tienen acceso directo a ellas".

⁴² C.N.Civ., sala F, ED, 22-761.

“Las restricciones al dominio establecidas en la ley 13.512 y en los reglamentos particulares desempeñan un papel fundamental en el régimen de la propiedad horizontal, y deben ser más estrictamente observadas, si cabe, que las que nacen de las relaciones habituales entre propietarios vecinos, toda vez que su acatamiento por los copropietarios es condición esencial para asegurar el buen funcionamiento de las casas divididas por pisos o por departamentos”.⁴³

bre
s partes
munnes

En cuanto a las partes comunes, el principio está dado por el art. 3, 1ª parte:

“Cada copropietario podrá usar de los bienes comunes conforme a su destino sin perjudicar o restringir el legítimo derecho de los demás.”

Analogicamente, resultarán aplicables las normas del Código Civil que regulan el condominio de indivisión forzosa previsto en los arts. 2710 al 2714.⁴⁴

gla-
nto
erno

Generalmente, suele redactarse en cada edificio sometido a la ley 13.512, un denominado “reglamento interno”, a los efectos de proveer al ordenamiento del uso y goce de las partes comunes, dentro de la tónica de las normas indicadas.⁴⁵

lación
tre
rtes
vativas
omunes

Como ya adelantamos, la relación que existe entre el derecho sobre las partes privativas y sobre las comunes es de principal a accesorio, siendo el vínculo que los une, indisoluble: así resulta categóricamente del art. 3 de la ley.

⁴² C.N.Civ., sala E, *ED*, 22-765; conf. C.N.Civ., sala B, *LL*, 91-560; *id.*, sala F, *LL*, 125-776.

⁴⁴ Así se ha resuelto que: “En el régimen de la propiedad horizontal las normas propias de convivencia y vecindad exigen que cada propietario use de los bienes comunes sin causar perjuicio alguno ni restringir el legítimo derecho de los demás”: C.N.Civ., sala B, *ED*, 26-103; conf. sala F, *ED*, 22-761. Y que: “Está reñido con el principio del igual derecho que se les reconoce a todos los copropietarios de ‘usar de los bienes comunes conforme a su destino’ (art. 3, ley 13.512), negarle a uno lo que se les ha permitido, aun con mayor extensión, a otros condóminos, pues el destino de la cosa común se determina, no habiendo convención, por su naturaleza misma y no por el uso al cual ha sido afectada — art. 2713 Cód. Civ.—”: C.N.Civ., sala A, *LL*, 1131-1197.

⁴⁵ La cláusula por la que estatutariamente se previó la sanción del reglamento interno es generalmente la siguiente: “Los sectores de propiedad común son los especificados en el art. ... del presente reglamento. El uso de los sectores y/o servicios comunes se practicará de acuerdo con el sentido y limitaciones que indica el art. 3 de la ley 13.512, con sujeción a los detalles que se establecen en el Reglamento Interno del edificio a los efectos de los arts. 6 y 15 de la misma ley”: art. 5 del Reglamento Tipo de la Cámara Argentina de la Propiedad Horizontal.

D) Conversión de partes comunes a privativas y de privativas a comunes

Respecto de este punto se plantean dos interrogantes:

1) ¿Es posible privatizar una parte común? y a la inversa, ¿puede transformarse en común una parte de propiedad exclusiva?

2) En caso de admitir tal posibilidad, ¿qué mayoría se requiere para ello?

El art. 2 de la ley concluye diciendo que "los sótanos y azoteas revestirán el carácter de comunes, salvo convención en contrario".

Es pues indudable que puede convenirse en el reglamento —original o su reforma— por los copropietarios, en la privatización de un sótano o azotea. Pero ¿esta facultad se extiende a las demás partes enumeradas en el art. 2?⁴⁶

Se distingue entre las partes comunes: 1) aquellas que son indispensables para la seguridad del edificio o para la subsistencia del sistema, porque son absolutamente necesarias al uso y goce común (ej.: escaleras, puerta de entrada, terreno sobre el que se asienta el edificio), y 2) aquellas cuyo uso y goce común no es indispensable sino sólo conveniente (ej.: cuando una unidad pertenece en común a todos los consortes, quienes la arriendan a los efectos de obtener una renta para cubrir los gastos comunes; un patio que no sea de "aire y luz", etcétera).

Las enunciadas en primer término son partes *necesariamente* comunes, cuya privatización no es viable, ni siquiera con el consentimiento unánime de todos los copropietarios.⁴⁷

Respecto de las otras, no hay inconveniente alguno en asignarles en el Reglamento el carácter de partes exclusivas, o en privatizarlas posteriormente, si son comunes.

En cuanto a la mayoría para la comunización de una parte privativa o la privatización de una parte común cuando ello es posible, parecería que, siendo la determinación de partes comunes y privativas una cláusula del Reglamento de Copropiedad, la mayoría requerida a estos efectos sería la necesaria para la

**Primer
problema:
posibilidad**

**Segundo
problema:
mayorías
necesarias**

⁴⁶ Sin embargo, en algún fallo se ha resuelto que según se desprende de la última parte del art. 2 de la ley, sólo es permitida la convención en contrario para sótanos y azoteas, pero no para otros casos: C.N.Civ., sala F, JA, rev. del 23.3.72.

⁴⁷ Conf. Racciatti, *op. cit.*, pág. 73, n° 33; Laquis-Siperman, *ob. cit.*, pág. 38 y sigs.

reforma de dicho reglamento, es decir, de conformidad al art. 9 de la ley “una mayoría no menor de dos tercios”.

No obstante ello, doctrina y jurisprudencia uniformes, sostienen que en tales casos sería indispensable la *unanimidad* puesto que, haciendo dichas cláusulas a la conformación del estatuto patrimonial del consorcista —“cláusula estatutaria” por oposición a las meramente “reglamentarias” del uso y goce o del ejercicio de sus derechos por los copropietarios— su modificación interesaría al derecho de propiedad de cada uno de ellos, insusceptible de modificarse sin el consentimiento de cada cual.⁴⁸

III. Adquisición del derecho

A) Modos de adquisición

Relativamente a los modos de adquisición del derecho de propiedad horizontal —ya sostengamos que se trata de un derecho real autónomo o bien que nos enfrentamos a un dominio complementado por un condominio de indivisión forzosa— resultan de aplicación las normas que regulan la adquisición del derecho de dominio, es decir, que debemos recurrir al art. 2524 del Cód. Civ., eligiendo de allí los modos que, teniendo en cuenta las especiales características de la figura que estudiamos, resulten de aplicación.

De los modos enumerados en el art. 2524 Cód. Civ. los que juegan en materia de adquisición del derecho real de propiedad horizontal son: tradición (inc. 4°), sucesión en los derechos del propietario (inc. 6°) y prescripción (inc. 7°).

A ellos se agrega otro modo de arribar a la propiedad horizontal: el de la partición en especie de un condominio o de una comunidad hereditaria, que examinaremos más adelante.

Pero es menester tener muy presente que, para que puedan nacer los distintos derechos de propiedad horizontal en relación a un edificio, es indispensable que exista con anterioridad el denominado “estado de propiedad horizontal”, al cual se llega con la redacción en escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble del Reglamento de Copropiedad y Administración, que ha de regir la vida del consorcio correspondiente a ese inmueble.

Estado de
propiedad
horizontal

⁴⁸ Conf. Laquis-Siperman, *op. cit.*, págs. 40 y 65; Racciatti, *op. cit.*, núms. 64 y 129; Laje, estudio en *LL*, 104-506; Bendersky, estudio en *LL*, 119-63; C.N.-Civ., sala D, *JA*, 1966, II-590; *id.*, *ED*, 16-351; *id.*, *id.*, *LL*, 125-683; *id.*, sala B, *LL*, 104-507; *id.*, sala E, *JA*, 1962, V-345.

Por ello es que el art. 2 del dec. 18.734/49 dice:

“No se inscribirán en los registros públicos títulos por los que se constituya o transfiera el dominio u otros derechos reales sobre pisos o departamentos, cuando no se encontrare inscripto con anterioridad el reglamento de copropiedad y administración o no se lo presentare en ese acto en condiciones de inscribirlo”.

Es concordante la disposición del art. 24 del mismo decreto reglamentario.

Vale decir que, si se quiere adquirir, por ejemplo a través de una venta, determinada unidad, con su correspondiente porcentual sobre las partes y cosas comunes, en un edificio cualquiera los pasos que cronológicamente deben cumplirse a los efectos de la adquisición del derecho de propiedad horizontal, son los siguientes:

Pasos
que deben
cumplirse

1º) Redacción en escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble del Reglamento de Copropiedad y Administración para ese edificio.

Así nace el “estado de propiedad horizontal”, que no es sino el punto de arranque para la constitución de los distintos derechos de propiedad horizontal, pero que no los constituye en modo alguno, sino que para ello será menester cumplir con alguno de los distintos modos de adquisición que hemos señalado arriba.

2º) Tradición traslativa de dominio, uno de cuyos requisitos es, naturalmente, el título suficiente (art. 2602 Cód. Civ.)⁴⁹, el cual, como estamos en presencia de un derecho real sobre inmuebles, deberá estar redactado en escritura pública (arts. 1184 inc. 1º y 2609 Cód. Civ.), a lo que debemos agregar, a los efectos de hacer oponible el derecho a terceros, la inscripción del respectivo título en el Registro de la Propiedad (art. 2505 Cód. Civ. y art. 2 y conc., ley 17.801).

B) Partición en el condominio y en la comunidad hereditaria

Esta situación no aparece resuelta expresamente en la ley, sino que ha sido la jurisprudencia la que ha fijado las pautas que la regulan.

⁴⁹ Sobre concepto de título suficiente y demás requisitos de la tradición traslativa de dominio, véase Volumen I de esta obra, pág. 261 y sigs.

El
problema

Existe un inmueble cuyas características físicas lo hacen susceptible de ser sometido al régimen de la ley 13.512, vale decir, que puede ser dividido en unidades con independencia funcional y salida a la vía pública, directamente o por un pasaje común.

Dicho inmueble pertenece en propiedad a varias personas, ya sea porque lo adquirieron por un acto entre vivos —condominio común— o por una transmisión *mortis causa* —comunidad hereditaria.

Uno de los condóminos o coherederos pide la partición de dicho dominio.⁵⁰

Ahora bien, de conformidad con el art. 3475 bis Cód. Civ., que recepta un principio uniformemente consagrado por la jurisprudencia, “existiendo posibilidad de dividir y adjudicar los bienes en especie, no se podrá exigir por los coherederos la venta de ellos. La división de los bienes no podrá hacerse cuando convierta en antieconómico el aprovechamiento de las partes, según lo dispuesto en el art. 2326”.⁵¹

Y aquí llegamos al interrogante fundamental: ¿sería posible, mediante la sujeción del inmueble al régimen de la ley de propiedad horizontal, concretar la partición *en especie* de un condominio—cualquiera sea su origen?

Obsérvese que al materializarse así la partición, cada condómino recibirá una —o varias, según la cuantía de la participación— unidad en propiedad exclusiva, a la que corresponderá accesoriamente un porcentaje o parte alicuota sobre los bienes comunes, definidos en el art. 2 de la ley 13.512.

Objeción

Con ello va dicho el inconveniente que puede oponerse a la contestación afirmativa: la partición es una forma —la típica— de poner fin o liquidar el condominio. Sujetando el inmueble al sistema de la ley de propiedad horizontal, *el condominio no se liquida totalmente*, puesto que sigue subsistiendo sobre las denominadas partes comunes.

⁵⁰ Sabemos que tanto la partición del condominio como la de la comunidad hereditaria, se rigen por iguales normas: art. 2698 Cód. Civ.

⁵¹ Es claro que, como también lo ha resuelto la jurisprudencia desde antiguo, la división en especie debe no sólo ser materialmente posible, sino también cómoda, y no convertir en antieconómico el uso de las distintas partes, porque de esa forma, a través de la partición en especie se destruiría el valor de la cosa, así como también debe, a través de ella, mantenerse el principio de igualdad entre los comuneros. Conf. C.N.Civ., sala A, LL, 64-316, *id.*, *id.*, LL, 88-355; *id.*, sala B, LL, 71-52; *id.*, sala D, LL, 77-72; Cám. 1ª La Plata, JA, 1948, I-612. Véase reseña de fallos en LL, 55-109.

A partir del fallo dictado en la causa "Fonso de Seri c/Seri"⁵², la jurisprudencia se ha volcado hacia la posición afirmativa. Allí se dijo:

Jurispru-
dencia

"La división del condominio de un inmueble susceptible de someterse al régimen de la ley 13.512 puede efectuarse por el procedimiento establecido por esta ley. El mantenimiento del condominio sobre las partes forzosamente indivisibles, que implica la propiedad horizontal, no se halla en pugna con la división del condominio típico del Código Civil, ya que el carácter privativo de dueño con respecto a cada unidad, permite un libre y autónomo poder jurídico sobre la misma y hace que el mencionado condominio forzoso sobre las partes comunes constituya sólo un orden secundario de relaciones."⁵³

"La ley 13.512 no crea sólo una nueva forma de condominio, sino una modificación sustancial del régimen del dominio previsto en el Código Civil, ya que deroga el art. 2617. Por consiguiente, tanto actúa para originar un condominio particular (el llamado de 'propiedad horizontal') como para consumar la división del condominio clásico, sustituyendo la porción indivisa del art. 2673 Cód. Civ. por la porción concreta que ella establece. La venta de los bienes no es sino un sustitutivo jurídico de la partición material de los mismos y, por lo tanto, un medio subsidiario de dividir lo indivisible".

Sin apartarse del principio general enunciado, el que, por el contrario, se refirma, se ha negado a veces la posibilidad de sujetar el inmueble al régimen de la ley 13.512, cuando las unidades tuvieran un valor muy desigual, de modo tal que el que recibiera el lote más valioso estaría obligado a compensar en dinero al que recibiera el de menor valor, a fin de mantener la igualdad entre los copartícipes, a lo cual no se lo puede obligar, de conformidad a lo dispuesto por el art. 1324, 1ª parte Cód. Civil.⁵⁴

Pero, remarcamos, la no admisión se basó solamente en el hecho de que la división en especie no respetaba el principio de la equivalencia de las partes divisas con las indivisas, obligan-

⁵² C.N.Civ., sala A, LL, 88-355; conf. con este criterio general, C.N.Civ., sala B, LL, 93-113, si bien en este caso se resolvió que: "No procede, a los efectos de terminar con un condominio, acceder a la división de un inmueble afectándolo al régimen llamado de propiedad horizontal, si el procedimiento resultaría antieconómico y antifuncional... La división en especie, destinada a terminar un condominio, ha de ser posible, a la vez que cómoda."

⁵³ Recordemos que, de conformidad al art. 3, última parte de la ley 13.512, las partes comunes revisten el carácter de *accessorias* de las privativas; existen al solo efecto de hacer posible el uso y goce de éstas. He aquí el argumento fundamental: la liquidación del condominio se habría operado, ya que respecto de las partes principales —las privativas— existe un derecho exclusivo que se le atribuye a cada condómino.

⁵⁴ Conf. CNCiv., sala C, 14.10.99. LL, fallo 100.488, supl. diario del 3.7.2000.

do a una compensación en dinero, *aunque se mantuvo el criterio general de la factibilidad jurídica de tal sujeción.*

Así, en el fallo dictado en los autos "Matulis c/Cernius"⁵⁵, en el voto del doctor Mario Calatayud, al que se adhirieron los demás integrantes de la sala:

"...se aplica aquí el principio de que la partición corresponde efectuarla en especie mientras sea factible... la casa objeto del condominio constituye una sola unidad, que consta de dos plantas con salidas independientes a la calle. Conforme con la pericia practicada.... puede ser dividida de acuerdo con lo establecido en la ley 13.512. El experto asigna a ambas plantas distintos valores, de ahí que tratándose de dos condóminos, si a uno se le adjudicara el piso bajo, debería pagar al que le correspondiera el otro, \$... *este inconveniente... es para mí el más fundamental que se opone a la adjudicación en especie* y por sorteo que se solicita, pues de pertenecer a raíz de este último la planta baja al oponente, se lo obligaría a abonar una diferencia en dinero que, de acuerdo con su postura, no está dispuesto a pagar. Y como no puede ser obligado a ello, ni hay otros bienes para compensar, surge la imposibilidad material, totalmente insalvable, de formar dos lotes de idéntico valor, de allí que no quepa otro camino que el rechazo de la petición... Considero que la falta de interés del demandado o de acuerdo entre los condóminos no habría sido obstáculo valedero a ese fin, ni menos el hecho de que como consecuencia de la adjudicación horizontal quedara subsistente un condominio entre las partes en lo referente al terreno y demás cosas de uso común del edificio. Aunque esto último constituya en verdad un condominio de indivisión forzosa, es lo accesorio con relación a los pisos, que es lo fundamental y en caso de haberse podido efectuar una separación equitativa, habría dado origen a un dominio pleno y autónomo sobre cada uno de ellos".⁵⁶

C) Reglamento de Copropiedad y Administración: concepto y naturaleza jurídica

El art. 9 de la ley 13.512 impone su sanción imperativa "al constituirse el consorcio de propietarios".

Debemos, pues, detenernos a estudiar pieza tan fundamental en el régimen de la propiedad horizontal.⁵⁷

⁵⁵ C.N.Civ., sala E, LL, 94-668.

⁵⁶ El subrayado es mío.

⁵⁷ Mientras que la redacción del Reglamento es obligatoria para nuestra ley (en igual sentido, México, Colombia, Bolivia y Panamá), cuerpos legales foráneos determinan que tiene carácter facultativo, y contienen en su texto las normas reguladoras de la comunidad, para el caso de que los copropietarios no las especifiquen en el reglamento. Así, en la ley francesa de 1938, ley uruguaya, ley chilena, Cód. Civ. y Com. italiano de 1942, que en su art. 1138 declara, sin embargo, obligatoria la sanción del reglamento cuando el número de los condóminos sea superior a diez.

Se ha dicho que:

“El reglamento de copropiedad representa el vínculo que une a los copropietarios en la gestión de los intereses comunes y constituye, por lo tanto, el verdadero estatuto inmobiliario regulador de los derechos y obligaciones de la comunidad”.⁵⁸

y que:

“Las cláusulas del reglamento de copropiedad constituyen la ley a la que los copropietarios deben ajustar sus relaciones recíprocas (art. 1197 Cód. Civ.) y forman parte integrante del título de dominio de cada uno de ellos⁵⁹; siendo su acatamiento fundamental en el sistema organizado por la ley como medio de propender al normal desarrollo de las relaciones entre los copropietarios y al buen funcionamiento del régimen comunitario estatuido en aquella”.⁶⁰

y que:

“en el régimen de la propiedad horizontal el Reglamento de Copropiedad y sus cláusulas son ley no sólo para los consorcistas sino para todos los habitantes del inmueble; por ello la obligación de respetarlo pesa tanto sobre los dueños de las unidades como sobre los locatarios”.⁶¹

El reglamento de copropiedad reviste naturaleza contractual, por encajar dentro de la figura contemplada por el art. 1137 Cód. Civ., como lo reconoce uniformemente doctrina y jurisprudencia⁶² e inclusive surge de la propia ley, cuyo art. 9, como vimos, dice que “al constituirse el consorcio de propietarios, deberá *acordar* y redactar un reglamento de copropiedad y administración”.

Y ese carácter de contrato que reviste, no alcanza a ser conmovido por el hecho de que, como luego veremos, la ley imponga

Naturaleza
jurídica

⁵⁸ C.N.Civ., sala F, *ED*, 43, f. 20.572.

⁵⁹ C.N.Civ., sala D, *ED*, 2-216; conf. sala B, *ED*, 32-509; *id.*, sala E, *LL*, 140-766 (24.687-S); *id.*, sala A, *ED*, 26-177; *id.* sala E, *LL*, 150-716; *id.*, sala C, *LL*, 150-302; C.N.Civ., sala G, 24.4.91, Doctrina judicial, f. 5917; C.N.Espec.Civ. y Com., sala IV, *ED*-92-498; *id.*, *ED*-105-620; sala V, *ED*-92-253.

⁶⁰ C.N.Civ., sala B, *ED*, 35-689; *id.* sala C, *ED*, 27-570; C.N.Civ., sala G, *ED*-124-586; C.N.C.Espec. Civ. y Com., sala IV, *ED*-105-620; sala V, *ED*-124-399.

⁶¹ C.N.Espec.Civ. y Com., sala IV, *ED*-105-620.

⁶² “El reglamento de copropiedad, que representa el vínculo que liga a los miembros del consorcio tiene naturaleza contractual, y la estricta observancia de sus disposiciones es de fundamental importancia para el mantenimiento del sistema creado por la ley 13.512”: C.N.Civ., sala A, *ED*, 39; fallo 18.917; conf., sala D, *ED*, 38-136; *id.*, *id.*, *ED*, 16-323; C.N.Espec.Civ. y Com., sala V, 3.4.89, *ED*-124-399. C.N. Civ., sala G, 2.3.95: *ED*, f 46.943, supl. del 20.2.96.

ciertas cláusulas que obligatoriamente debe contener (art. 9 de la ley y 3 de su decreto reglamentario), ya que ellas sólo implican una razonable limitación de la autonomía de la voluntad; ni tampoco por el hecho de que pueda ser modificado por un sistema de mayorías que, en principio, es de dos tercios; ni menos aún en el supuesto de que se redacte de conformidad a la autorización contenida en el art. 1º del dec. 18.734/49, pues aquí nos hallaríamos o bien frente a una oferta de contrato, que se perfecciona al ser aceptada por los distintos adquirentes de las unidades⁶³, o bien en presencia de un contrato de adhesión.⁶⁴

Cláusulas
obligatorias

En el art. 9 de la ley se determinan ciertas cláusulas que obligatoriamente deberá contener el reglamento, las cuales aparecen complementadas por las que dispone el art. 3 de su decreto reglamentario, y que podríamos sintetizar así:

1) Enumeración de las partes exclusivas y comunes del edificio (art. 3, incs. 1 y 3, dec. reglamentario).

2) Determinación de la proporción que corresponda a cada piso o departamento con relación al valor del conjunto.⁶⁵

3) El uso de las cosas y servicios comunes y destino de las diferentes partes del inmueble (art. 3, incs. 4 y 5, dec. reglam.).

4) Cargas comunes, forma y proporción de la contribución de los propietarios a los gastos o expensas comunes (art. 9 de la ley y art. 3, inc. 6, dec. reglam.).

5) Designación de un representante de los propietarios o administrador, facultades y obligaciones, retribución y forma de su remoción (art. 9, incs. a) y b) de la ley y art. 3, inc. 7, dec. reglamentario).

6) Forma y tiempo de convocatoria de las asambleas ordinarias y extraordinarias⁶⁶, persona que las presidirá, reglas para deliberar, quórum⁶⁷, mayorías necesarias para modificar el reglamento y adoptar otras resoluciones, cómputo de votos y representación.⁶⁸

⁶³ Así, Laquis-Siperman, *op. cit.*, pág. 43.

⁶⁴ En ese sentido se inclina Bendersky, *Propiedad horizontal*, pág. 106 y sigs., ed. 1967; conf. Laje, estudio en *LL*, 104-517.

⁶⁵ Usualmente en los reglamentos esta obligación se concreta en la redacción que vimos en la nota 40.

⁶⁶ Esta distinción entre las asambleas consta sólo en el decreto reglamentario: art. 3, inc. 8, pero no en la ley 13.512.

⁶⁷ Nuevamente esta previsión está contenida en el decreto reglamentario y no en la ley, que en ningún momento trata del quórum en las asambleas.

⁶⁸ Respecto de las representaciones en las asambleas, dispone el "reglamento tipo" de la Cámara Argentina de la Propiedad Horizontal, que hemos mencionado: "Los copropietarios podrán hacerse representar en las reuniones por mandatarios, para lo cual será suficiente la presentación de una cartapo-

7) Persona que ha de certificar los testimonios a que se refieren los arts. 5 y 6 del decreto reglamentario.⁶⁹

8) Constitución de domicilio de los propietarios que no han de habitar el inmueble.⁷⁰

1. Modalidades de su sanción

De conformidad al art. 9 de la ley 13.512, el reglamento puede ser redactado y sancionado por todas las personas que van a constituir el futuro consorcio de propietarios. En estos supuestos y teniendo en cuenta el carácter de contrato que reviste el acto de sanción del primer reglamento, la mayoría requerida para ello será la de la *unanimidad*, puesto que de lo contrario faltaría el consentimiento, que es un elemento esencial en todo contrato —art. 1137 Cód. Civil.⁷¹

Pero ¿qué sucedería si los adquirentes de las distintas unidades no logran ponerse de acuerdo sobre la redacción del reglamento?

Al respecto, se ha resuelto que:

“En la redacción del reglamento de copropiedad debe concurrir la voluntad de todos los copropietarios, pues sólo en la eventualidad de procederse a su reforma se exige una mayoría no menor de dos tercios⁷²; pero en casos excepcionales, cuando la redacción del reglamento de copropiedad no surge de la voluntad de quienes resulten copropietarios, por faltar la unanimidad, no queda otro recurso que la decisión de la justicia, asesorada por peritos que habrán de conciliar los intereses y atender lo que es usual en la materia; y ello, por aplicación analógica del art. 10, ley 13.512”.⁷³

der con la firma certificada por escribano público, Banco o por el Administrador. Un mismo mandatario no podrá actuar como mandatario de ningún copropietario. En caso de existir establecido un condominio por alguna de las unidades, los titulares de él deberán unificar representación”.

⁶⁹ Estos artículos se refieren a las copias de las actas del Libro de Actas y los certificados relativos a las deudas por expensas que pesen sobre las unidades que vayan a transferirse, ambas funciones usualmente puestas en los reglamentos a cargo del administrador.

⁷⁰ “Cada copropietario se obliga a comunicar al administrador su nombre y apellido así como el domicilio que constituye a los efectos de las notificaciones y/o citaciones a que hubiere lugar, teniéndose por constituido el del departamento en caso de silencio. Estas constancias deberán ser consignadas por el Administrador en el Registro de Propietarios que deberá llevar”: corresponde al modelo de reglamento de la Cámara Argentina de la Propiedad Horizontal.

⁷¹ Conf. C.N.Civ., sala C, *ED*, 2-722; *id.*, sala E, *ED*, 5-250; Racciatti, *op. cit.*, n° 58; Laquis-Siperman, *op. cit.*, pág. 49.

⁷² C.N.Civ., sala E, *ED*, 11-371.

⁷³ C.N.Civ., sala C, *LL*, 106-469; conf. S.C.Bs. As., *DJ*, del 6.6.61; conf. Racciatti, *op. cit.*, págs. 108/9.

Por los
futuros
consorcios

Por el
propie-
tario
vendedor

Justamente, para aventar el problema reseñado *supra*, el art. 1° del dec. 18.734/49, contempla y autoriza otra modalidad de sanción del reglamento, al establecer que:

“Sin perjuicio de la obligación de redactar e inscribir un reglamento de copropiedad y administración, impuesta al consorcio de propietarios por el art. 9 de la ley 13.512, dicho reglamento podrá también ser redactado e inscripto en los registros públicos por toda persona, física o ideal, que se disponga a dividir horizontalmente en propiedad —conforme al régimen de la ley 13.512— un edificio existente o a construir y que acredite ser titular del dominio del inmueble con respecto al cual solicite la inscripción del referido reglamento.”

Así, se ha resuelto que:

“El reglamento redactado por el propietario-vendedor y que ha recibido la adhesión total de los copropietarios, tiene tanto valor como el que éstos hubieran acordado a consecuencia de un acto deliberativo conjunto”.⁷⁴

y que:

“La comprobación de que una cláusula que exonera de contribuir a ciertos gastos fue introducida en el reglamento de copropiedad por el propietario del inmueble, cuando se dispuso a someterlo al régimen horizontal no acarrea ninguna sospecha de ilicitud...”.⁷⁵

y que:

“El hecho de que el reglamento de copropiedad no haya sido redactado por el consorcio de propietarios, como prescribe el art. 9 de la ley 13.512 sino por el anterior titular del dominio, no puede ser motivo de agravio por el adquirente de uno de los departamentos que componen la finca, porque además de ser tal circunstancia conocida por el interesado, el art. 1° del dec. reglamentario 18.734/49 autoriza a redactarlo a toda persona física o ideal que se disponga a dividir horizontalmente un edificio”.⁷⁶

Pero también se ha sostenido que:

“Abusa de la facultad que le confiere el art. 1° del dec. 18.734/49, el propietario que a título de redactar el reglamento de copropiedad introduce cláusulas que debieron ser establecidas en el contrato de

⁷⁴ C.N.Civ., sala E, *ED*, 11-371; C.N.Espec.Civ y Com., sala V, *ED*-124-399.

⁷⁵ C.N.Civ., sala B, *ED*, 19-138.

⁷⁶ C.N.Civ., sala D, *LL*, 88-182; conf. sala E, *LL*, 140-766 (24.687-S).

venta que rige sus intereses como vendedor. Si se ha reservado formar parte del consorcio, no debe tener sino un interés de copropietario, que delibera como tal con sus iguales".⁷⁷

y que:

"Es violatoria de la ley 13.512 la cláusula del reglamento redactado por el propietario-vendedor mediante la cual es la voluntad de éste la que se impone a los demás integrantes del consorcio, al asegurar la intangibilidad del reglamento con el sistema de votación que asegura el predominio de su voto".⁷⁸

En cuanto al "Reglamento interno", se ha dicho que "la mayoría que se requiere para la sanción del reglamento interno es la genérica prevista para tratar asuntos de interés común".⁷⁹

Reglamento
interno

Tanto en uno como en otro caso —sanción por los copropietarios o por el propietario-vendedor— el Reglamento de Copropiedad debe ser redactado en *escritura pública e inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble* —art. 9, ley 13.512 y 1° del dec. reglamentario:

Formalidades

"La formalidad de la escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad del reglamento de copropiedad, es un requisito impuesto... para que la propiedad horizontal nazca a la vida jurídica. Se trata de una formalidad de cumplimiento ineludible, para que pueda funcionar ese régimen, no pudiendo asentarse en los registros públicos título alguno por el que se constituya o transfiera el dominio u otro derecho real, hasta que aquella exigencia se cumpla".⁸⁰

2. Efectos de su inscripción

La inscripción del Reglamento en el Registro de la Propiedad Inmueble, hace nacer el denominado "estado de propiedad horizontal", que es el punto de arranque indispensable y obligatorio para el nacimiento de los distintos derechos de propiedad horizontal que coexistirán en el edificio, pero dicha inscripción no produce por sí sola la división del inmueble, ni hace salir las unidades del patrimonio del enajenante, ni, en consecuencia, constituye el derecho de propiedad horizontal en cabeza de los

⁷⁷ C.N.Civ., sala A, *LL*, 91-228.

⁷⁸ C.N.Civ., sala E, *ED*, 11-371.

⁷⁹ C.N.Civ., sala A, *LL*, 148-706 (29.723-S).

⁸⁰ C.N.Civ., sala D, *ED*, 19-126.

distintos adquirentes, ni crea el consorcio de propietarios, resolviéndose la situación jurídico-dominial del inmueble por el título que le sirve de antecedente, que se rige por los principios comunes y no por el régimen de la ley 13.512.⁸¹

Ello es lo que resulta de lo dispuesto en los arts. 9, ley 13.512 y 2 y 24 del dec. reglamentario.

Una vez cumplida la formalidad de la inscripción, los adquirentes de las distintas unidades, a la vez que se incorporan al consorcio, adhieren íntegramente al reglamento en el momento en que pasan a ser titulares del derecho, aún sin ninguna manifestación expresa, y desde entonces es considerado dicho reglamento como formando parte integrante de sus títulos de dominio.⁸²

De lo dicho se desprende que cualquier pacto en contrario contenido en los contratos de adquisición de las unidades, solamente regirá las relaciones entre enajenante y adquirente, pero será totalmente inoponible al consorcio y a los demás copropietarios (arg. art. 1195 Cód. Civ.).⁸³

Si no se
inscribe

Pero se ha resuelto que:

“El reglamento de copropiedad, *esté o no inscripto*, obliga a las partes que lo firmaron, independientemente de la función que el cumplimiento de esa formalidad tiene en el nacimiento del consorcio de propietarios, por incorporación del bien al régimen de la ley de propiedad horizontal, ya que —por lo menos en cuanto a restricciones y límites al uso de la vivienda ocupada— semejantes prohibiciones pueden acordarse con fuerza obligatoria aun al margen de la relación consorcial que se origina en ese régimen”.⁸⁴

3. Análisis de la jurisprudencia relativa al momento en que se opera la transmisión del dominio

Ya hemos dicho que si bien la redacción e inscripción del Reglamento de Copropiedad es trámite esencial, ello no causa por sí mismo la división del inmueble, ni el nacimiento de los diversos derechos de propiedad horizontal, sino que luego de

⁸¹ Nos remitimos a cuanto dijimos al tratar de los “modos de adquisición del derecho de propiedad horizontal”.

⁸² Conf. Laquis-Siperman, pág. 53 y sigs.; C.N.Civ., sala F, *ED*, 21-390; *id.* sala B, *ED*, 35-689; *id.*, sala D, *ED*, 39-324; *id.*, sala A, *ED*, 8-23; *id.*, sala C, *LL*, 150-302.

⁸³ Conf. Laquis-Siperman, *op. cit.*, pág. 54; C.N.Civ., sala E, *LL*, 122-13 (617-S); *id.*, sala D, *ED*, 25-643; S.C.Bs. As., *ED*, 16-333.

⁸⁴ C.N.Civ., sala E, *ED*, 16-355.

dicho paso previo —o por lo menos simultáneo (art. 24, dec. 18.734/ 49)— es menester para que surjan tales derechos el cumplimiento de todos los requisitos impuestos por el Código Civil: tradición, escritura pública (art. 2609) e inscripción del título para hacerlo oponible a terceros (art. 2505).

A veces se ha pretendido la adquisición de un derecho real oponible a terceros por quienes son titulares de boletos de compraventa de unidades y han obtenido la posesión, mediando sanción del Reglamento de Copropiedad.

Boleto más
posesión
más
sanción e
inscrip-
ción del
regla-
mento

Invariable jurisprudencia ha resuelto que en tales casos no se habría constituido derecho real alguno a favor de dichos adquirentes, por que cualquiera fuera el alcance de los boletos de compraventa —simples promesas de venta o verdaderos y perfectos contratos de compraventa— así como de la posesión conferida en virtud de ellos —legítima, según el agregado al art. 2355 Cód. Civ.—lo cierto es que estos elementos no son aptos para operar la trasmisión del derecho real a la cabeza del adquirente, a cuyo efecto es necesario la firma de la escritura, como surge prístinamente de los arts. 2609 y 2602 Cód. Civ., amén de la inscripción del título en el Registro de la Propiedad, a los fines de hacerlo oponible a terceros —art. 2502 Cód. Civ. y art. 2 de la ley 17.801.⁸⁵

En ese sentido se ha expedido la jurisprudencia, y de allí que hayan tenido que arbitrarse medios de protección de los titulares de estas promesas de venta, como por ejemplo el régimen de la “prehorizontalidad” y el del art. 1185 bis Cód. Civ., que más adelante examinaremos.

Es de obligada mención aquí el fallo dictado por la Cám. Nac. Com., sala B, el 26.12.58, en la tercería de dominio interpuesta por Mario Franchini S.A. en los autos “Dolinsky de Edelman c/Wacholder”⁸⁶, donde se resolvió:

Jurispru-
dencia

“La inscripción por el propietario de todo el inmueble del reglamento de copropiedad en el Registro Inmobiliario, no produce por sí sola, ni la división de la propiedad —de acuerdo con el art. 9 de la ley 13.512 y los arts. 12 y sig. del dec. 18.734/49—, ni la transferencia del dominio en favor de cada uno de los compradores. La transmisión del dominio de un inmueble exige escritura pública y tradición —arts. 1184 inc. 1º y 577 Cód. Civ.— y hasta que no se cumplan ambos requisitos, la cosa no ha

⁸⁵ Para un análisis más profundo del problema, véase mi estudio, “El poseedor en virtud de boleto de compraventa”, en *LL*, 141-941 y cuanto decimos en el Capítulo 3, Volumen I.

⁸⁶ *LL*, 94-400.

salido del patrimonio del propietario y puede ser ejecutada por sus acreedores. La posesión recibida en virtud de un boleto de compraventa, aun cuando se admitiera que confiere a su titular un derecho frente al propietario que la transmitió, carece de eficacia respecto de terceros, sólo conferirá el derecho reconocido por el art. 1185 Cód. Civ., y es insuficiente para fundar en ella la tercería de dominio".⁸⁷

Dentro de esa corriente se ha decidido que:

"El comprador de una unidad horizontal, con boleto de compraventa y posesión, que tomó a su cargo el pago de las expensas comunes, no está incorporado legalmente al consorcio de propietarios, lo cual se producirá al otorgarse la escritura traslativa de dominio, sin perjuicio de lo cual, existe entre él y los propietarios de las restantes unidades, una relación jurídica nacida de una comunidad de derechos e intereses, que crea obligaciones recíprocas entre los comuneros, similares a las que aparecen regladas por la ley 13.512, circunstancia que justifica la aplicación analógica de dicha ley".⁸⁸

Y no puede argumentarse con la calificación como legítima que el agregado al art. 2355 Cód. Civ. hace en relación a la posesión adquirida en virtud de un boleto de compraventa, pues esta calificación no tiene la consecuencia de atribuir derecho real alguno a su titular, como creemos haberlo demostrado en un trabajo anterior.⁸⁹

Consortio
de hecho

No obstante lo expuesto, la jurisprudencia se ha tenido que enfrentar con supuestos en los cuales, sin haberse perfeccionado el derecho real de propiedad horizontal en cabeza de los adquirentes, ya sea por no mediar sanción del reglamento de copropiedad o por no haberse suscripto las pertinentes escrituras traslativas de dominio, existen sin embargo una serie de relaciones comunitarias entre esos adquirentes.

No siendo del caso la aplicación de las normas del Código Civil que rigen la figura del condominio común⁹⁰, la jurisprudencia ha resuelto que:

⁸⁷ En igual sentido fallos posteriores: C.N.Civ., sala C, *LL*, 122-713; *id.*, sala E, *ED*, 42-373; C.N.Com., sala A, *LL*, 143-540 (26.463-S); *id.*, sala B, *LL*, 138-996; C. Apel. C.C. Rosario, sala II, *LL*, 135-1103 (20.846-S).

⁸⁸ Como creemos haberlo demostrado en un trabajo anterior, citado en la nota 84; Conf. Gatti-Alterini, estudio en *LL*, 143-1146.

⁸⁹ C.N.Civ., sala D, *ED*, 16-346.

⁹⁰ Que sí lo serían en la hipótesis de haberse firmado escrituras traslativas del derecho real de condominio —no de propiedad horizontal— correspondiendo a cada adquirente una parte indivisa sobre el terreno y todo el edificio, sin poder hacerse distinción alguna entre partes privativas y comunes.

“Desde que las promesas de venta de un inmueble se realizan bajo el régimen de la ley 13.512 y los compradores designan un representante legal y un administrador común, recibiendo la posesión de los departamentos adquiridos y contribuyendo a la administración del edificio, existe entre ellos una relación jurídica que, si bien no está contemplada por aquella ley, se rige por la aplicación analógica de sus disposiciones”.⁹¹

y que:

“Excepcionalmente puede reconocerse al grupo de copropietarios que funcione orgánica y unitariamente con anterioridad a la formalización del reglamento de copropiedad, gobernado por las reglas de la ley 13.512 y atribuirle carácter de sujeto de derecho, en tanto se pruebe la existencia de una comunidad de intereses y la gestión promiscua de ellos por los asociados. Cuando se dé en los hechos el funcionamiento de un consorcio que no ha llegado a constituirse definitivamente por falta de reglamento de copropiedad, pero cuyas características impongan someterlo analógicamente al régimen de la ley 13.512, sólo las obligaciones asumidas para la satisfacción de cargas comunes podrán eventualmente reputarse contraídas por el consorcio posteriormente constituido en forma regular, pero no las contraídas con motivo de la construcción del edificio”.⁹²

y que:

“al transformarse el ‘consorcio de hecho’ en ‘consorcio de derecho’ por haberse perfeccionado la adquisición del derecho real a favor de cada uno de los adquirentes (en el caso, por boleto de compraventa), los derechos y también las obligaciones nacidas en cabeza del primero con motivo de la gestión y desenvolvimiento de los intereses comunes, habrían pasado a constituirse en derechos y obligaciones del último. Porque el ‘consorcio de derecho’ continuó la personalidad jurídica del ‘consorcio de hecho’, por tratarse de la misma persona, regularizada jurídicamente (arg. por analogía, art. 22, ley 19.550) —texto según reforma de la ley 22.903— y art. 16, Código Civil; conf. C.N. Com., sala C, DE-73-253; Cesaretti, D., Aspectos esenciales de la regularización societaria, *Revista del Notariado*, n° 801, mayo/junio 1985, p. 451”⁹³.

⁹¹ C.N.Civ., sala D, *LL*, 83-125. C.N. Civ. y Com. Fed., sala II, causas 5840 del 17.2.78; 9260 del 20.8.93; y 9187 del 25.3.94 (inéditas); voto del Dr. Luis M. Rezzónico como vocal de la C. Ap. Mar del Plata, *JA*-1955-IV-45; C.Civ. y Com. Mar del Plata, sala 1ª, 18.8.92, *JA*, supl. del 5.5.93, con nota de Constantino, J.A. - Rosales Cuello, R., Proceso ejecutivo vs. consorcio de copropietarios de hecho (Un divorcio procesal por incompatibilidad genética); Laquis, M.-Siperman, A., *ob. cit.*, pág. 57; Laje, E., Adquisición de unidades futuras y consorcios de hecho en materia de propiedad horizontal, *LL*-112-1058.

⁹² S.C.Bs. As., *ED*, 39-306; conf., C.N.Civ., sala D, *ED*, 48, f. 22.371.

⁹³ C.N. Civ. y Com. Federal, sala II, causa 9187 - “Irusta, D. c/Consorcio Coronel Díaz 2257/87” - del 25.3.94, inédita.

4. Modificación según el reglamento

Mayorías

Conforme al art. 9 de la ley 13.512, que impone la redacción del reglamento, "dicho reglamento sólo podrá modificarse por resolución de los propietarios, mediante mayoría no menor de dos tercios...".

De allí surge que, para la modificación del reglamento, es necesaria la realización de una asamblea convocada al efecto, cuya decisión se tome por una mayoría de 2/3 por lo menos, que se calculan sobre el total de los copropietarios del edificio (y no sólo sobre los presentes en la asamblea).

Cláusulas estatutarias y reglamentarias

Aunque la ley no hace distinción alguna respecto de las disposiciones del reglamento y parece resultar de ella que su modificación, cualesquiera ellas sea, puede lograrse con los 2/3 de votos, doctrina y jurisprudencia diferencian dos tipos de cláusulas dentro de aquél:

1) Aquellas que hacen al estatuto o situación patrimonial de cada uno de los copropietarios, vale decir, aquellas que otorgan derechos subjetivos patrimoniales a los consorcistas, en tanto personas individuales, las que afectan la extensión y existencia misma de los derechos reales y personales de los copropietarios; se las denomina *cláusulas estatutarias o contractuales*, requiriéndose para su modificación, no los 2/3 sino la *unanimidad*, ya sea porque a veces lo exige la propia ley⁹⁴ ya por aplicación del principio de que nadie puede ver alterado su patrimonio sin prestar su consentimiento (art. 17 de la Constitución Nacional).⁹⁵

Así, las que determinan las partes exclusivas y comunes, las que fijan la participación de cada copropietario sobre los bienes comunes, las que determinan la proporción en que cada uno contribuye al pago de las expensas comunes, las que establecen el destino de las unidades:

"...alguna limitadísima excepción tal vez deba ser admitida cuando una particular situación aconseje apartarse del principio general de la unanimidad".⁹⁶

⁹⁴ Por ej.: art. 2, art. 3, 2ª parte, 9, 1ª parte, los que hablan de "convención" o de "acuerdo de partes" los cuales, como es obvio, necesitan del consentimiento de todos: art. 1137 Cód. Civil.

⁹⁵ Conf. Laquis-Siperman, pág. 64; Laje, *LL*, 104-521; Bendersky, *Propiedad Horizontal*, pág. 110 y sigs.; C.N.Civ., sala B, *LL*, 104-507; *id.*, *id.*, *LL*, 141, fallo 66.208; *id.*, sala D, *ED*, 16-351; *id.*, sala E, *ED*, 11-371; *id.*, sala F, *ED*, 28-532, entre otros. C.N.Civ., sala F, 16.9.91, *LL*, f. 89.947 o Doctrina Judicial, f. 6191; C.N.Espec.Civ.y Com., sala VI, *ED*-93-783.

⁹⁶ Así, votos de los Dres. Fliess y Martínez en el fallo de la C.N.Civ., sala

y se ha resuelto que:

“Si por el reglamento el destino es mixto (vivienda y consultorios, comercios, oficinas, etc.), la mayoría que se requiere para modificar el reglamento y tal destino es la que fije el reglamento y, en todo caso los dos tercios, y este distinto criterio es porque la regla en el régimen de la ley 13.512 es proteger la vivienda particular y la excepción constituye la autorización que se puede acordar para el funcionamiento de escritorios, oficinas, consultorios, etc.”⁹⁷

Un fallo singular

2) Las demás cláusulas, que son las que se denominan *reglamentarias*, y para cuya reforma sólo requieren los dos tercios de votos.

El tema de la reforma del reglamento de copropiedad plantea los siguientes interrogantes principales:

Interrogantes

1) ¿Pueden establecerse en el mismo reglamento, mayorías distintas a las exigidas por la ley en punto a modificación del estatuto?

2) ¿El reglamento puede ser modificado judicialmente?

3) ¿Qué reglas se aplican en el supuesto de que el reglamento haya sido redactado en las condiciones del art. 1° del dec. 18.734/49?

4) ¿Qué formalidades deben cumplirse respecto de la reforma del Reglamento?

Primer interrogante

De conformidad al art. 9 de la ley 13.512, el reglamento sólo podrá modificarse “por una mayoría no menor de dos tercios”.

Es decir que el reglamento podría preveer para su reforma una mayoría distinta de la establecida por la ley, siempre que ella fuera superior —es decir “no menor”— a los dos tercios que la misma fija.⁹⁸

Es claro que cuando se tratara de cláusulas estatutarias, cualquier previsión reglamentaria que fijara una mayoría distinta de la unanimidad que se requiere para su modificación —como hemos visto— sería irrelevante, atento el principio que dejamos

B, LL, 141, fallo 66.208, en el que se ejemplifica con un reglamento que prohiba el destino distinto al de vivienda, si el edificio está ubicado en una zona comercial y todos los copropietarios, menos uno, están de acuerdo en que el reglamento se reforme en el sentido de permitir el destino comercial de las partes privativas.

⁹⁷ C.N.Civ., sala F, ED, t. 44, fallo 20.724.

⁹⁸ Conf. Laquis-Siperman, pág. 63; C.N.Civ., sala D, JA, 1966, II-590.

expuesto: las mayorías establecidas por la ley pueden ser agravadas en el reglamento, pero nunca disminuídas.

A nuestro juicio, las modificaciones a cláusulas estatutarias resueltas por una mayoría que, aunque se ajustara al reglamento, fuera diferente de la unanimidad, podría ser atacada de nulidad por los disidentes.

Segundo interrogante

Del art. 9 de la ley parecería desprenderse que el reglamento no puede ser modificado judicialmente, ya que allí se dice que "dicho reglamento sólo podrá modificarse por resolución de los propietarios...".

De esta disposición y de la naturaleza contractual del estatuto, se deriva para algunos la imposibilidad de que el reglamento sea modificado por los jueces⁹⁹, los cuales lo único que estarían autorizados a declarar, sería la nulidad de las cláusulas contrarias a la ley, la moral, las buenas costumbres, o manifiestamente arbitrarias —arg. art. 953 Cód. Civ.—, pero no a sustituir esas por otras previsiones, cuyo establecimiento queda reservado exclusivamente a la voluntad de los copropietarios.

Jurispru-
dencia

La jurisprudencia mayoritaria, sin embargo, tiene decidido que la reforma del reglamento puede lograrse por vía judicial, porque "al igual que todas las diferencias entre partes sin solución privada, la solución tiene que buscarse por la vía judicial"¹⁰⁰

Es de hacer notar, sin embargo, que los únicos supuestos que se han llevado a los estrados de la justicia en este aspecto,

⁹⁹ Así, Laquis-Siperman, pág. 60 y sigs.; Laje, *LL*, 104-507; C.N.Civ., sala A, *LL*, 121-638, donde se dijo: "...el Tribunal no está facultado para suplir la voluntad de los contratantes en la formación de los contratos, de donde, por ninguna vía procesal podría imponer a algunos consorcistas una modificación del reglamento de copropiedad para la cual ellos niegan el consentimiento".

¹⁰⁰ C.N.Civ., sala F, 16.9.91, Doctrina Judicial, f. 6191 o *LL*, f. 89.947. *Contra*: considerando que la decisión asamblearia es el único modo de alterar el régimen y las proporciones con base en las cuales se determina la contribución en las expensas comunes y que la reforma judicial de dicho régimen es especie extraña, no solo a la propia normativa del sistema sino a la esencia misma de los derechos de propiedad implicados. La decisión judicial sólo es admisible en los supuestos en que fuera requerida para la invalidación, por vía de nulidad, de decisiones asamblearias irregulares o violatorias que la justifiquen o cuando se trata de poner coto a cláusulas que avasallen el derecho de las minorías o que afecten los principios de moralidad y buenas costumbres": C.Apel. C.C Bahía Blanca, sala I, *ED*-127-399.

han sido aquellos relativos a la liberación de gastos de servicios cuya subvención el reglamento imponía a todas las unidades, por parte de aquellas que no los utilizaban.

Así, al hacer lugar a la demanda entablada por el propietario de unidades situadas en la planta baja de un edificio, tendiente a que se lo liberase de pagar la parte correspondiente a servicios centrales que tales unidades no recibían, la Cám. Nac. Civ., sala A¹⁰¹ dijo:

“...que si la mayoría de propietarios no accede a la modificación del prorrateo de las cargas comunes, y por consiguiente no puede celebrarse la ‘convención’ a que alude el art. 8 de la ley 13.512, la vía judicial queda expedita a la minoría, y en consecuencia, habrán de efectuarse luego las correspondientes modificaciones, ampliaciones o aclaraciones del reglamento en la parte respectiva”.¹⁰²

Ello es así porque:

“...en materia de propiedad horizontal, aún en los asuntos que exigen

¹⁰¹ Con fecha 22.2.61, citado por Laje en *LL*, 104-519.

¹⁰² Conf. C.N.Civ., sala A, *LL*, 91-228; *id.*, *E.D.*, fallo 19.094; *id.*, sala E, *LL*, 118-324; *id.*, sala D, *ED*, 16-315; *id.*, sala B, *LL*, 104-507; *id.*, *LL*, 136-332; *id.*, sala C, *ED*, 28-954; *id.*, *ED*, 32-510; *id.*, sala F, *LL*, 137, fallo 64.681, donde se dijo que “el propietario de un local con entrada independiente y que no tiene depósitos en alguna de las plantas del edificio que le obliguen al uso del ascensor, puede ser eximido de los gastos de uso de éste (sueldos y ropas de los ascensoristas, consumo de corriente eléctrica, etc.) y también de los gastos de luz de los pasillos interiores del edificio pero no así de las expensas por decoración en el interior del edificio y conservación, reparación o renovación de la maquinaria del ascensor, pues tratándose del beneficio de una cosa común, su pago incumbe a todos los copropietarios”.

Sin embargo, en fallo publicado en *LL*, 138, fallo 65.128, la C.N.Civ., sala D, dijo:

“—Los consorcistas que aceptaron el reglamento no pueden, desconociendo el compromiso contraído, negarse a pagar las expensas devengadas, entre ellas los gastos por funcionamiento del ascensor, que también les pertenece en condominio y al que no pueden renunciar.

“—Los gastos de portería, en principio, son indivisibles.

“—Los gastos de la luz del hall de entrada y pasillos, de manera directa o indirecta, también tienen relación con la actividad que pueda desarrollarse en esos locales que estructuralmente, de manera orgánica y funcional, forman parte del edificio por cuyo mantenimiento están obligados a velar todos los propietarios, pagando incluso seguros de los que el reglamento prevé de conformidad con lo establecido por la ley.

“—No procede la modificación del reglamento de copropiedad y administración por vía judicial si el accionante manifestó expresamente (como en el caso) en la escritura de compra que “conoce, acepta y se somete plenamente” a dicho reglamento, pretendiendo sustraerse a obligaciones que libremente aceptó, sin que se den circunstancias sobrevinientes ni alegarse ni probarse la existencia de vicios de la voluntad invalidantes que justifiquen su actitud”.

unanimidad puede requerirse judicialmente la modificación que se considere justa y necesaria para evitar arbitrariedades".¹⁰³

Tercer interrogante

En las hipótesis de reglamentos redactados por el propietario vendedor, puede suceder que en él se haya establecido para determinadas cláusulas (sobre todo las relativas al régimen y persona del administrador) la irrevocabilidad, por lo menos durante algún tiempo, o la exigencia de la unanimidad para lograr determinadas reformas, la cual puede no alcanzarse por haberse reservado el aludido vendedor la propiedad de una o varias unidades, con lo que va dicho que su voto será desfavorable a la reforma, sobre todo si para dichas unidades, en el reglamento por él redactado, se ha impuesto un régimen un tanto beneficioso.

Al respecto, el art. 7 del dec. 10.712/54, reproducido por el art. 18 del dec. 4970/59, relativo a la represión del agio y la especulación establecía:

"El reglamento de copropiedad redactado e inscripto por el titular del dominio de la propiedad a dividir horizontalmente, podrá ser modificado en cualquier momento por el consorcio de propietarios, en las condiciones previstas en el art. 9 de la ley 13.512, cualquiera fuera el plazo estipulado y aunque se hubiera establecido la cláusula de irrevocabilidad".¹⁰⁴

Con base a los decretos aludidos, la jurisprudencia resolvió que:

"El reglamento de copropiedad redactado e inscripto por el titular del inmueble a dividir, puede ser modificado en cualquier momento

¹⁰³ C.N.Civ., sala F, 16.9.91, LL, f. 89.947 o Doctrina Judicial, f. 6191. Dijo el Tribunal en su sentencia que "conforme con el art. 8°, ley 13.512, salvo convención en contrario todos los copropietarios deben contribuir a los gastos que determina la administración y reparación de la cosa común. Solo a título excepcional puede ser eximido judicialmente un copropietario de contribuir en los gastos comunes, lo que implica aplicar un criterio restrictivo. Es posible eximir a un copropietario de contribuir a gastos de servicios que no está absolutamente en condiciones de recibir, ni de utilizar, pero debe distinguirse el pago de servicios que no se prestan ni pueden prestarse a un copropietario, de los gastos de conservación y reparación vinculados al edificio en general (v.g. pintura del edificio). Los locales de planta baja con salida directa a la calle deben contribuir a los gastos de portería y limpieza del edificio y mantenimiento de las instalaciones cloacales; sin embargo, no deben contribuir a los gastos de mantenimiento de los ascensores".

¹⁰⁴ Este decreto quedó sin efecto al no prorrogarse a su fenecimiento (30.6.59) el régimen represivo del agio.

por el consorcio de propietarios —por mayoría de éstos no menor de 2/3— cualquiera fuese el plazo estipulado o aunque se hubiera establecido la cláusula de irrevocabilidad”.¹⁰⁵

Habiendo cesado el régimen relativo al agio y la especulación, se ha resuelto que:

“Es exacto que puede haber cláusulas abusivas en los reglamentos constituidos por el propietario único del inmueble que se dispone luego a desprenderse de las unidades horizontales de su pertenencia. Si así fuera, los copropietarios tienen la vía judicial abierta para lograr las modificaciones que estimen justas y que la autoridad jurisdiccional puede consiguientemente ordenar, luego de oídos todos los interesados en el procedimiento judicial que brinda a todos las garantías debidas. Lo que no puede efectuarse es la reforma decidida por la mayoría de los copropietarios que infringen las exigencias de quórum existentes en el reglamento y que por ello mismo, incurrn en actos de una nulidad evidente”.¹⁰⁶

Cuarto interrogante

Según el art. 9, *in fine*, de la ley 13.512, la modificación del Reglamento “deberá también consignarse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad Inmueble”.

En ese sentido, se ha resuelto que “es ineludible que la modificación del Reglamento de Copropiedad se instrumente en escritura pública, porque aun cuando pudiera atribuirse a la sentencia judicial el carácter de instrumento público, considerándola comprendida en el inc. 2°, art. 979, Código Civil, de todos modos constituye una especie distinta de instrumento público, de modo que aquélla no podría suplir a ésta cuando se trata de la modificación de un Reglamento de Copropiedad”.¹⁰⁷

La modificación consignada en escritura pública debe ser inscripta en el Registro de la Propiedad Inmueble, como ya dije (conf. art. 9, última parte, ley 13.512).

¹⁰⁵ C.N.Civ., sala A, LL, 91-227; *id.*, sala E, ED, 11-371; LL, 118-324; *id.*, sala C, LL, 100-12.

¹⁰⁶ C.N.Civ., sala A, ED, 39-748; conf. C.N.Civ., sala D, ED, 38-137. *Contra*: considerando que los dos tercios de los copropietarios podrían —no obstante previsión reglamentaria exigiendo la unanimidad o estableciendo la irrevocabilidad— modificar en cualquier momento el reglamento, por ser la norma del art. 9, ley 13.512, de orden público: Laquis-Siperman, *op. cit.*, pág. 51.

¹⁰⁷ C.N.Civ., sala C, 12.12.89, JA, supl. diario del 22.8.90, pág. 50.

Capítulo 7

Propiedad Horizontal (continuación)

SUMARIO. I. Consorcio de propietarios: concepto y naturaleza jurídica. II. El administrador: A) Designación. Remoción. B) Facultades y obligaciones del administrador. C) Personería del administrador para actuar ante la justicia. III. Asambleas: A) Decisiones. Presupuestos necesarios para su validez: 1. Convocatoria; 2. Quórum; 3. Mayorías. Distintas clases de mayorías. B) Nulidad. C) Imposibilidad de reunión de las mayorías necesarias. D) Exteriorización de las decisiones.

I. Consorcio de propietarios: concepto y naturaleza jurídica

El art. 9 de la ley 13.512 establece la obligación de acordar y redactar un Reglamento de Copropiedad y Administración que debe cumplir, al establecerse, el "consorcio de propietarios".

Es la única disposición de la ley que se refiere a esta figura, ya que en las demás siempre se menciona a los "propietarios".

Se ha planteado entonces el problema de saber si existe o no un ente distinto de los copropietarios, y si tal ente está dotado o no de personalidad jurídica.

Al respecto se han dado dos opiniones: 1) una que se pronuncia por el reconocimiento de la existencia del "consorcio" como entidad diferenciada de los copropietarios y atribuyéndole personalidad, hacia la que se ha volcado masivamente la jurisprudencia, y 2) otra que se inclina por la negativa.

La primera de ellas sostiene, basándose en los argumentos que daremos a continuación, que el consorcio es una persona de existencia ideal, aun cuando algunos hablan de "personalidad restringida" o "limitada" a la realización de los actos indispensables para la defensa, uso y goce de los intereses comunes.¹

El
consorcio
es persona

¹ Así, Julliot, cit. por Bendersky, *ob. cit.*, pág. 135, habla de *petite personnalité*. Conf. C.N.Civ., sala B, ED-110-561, considerando que "el consorcio carece de legitimación para promover acción por vicios redhibitorios contra la empresa constructora que edificó el edificio y vendió las unidades a los distintos copropietarios, pues su capacidad se halla limitada a los efectos de la gestión del edificio constituido en propiedad horizontal y no tiene vínculo ninguno

El comienzo de la existencia de estas personas estaría dado por la redacción e inscripción en el Registro de la Propiedad del Reglamento de Copropiedad y Administración, que será en adelante su estatuto regulador, con lo que se cumplen elementales normas de publicidad que sirven de garantía tanto a sus integrantes como a terceros.²

No obstante, esto no es del todo exacto. En efecto, cabe advertir que, como antes hemos explicado al estudiar los efectos que produce la inscripción del Reglamento de Copropiedad, ella origina el "*estado de propiedad horizontal*", pero no el nacimiento de los diversos derechos de propiedad horizontal que coexistirán en el inmueble. Este nacimiento de los derechos de propiedad horizontal, aun cuando requiere como requisito indispensable el previo o simultáneo registro del Reglamento (art. 2, dec. 18.734/49, reglamentario de la ley 13.512), sólo operará al cumplirse los requisitos comunes exigidos por el Código Civil (título suficiente y modo suficiente), requiriéndose al menos la existencia de dos titulares, pues nuestra ley no ha receptado la figura del consorcio de un solo propietario³.

Con todo lo cual va dicho que, si inscripto el Reglamento de Copropiedad (que da origen, repito, al "*estado de propiedad horizontal*"), media un agrupamiento de "futuros copropietarios", éstos configurarían sólo un "consorcio de hecho" o "preconsorcio". Únicamente cuando nazcan los distintos derechos de propiedad horizontal el agrupamiento constituirá un "consorcio (propia mente dicho)" o un "consorcio de derecho"⁴.

En el consorcio aparece, por otra parte, un sustrato material representado por los copropietarios de las unidades, cosas en condominio forzoso⁵, órganos de administración⁶ y principio de mayorías⁷, todo ello encaminado al cumplimiento de fines trascendentes a los de cada uno de sus miembros.

con la constructora vendedora". En igual sentido, C.N.Civ., sala A, 8.3.90, ED, f. 42.328, sobre la base de que el consorcio no es propietario de las partes comunes del edificio, según lo dispuesto en los arts. 2 y 3, ley 13.512.

² Es la opinión de Llambías, J.J., Parte General, Buenos Aires, 1984, t. II, n° 1117, pág. 52, quien dice que el Reglamento de Copropiedad es el acta de nacimiento del consorcio.

³ Sí lo hace el Proyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio de 1998, en su art. 1979.

⁴ Conf. Alterini, J.H. "Responsabilidad de los consorcistas por deudas del consorcio (Enfoque dinámico de la personalidad del consorcio)", en *El Derecho*, 56-729.

⁵ Arts. 2 y 3 de la ley 13.512.

⁶ Arts. 9, inc.a), 11 y 15, ley 13.512.

⁷ Arts. 9, inc. d), 10, 12 y 16, ley 13.512.

“El factor determinante de la personalidad está configurado por la presencia de una voluntad colectiva comunitaria que se manifiesta por un poder normativo originado en un órgano deliberativo, que funciona conforme a un estatuto y un órgano ejecutivo, personificado físicamente por el administrador, que interpreta y pone en marcha las decisiones adoptadas por el otro órgano, actuando como celoso guardián de los intereses de la comunidad.

“Estos principios surgen de lo dispuesto por los arts. 9, 10, 12 y 16, de los que claramente se desprendería la existencia de una persona distinta de sus componentes, con fines diferentes y con facultad de tomar decisiones respecto de los intereses comunes que llegan a revestir carácter compulsivo y de disponibilidad, de lo cual es un ejemplo patente la situación contemplada por los arts. 16 y 12.”⁸

El art. 15 pone de relieve lo expuesto, en cuanto autoriza al administrador a accionar contra uno de los copropietarios y, por otra parte, al manejo de fondos, percepción de aportes ordinarios por cargas comunes y extraordinarias, con destino especial e inversión de los mismos, lo cual revela la aptitud patrimonial propia del ente⁹, resultando de ello que puede ser sujeto activo y pasivo de obligaciones. Al respecto, la previsión del art. 8 de la ley “se encamina a la formación de un patrimonio propio del consorcio, sin perjuicio del valor que representa cada unidad integrante del edificio, con lo cual se posibilita la adquisición de derechos y el cumplimiento de obligaciones, reducidas, claro está, a lo que importe una consecuencia de la administración y uso de las cosas comunes, respondiendo cada propietario en forma proporcional a las obligaciones emergentes de esa administración en supuesto en que para responder al cumplimiento de estas últimas, no se cuente con los fondos necesarios”.¹⁰

La nueva redacción del art. 33 del Código Civil viene a aportar un nuevo argumento a esta posición, puesto que a diferencia de las normas anteriores a la ley 17.711, las personas jurídicas ya no son solamente las que necesitan de la autorización del Estado para funcionar.¹¹

⁸ C.N. Trabajo, *ED*, 13-672 (en pleno), fallo resuelto por unanimidad: “Nogueira, Seoana José c/ C. de P. Tucumán 1639” (2.12.65).

⁹ Bendersky, pág. 135, n° 191.

¹⁰ C.N. Trabajo en pleno, fallo cit. en nota 8.

¹¹ En esta posición militan, por ejemplo, Bendersky, *ob. cit.*, pág. 126; Racciatti, *ob. cit.*, pág. 126, quien llega a sostener que “los propietarios se desprenden, en la figura, de sus derechos sobre los bienes comunes en favor del consorcio, conservando al mismo tiempo el carácter de dueños exclusivos del piso o departamento que les pertenece”, lo que no parece exacto, frente a lo dispuesto por el art. 3 de la ley. Laje, est., *LL*, 99-430; Spota, *Trat. de Derecho civil*, t. I, vol. 3, pág. 175, n° 28, entre otros.

En resumen, de diversas normas de la ley¹² es posible inferir la existencia de un sujeto de derecho con los clásicos atributos propios de la personalidad jurídica: capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones, nombre¹³, domicilio¹⁴ y patrimonio.

Patrimonio del consorcio

Respecto del patrimonio del consorcio, está constituido por las contribuciones que deben efectuar los propietarios para el pago de las expensas comunes¹⁵, según lo dispuesto en el art. 8 de la ley 13.512, a cuyo respecto debe proveer obligatoriamente el Reglamento de Copropiedad (art. 9, inc. c), ley 13.512), siendo el consorcio el titular de los respectivos créditos por expensas.

Fondo de reserva

También el consorcio es titular del *fondo de reserva*¹⁶, que es formado con los aportes que a ese fin realizan los copropietarios, generalmente como una especie de "ahorro" para ser utilizado cuando circunstancias especiales así lo exijan o para la realización de obras de reparación o mejoramiento de los bienes comunes o para cualquier otro fin que aquéllos decidan.

El fondo de reserva no está contemplado en la ley 13.512, ni tampoco en su decreto reglamentario¹⁷. Empero, algunos Reglamentos de Copropiedad contienen previsiones sobre él, determinando la forma de integrarlo y la contribución que a ese efecto deben realizar los copropietarios, destino de los correspondientes fondos, órgano de la comunidad que puede disponer de él, etc. Su creación también puede ser resuelta posteriormente por la Asamblea, en el supuesto de que el Reglamento nada establezca sobre el particular.

Justamente porque el consorcio es titular del fondo de reserva, en caso de que sea enajenada alguna unidad, el consorcista enajenante no puede reclamar del consorcio suma alguna en concepto de restitución de aportes al fondo de reserva o "porcen-

¹² Arts. 8, 9, 10, 11, 12, 15 y 16 de la ley 13.512; arts. 1, 5 y 6 de su decreto reglamentario n° 13.734/49, que específicamente mencionan al "consorcio de propietarios".

¹³ Corrientemente se identifica al conjunto de propietarios como "*Consorcio de Propietarios calle... n° ...*"; conf. Laje, J. E., "La personalidad del consorcio de propietarios creado por la ley 13.512", *LL-99-435*.

¹⁴ Es el lugar del inmueble afectado al régimen de propiedad horizontal.

¹⁵ Gastos de administración, conservación y mejora de bienes comunes, primas del seguro del edificio, innovaciones en los bienes comunes dispuestas "en mira de obtener su mejoramiento o de uso y goce más cómodo o de mayor renta".

¹⁶ Conf. Alterini, J.H., "Responsabilidad de los consorcistas...", ya citado.

¹⁷ Sí en el Proyecto de Unificación de 1998, arts. 1980 y 1987.

tual” del fondo de reserva, ya que esos aportes pasaron a integrar el patrimonio del consorcio al ser efectuados¹⁸.

Usualmente las sumas que recauda el administrador para hacer frente a los gastos y las aportadas para el fondo de reserva son depositadas en cuentas bancarias abiertas a nombre del consorcio.

Se sostiene que, asimismo, el consorcio puede ser titular de créditos por medianería¹⁹.

En ese orden de ideas, es posible concluir en que el consorcio de copropietarios —en su calidad de persona de existencia ideal o persona jurídica— se encuentra habilitado para ser titular de unidades funcionales en el inmueble sometido al régimen de la ley 13.512²⁰. Ello, ya sea porque en el Reglamento de Copropiedad le sea asignada una (o más) unidad(es) funcional(es), o porque las adquiera luego previa decisión de la asamblea adoptada por unanimidad.

Pues, si la regulación legal, como hemos visto, confiere al consorcio la capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones —signo característico de la personalidad con arreglo al art. 33, inc. 2º, del Código Civil (texto según ley 17.711)—, si se concluye en que es titular de los créditos por expensas, del fondo de reserva, de créditos por medianería, si puede aun solicitar el beneficio de litigar sin gastos²¹; en suma, si se reconoce su carácter de persona jurídica, no se comprende cuál sería el estorbo para admitir que pueda ser titular de una unidad en el inmueble²², esto es, del derecho de propiedad horizontal, aun teniendo en cuenta la relevancia de este derecho real²³.

El
consorcio
dueño de
unidades
funcio-
nales

¹⁸ Tampoco, por la misma razón, podría el enajenante reclamar al adquirente el reintegro de lo aportado al fondo de reserva, como concepto separado del precio de transferencia —como no podría reclamar que se le abonara, aparte del precio, el porcentual que le corresponde, v.gr. en el ascensor, los pasillos, la pileta de natación, etc.—, a pesar de que, lógicamente, puede tenerlo en cuenta a los fines de la determinación de aquel precio: Conf. Mariani de Vidal, M., “Propiedad horizontal. Fondo de reserva y enajenación de la unidad”, *LL*, suplemento diario del 20. 9.2001.

¹⁹ Conf. Alterini, J.H., “Responsabilidad del consorcio...”, ya citado.

²⁰ Conf. Alterini, J.H., “Responsabilidad del consorcio...”, ya citado; *Contra*: Vinassa, L.M., “¿Es posible la adquisición de una unidad por el consorcio en la subasta judicial? Problemática de derecho privado y registral”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2002-2, pág. 373 y ss.

²¹ Conf. CNCiv., Sala F, 28.4.2004, *ED*, fallo 52.758, suplemento diario del 16.6.2004.

²² Por ejemplo, adquiriéndola en el remate judicial dispuesto en oportunidad del juicio ejecutivo promovido por el consorcio para el cobro de expensas adeudadas por algún copropietario.

²³ Desde luego que, en su caso, la adquisición deberá ser decidida en

Obsérvese que el art. 8, ley 13.512 dispone que los copropietarios están obligados a contribuir al pago de las expensas debidas a innovaciones dispuestas en las partes y bienes comunes por resolución de los propietarios, en mira de obtener su mejoramiento o de uso y goce más cómodo o de mayor *renta*. Y como las partes comunes, en principio, no podrían dar *renta*, la “mayor renta” que menciona la norma bien podría vincularse con estas unidades funcionales que —por ejemplo, alquiladas— generarían “mayor renta” para el consorcio, disminuyendo o hasta evitando la carga por expensas que incumbe a los copropietarios²⁴.

Al criterio enunciado no se opone, a mi entender, la circunstancia de que la ley 13.512 sólo regule en sus arts. 2 y 3 las “cosas comunes” y “bienes comunes”, ya que esa regulación no excluye —ni prohíbe— la posibilidad antes referida de que el consorcio acceda a la titularidad del derecho real de propiedad horizontal sobre unidades del edificio.

Ello así porque la ley contempla, en su art. 2, las partes y cosas comunes y específicamente las partes *necesariamente comunes*, esto es, las “cosas de uso común del edificio o indispensables para mantener su seguridad”. Pero en esa misma norma se establece que la enunciación “no tiene carácter taxativo” y autoriza la convención en contrario para los sótanos y azoteas; de donde se deduce la flexibilidad del precepto en cuanto a las partes que no sean necesariamente comunes.

Fuera, entonces, de las cosas que de conformidad con la ley revisten el carácter de necesariamente comunes (v.gr., “los locales para alojamiento del portero y portería”) o las que la ley dispone que pueden ser comunes o privativas (sótanos y azoteas), si los copropietarios decidieran adquirir una unidad funcional en el edificio, ninguna norma —tampoco el art. 2 de la ley 13.512— fuerza a que esa unidad funcional deba *convertirse* en una parte común de los consorcionistas, ni impide que conserve su naturaleza de unidad funcional y, como tal, sea asumida su propiedad por la persona jurídica consorcio, con la pertinente inscripción del respectivo título²⁵. Lo mismo cabría predicar para la asignación de unidades funcionales en el Reglamento de Copropiedad.

asamblea, por unanimidad, atento tratarse de un acto de disposición (arg. art. 14, ley 13.512).

²⁴ Es lo que sostiene Alterini, J.H., “Responsabilidad del consorcio...”, ya citado.

²⁵ El art. 1980 *del Proyecto de Unificación de 1998* dice que “El patrimonio del consorcio se integra con el fondo de reserva, otras recaudaciones, los créditos contra los consorcionistas o terceros, las unidades funcionales que se le asigne o adquiera en el inmueble y, en general, las cosas y bienes afectados en su beneficio dentro de los fines que justifican su existencia”.

Este parecer, por sobre hallar apoyatura en el régimen de la propiedad horizontal, arroja valiosos resultados que no es aconsejable desdeñar en la tarea interpretativa. Serían los siguientes:

Ventajas

1. En caso de que los consorcistas decidan (por unanimidad) adquirir una unidad funcional, no deberían ser modificados ni los planos del edificio, ni el Reglamento de Copropiedad, pues dicha unidad funcional no mudaría su carácter. En cambio, si esa adquisición implicara que sólo puede serlo en carácter de "cosa común", sería necesario modificar los planos y el Reglamento de Copropiedad, como es lógico, pues una unidad funcional pasaría a convertirse en cosa común; y esos trámites insumirían tiempo y demandarían los consiguientes gastos.

2. Si los consorcistas decidieran luego enajenar la unidad funcional adquirida (vía asamblea y por unanimidad), siendo el consorcio titular podría hacerlo como cualquier otro copropietario. En cambio si, como consecuencia de opinarse que el consorcio no puede ser titular de unidades funcionales y que si ella se adquiriera por los copropietarios debería pasar a ser "cosa común", su enajenación independiente no sería posible, a tenor de lo establecido en el art. 3 de la ley 13.512 porque, como cosa común, se habría convertido en accesorio inescindible de las unidades.

3. La unidad funcional propiedad del consorcio podría ser fuente de renta para él, aliviando de este modo la carga por expensas comunes que pesa sobre los copropietarios.

La tesis negativa de la personalidad argumenta con que el "consorcio" no existe como ente diferenciado de sus componentes, con aptitud de contraer derechos y obligaciones. Ello se revela en el hecho de que el régimen de mayorías establecido por la ley 13.512 no implica la supresión de los derechos de los copropietarios sobre las partes exclusivas y comunes, y se pone de resalto que estas últimas pertenecen por cuotas indivisas a los consorcistas y no al pretendido "consorcio".

No es persona

Por otro lado, de los arts. 2, 3, 4 y 14 de la ley surge que los copropietarios "no han delegado en persona alguna ni en la menor medida, la expresión patrimonial de su derecho".²⁶

En cuanto a los arts. 8 (párrafo 2), 6, 12, 13, 15, 16, 9 inc. a) y 11, que se citan como configurativos de la personalidad del consorcio, no son —según la posición que estamos desarrollando— más que instrumentos que la ley brinda a los copropieta-

²⁶ Laquis-Siperman, *ob. cit.*, pág. 93; Molinario, A., Inexistencia de personalidad del consorcio creado por la ley nacional 13.512", *ED-120-405* y ss.

rios, a los efectos de lograr mayor celeridad y eficiencia y aún, en ciertos casos, llegan a indicar un predominio de los factores individuales (Ej.: arts. 15 y 16).

La ley no ha erigido en sujeto de derecho al consorcio, al que menciona una sola vez —art. 9—, refiriéndose siempre (salvo la citada excepción) a los “propietarios”, incluso al regular la figura del administrador al que califica de “representante de los propietarios” —arts. 9 inc. a), 11 y 15— y no del consorcio.

El argumento fundamental de esta corriente es la inexistencia de soporte patrimonial en esta presunta persona, porque no aparece como titular de derechos ya que las prerrogativas que emanan del sistema se encuentran en cabeza de cada uno de los copropietarios... ni se advierte su capacidad jurídica para contraer obligaciones ya que éstas, en definitiva, son soportadas individualmente por los titulares de las respectivas unidades, en la proporción del caso; ni cómo podría ejecutarse una sentencia dictada contra un “consorcio” sin afectar el patrimonio individual de los copropietarios. Ni aun en el caso de que existiera un “fondo de reserva” integrado por los copropietarios para hacer frente a los gastos de mantenimiento del edificio, ni aun en la hipótesis que la deuda de algún propietario por expensas fuera computada al eventual activo del “consorcio”, se habría caracterizado una persona de existencia ideal. Se trata de situaciones evidentemente no equiparables al aporte del socio, ya que se trata simplemente de formas episódicas relativas al modo de contribución para los gastos de conservación y reparación del inmueble, a las que se aplican los principios referentes a los gastos en pro de la cosa común.²⁷

²⁷ Conf. C.N.Civ., sala B, 18.9.90, Doctrina Judicial-1991-1-626; Laquis-Siperman, *ob. cit.*, págs. 96/97; conf. Messineo, *Manual de Derecho civil y com.*, ed. 1954, t. III, pág. 545, quien sostiene que “la figura del condominio de edificios no se eleva nunca al rango de persona jurídica, por más que entre las cosas comunes las haya indivisibles y el condominio de edificios adopte algunos instrumentos de la persona jurídica, como el de la asamblea y el del administrador, y aunque a este último corresponda una representación unitaria que se parezca a la del órgano administrativo de la persona jurídica. En el condominio de edificación falta la autonomía patrimonial, aún imperfecta; con ella estaría en contradicción la circunstancia de que los efectos patrimoniales de la representación se reflejan directamente sobre cada uno de los condóminos y no sobre una colectividad”. Por eso se ha dicho... que el condominio de edificación es una “entidad de simple gestión”. Conf. Novillo Corvalán, en Salvat, *Derechos reales*, t. II, pág. 463. Sobre el problema de la responsabilidad del consorcio, véase mi estudio “Las deudas del consorcio ¿sobre qué bienes deben hacerse efectivas?” en *ED* del 11.10.72.

Como se dijo, la jurisprudencia se ha manifestado partidaria de la personalidad del consorcio.²⁸ Se ha resuelto que:

Jurisprudencia

“...el consorcio de copropietarios es un sujeto de derecho con capacidad limitada a ciertos actos, de acuerdo al fin de su creación, teniendo capacidad para promover un juicio donde se ejercen derechos en interés de la subsistencia, conservación y funcionamiento del propio consorcio”.²⁹

y que:

“...cada acto celebrado por el consorcio como tal, no relaciona con la otra parte a las personas individualmente consideradas de los copropietarios, sea dicha parte uno de ellos o un tercero. Es el administrador, en su carácter de representante legal del consorcio y en su nombre, quien contrata la provisión de materiales o artículos, las reparaciones, los servicios, etc., y no lo hace a nombre individualmente de los copropietarios ni representa a estos”.³⁰

y que:

“...el consorcio de propietarios puede proponer como testigos a algunos de sus miembros”.³¹

y que:

²⁸ Conf., entre muchísimos otros: C.N.Civ., sala D, 20.2.73, *LL*, 150-680; sala A, 16.10.69, *LL*, 146-681; sala B, *LL*, 147-314 (19.8.71); sala C, *ED*, 1-211; sala E, *ED*, 27-458; S.C. Bs. As., *LL*, 144-406 (10.8.71); C.N.Com., sala C, *LL*, 141-62.; sala A, *ED*, 5-230. *Contra*: C.N.Civ., sala A, 5.6.84, *ED*-120-405, con nota de Molinario, A., consideró (con voto en primer término del Dr. Zannoni, E.) que el consorcio no tiene personalidad propia y distinta de los copropietarios sino que se trata de una comunidad de derechos en virtud de la cual aquéllos se encuentran sometidos a un particular modo de administrar y conservar las cosas comunes. En análogo sentido, C.N.Civ., sala B, 18.9.90, *Doctrina Judicial*-1991-I-626, entendió que la carencia de patrimonio propio impide considerar que el consorcio existe como persona jurídica independiente de los consorcistas; se trataría sólo de una “representación legal unificada de los consorcistas. La C.N.Civ., sala F-9, 4.90, *LL*, f. 89.245, decidió que, respecto de las acciones que afectan al interés común de todos los consorcistas, éstas deben ser ejercidas a través del administrador, no porque el consorcio revista el carácter de persona jurídica, sino en razón del específico modo de administrar y conservar las cosas o servicios comunes a que están sometidos los copropietarios y que atañe no solo a sus relaciones internas sino que trasciende a las relaciones externas como relación de comunidad.

²⁹ C.N.Civ., sala B, *ED*, 6-110; sala B, *ED*, 3614; sala D, *ED*, 32-504; sala A, *ED*, 39, f. 18.938.

³⁰ C.N.Civ., sala E, *ED*, 27-438; sala C, *ED*, 20-106.

³¹ C.N.Civ., sala A, *ED*, 8-534; *ED*, 28-224.

"...el consorcio de propietarios tiene un patrimonio propio distinto del de los copropietarios que lo constituyen. El es el único titular *propter rem* del crédito por expensas comunes".³²

y que:

"...si el consorcio es un ente colectivo con personalidad propia, su domicilio real se encuentra en el edificio donde el mismo está constituido".³³

pero también que:

"...la demanda contra un consorcio de propietarios debe notificarse al representante legal del mismo o, en su defecto, a cada uno de sus integrantes. En consecuencia, la cédula ha sido mal diligenciada si no está dirigida a persona determinada y, por añadidura, la notificación se efectuó simplemente en el domicilio de uno de los integrantes del consorcio".³⁴

Pero se ha resuelto que:

"...la demanda dirigida contra el consorcio sólo podrá ser válidamente notificando a cada copropietario en caso de faltar el órgano ejecutivo —es decir, que carezca de administrador—, pero no cuando él existe, porque los componentes del consorcio no podrían mediante poder otorgado individualmente por cada uno de ellos, conceder la representación del mismo, que corresponde al administrador".³⁵

Alguna jurisprudencia ha hecho jugar con sentido amplio la personalidad del consorcio, al entenderlo —activa o pasivamente— para demandar o ser demandado (por medio del administrador) por el cobro del crédito por medianería³⁶, y también —sobre la base de lo dispuesto en los arts. 1, 2 y 3 de la ley 13.512— para demandar por la reparación de los daños originados por el inmueble vecino en el muro medianero —a pesar de que ese muro es propiedad de los consorcistas y no del consorcio—³⁷. Y llevando todavía más allá este criterio, se ha considerado que el consorcio se encuentra legitimado para demandar o ser demandado por los daños que, sufridos por el muro medianero del edificio, se proyecten sobre partes de propiedad exclusiva de los consorcistas, argumentando con lo dispuesto en el art. 3 de la ley 13.512

³² C.N.Civ., sala A, ED, 5-230.

³³ C.N.Civ., sala A, ED, 28-526.

³⁴ C.N.Civ., sala D, ED, 32-504.

³⁵ C.N.Civ., sala C, ED, 20-105; sala F, ED, 39-314.

³⁶ C.N.Civ., sala C, 23.12.92, II-1994-D-482.

³⁷ C.N.Civ., sala A, 6.10.70: ED, 39-333; sala C, 23.12.96, LL, f. 100.052, supl. diario 31.3.2000; sala H, 29.5.2002, LL, fallo 103.418, supl.diario del 8.3.2002.

(carácter inescindible de la relación entre partes privativas y comunes) y en la circunstancia de que, en definitiva, la reparación de esas partes estará a cargo del consorcio.³⁸

Sin dejar de reconocer los motivos prácticos que inspiran la jurisprudencia citada en último término, me parece que lleva demasiado lejos las consecuencias de la personalidad del consorcio, al autorizarlo a promover demandas por cuenta de los consorcistas cuando lo afectado fueran sectores de propiedad exclusiva de éstos.³⁹

II. El administrador

Conforme al art. 9 de la ley 13.512, el reglamento de copropiedad debe proveer obligatoriamente por lo menos a los siguientes puntos: "a) Designación de un representante de los propietarios, que puede ser uno de ellos o un extraño, que tendrá facultades para administrar las cosas de aprovechamiento común y proveer a la recaudación y empleo de los fondos necesarios para tal fin. Dicho representante podrá elegir el personal de servicio de la casa y despedirlo, y b) determinar las bases de remuneración del representante y la forma de su remoción; debiendo nombrarse, en su caso, el reemplazante por acto de escritura pública." (En el mismo sentido, el art. 3 inc. 7 del decreto 18.734/49).

Concepto

El administrador es, pues, figura clave en el edificio sometido al régimen de la propiedad horizontal.

En cuanto a la naturaleza jurídica que reviste el administrador, ella dependerá de la posición en que nos coloquemos respecto de la existencia o inexistencia del "consorcio" como entidad distinta de los copropietarios.⁴⁰

Naturaleza jurídica

En efecto, si sostenemos que el Consorcio carece de personalidad, el administrador aparece como el "mandatario o representante de los copropietarios" y así es, precisamente, como lo denomina la ley 13.512 todas las veces que a él se refiere: arts. 9, 11 y, aunque no muy claramente, también el art. 15.⁴¹

³⁸ C.N.Civ., sala A, 6.10.70, ED, 39-333.

³⁹ Conf. C.N.Civ., sala G, 26.3.97, LL, 1997-E-909.

⁴⁰ El tema de la personalidad jurídica del consorcio y de todos los efectos de su reconocimiento están exigiendo la realización de un estudio cuidadoso y detallado, que naturalmente escapa a la índole de esta obra y que todavía no ha producido la ciencia jurídica argentina.

⁴¹ C.N.Civ., sala B, 18.9.90, Doctrina Judicial-1991-1-626; conf. Laquis-Siperman, págs. 95 y 102, para quienes estaríamos frente a un mandato convencional y no legal.

Si se sostiene, por el contrario, que el consorcio es persona jurídica, el administrador aparecerá como órgano de dicha persona, como su representante o mandatario legal⁴². En esa forma la ha caracterizado la jurisprudencia⁴³, aunque no en forma unánime.⁴⁴

Normas
aplicables

Ya consideremos que se trata de un representante de los copropietarios o del consorcio, y ya le asignemos el carácter de mandatario legal o convencional, su actuación está regida, además de por las previsiones estatutarias y de la ley 13.512, por las reglas del mandato contenidas en el Código Civil (art. 1869, 1870 inc. 1, Cód. Civil).

El mandato del administrador no puede ser revocado individualmente por cada copropietario, así como para su vigencia

⁴² Conf. Laje, *La propiedad horizontal en la legislación argentina*, n° 255; Racciatti, *ob. cit.*, n° 74, pág. 137.

⁴³ "El consorcio de propietarios tiene una representación constituida por el administrador del mismo y la asamblea de copropietarios" (C.N.Com., sala A, *ED*, 5-230; C.N.Civ., sala A, *ED*, 30, f. 18.989); "El administrador de un consorcio de propietarios se halla vinculado por una relación de mandato con el consorcio y no con los propietarios siendo, por lo tanto, aquél quien está obligado a reembolsarle al mandatario las sumas que anticipó" (C.N.Civ., sala D, *ED*, 32-494); "El propietario de una unidad integrante de un edificio sometido al régimen de propiedad horizontal no puede accionar contra el administrador individualmente, en forma personal y directa, pidiendo su remoción y rendición de las cuentas llevadas como tal, porque la acción le corresponde al consorcio de copropietarios (C. Apel.C.C. Mar del Plata, sala II, *ED*-120-346); "Si la acción intentada afecta el interés común de todos los consorcistas (en el caso se trataba de una ejecución de deudas fiscales promovida por Obras Sanitarias de la Nación contra un consorcio) éstos deberán ejercer las acciones y derechos que hacen a sus comunes intereses a través del representante del consorcio, no porque éste revista el carácter de persona jurídica o resulte ser propietario sino en razón del específico modo de administrar y conservar las cosas o servicios comunes que no solo atañe a las relaciones internas entre los copropietarios sino que trasciende a las relaciones externas como relación de comunidad": C.N.Civ., sala F, 9.4.90, *LL*, f. 89.245. De conformidad con esa doctrina, se resolvió en el caso que "habiéndose presentado en término el administrador del consorcio no se advierte fundamento en que la acción sea rechazada en mérito a que cada uno de los consorcistas deban actuar por sí y no por intermedio de su representante legal"; "El administrador de un consorcio de propietarios es incuestionablemente un mandatario legal, como lo califica la ley (art. 11), en el sentido de que su existencia está impuesta por la ley (art. 9 inc. a) como requisito para tener como legalmente constituido el consorcio, y las relaciones jurídicas que se derivan de tal carácter y de su actuación frente a los mandantes y a los terceros están regidas por las reglas generales propias de ese contrato, en cuanto no se encuentren derogadas por estipulaciones de las partes o por normas específicas" (C.Apel. Mar del Plata, junio 28, 1955, *LL*, 79-429).

⁴⁴ Consideró que se trataba de un representante de los copropietarios (representación legal unificada) y no del consorcio, por inexistencia de personalidad de éste, C.N.Civ., sala B, 18.9.90, Doctrina Judicial-1991-1-626.

resultan indiferentes las mutaciones que puedan producirse en el conjunto de consortes, por muertes o enajenaciones.⁴⁵

En algunos reglamentos suele preverse, al lado del administrador, la existencia de un denominado "Consejo de Administración", o también de una "Comisión Revisora de Cuentas", con facultades consultivas y de control respecto de la actuación del administrador.

Consejo
de Admi-
nistración

La extensión de dichas facultades, así como el número de sus componentes y forma de funcionamiento, resultará de las disposiciones estatutarias, pues no es un órgano obligatoriamente impuesto por la ley.⁴⁶

A) Designación. Remoción

Hemos dicho que, según lo dispone el art. 9 inc. a) de la ley 13.512, el reglamento debe proveer obligatoriamente al nombramiento del administrador, de donde se deduce que la designación del primer administrador forma parte del reglamento de copropiedad, es una cláusula de él por lo que la mayoría necesaria para su designación será la requerida para sancionar el primer reglamento, vale decir la unanimidad, salvo el supuesto de redacción por el propietario vendedor, de conformidad a la autorización conferida por el art. 1º del decreto 18.734/49.⁴⁷

Nombra-
miento
del primer
adminis-
trador

⁴⁵ Conf. Racciatti, *ob. cit.*, pág. 139. El mismo autor en "Responsabilidad civil en la propiedad horizontal", *ED-120-436*, sostiene que la responsabilidad del administrador es contractual ante el consorcio que lo ha designado a través de una asamblea, porque debe responder al consorcio y no a los copropietarios individualmente considerados, en el marco de las normas del mandato civil, agregando que la circunstancia de que el cambio de dueño de las unidades (por muerte o enajenación) no incida en la representación conferida al administrador pone de relieve que dicha representación es colectiva y no individual.

⁴⁶ Así, en un reglamento elegido al azar, leemos: "Se designará una comisión administradora compuesta por cinco miembros copropietarios, a efectos de colaborar y supervisar los actos y gestiones que realice el administrador y quienes se harán cargo interinamente de la administración en caso de ausencia, fallecimiento, incapacidad, etc. del administrador. Los miembros serán elegibles en las asambleas ordinarias y por simple mayoría de presentes, pudiendo ser reelegibles. En caso de cesar alguno de ellos por cualquier causa, el resto podrá elegir el reemplazante hasta la reunión de la próxima asamblea. El administrador deberá consultar a esta comisión ante cualquier emergencia de importancia. Los miembros y el administrador deberán reunirse como mínimo una vez por mes...". "Comisión Revisora de Cuentas: Funcionará además una Comisión Revisora de Cuentas formada por tres miembros copropietarios, cuya elección seguirá el mismo sistema señalado en el art. anterior. Su fin será la fiscalización de las liquidaciones y gastos efectuados por el administrador con cargo de rendir cuentas a la asamblea de sus gastos. Tanto la Comisión Administradora como la Revisora de Cuentas serán removidas o sustituidas por simple mayoría de votos de los presentes a la respectiva asamblea convocada a tales fines...".

⁴⁷ Conf. Laquis-Siperman, *ob. cit.*, pág. 100; Racciatti, pág. 154. *Contra:*

Remoción
y mayorías

Revistiendo el administrador el carácter de mandatario del consorcio o de los copropietarios, legal o convencional, según las distintas opiniones, su calidad le puede ser revocada sin causa (*ad nutm*) o con causa (arts. 1963 inc. 1º y 1970 Cód. Civil).⁴⁸

Pero dicho mandato no le puede ser revocado sino previa deliberación de los copropietarios (art. 10 de la ley 13.512) reunidos en asamblea. Ahora bien, ¿cuál es la mayoría requerida para remover al administrador, ya sea con causa o sin ella?

Parecería claro que, siendo el nombramiento del administrador una cláusula obligatoria en el reglamento de copropiedad, su remoción implicaría una reforma de él, de donde la mayoría requerida sería la de los dos tercios de los copropietarios.⁴⁹

Sin embargo, se ha sostenido que la remoción del administrador y su sustitución por otro no implica reforma del reglamento, porque lo que en verdad constituiría reforma del reglamento sería el cambio del "sistema de administración"⁵⁰, pero no el simple cambio de la persona de éste, puesto que el inc. b) del art. 9 de la ley, al establecer que el reglamento debe proveer "la forma de su remoción" (del representante) "deja librado a los copropietarios la forma de su remoción, esto es, que la ley deja librado al criterio de la asamblea el procedimiento y mayorías necesarias para su reemplazo, lo cual de inmediato induce a sostener que, en este supuesto, no estamos en presencia de la reforma del reglamento"⁵¹. De donde la mayoría necesaria para tomar la aludida decisión sería la que la ley impone para resolver los asuntos de interés común, es decir, la mayoría absoluta (art. 10 de la ley), sin perjuicio de que pueda convenirse una superior.⁵²

Remoción
judicial

La jurisprudencia tiene, por su parte, decidido que *mediando justa causa*, puede solicitarse la remoción del administrador por la autoridad judicial.⁵³

Argañarás, en Salvat, *Derechos reales*, t. II, pág. 509 y sigs. Admite la norma del art. 2705 del Código Civil, es decir, la mayoría absoluta de valores.

⁴⁸ Conf. C.N.Civ., sala D, *ED*, 26-93; sala C, *ED*, 23-396.

⁴⁹ Así opinan Laquis-Siperman, pág. 100 y sigs.

⁵⁰ Por ejemplo, sustituir una administración unipersonal por una colegiada, o incorporar una Comisión Fiscalizadora, o variar las facultades y/u obligaciones del administrador.

⁵¹ C.N.Trab., sala 3ª, *JA*, rev. del 7.4.72, fallo 20.300; conf. C.N.Civ., sala D, *ED*, 32, f. 16.157: "La mayoría para la designación y remoción del administrador es variable conforme a cada reglamento".

⁵² Así, los considerandos de la disposición 40 del 10.11.66 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires; conf. Racciatti, pág. 159, n° 85, quien, en cambio, e inexplicablemente, sostiene que la designación del nuevo administrador, por constituir reforma de reglamento, requiere, por lo menos, la mayoría de dos tercios.

⁵³ "Aunque los propietarios que solicitaron la remoción del administrador

Respecto de la designación de nuevo administrador, cuando ello es necesario por renuncia, remoción, muerte, etc. del anterior, vuelve a plantearse el problema de si debe dicha designación considerarse como reforma del reglamento o no, requiriéndose, para los que se pronuncian por la afirmativa, la mayoría de dos tercios y la absoluta, en caso contrario.

Nombramiento del nuevo administrador

Si la administración está acéfala y no puede lograrse la mayoría necesaria para que ella sea cubierta, dado que se trata de una figura indispensable para la vida del consorcio, razones de necesidad y urgencia evidentes autorizan a proceder a la designación judicial del administrador.⁵⁴

Designación judicial

El art. 9 inc. b) de la ley 13.512 establece que el Reglamento de copropiedad debe prever la forma de remoción del "representante", "debiendo nombrarse, en su caso, el reemplazante por acto de escritura pública".

Formalidades del nombramiento del nuevo administrador

Va con ello dicho la formalidad de que debe, como mínimo, estar revestida la designación de nuevo administrador⁵⁵, sin perjuicio de que el reglamento pueda agregar otros requisitos.

Escritura pública

Como el nombramiento de nuevo administrador debe resolverse en asamblea, de la realización de la misma se labrará acta, la cual, para dar cumplimiento a la exigencia legal, debe elevarse a escritura pública.

Sin embargo, se ha resuelto que:

"Cuando el consorcio demanda a un copropietario y no a un tercero, es suficiente la designación del administrador mediante acta de asamblea, no siendo necesaria la escritura pública".⁵⁶

del consorcio no reúnan la mayoría requerida por el reglamento, debe accederse a su pedido si tal solución resulta conveniente a los intereses del consorcio" (C.N.Civ., sala A, ED, 20-103; conf. C.N.Civ., sala C, JA, 1961, II-389; sala C, LL, 121-692); "Si bien los jueces pueden intervenir la administración de un consorcio de propietarios y aun disponer la inmediata remoción del administrador, sea a pedido de un tercero interesado o a pedido de alguno de lo miembros del consorcio, mientras no concurre *prima facie* un hecho delictuoso grave y notorio del administrador y una urgencia premiosa para removerlo *inaudita parte*, debe cumplirse el procedimiento previsto en la ley —art. 10— y convocar a todos los componentes del consorcio antes de proceder a la remoción de su administrador" (C.Apel. Mar del Plata, LL, 79-429).

⁵⁴ C.N.Civ., sala B, LL, 114-45; sala E, ED, 32-949.

⁵⁵ Conf. Laquis-Siperman, pág. 102; Racciatti, pág. 156, n° 80; Papaño, R. - Kiper, C. - Dillon, G. - Causse, J., *Derechos reales*, Bs. As., 1990, t. II, pp. 53/54; Gabas, A., *Manual teórico-práctico de propiedad horizontal*, ed. 1991, pp. 267/268; C.N. Civ. y Com. Fed., sala II, causa 2457/93, del 24.5.94 (inédita).

⁵⁶ Conf. C.N.Civ., sala C, LL, 137-787; sala B, LL, 148-680 (29.550-S).

Por otra parte, alguna jurisprudencia acepta que:

Protocoli-
zación
de actas

"...la *protocolización de las actas*⁵⁷ por las que el consorcio procedió a la designación de representante, cumple acabadamente con el requisito exigido por el inc. *b*) del art. 9, ley 13.512, por lo que corresponde el rechazo de la falta de personería invocada".⁵⁸

Y que:

"...el art. 9, inc. *b*), ley 13.512, establece como principio que la designación del reemplazante del administrador del consorcio de copropietarios debe realizarse por acto de escritura pública, pero tal formalidad no es exigida cuando se reelige al administrador anterior, por lo que basta que la reelección conste en acta de asamblea protocolizada".⁵⁹

Mas esta solución no es pacífica, ya que otros fallos han resuelto que:

"...la incorporación de un instrumento privado a un registro notarial, no convierte al documento en instrumento público cuando la protocolización no ha sido ordenada judicialmente (conf. art. 984 y 1003 última parte Cód. Civ.) de modo que si el acta de designación del administrador no llena la exigencia del art 9 inc. *b*), ley 13.512, deja al nombramiento con una falla formal que puede ser denunciada por cualquier tercero (conf. art. 1047 Cód. Civ.)".⁶⁰

Morigerando la que parecería rígida exigencia del art. 9, inc. *b*) "in fine", de la ley 13.512, se ha decidido que:

"Sólo es admisible el acta protocolizada cuando el juicio es entablado contra uno de los consorcistas, que v.gr., no desconoce la existencia del consorcio, ni la realización de la asamblea, ni su asistencia a la misma, ni la designación efectuada, etc."⁶¹

y que

"La elevación a escritura pública del acta de asamblea mediante la

⁵⁷ Autorizada por el art. 5 del decreto 18.734/49, primera parte *in fine*.

⁵⁸ C.N.Civ., sala B, *LL*, 127-1125 (15.568); conf. C.N.Trab., sala III, *LL*, 147-707.

⁵⁹ C.N.Civ., sala C, *ED*-122-6387.

⁶⁰ C.N.Civ., sala A, *ED*, 27-415 (conf. causa 128.087, inédita); conf. C.N.Trab., sala IV, fallo "Uriarte de Scots *c/* Consorcio Pinzón 1238" (sentencia interlocutoria, n° 6081, inédita) y "Carral, Ramón *c/* Consorcio Santa Fe 3329" (fallo del 20.8.73, sentencia interlocutoria 36.999, inédita), donde se exige escritura pública o acta protocolizada por orden judicial y ratificación de firmas por parte de todos los copropietarios.

⁶¹ C.N.Civ., sala C, 28.9.95, *ED*, f. 47.509, supl. del 8.11.96.

cual el consorcio elige su administrador, sólo resulta necesaria para su oposición frente a terceros, mas no para las relaciones interconsorciales, pues se supone que los miembros de la comunidad no pueden ignorar las resoluciones de aquél órgano, máxime cuando no se ha impugnado la que surge del acta protocolizada acompañada a juicio".⁶²

Aunque debe tenerse presente que:

"La nulidad de la designación de un administrador, por no haberse respetado la mayoría exigida por el reglamento de copropiedad, no es absoluta, sino relativa y susceptible de confirmación; en el caso, se consideró purgado el vicio de designación con el pago al administrador, durante casi un año, de las expensas comunes".⁶³

Si se considera que el nombramiento de administrador implica la reforma del Reglamento de Copropiedad, la escritura pública donde se lo designa deberá inscribirse en el Registro de la Propiedad Inmueble, por aplicación de la parte del art. 9 ley 13.512.⁶⁴

Pero, dado que el inc. b) del art. 9 deja librado al Reglamento de Copropiedad la determinación de las formas de remoción del administrador e impone como única exigencia para el nombramiento de reemplazante la escritura pública, se ha sostenido también que "no es necesario inscribir en el Registro de la Propiedad el nombre del administrador, a los fines de su personería, ya que la ley 13.512 carece de sanción al respecto y porque lo que el art. 9 de la ley tiene en mira es la constitución o transferencia del dominio u otros derechos reales".⁶⁵

Aunque también se ha dicho que "la falta de inscripción en el Registro de la Propiedad del acta que designa al administrador del consorcio, sólo puede ser opuesta por terceros respecto de quie-

¿Es
necesaria
inscripción
en el
Registro
de la
Propiedad?

⁶² C.N.Civ., sala K, 30.3.93: Doctrina Judicial-1994-I-893; id., 19-7-95: LL, f. 93.704, supl. del 2.11.95.

⁶³ Conf. C.N.Civ., sala D, ED, 26-93.

⁶⁴ En ese sentido, por ej., Racciatti, *ob. cit.*, pág. 156.

⁶⁵ C.N.Civ., sala B, LL, 116-921; conf. C.N.Civ., sala C, LL, 120-536; C.N. Trab., sala III, LL, 147-707; Laquis-Siperman, *ob. cit.*, páginas 102 y 46, espec. nota 3, que así lo considera, por "simple aplicación de las reglas ordinarias del mandato". Y aun en tal sentido se han orientado los Registros de Propiedad. Así en la resolución 40 del 10.11.1966 del Registro de la propiedad de La Plata, leemos en el art. 2: "Procedase a la inmediata devolución a los interesados de los testimonios que se hubieren presentado para la inscripción de escrituras públicas de nuevas designaciones o remoción de administradores y que se hallen pendientes de trámite". En los considerandos se expresa que la ley 13.512 obliga a la designación de reemplazante del representante de los propietarios por escritura pública (art. 9 inc. b) y que "dicho acto no constituye modificación del Reglamento de Copropiedad y Administración y, por tanto, no es susceptible de inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble, según lo establecido en la primera parte del citado art. 9 de la ley".

nes es garantía la existencia de escritura pública, pero no puede ser alegada por los copropietarios, para quienes es constancia suficiente el acta de asamblea en que se hizo su designación".⁶⁶

B) Facultades y obligaciones del administrador

Las
previstas
en la
ley 13.512,
art. 9,
inc. a)

Las facultades del "representante" son esencialmente administrativas y resultan, en primer lugar, de lo dispuesto en el art. 9 inc. a) de la ley 13.512: "Administrar las cosas de aprovechamiento común y proveer a la recaudación y empleo de los fondos necesarios para tal fin... podrá elegir el personal de servicio de la casa y despedirlo".⁶⁷

y en el
Regla-
mento

Además, y como es obvio, tendrá todos aquellos derechos y obligaciones que surjan del reglamento de copropiedad.

Libros del
consorcio

A su cargo estará la custodia de los títulos de propiedad del inmueble y de toda la documentación relativa al consorcio; también deberá llevar los libros de éste que, de conformidad al art. 5 del dec. 18.734/49 son dos: Libro de Actas de las Asambleas⁶⁸ y el Libro de Administración del Inmueble.

Se ha resuelto que:

"Los libros⁶⁹ y documentación del consorcio de propietarios no son equiparables a los libros de comercio a que se refiere el art. 43 Cód. Com., siéndoles aplicables el régimen del art. 12 de la ley 14.237, con la salvedad del art. 73 Cód. Proc."⁷⁰

⁶⁶ C.N.Civ., sala B, LL, 148-580 (29.550-S).

⁶⁷ Así, por ejemplo, controlará la prestación de los diversos servicios, controlará los trabajos necesarios para la reparación y conservación del inmueble, etc. Se ha dicho que "sus funciones más importantes son atender los gastos comunes del edificio y ejecutar las resoluciones de la asamblea" (C.N.Civ., sala D, ED, 32, f. 16.157).

⁶⁸ Dice el art. 5 del decreto 18.734/49 respecto del libro de actas que: "...Todo propietario podrá imponerse del contenido del libro y hacerse expedir copia de las actas, la que será certificada por el representante de los propietarios o por las personas que éstos designen".

⁶⁹ C.N.Civ., sala E, ED, 8-535.

⁷⁰ Por su parte, el art. 524 de la ley 22.434 al otorgar la vía ejecutiva para el cobro de las expensas comunes dispone que, aparte de otros requisitos que veremos en su momento, deberá acompañarse "constancia de la deuda líquida y del plazo concedido a los copropietarios para abonarla, expedida por el administrador o quien haga sus veces".

El art. 6° del dec. 18.734/49, reglamentario de la ley 13.512 dispone que:

Certificación de deuda por expensas

“A requerimiento de cualquier escribano⁷¹ que deba autorizar una escritura pública de transferencia de dominio sobre pisos o departamentos, el consorcio de propietarios, por intermedio de la persona autorizada, certificará sobre la existencia de deuda por expensas comunes que afecten al piso o departamento que haya de ser transferido”.

Acerca de esta certificación debemos señalar:

a) que el certificado es meramente informativo del estado de la deuda por expensas de la unidad, pero no implica que esta deuda —caso de existir— deba ser cancelada por el adquirente, como condición frente al consorcio, para que se realice la escrituración. En cuanto a la relación entre transmitente y adquirente, deberá estarse al acuerdo que acerca de este punto hayan celebrado⁷².

b) que aunque el administrador está obligado a expedir el certificado si es peticionado, el escribano no tiene obligación de solicitarlo. Empero, es regla de prudencia por parte del profesional requerirlo y así lo hace normalmente⁷³.

c) que el conocimiento que, con motivo de la expedición del certificado adquiere el adquirente de la existencia de deuda —así como cualquier pacto que al respecto haya celebrado con el transmitente—, no lo libera de responder frente al consorcio en los términos del art. 17 de la ley 13.512. Pero si el administrador —o persona autorizada— certifica la inexistencia de deuda y la deuda existe, creemos que el adquirente no responderá frente al consorcio⁷⁴; permanecerá responsable frente al consorcio el transmitente (bajo cuya titularidad se devengaron los gastos) y también responderá el administrador (arg. art. 1904, Código Civil).

⁷¹ Creemos que el administrador debe expedir el certificado al que se refiere la norma no sólo a pedido de un escribano que deba autorizar una escritura de transferencia de dominio de una unidad, sino también cuando cualquier interesado —que invoque un interés serio— así se lo solicite (v.gr., quien se halle en tratativas para celebrar algún negocio vinculado con una unidad —así, un boleto de compraventa o un contrato de hipoteca—). En forma expresa se refiere a la “parte interesada” el art. 2010, inc. k) del Proyecto de Código Civil de 1998, al que luego nos referiremos en el texto.

⁷² Si entre ellos han acordado que la unidad se transfiera “libre de expensas” y del informe del administrador surge la existencia de deuda, el escribano retendrá del precio cuanto resulte necesario para cancelarla.

⁷³ Pero si el profesional no solicita el certificado y, sin embargo, deja constancia de que no existe deuda por expensas, estará obligado personalmente a solventarla, lo mismo que los daños y perjuicios que haya irrogado con esta conducta: conf. Papaño, R.-Kiper, C. Dillon, G. Causse, J., *ob. cit.*, t. II, p.72.

⁷⁴ Es una situación similar a la que contempla el art. 2° de la ley 22.427.

d) que una cuestión interesante es la que se vincula con los reclamos administrativos y judiciales que pudieran encontrarse en trámite al momento de ser requerido el certificado⁷⁵.

Aun cuando el art. 6° del decreto reglamentario no contempla expresamente el punto, una regla de prudencia aconseja que, junto con el pedido de informes acerca de la deuda que registra la unidad, se solicite asimismo informe sobre la existencia de estos reclamos pendientes, pues su suerte podría tener una incidencia patrimonial desfavorable, como es fácil colegir, ya que una eventual condena que de éstos derive para el consorcio será prorrateada entre los consorcistas.

Desde luego que si este informe es requerido, el administrador deberá brindarlo. Pero si la parte interesada sólo peticiona que se certifique la deuda por expensas de la unidad, *¿estará obligado el administrador, además de informar sobre la deuda ya efectivamente facturada, a brindar información acerca de los mencionados reclamos administrativos y judiciales en curso?*

Ni la ley 13.512, ni su decreto reglamentario, imponen esta obligación en forma expresa. Sin embargo, se ha sostenido que ella puede deducirse de los principios que rigen la evicción (arts. 2089 y sig., Código Civil) y de lo dispuesto en los arts. 1909 del Código Civil y 245 del Código de Comercio, razonando que la pendencia de los aludidos reclamos importa riesgo de evicción, y más aún, configura un "principio de evicción o evicción por turbación".⁷⁶

El *Proyecto de Código Civil de 1998* contempla el tema al establecer, en el art. 2010, regulando los derechos y obligaciones del administrador, que éste debe: *"...k) a pedido de parte interesada, expedir dentro del plazo de cinco días hábiles el certificado de deudas y de créditos del consorcio por todo concepto y de la existencia de reclamos administrativos o judiciales"*.⁷⁷

⁷⁵ Y ya sea que el Consorcio actúe como reclamante o reclamado, porque en ambos casos el resultado de la tramitación puede acarrear consecuencias patrimoniales (v. gr., responsabilidad por costas en el supuesto de que sus pretensiones fueran rechazadas).

⁷⁶ Conf. Highton, E.; Vila, A.M.; Vila, R., "¿Debe el representante legal del consorcio de propietarios informar sobre la existencia de juicios pendientes al transferirse una unidad?", *Revista del Notariado*, n° 864, abril/mayo/junio 2001, pp. 43 y ss.

⁷⁷ A su turno, el art. 2011 dispone: *"Toda constitución, transmisión o modificación, voluntaria o forzosa de derechos reales sobre las unidades funcionales, debe realizarse teniendo a la vista el certificado previsto en el art. anterior, inciso k) ...Si en el certificado consta la deuda líquida y exigible su monto debe ser retenido por el autorizante del acto respectivo a los fines de su extinción. Sólo son oponibles al adquirente las deudas y reclamos administrativos o judiciales que consten en el certificado. Si el administrador debidamente requerido omite*

Conforme al art. 11 de la ley 13.512: "El representante de los propietarios... está... obligado a asegurar el edificio contra incendio". Seguro

Otras dos disposiciones nos hablan también del seguro: el art. 8, que determina que los propietarios están obligados en la misma proporción que a sufragar las "expensas comunes", a "contribuir al pago de las primas de seguro del edificio común". Y el art. 17, que equipara la deuda por las primas del seguro a la de expensas, a los fines de las garantías que le otorga.

Respecto del seguro, se plantean tres fundamentales interrogantes:

1) Si no hay previsión reglamentaria al respecto ni media resolución de la asamblea, el administrador ¿debe asegurar el edificio contra incendio por el monto que él estime conveniente y en la compañía que él elija, debiendo sufragar por sí mismo las primas —si los copropietarios no aportan los fondos correspondientes— sin perjuicio de su derecho a repetir contra éstos ese importe?

Así opinan algunos, para quienes la obligación de asegurar está impuesta por la ley con gran fuerza al administrador "sin subordinación a condición alguna".⁷⁸

Frente a lo dispuesto por los arts. 8 y 17 de la ley, de los que se desprende que la obligación de contribuir proporcionalmente al pago de las primas pesa sobre los propietarios y no sobre el administrador, nos inclinamos a pensar que éste cumplirá con el deber impuesto en el art. 11 empleando la debida diligencia, correspondiéndole incluso llegar a la vía judicial, a los efectos de que los propietarios le faciliten los importes necesarios para contratar (o renovar) el seguro.⁷⁹

2) ¿El seguro deberá abarcar sólo las partes comunes —dejando a cargo de cada copropietario la celebración del seguro respecto de las partes exclusivas—, o se extiende a la totalidad del edificio y el terreno considerado en bloque?

Nos parece que esta última es la solución correcta, no sólo porque el art. 17 habla del "seguro total del edificio", sino por-

expedir dicho certificado, debe dejarse constancia de ello al celebrarse el acto respectivo. El administrador responde solidariamente con el anterior titular del derecho por las deudas y reclamos administrativos o judiciales no certificados, sin perjuicio de la repetición contra este último. Si el adquirente manifiesta en forma expresa que asume las deudas y afronta los reclamos administrativos y judiciales no es obligatorio para el autorizante requerir la certificación respectiva, debiendo dejarse constancia de ello en el acto que se otorgue".

⁷⁸ Laquis-Siperman, pág. 105.

⁷⁹ Se liberará de responsabilidad, asimismo, convocando una asamblea a los efectos de fijar el monto del seguro y la compañía donde deberá contratarse.

que una desarticulación entre las partes exclusivas y comunes no se compadece con lo dispuesto por el art. 3 de la ley.⁸⁰

3) Refiriéndose la ley sólo al seguro contra incendio, ¿podrá asegurarse el edificio contra otros riesgos?

Creemos que sí, siempre que la decisión sea tomada en una asamblea debidamente convocada y por la mayoría estatutaria correspondiente⁸¹ que, en caso de no estar prevista específicamente, pensamos que es la absoluta, por aplicación del art. 10 de la ley, y porque la situación presenta una leve semejanza con la resuelta por el art. 8.

Rendición
de cuentas

Revistiendo el administrador el carácter de representante o mandatario⁸² resulta aplicable el art. 1909 del Código Civil que dispone:

“El mandatario está obligado a dar cuenta de sus operaciones y a entregar al mandante cuanto haya recibido en virtud del mandato...”.

La rendición de cuentas deberá ser “instruída y documentada”, como lo dispone el art. 70 del Código de Comercio, que contiene un principio general aplicable a todas las situaciones.

En esta misma corriente, se ha resuelto que:

“El transcurso de 30 días sin formular objeción a la liquidación de gastos presentada por el administrador de la propiedad afectada a la ley 13.512 comporta una aceptación tácita de esa liquidación (art. 73 Cód. Com., aplicable a la especie)”.⁸³

y que

“El administrador de un consorcio es designado y removido por la asamblea de copropietarios, según la mayoría que determine el reglamento de copropiedad, razón por la cual debe rendir cuentas ante la asamblea, su mandante. En consecuencia, los propietarios no pueden demandar la rendición de cuentas y sólo pueden solicitar la convocatoria de asamblea a tal efecto. De fracasar ésta, cuentan con los medios legales previstos en la ley 13.512”⁸⁴

y que

⁸⁰ Por otros razonamientos llega a la misma conclusión. Racciatti, pág. 240 y sigs., n° 123.

⁸¹ Conf. con esta solución, aunque no muy claramente: Racciatti, n° 122.

⁸² Las normas en juego son las mismas (art. 1870 Cód. Civ.).

⁸³ C.N. Civ., sala C, LL, 110-528.

⁸⁴ C.N. Civ., sala F, 13.8.96, LL, S-39.202.

“Dado que la relación de mandato se da entre el administrador del consorcio de propietarios y éste, las liquidaciones e informaciones entregadas a cada consorcista no configuran rendiciones parciales que puedan imputarse a la rendición de cuentas que debe realizar el administrador al finalizar su gestión”.⁸⁵

En cuanto a la prescripción de la acción enderezada a obtener la rendición de cuentas por parte del administrador, ha sido resuelto que:

“El plazo de prescripción de la obligación de rendir cuentas que pesa sobre el administrador del consorcio es el ordinario de diez años (art. 4023, del Código Civil)”.

C) Personería del administrador para actuar ante la justicia

El art. 11 de la ley 13.512 determina que:

“El representante de los propietarios actuará en todas las gestiones ante las autoridades administrativas de cualquier clase, como mandatario legal y exclusivo de aquéllos”.

El administrador está, pues, directamente facultado por la ley para actuar entre las autoridades administrativas, sin necesidad de ser apoderado, para ello, por los copropietarios y debiendo simplemente acreditar su carácter de administrador.

Asimismo, el art. 15 de la ley lo autoriza para presentarse en juicio (por los copropietarios o el consorcio, según la posición en que nos coloquemos) en caso de violación por los copropietarios u ocupantes de las unidades, de las prohibiciones contenidas en el art. 6°. Siendo directamente facultado en este supuesto por la ley, tampoco habría menester de un apoderamiento expreso, bastándole, a los fines de la personería, con demostrar el carácter de administrador.

Y aun podría pensarse que como el art. 9 inc. a) establece que es facultad del administrador el nombramiento y remoción del personal de servicio del edificio, está por ello, y como una consecuencia, autorizado a intervenir, acreditando solamente su calidad de administrador, en las contiendas judiciales que deriven de esas relaciones de trabajo.⁸⁶

Casos contemplados por la ley

⁸⁵ C.N. Civ., sala E, 20.3.95, LL, f. 94.267, supl. del 13.5.96.

⁸⁶ Conf. Trib. Trabajo Mar del Plata, LL, 68-166.

Casos
no contem-
plados

Ahora bien, fuera de los supuestos enunciados, para actuar en juicio que se refiera a intereses comunes, es decir, que se relacionen con los actos que caben dentro de su competencia, ¿al administrador —a los fines de la personería— le bastaría con apoyarse en su simple carácter de administrador o debería, además, contar con un facultamiento expreso para actuar ante las autoridades judiciales por el consorcio?

Al respecto, debemos hacer notar que en la redacción originaria del proyecto que después se convirtió en la ley 13.512, el art. 11, además de facultar al administrador para actuar ante las autoridades administrativas como mandatario legal y exclusivo de los copropietarios, establecía que:

“El representante de los copropietarios actuará en casos judiciales de interés común como juicios de expropiación, reivindicación del terreno, etc.”.

Esta cláusula fue eliminada, en definitiva, por iniciativa del miembro informante de la Comisión de legislación del Senado⁸⁷, quien dijo que “el Poder Ejecutivo”, por mediación del Ministerio de Justicia, hizo ampliar algunos fundamentos y observaciones a las prescripciones para aclarar algunos de sus puntos.

Una de las reformas propuestas por el Poder Ejecutivo fue, precisamente, la supresión del art. 11, párrafo 2 del proyecto, “por considerarse excesivo conferir poderes a los representantes de los propietarios en materia de litigios judiciales, en los que se requieren idoneidad y títulos de los que puede carecer”.

Mas dicho miembro informante dio otro fundamento para propiciar la supresión que, en definitiva, se consolidó: el de que se trataba de una norma “simplemente ejemplificadora porque da casos y ejemplos que se pueden vincular en ocasiones con la disposición principal”.

Lo cual, como se ve, no es del todo exacto, porque no sólo se eliminaron los ejemplos, sino aun la autorización general para estar en juicio, con lo que se plantea una genuina duda acerca del verdadero propósito del legislador.

De la
personalidad del
consorcio

Parecería lógico que quienes se pronuncian por la personalidad del consorcio y por el carácter de mandatario o representante legal de dicho consorcio del administrador, sostuvieran también que precisamente en tal calidad, sin necesidad de autorización ex-

⁸⁷ Diario de Sesiones 1948, sesión del 26/8, págs. 1342 y 1344.

presa en el reglamento o en acto aparte, el administrador podría estar en juicio por dicho consorcio⁸⁸, naturalmente, en relación con acciones que sean consecuencia normal de sus facultades.

Los que, en cambio, niegan personalidad jurídica al consorcio, consideran que para que el administrador pueda estar en juicio por los copropietarios, es necesaria autorización expresa en el Reglamento de Copropiedad, o a través de un poder aparte (que puede ser general o especial).⁸⁹

La jurisprudencia en el punto se muestra un tanto incoherente, con su tesis de que el consorcio reviste personalidad jurídica.

Jurisprudencia

Así, ha decidido que:

“Examinado el sistema de la ley 13.512 a la luz de sus antecedentes, fuerza es concluir que fuera de los casos señalados en el art. 15, el representante o administrador carece de atribuciones para actuar en juicio a nombre de los propietarios, a menos que esa función le sea expresamente confiada por el reglamento de copropiedad o por el consorcio”.⁹⁰

y que:

“...si la acción intentada afecta el interés común de todos los consorcistas éstos deberán ejercer las acciones y derechos que hacen a sus comunes intereses a través del representante del consorcio, no porque éste revista el carácter de persona jurídica o resulte ser propietario sino en razón del específico modo de administrar y conservar las cosas o servicios comunes que no sólo atañe a las relaciones internas entre los copropietarios sino que trasciende a las relaciones externas como relación de comunidad”.⁹¹

Es decir que, conforme a la doctrina judicial, el administrador, para estar en juicio por el consorcio, ya sea como actor o demandado, no sólo debe acreditar su condición de administrador, sino también contar con un mandato expreso en tal sentido, ya sea contenido en el propio reglamento de copropiedad o conferido posteriormente (el mandato, es obvio, puede ser general o especial).

Empero, en una posición más adecuada, se ha resuelto que:

⁸⁸ Así, por ejemplo, opinan Laje, *ob. cit.*, núms. 266/67; Racciatti, pág. 45 y sigs.; art. 1131 Cód. Civ.

⁸⁹ Al respecto, ver Flah, L., Samayevsky, M., Propiedad horizontal: problemas que se suscitan, *LL*, supl. diario del 1.3.91.

⁹⁰ C.N.Civ., sala D, *LL*, 84-554; conf. C.N.Civ.; sala C, *LL*, 83-336; *id.*, sala F, *LL*, 114-851.

⁹¹ C.N.Civ., sala F, 9.4.90, *LL*, f. 89.245.

“No corresponde exigir facultades especiales otorgadas ya en el reglamento, ya en un apoderamiento posterior, para que el administrador del consorcio pueda actuar en juicio, tanto para contestar acciones como para promoverlas... Debe ser destacada la importancia de la disposición del art. 11, de la ley 13.512 (también los artículos 15 y su remisión al art. 6, 35 y 37), que alude al mandatario legal y exclusivo de los propietarios, lo que demuestra —si bien en una órbita específica: gestiones ante las autoridades administrativas— una suerte de representación necesaria desempeñada por el administrador... el administrador es representante necesario del consorcio; ello es coherente con la imperativa exigencia de la ley 13.512 y del decreto reglamentario n° 18.734/49 de que se lo designe en el reglamento... Para estar en juicio no se requieren poderes especiales, en tanto esa actuación no implique actos de disposición (art. 1881, Código Civil), de lo que se sigue la facultad judicial del administrador al efecto, aun ante el silencio del reglamento. Esto no es más que una lógica y acaso ineludible consecuencia de la teoría de la personalidad del consorcio”⁹².

Por otra parte, se ha resuelto que:

“El administrador del consorcio... comparece a juicio como órgano representativo del ente ‘consorcio’, ejerciendo una actuación ajena a la profesión de procurador, sin que en ello haya violación a la ley 10.996”⁹³.

Consorcio
de hecho

Para el estudio del tema relativo al “consorcio de hecho” remitimos al Capítulo 6, ap. III, C. 3 de este volumen 2.

Subcon-
sorcios y
conjuntos
habita-
cionales
reducidos

La realidad presenta a veces, cada vez con mayor frecuencia, grandes edificios —generalmente construidos “en torre” (ocupando distintas “torres” o “cuerpos” un terreno común), o integrados por distintos sectores compuestos por unidades con diferentes destinos, sometidos al régimen de propiedad horizontal, en los que cada “torre” o “sector” está sujeto a gestiones y administraciones diferenciadas y que pretenden presentarse frente a los terceros como gozando de autonomía respecto de los demás.

El tema carece de regulación legislativa, necesaria por cierto en tanto no son pocos los problemas que este tipo de realidades suelen engendrar (así, si un determinado trabajo fue contratado por el “administrador de una torre o un sector”, ¿corresponderá demandar su cobro sólo a los copropietarios de la “torre” o sector?, ¿las asambleas podrán celebrarlas los copropietarios de cada “torre” o sector, independientemente de los otros?, ¿los gastos derivados de reparaciones efectuadas en una

⁹² C.N. Civ., sala C, 16.7.92: JA, supl. del 28.7.93.

⁹³ C.N. Civ., sala A, LL, 110-947 (9048-S).

de las "torres" o sectores habrán de soportarlos quienes no sean copropietarios de éstos? Y así sucesivamente...).

El Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial, que —según ya hemos recordado— obtuvo sanción de la Cámara de Diputados con fecha 3.11.93 y se halla actualmente a consideración del Senado, se hace cargo de la realidad que acabamos de exponer —y también la que, por oposición, involucra a *conjuntos habitacionales reducidos*— e incorpora como arts. 3149 y 3150, del Código Civil, los siguientes textos:

"Capítulo 10. *De los subconsorcios*

"3149. En edificios cuya estructura o naturaleza lo hiciere conveniente, el reglamento de copropiedad y administración puede prever la existencia de sectores con independencia económica, funcional y administrativa, en todo aquello que no gravite sobre el edificio en general.

Cada sector puede tener una asamblea, cuyo funcionamiento y atribuciones debe regularse específicamente y puede designarse un subadministrador, aplicándose en lo pertinente las disposiciones de este Título.

En caso de conflicto entre los diversos sectores, la asamblea los resuelve en definitiva.

Frente a terceros, responde únicamente el consorcio, sin tener en cuenta los diversos sectores que lo integran".

"Capítulo 11: *De los conjuntos habitacionales reducidos*

"3150. A los conjuntos habitacionales de menos de seis unidades, que se desarrollen en más de dos plantas, no le son aplicables obligatoriamente en lo pertinente las disposiciones de los arts. 3115⁹⁴, 3136 a 3149.⁹⁵

En tal caso, la afectación del edificio al régimen de esta ley se establece mediante escritura pública inscrita en el registro inmobiliario, en la cual el titular o titulares del inmueble expresan su voluntad de someterlo al mismo y que debe contener las especificaciones previstas para el reglamento de propiedad y administración en los incisos 1 al 10 del artículo 3136.⁹⁶

A dichos conjuntos habitacionales le son aplicables supletoriamente las normas del condominio del Título 7, del Libro tercero compatibles con este régimen".

⁹⁴ "Art. 3115. El conjunto de los propietarios de las unidades funcionales o el único propietario de todas ellas constituye el consorcio; es persona jurídica de conformidad con el inciso 2, segunda parte, artículo 33. Tiene domicilio en el inmueble y se expresa a través de la asamblea, el consejo de propietarios, si lo hubiere, y el administrador".

⁹⁵ Se trata de las normas que se refieren al reglamento de copropiedad y administración, a las asambleas, al consejo de propietarios, al administrador y a los subconsorcios.

⁹⁶ El art. 3136 se refiere a las cláusulas que obligatoriamente debe contener el reglamento de copropiedad y administración.

III. Asambleas

Concepto

Es el órgano deliberativo de la comunidad que cuenta con los máximos poderes dentro de ella y que se constituye por la reunión de los copropietarios en número suficiente para alcanzar el quórum correspondiente.

Las resoluciones que ella toma, cuando ha sido válidamente constituida y aquéllas se hayan ajustado, en punto a competencia y mayorías, a las prescripciones estatutarias y legales, obligan a los copropietarios ausentes y disidentes.

En resumen, constituye el organismo supremo a través del cual se exterioriza la voluntad común.

Funciones

Las funciones y funcionamiento de la asamblea deben determinarse en el Reglamento de Copropiedad (art. 9 inc. d), ley 13.512 y art. 3 inc. 8 del decreto reglamentario)⁹⁷ y, según el art. 10 de la ley, le competen todos aquellos “asuntos de interés común que no se encuentren comprendidos dentro de las atribuciones conferidas al representante de los condóminos”

Lo expuesto debe entenderse como que en esos casos actúa en forma exclusiva, pero sin perjuicio de que pueda revisar, si fuera el caso, los actos realizados por el representante del consorcio (es claro que dejando a salvo los derechos que los terceros pudieran haber adquirido con base en aquéllos), puesto que si los copropietarios pueden remover al administrador, aun sin causa, obvio resulta que tienen también los poderes revisorios de que hablamos.⁹⁸

No puede suprirse con adhesiones individuales

Hemos dicho que la Asamblea puede tomar resoluciones con fuerza vinculante, pero sólo tendrán esa fuerza las resoluciones surgidas de su seno: para que la voluntad del mayor número sea considerada como voluntad común, es necesario que ella se manifieste en una asamblea, ya que la ley, en el art. 10, exige una “previa deliberación de los copropietarios”.

Por eso se ha resuelto que:

“La reunión de los copropietarios en asamblea para tomar decisiones, no es un recaudo puramente formal que pueda suprirse con

⁹⁷ Las leyes uruguayas (art. 18), chilena (arts. 12 a 16), brasileña (arts. 8 y 9) y el Código italiano del 42 (arts. 1135/37) reglamentan en forma más o menos detallada lo relativo a las asambleas, que nuestra ley deja librado a la convención (mas ha de recordarse que en esos regímenes el reglamento de copropiedad es facultativo y no obligatorio como lo es en nuestro sistema; en el Código italiano sólo es obligatorio cuando los copropietarios pasen de 10).

⁹⁸ Conf. Laquis-Siperman, pág. 116.

la adhesión individual de cada uno de aquéllos a la resolución proyectada".⁹⁹

La ley no hace distinción alguna relativa a los tipos de asambleas. Pero en el decreto reglamentario, el art. 3 inc. 8 se refiere a la "forma y tipo de convocación a las reuniones *ordinarias y extraordinarias* de propietarios".

Tipos

Asambleas Ordinarias son las que se reúnen periódicamente en los plazos predeterminados por el Reglamento, y para considerar las cuestiones que en el mismo reglamento los copropietarios hayan decidido tratar con regularidad. (Ejemplo: aprobación de las cuentas del administrador, formulación del presupuesto de gastos para el nuevo ejercicio financiero, renovación de los miembros del Consejo de Administración si existe, renovación del seguro del edificio, etcétera).

Extraordinarias: son las que se celebran para considerar todos aquellos asuntos de interés común que se presentan en cada caso y cuya convocatoria se ajustará a las previsiones estatutarias.

A) Decisiones. Presupuestos necesarios para su validez

Ya dijimos que las decisiones que tome la asamblea, como manifestación de la voluntad común, son obligatorias para los disidentes y los ausentes. Es claro que para que tengan ese carácter, la asamblea debe haberse ajustado a las disposiciones del Reglamento de Copropiedad y de la ley en punto a convocatoria, quórum, competencia y mayorías y esos son, precisamente, los presupuestos sobre los que reposa la validez y aptitud vinculante de sus decisiones.

1. Convocatoria

Es presupuesto esencial para el funcionamiento de la asamblea.

"Para la validez de la resolución que adopte la asamblea de copropietarios, es menester que todos éstos hayan sido convocados previamente, en un lugar, a un mismo tiempo y para un objeto determinado".¹⁰⁰

⁹⁹ C.N.Civ., sala D, 7.2.64, ED, 6-985; conf. sala C, ED, 27-428; Sala C, 20.6.95, LL, f. 94.632, supl. del 20.8.96; sala E, LL, 148-655 (29.383-S).

¹⁰⁰ C.N.Civ., sala D, ED, 6-985.

Consiste en la citación a los copropietarios para que concurren un día y hora especificados a un lugar, también especificado, a fin de tratar los asuntos que figuren en el orden del día.

Lo relativo a la forma, modo y anticipación con que debe hacerse la convocatoria, así como también la persona autorizada para formularla¹⁰¹, son previsiones que debe contener el Reglamento de Copropiedad, como ya vimos¹⁰². De no hacerlo, la convocatoria debe formularse con una razonable anticipación y remitirse por un medio que admita posteriormente la prueba de su recepción.¹⁰³

Orden
del día

Una de las exigencias indispensables que debe cumplir la convocatoria es la determinación de los asuntos que van a tratarse en la asamblea; el orden del día debe ser redactado con precisión y claridad y hecho saber a los copropietarios también con la anticipación debida.

El mismo hace al derecho de defensa y su lectura decidirá la concurrencia o no de los copropietarios a la reunión, con las consecuencias que dicha asistencia puede acarrear.

“Si el consorcista hubiera estado presente es posible que su opinión hubiera sido tenida en cuenta y no puede ignorarse la posibilidad de que sus palabras, y no su voto considerado de manera puramente numérica, hubieran podido alterar el contenido de la decisión final”.¹⁰⁴

En consecuencia, no pueden tratarse en las asambleas temas que no figuren en el “orden del día”, interpretado razonablemente¹⁰⁵, so pena de incurrir en nulidad de la decisión a su

¹⁰¹ Generalmente solo el administrador para las ordinarias y el administrador por sí o ante el pedido de un número “x” de copropietarios para las extraordinarias, relativamente a las cuales algunos reglamentos, con acierto según nuestra opinión, autorizan la citación de estas asambleas extraordinarias no solo por el administrador sino también directamente por los copropietarios siempre que alcancen un número determinado. La conveniencia de esta última previsión se revela simplemente con el enunciado de uno de los temas que pueden ser materia de discusión: la remoción del administrador por mal desempeño.

¹⁰² C.N.Civ., sala C, ED, 23-397.

¹⁰³ Conf. C.N.Civ., sala F, ED, 38-536.

¹⁰⁴ Laquis-Siperman, *ob. cit.*, pág. 119. “El conocimiento previo del temario de la asamblea por parte de los consorcistas (es indispensable)... en resguardo de los intereses de las minorías, de los inasistentes y de los posibles damnificados, incluso de los integrantes de la mayoría, que pueden verse abocados a pronunciarse sorpresivamente, con desconocimiento del asunto o deficiente información” (C.N.Civ., sala D, ED, 16-343).

¹⁰⁵ Aunque éste contenga un apartado denominado expresamente “Varios” o “Asuntos que los copropietarios consideren de conveniencia tratar”.

respecto, aunque ésta se tome ajustándose a las mayorías estatutarias o legales.¹⁰⁶

2. Quórum

Es la cantidad de miembros del consorcio que deben estar presentes para que la asamblea pueda deliberar válidamente; el quórum hace, pues, a la propia existencia del órgano deliberativo.¹⁰⁷

La ley 13.512 para nada se refiere al quórum, sino solamente a las mayorías.

En el decreto reglamentario, el art. 3 inc. 8 determina, entre las cláusulas que el reglamento debe obligatoriamente contener, "la especificación del quórum de las reuniones de propietarios".

Parecería entonces que el quórum está totalmente librado a las previsiones estatutarias. Sin embargo, no es así, por lo menos absolutamente. En efecto, como veremos más adelante, las mayorías se cuentan no sobre los copropietarios asistentes a la asamblea sino sobre la *totalidad de copropietarios del edi-*

¹⁰⁶ Véase al respecto, Bendersky, estudio en *LL*, 105-818. Jurisprudencia recopilada en *ED*, 39, pág. 813, sumarios 165/71.

Por ello, el reglamento tipo de la Cámara Argentina de la Propiedad Horizontal, que tantas veces mencionáramos, contiene la siguiente previsión: "Las resoluciones que recaigan sobre puntos del orden del día definidos en él como 'asuntos varios' o 'generales' sólo podrán tener valor como 'recomendaciones'."

En los autos "Reppetti, Claudio c/ Maiz, Francisco", la C.N.Civ., sala D, en fallo del 7.2.64 —*ED*, 6-985— dijo: "...En el caso que se considera... la respectiva decisión se tomó con total prescindencia de las fundamentales normas precitadas (arts. 9 inc. d) y 10, ley 13.512, y art. 3 inc. 8, dec. reglamentario). No se convocó a asamblea, no se requirió autorización a la sucesión propietaria de dos unidades, se omitió dejar constancia de lo resuelto en el libro de actas y la firma de gran parte de los copropietarios autorizantes fue recogida en sus respectivos domicilios, salvo algunos que concurrieron a la oficina de un escribano a suscribir el documento... La reunión de los copropietarios en 'asamblea' para tomar decisiones, no es un recaudo puramente formal que pueda suplirse con la adhesión individual de cada uno de aquéllos a la resolución proyectada. El propósito de la ley es que los copropietarios se reúnan y deliberen, intercambien sus opiniones y puedan decidir con plena conciencia y conocimiento de los hechos... Con ser grave la señalada falta de deliberación y suficiente por sí sola para viciar de nulidad lo resuelto, lo es aún más el haberse omitido, voluntaria o involuntariamente, la intervención de la propietaria de dos unidades, a quien ni siquiera se requirió su adhesión individual; pues es condición esencial para la validez de las decisiones, que en el acto resolutorio intervengan, o puedan intervenir, todos los interesados, aunque numéricamente su participación no sea necesaria".

¹⁰⁷ Recordar aquí que "mayoría" es la cantidad de votos favorables con que debe contar una resolución para que sea válida, de donde conceptualmente "quórum" y "mayoría" son diferentes: mientras que el primero hace a la *deliberación*, la segunda hace a la *decisión*.

ficio, de donde resulta que *el quórum deberá por lo menor coincidir con las mayorías requeridas en cada caso, o ser superior*. Con lo que va dicho que la autonomía de la voluntad no se mueve con completa libertad en la materia ya que, como hemos visto, las mayorías legales pueden ser agravadas pero no disminuidas en el estatuto.¹⁰⁸

Ejemplo: si va a tratarse la hipoteca total del terreno y el edificio que, conforme al art. 14, ley 13.512 requiere el voto favorable de todos los copropietarios —la mayoría es la unanimidad—, el quórum es también la unanimidad.

Si va a tratarse el aumento de facultades del administrador —reforma de una cláusula “reglamentaria” del estatuto, la mayoría es de 2/3 de *todos* los copropietarios—, el quórum será entonces también de 2/3 de todos los copropietarios.

Si va a tratarse el alfombramiento del hall de entrada del edificio—que, como veremos, requiere el voto favorable de la mitad más uno de los copropietarios—, la cantidad de miembros que deben estar presentes para poder deliberar también será de la mitad más uno.

○ sea que, si en el Reglamento se ha establecido un quórum único de la mitad más uno para todos los supuestos, esta previsión es incorrecta, pues calculándose —volvemos a repetirlo— las mayorías sobre la totalidad de los copropietarios y no sólo sobre los presentes, no podrán tratarse con ese quórum los asuntos para cuya decisión se requiera una mayoría superior a la mitad más uno indicada.

En cambio, el reglamento podría establecer que el quórum, en todos los casos, fuera la unanimidad.

Jurispru-
dencia

En tal sentido, se ha resuelto que:

“Se sabe que dicho quórum se forma con la presencia del número mínimo de propietarios que fija la ley o el reglamento de copropietarios para el asunto de que se trata, para resolverlo con la mayoría exigida para el mismo, y ya se ha visto que el art.... del reglamento vigente consagra el principio de la unanimidad para su reforma, de manera tal que al tratarse y votarse las mencionadas modificaciones, la asamblea —ante el retiro del codemandado— había dejado de sesionar con la totalidad de sus miembros naturales. Deficiencia que ya no se refiere a la manifestación de voluntad de la asamblea y por ende a

¹⁰⁸ Dado que representan una garantía la seriedad en la formación de la voluntad común y una protección para la minoría disidente. Conf. Racciatti, *ob. cit.*, págs. 118 y 168. Asimismo, conviene puntualizar que, durante el trámite parlamentario de la ley 13.512, el Congreso suprimió la referencia al quórum de “la mitad del valor total”, que contenía el art. 10 del Proyecto del Poder Ejecutivo.

la deliberación en sí, sino más bien a la existencia misma del órgano deliberante".¹⁰⁹

3. Mayorías

Según el art. 10 de la ley 13.512, los votos "se computarán en la forma que prevea el reglamento y, en su defecto, se presu- mirá que cada propietario tiene un voto".

Cómputo
de los
votos

Queda pues el punto relativo al cómputo de los votos librado a la autonomía de la voluntad. (El art. 3 inc. 8 del decreto reglamentario lo menciona como cláusula obligatoria del reglamento). *En defecto de previsión estatutaria*, los votos se cuentan por unidad; a cada unidad le corresponde un voto, aunque haya una unidad que pertenezca a varios condóminos (le corresponde un solo voto) o aunque varias unidades pertenezcan a un solo copropietario (le corresponden a ese copropietario tantos votos como unidades le correspondan en propiedad).¹¹⁰ La excepción la configura el art. 16, que luego veremos.

Los reglamentos suelen establecer que los votos se cuentan por valor (según el porcentual de cada uno), o según los asuntos, por valor para algunas decisiones y por unidad para otras, o aun formas combinadas (por unidad y por valor).

Como hemos dicho, las *mayorías* —ya se cuenten por unidad o por valor— *se calculan sobre todos los integrantes del consorcio y no sobre los presentes solamente* (de allí, como dijimos, que el quórum coincida con la mayoría para cada asunto). En efecto, el art. 10 de la ley 13.512 se refiere a todos los propietarios —"la mayoría de los propietarios"— y no sólo a los presentes en la asamblea.¹¹¹

Se calculan sobre todos los copropietarios

Distintas clases de mayorías

La propia ley 13.512 se refiere a distintos tipos de mayorías, los cuales se relacionan con la índole de los asuntos a considerar.

Esas mayorías legales pueden ser modificadas por el reglamento, pero con sentido agravante; no pueden ser disminuidas por el estatuto, como ya dijimos.

¹⁰⁹ C.N.Civ., sala B, LL, 141, fallo 66.208, o ED, 35-441.

¹¹⁰ Conforme al art. 10 de la ley 13.512, el cómputo de votos en la asamblea debe hacerse por unidad, aunque una misma persona posea más de una unidad (C.N.Civ., sala E, ED, 35-965).

¹¹¹ Conf. Racciatti, *ob. cit.*, n° 91, pág. 166.

unanimi-
dad

El art. 14 de la ley la exige para decidir la hipoteca del terreno que conlleva la de todo el edificio.

El art. 7 exige la unanimidad para decidir "toda obra nueva que afecte el inmueble común". Como luego veremos, esta disposición que parecería no guardar armonía con la del art. 8 —que exige mayoría absoluta—, se refiere a obras nuevas realizadas en partes comunes, para beneficio de alguno o algunos copropietarios determinados y no de todos los consortes.

los tercios

El art. 9 determina que el reglamento de copropiedad "sólo podrá modificarse por resolución de los propietarios mediante una mayoría no menor de dos tercios". Naturalmente, aquí debemos recordar todo cuanto dijimos relativo a la distinción, dentro del reglamento, entre cláusulas "estatutarias" y "reglamentarias".

mayoría
de
represente
más de la
mitad
del valor

La exige la ley, en su art. 16, para el supuesto de vetustez del edificio. De la forma de redacción de la norma, como estudiaremos con más detalle, pareciera que aquí la mayoría no es sólo la que represente más de la mitad del valor sino que, además, debe corresponder esa mayoría de valores, a la mitad más uno de los copropietarios por lo menos. Se exigiría, pues, una doble mayoría: por unidad y por valor.

mayoría
absoluta

El art. 10 alude a la mayoría genérica, vale decir, la absoluta: mitad más uno de unidades o más del 50% de valores, según el modo de computar los votos. También el art. 8, obras nuevas en partes comunes para beneficio de todos los copropietarios y el art. 12, supuesto de destrucción total o parcial del edificio.

B) Nulidad

Cuando en el desenvolvimiento de una asamblea, alguno de sus pasos, hasta llegar a la decisión —incluyendo a la misma— adolece de irregularidades, o no está de acuerdo con el reglamento o con la ley, puede lograrse el amparo jurisdiccional a los efectos de la declaración de nulidad de la misma.

En este aspecto resultan de aplicación las normas que sobre nulidad de los actos jurídicos establece nuestro Código Civil, ya que la ley 13.512 carece de disposiciones específicas al respecto.¹¹²

¹¹² Conf. Bendersky, Nulidad de asambleas en el régimen de propiedad horizontal, n° 89; C.N.Civ., sala D, ED, 39-295; sala L, 6.3.2002, ED, fallo 51.829, supl.diario del 20.12.2002.

El pedido de nulidad¹¹³ puede basarse en la falta de competencia de la asamblea para resolver sobre determinada materia¹¹⁴, o por no mediar convocatoria hecha en legal forma¹¹⁵, o por sesionar la asamblea sin el quórum —ya sea el legal o el estatutario—, o por no ajustarse la deliberación a las formas determinadas en el reglamento, o cuando la decisión ha violado las mayorías legales o reglamentarias, o cuando, aun alcanzándose dichas mayorías, la decisión ha sido contraria al reglamento, a la ley, o es injusta o arbitraria.¹¹⁶

Se ha resuelto que:

“El sujeto pasivo de la acción de nulidad de lo resuelto en una asamblea es el consorcio de propietarios, por lo que no puede declarársela en juicio seguido contra uno solo de los consorcistas”.¹¹⁷

Pero, “para que la nulidad de una asamblea de copropietarios sea viable, debe fundarse en un interés serio y legítimo, ya que en ningún caso corresponde decretarla por la nulidad misma”.¹¹⁸

No procede por la nulidad misma

Por otra parte, “las cuestiones sobre nulidad de la asamblea, su citación y realización, no deben ser tratadas en el juicio ejecutivo promovido para el cobro de las expensas y gastos comunes, debiendo serlo por la vía y forma correspondiente”.¹¹⁹

No puede ser decretada en juicio ejecutivo

¹¹³ “El sujeto pasivo de la acción de nulidad de la decisión de una asamblea no puede ser otro que el consorcio de propietarios, por lo que no puede declararse la nulidad en un juicio contra uno de los consorcistas” (C.N.Civ., sala D, ED, 39-295; sala L, 18.5.2002, causa “Biltmore SA c/ Consorcio Propietarios Hipólito Irigoyen 428/434”; conf. Bendersky, *ob. cit.*, en nota 112, n° 98).

¹¹⁴ Como por ejemplo, si se hubiera decidido realizar construcciones en alguna unidad privativa.

¹¹⁵ Ejemplo: como ya hemos visto, si no se ha indicado el día, hora y lugar exactos donde se celebrará la reunión, o si el orden del día ha sido redactado sin precisión, o cuando se trata un tema no previsto en dicho orden del día.

¹¹⁶ Así, se ha dicho que “los propietarios pueden reclamar el amparo jurisdiccional contra las decisiones de la asamblea de copropietarios que consideren arbitrarias o injustas” (C.N.Civ., sala D, LL, 105-132; *id.*, sala E, LL, 148-664 [29.323-S]), y que “no toda decisión de la asamblea de copropietarios normalmente constituida y con el número de votos requeridos, ha de ser siempre imperativa para la minoría; pues no lo es cuando tal decisión entraña un abuso de derecho o tenga el deliberado propósito de perjudicar a los afectados” (C.N.Civ., sala C, ED, 11-365).

¹¹⁷ C.N. Civ., sala I, 19.11.92: LL, f. 92.152, supl. del 3.5.94.

¹¹⁸ C.N. Civ., sala L, 6.3.2002, ED, fallo 51.829, supl. diario del 20.12.2002; sala D, LL, 131-1096 (17-668-S).

¹¹⁹ C.N.Civ., sala E, ED, 4-23; conf. sala F, fallo del 17.5.73, ED, t. 49, fallo 22.087; *id.*, sala D, ED, 26-93, donde se dijo que ellas “requieren el proceso regular y debido y no pueden resolverse por la vía sumarísima de la asamblea del art. 10, ley 13.512, en la que las decisiones se toman mediante una audiencia”.

Confirma-
ción

Es necesario tener en cuenta también que, en general, la nulidad de las asambleas tiene carácter relativo, por lo que es improcedente decretarla si la resolución ha sido tácitamente confirmada por la parte que podía invocar el vicio capaz de invalidarla¹²⁰, así como también “carece de finalidad práctica la nulidad de una asamblea si lo resuelto en la misma ha sido nuevamente decidido en otra, no impugnada”.¹²¹

Asimismo, se ha resuelto que:

“...queda convalidada la falta de expresa convocatoria para tratar la reforma del reglamento de copropiedad, si a la reunión realizada al efecto concurren en persona o por representación, los titulares de todas las unidades de vivienda o locales, los cuales aceptan por unanimidad rever los asuntos tratados en una asamblea anterior”.¹²²

C) Imposibilidad de reunión de las mayorías necesarias

Supuesto apprehendido por el art. 10 de la ley 13.512, la que lo soluciona por vía de la convocatoria judicial de la asamblea.

La imposibilidad de reunir a los copropietarios en número suficiente para adoptar resoluciones vinculantes puede, en determinados casos, dar origen a graves cuestiones que requieren urgente solución.

De allí que la ley arbitre el modo de lograr la intervención del órgano judicial, a fin de que proceda a convocar a los copropietarios a la realización de la asamblea que se llevara a cabo ante los estrados judiciales.¹²³

Requisitos

La jurisprudencia tiene decidido que para que la convocatoria judicial sea procedente es menester *que se hayan agotado todos los resortes brindados por el reglamento* a los efectos de hacer posible la reunión de los copropietarios¹²⁴ y que se trate

¹²⁰ C.N.Civ., sala A, ED, 8-562.

¹²¹ C.N.Civ., sala A, ED, 8-562.

¹²² C.N.Civ., sala A, ED, 21-228.

¹²³ La petición puede ser formulada por cualquier copropietario, aunque sea uno solo (C.N.Civ., sala A, JA, 1965, I-607; *id.*, sala D, ED, 26-93).

¹²⁴ Por ello, “si el interesado no ha usado de los medios que le brinda el reglamento de copropiedad o los ha usado y el resultado de la asamblea ha sido adverso a sus pretensiones, no es la vía del art. 10 de la ley 13.512, la que puede tener expedita” (C.N.Civ., sala A, LL, 16-338); porque “el acudir al órgano jurisdiccional para que éste convoque la asamblea constituye una posibilidad de carácter excepcional que queda verificada cuando es imposible la reunión mediante los mecanismos propios de la vida consorcial y cuando circunstancias de suma urgencia y gravedad así lo requieren. Es así que para tornar viable la asamblea

de un supuesto en el cual la *necesidad y urgencia del asunto* justifican la intervención del órgano jurisdiccional.¹²⁵

Dada la índole de este instituto y como lo dice la ley, la tramitación de la *petición debe ser* sumarísima y sin más procedimiento que una audiencia a la que el juez convocará de acuerdo a lo que indique la ley ritual; porque su naturaleza jurídica “debe asimilarse a la de los recursos policiales, urgentes y sumarios, que procuran la aplicación de una norma de orden público civil y procesal, encaminada a restablecer, con la mayor celeridad posible, el orden perturbado y permitir la normal convivencia del consorcio”¹²⁶

Procedi-
miento

Es por ello que se ha resuelto que “el trámite que corresponde al procedimiento previsto por el art. 10, ley 13.512, es el de los interdictos”¹²⁷, y que “no es dable plantear cuestiones previas al comparendo verbal, sin perjuicio de que en su oportunidad se considere el mérito de las diversas alegaciones formuladas”¹²⁸.

Recibida la petición, si ella es procedente, el juez designará una audiencia, a los fines de la correspondiente convocatoria, y en ella el magistrado oír a los interesados, sin perjuicio de sus

Facultades
del juez

judicial prevista en el art. 10, ley 13.512, se exige la prueba fehaciente del fracaso de las asambleas ordinaria y extraordinaria, no bastando la mera dificultad o incomodidad para la convocatoria”: C.N.Espec.Civ.y Com., sala II, *ED*-117-633. Conf. C.N. Civ., sala A, 12.4.94, *JA*, supl. del 14.12.94; sala B, 24.4.95, *ED*, f. 47.028, supl. del 21.3.96; *id.*, 7.11.95, *LL*, f. 94.909; sala F, 31.5.85, *LL*, f. 94.738, supl. del 24.9.96; sala J., 27.4.95: *LL*, f. 93.577, supl. del 21.9.95.

¹²⁵ Conf. C.N.Civ., sala A, *ED*, 16-338; *id.*, *LL*, 118-905; *id.*, *ED*, 20-103; *id.*, sala D, *ED*, 26-93; *id.*, sala E, *LL*, 118-876; *id.*, sala B, *LL*, 133-993; *id.*, *LL*, 119-989. En esta corriente, y en el caso “Silvosa, Manuel”, la C.N.Civ., sala A, *ED*, 8-536, dijo: “La audiencia que prevé el art. 10 de la ley 13.512 es aquella que el juez convoca cuando no fuese posible lograr la reunión de la mayoría necesaria de propietarios ya a solicitud de cualquier propietario, aunque sea uno solo, ya que la ley no impone que sea pedida por un número determinado de miembros del consorcio. Pero este recurso es procedente ‘a condición de probar al efecto, el fracaso de la reunión para la cual fueron convocados los propietarios y la necesidad o urgencia del asunto a tratarse’. En los presentes autos el actor no ha acreditado estos requisitos. En la última asamblea general ordinaria de propietarios, el accionante, que estuvo presente, pudo solicitar que las pretensiones a que alude en el escrito de demanda fuesen incluidas en el orden del día, cosa que no hizo, como surge de las copias de las actas. Tampoco ha probado el fracaso de una convocatoria a asamblea extraordinaria, que es otro medio del que disponía como paso previo, para que fuera procedente la reunión a que se refiere el art. 10 ley 13.512”.

¹²⁶ C.N.Civ., sala F, *LL*, 115-829 (10.697-S); *id.*, sala C, *ED*, 27-571.

¹²⁷ C.N.Civ., sala C, *LL*, 99-631; *id.*, *LL*, 88-47.

¹²⁸ C.N.Civ., sala C, *LL*, 99-631 y jurisprudencia allí citada.

facultades y potestad jurisdiccional para decidir las cuestiones planteadas¹²⁹, pudiendo llegar incluso a la remoción provisional del administrador.¹³⁰

Siguiendo estos cánones, se ha resuelto que:

“En la audiencia que prescribe el art. 10 de la ley 13.512, el juez deberá resolver en forma sumarísima los problemas que se le planteen y que no pueden ser resueltos por la asamblea de copropietarios por no reunir la mayoría necesaria y aún antes, en caso de medidas urgentes. Si los copropietarios no han podido llegar a una decisión válida sobre la designación de administrador, por no reunir ninguna de las proposiciones la mayoría requerida por el reglamento, corresponde al juez resolver, oyendo a los mismos, que para ese efecto fueron citados a la audiencia. Si en la primera que se realizó el magistrado dispuso que en la próxima se designaría administrador por mayoría de votos, la decisión que, respetando esa base, decide el punto, es inobjetable y debe ser acatada por los copropietarios pues aplicó el procedimiento establecido en dicha audiencia y que fue consentido por ellos...”¹³¹

y que

“En la asamblea judicial, en principio, el juez sólo se limitará a presidir la reunión con las facultades propias de todo presidente, permitiendo que la misma se desarrolle de acuerdo a las pautas reglamentarias y vigilando sólo la legalidad del procedimiento. Sin embargo, si un tema no puede resolverse, por ejemplo, por falta de mayoría suficiente, el juez puede tomar la decisión que considere mejor, por encima de la voluntad de los presentes”.¹³²

D) Exteriorización de las decisiones

Actas
y copias

Al respecto, el art. 5 del decreto 18.734/49, reglamentario de la ley 13.512, dispone:

“Las decisiones que tome el consorcio de propietarios conforme al art. 10 de la ley 13.512, se harán constar en actas que firmarán todos los presentes. El libro de actas será rubricado, en la Capital Federal y territorios nacionales, por el Registro de la Propiedad, y en las provin-

¹²⁹ C.N.Civ., sala D, *LL*, 83-125; conf. C.N.Civ., sala C, *LL*, 99-631.

¹³⁰ C.Apel. Mar del Plata; C.N.Civ., sala C, *LL*, 99-631.

¹³¹ C.N.Civ., sala E, *LL*, 103-788 (7035-S); Laquis-Siperman, *ob. cit.*, pág. 123, nota 15, sin embargo, sostiene que “la asamblea judicial no es... un medio por el cual se puedan violar las mayorías mínimas exigidas por la ley o el reglamento, por lo que no cabe la citación bajo apercibimiento de tomarse decisiones válidas con quienes concurren”.

¹³² C. N. Civ., sala A, 31.10.95: *LL*, f. 93.524, supl. del 8.9.95.

cias por la autoridad que los respectivos gobiernos determinen. Todo propietario podrá imponerse del contenido del libro y hacerse expédír copia de las actas, la que será certificada por el representante de los propietarios o por las personas que éstos designen. Las actas podrán ser protocolizadas.

"Será también rubricado por la misma autoridad el libro de administración del inmueble".¹³³

Según el art. 25 del decreto reglamentario aludido — recordamos que dicha norma se encuentra en el apartado II que se refiere a disposiciones especiales para la Capital Federal y Territorios Nacionales.

Notificación
a los
ausentes

"Las decisiones que tome válidamente la mayoría de propietarios serán comunicadas a los interesados ausentes por carta certificada".¹³⁴

¹³³ Ordinariamente los copropietarios que han concurrido a la asamblea, firman su asistencia en el "margen" del Libro de Actas, y luego en la misma reunión se designa a un número determinado de copropietarios (generalmente dos), que firmarán el acta, una vez que sea formalmente redactada. El tratamiento de esta designación debe figurar como punto expreso en el "orden del día".

¹³⁴ El Reglamento tipo de la Cámara Argentina de la Propiedad Horizontal, determina: "El administrador comunicará las resoluciones de las asambleas a los ausentes, por carta certificada".

Capítulo 8

Propiedad Horizontal (continuación)

SUMARIO. I. Obligaciones de los propietarios por las expensas y gastos comunes: A) Garantías para su cobro: 1. Procedimiento para perseguir su cobro; 2. Afectación de la cosa a su pago; 3. Imposibilidad de abandonar; 4. Privilegio y derecho de retención. B) Orden del privilegio frente al acreedor hipotecario: 1. Criterio especial relativo a los intereses. II. Prohibiciones impuestas a los propietarios. 1. Quiénes pueden ejercitar la acción y si para hacerlo es necesario acreditar perjuicio; 2. Cuál es el juez competente para entender en la aplicación de las sanciones; 3. Cuál es la vía procesal apta para lograr la aplicación de las sanciones. III. Obras nuevas, innovaciones y mejoras: 1. Obra nueva en partes exclusivas; 2. Obra nueva en partes comunes. A) Expensas necesarias, reembolso, privilegio. IV. Extinción de la propiedad horizontal: A) Enumeración y análisis de los casos propios: 1. Destrucción total o parcial de más de las dos terceras partes del valor; 2. Velocidad; 3. Confusión; 4. Abandono.

I. Obligaciones de los propietarios por las expensas y gastos comunes

Según el art. 8 de la ley 13.512, los propietarios tienen a su cargo las expensas de “administración y reparación de las partes y bienes comunes del edificio indispensables para mantener en buen estado sus condiciones de seguridad, comodidad y decoro”, así como las “expensas necesarias para la conservación o reparación de partes o bienes comunes; realizadas por cualquier copropietario en ausencia del administrador y no mediando oposición de los demás, previamente advertidos”, por las que dicho copropietario tendrá derecho a reembolso. Igualmente deberán responder a cualquiera de los consortes que hubiera hecho reparaciones indispensables y urgentes sin llenar los requisitos anteriores, el cual goza también de derecho a reembolso, “en la medida que resultaren útiles”.¹

En cuanto al denominado “fondo de reserva” que suele formarse para la atención de gastos extraordinarios, indemnizaciones por despido, accidentes, etc. al personal subordinado, u otros gastos especiales o imprevisibles, hemos dicho que su for-

¹ La ley agrega que “en su caso, podrá ordenarse restituir a su costa las cosas a su anterior estado”.

mación no está impuesta por la ley; en consecuencia, sólo puede surgir de una disposición reglamentaria.²

Cuando ello sucede, la contribución a su formación también entra dentro de la categoría y régimen de las "expensas comunes", en cuanto a proporción en la que deben contribuir los copropietarios, garantías de la que está rodeada su percepción, etcétera.

Las enunciadas son las genérica y vulgarmente denominadas "expensas comunes", de cuyas características y régimen participan las primas debidas por el seguro total del edificio común.³

Propor-
ción

La ley deja librado al reglamento de copropiedad la determinación de la proporción en que cada copropietario responderá por dichas "expensas", y el art. 9, inc. c), exige como cláusula obligatoria del estatuto la especificación de la "forma y proporción de la contribución de los propietarios a los gastos o expensas comunes".

En defecto de tal previsión, la propia ley establece que cada copropietario responderá en proporción al valor de sus pisos o departamentos.

Se ha resuelto que:

"La contribución igualitaria en las expensas comunes, en proporción al valor de los pisos o departamentos, no está impuesta por la ley 13.512 como sistema obligatorio, ya que el art. 8 que lo establece como regla general, admite la 'convención en contrario' mediante la cual puedan contemplarse ciertas particularidades funcionales o estructurales que aconsejen otra proporcionalidad: la del uso, por ejemplo, que en determinada situación puede llegar a la exoneración total respecto de determinados servicios".⁴

Pero...

"...cada copropietario debe sufragar los gastos de conservación de las cosas comunes en proporción al valor de su piso o departamento, con prescindencia de la mayor o menor utilización de los servicios comunes, si otra cosa no se hubiese convenido".⁵

² Vale decir que, si no está establecido en el reglamento originario, su creación importa imponer una nueva carga a los consortes, implicando ello una modificación de su *status patrimonial* que sólo puede ser resuelta por unanimidad a nuestro juicio. El monto, es obvio, creemos que podría modificarse por mayoría absoluta. Sobre el tema del fondo de reserva, ver Mariani de Vidal, Marina, "Propiedad horizontal. Fondo de reserva y enajenación de la unidad", *LL*, supl. diario del 20.9.2001.

³ A las innovaciones, obras nuevas y mejoras, nos referiremos más adelante.

⁴ C.N.Civ., sala E, *ED*, 11-371; sala B, *ED*, 19-139; sala F, *ED*, 39.316; C.N.Paz, sala IV, *LL*, 110-48.

⁵ C.N.Civ., sala A, *ED*, 39-314; sala F, *ED*, 39-316; sala B, *ED*, 39-303.

Vale decir que, una vez establecido en el Reglamento el porcentaje con el cual debe participar cada copropietario en los gastos comunes, el copropietario no puede, por decisión unilateral, liberarse de ciertos gastos con el pretexto de que corresponden a servicios que no utiliza. Pues para ello debería variarse la previsión del reglamento, la cual variación, por tratarse en la especie de una cláusula estatutaria, requeriría el consentimiento unánime de los copropietarios, manifestado en la correspondiente asamblea y, en caso de no lograrse, esa mayoría requerir la reforma del reglamento por la vía judicial.⁶

Aunque la jurisprudencia es algo vacilante al respecto, puede señalarse que, en líneas generales, el copropietario puede solicitar judicialmente ser liberado de los gastos de uso de los servicios que no utiliza.⁷ Ejemplo: gastos de combustible para calefacción y agua caliente centrales que no se suministra a su unidad por carecer de las cañerías correspondientes; o gastos de iluminación de los pasillos interiores del edificio, o gastos de corriente eléctrica del ascensor, si se trata de locales con entrada independiente a la calle, ubicados en la planta baja, y que carecen de depósitos en alguna de las plantas que los obliguen al uso del ascensor⁸ —pero debe contribuir a los gastos de reparación y conservación de esos servicios, aunque no los utilice, porque siendo cosas comunes, a él le corresponde una cuota parte sobre ellos, de manera que dichos gastos valorizan o se refiere a bienes de los que él es propietario; y además, el estado de conservación normal de ellos incide en el valor del edificio.⁹

En cuanto a quién corresponde la titularidad del crédito por expensas comunes, la jurisprudencia tiene decidido que “el consorcio es el único titular de los créditos *propter rem*¹⁰ que constituyen las expensas comunes”.¹¹

Titular
del crédito

Al consorcio pertenece también el “fondo de reserva”, que se integra con los aportes que a ese efecto realizan los copropie-

⁶ C.N.Civ., sala B, LL, 136-1062; sala F, ED, 39-18.196; sala A, ED, 2-823; sala D, ED, 16-346; sala E, 39, f. 19.099; C.N.Paz, sala III, ED, 1-158; sala II, LL, 95-140; sala IV, LL, 100-222.

⁷ Ver cuanto dijimos anteriormente sobre la reforma judicial del Reglamento de Copropiedad.

⁸ Aunque en algunos casos se ha resuelto que la liberación de los gastos de uso del ascensor no es procedente cuando por él se accede a la azotea, que es un bien común (C.N.Civ., sala D, JA, 1961, IV-203).

⁹ C.N.Civ., sala F, LL, 133-1015; sala E, ED, 5-250; *id.*, ED, 16-333; sala C, ED, 32-519; sala D, JA, 1961, IV-203.

¹⁰ Si revisten o no este carácter lo veremos luego.

¹¹ C.N.Civ., sala B, ED, 6-110; C.N.Com., sala A, ED, 5-230.

tarios (generalmente en la oportunidad de pagar las expensas comunes y junto con ellas), como una especie de “ahorro”, para ser utilizado cuando circunstancias especiales así lo exijan o para la realización de obras de reparación o mejoramiento de las cosas o partes comunes, o para cualquier otro fin¹².

Se ha planteado también el problema de saber si el consorcio puede ser titular de unidades funcionales. La *afirmativa* se basa en que se trataría de una consecuencia de reconocer personalidad jurídica al consorcio, de manera que, así como se le asigna la titularidad de los créditos por expensas comunes y del fondo de reserva, nada se opondría a aquella posibilidad, que aparecería autorizada por la parte final del art. 8° de la ley 13.512, en cuanto alude a la “mayor renta” que podría obtenerse de los bienes comunes, siendo que las partes, bienes y servicios comunes del art. 2°, en principio, no “rentan”¹³. La *negativa* se sustenta en que la ley 13.512 sólo admite la distinción entre partes privativas y comunes (art. 2°), de donde serían los copropietarios —y no el Consorcio— los que podrían ser titulares de las unidades funcionales, revistiendo éstas el carácter de cosas comunes (de los copropietarios)¹⁴.

Ejecución
de créditos
contra el
consorcio

Aquí se plantea un espinoso problema: siendo estos créditos prácticamente el único patrimonio del consorcio¹⁵, un acreedor que haya válidamente contratado con él, teniendo en cuenta el carácter de persona jurídica que se le atribuye, y lo dispuesto por los arts. 39 y conc. Cód. Civ., ¿sobre qué bienes hará efectivo su crédito?

Es evidente que según lo expuesto, el acreedor podrá ir contra el crédito que, en concepto de expensas—*lato sensu*, incluyendo las sumas debidas por integración del fondo de reserva— tiene el consorcio contra cada copropietario, por constituir patrimonio de aquél.

¹² Sobre el fondo de reserva, ver Mariani de Vidal, M., “Propiedad horizontal. Fondo de reserva y enajenación de la unidad” en *LL*, supl. diario del 20.9.2001.

¹³ Conf. Alterini, J.H., Responsabilidad de los consorcistas por deudas del consorcio, *ED-56-729*, Capítulo III. El Proyecto de Código Civil de 1998 dispone, en su art. 1980, que “*el patrimonio del consorcio se integra con ... las unidades funcionales que se le asigne o adquiera en el inmueble ...*”.

¹⁴ Conf. Vinassa, L.M., “¿Es posible la adquisición de una unidad por el consorcio en la subasta judicial? Problemática de derecho privado y registral”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Ed. Rubinzal-Culzoni, n° 2002-2-Propiedad horizontal, p. 373 y ss.

¹⁵ Ya dijimos que los bienes comunes no lo constituyen, ya que forman parte integrante del derecho de propiedad horizontal de cada copropietario (arts. 2 y 3 de la ley 13.512)

Sin embargo, la que hemos esbozado podría ser una solución valiosa. En efecto: si las expensas son la savia que nutre al consorcio y permite su subsistencia y desenvolvimiento, ¿cómo será ello posible si van a parar a manos de un acreedor?¹⁶

¿No podría, en ningún caso, irse contra el patrimonio de los consorcistas, es decir, contra las unidades, a las cuales se encuentran unidas indisolublemente las respectivas partes ideales de los bienes comunes?

Si nos ajustáramos en forma ortodoxa a la tesis de la personalidad, como vimos de amplia acogida en la jurisprudencia, parecería que la respuesta negativa fuera de rigor.

Mas creemos que, sin desconocer el carácter de persona jurídica del consorcio¹⁷ puede sostenerse que es posible el embargo del acreedor sobre el derecho de propiedad horizontal que corresponde a cada copropietario.

Y ello, no por aplicación del régimen del art. 2688 Cód. Civ.¹⁸, que podría ser resistido por aquellos que sostienen la autonomía del derecho real de propiedad horizontal, sino por aplicación lisa y llana del art. 2 de la ley 13.512:

“Los propietarios tienen a su cargo en proporción al valor de sus pisos o departamentos, salvo convención en contrario, las expensas de administración y reparación de las partes y bienes comunes del edificio, indispensables para mantener en buen estado sus condiciones de seguridad, comodidad y decoro. Están obligados en la misma forma a contribuir al pago de las primas de seguro del edificio común y a las expensas debidas a innovaciones dispuestas en dichas partes y bienes comunes por resolución de los propietarios, en mira de obtener su mejoramiento o de uso y goce más cómodo o de mayor renta.”

Este período de la norma se refiere a los gastos contratados por el administrador o por todos los copropietarios juntamente, y no regla ninguna acción de reembolso entre estos últimos, pues precisamente de ello se ocupa la tercera parte del artículo, cuando se refiere a gastos contratados por un copropietario, ya sea en ausencia del administrador, previa advertencia y consentimiento de los otros consortes o en casos de urgencia. En este último supuesto, responsable frente al tercero es el copropietario contratante, que luego de efectuada la impensa tiene derecho a ser

¹⁶ ¿Podría tal vez el consorcio solicitar que el embargo recayera sólo sobre un porcentaje de dichos créditos por expensas, aplicando un criterio similar al del embargo de los sueldos y salarios?

¹⁷ Tema acerca del cual no profundizaremos ahora, pues no es objeto de este trabajo, bastándonos señalar cuál es la solución mayoritaria de la jurisprudencia actual.

¹⁸ Que regula la responsabilidad frente a terceros en el condominio común.

reembolsado por los demás. En la primera hipótesis, que es el supuesto ordinario, responden los consorcistas con sus bienes, que en este caso podrían ser su unidad y porcentual correspondiente sobre las cosas comunes. Mas esta responsabilidad no es solidaria, sino en proporción al valor de sus pisos o departamentos, a menos que el reglamento establezca otra cosa.

Semejante a la solución que el Código Civil adopta en los arts. 1713 y 1747 para las sociedades, a las que no por ello se les deja de reconocer personalidad jurídica.¹⁹

Por lo demás, el nuevo art. 33, segunda parte, inc. 2° del Código Civil ya no exige que las personas jurídicas tengan patrimonio propio, sino sólo que sean capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones, es decir, no habría que confundir la capacidad en el ámbito patrimonial con la efectiva existencia de un patrimonio.²⁰

En resumen: el acreedor puede, no sólo dirigirse contra los créditos por expensas de los que es titular el consorcio —y eventualmente contra el fondo de reserva— sino también embargar y ejecutar las unidades, con su correspondiente cuota sobre los bienes comunes²¹. Pero sobre cada consorte sólo podrá caer por la porción de la deuda que le corresponde soportar de conformidad al art. 8 de la ley 13.512.

Por el contrario, no podría el acreedor embargar y ejecutar, por ejemplo, una caldera, un ascensor, etc., pues de estas par-

¹⁹ Véase Busso, *ob. cit.*, pág. 292, n° 182 y sigs. Esta forma de distribución de la responsabilidad frente a terceros la acepta Messineo, *Manual de Derecho civil y comercial*, t. III, pág. 545, ed. 1954, con basamento en el art. 1123 del Cód. Civ. y Com. italiano de 1942, cuya primera parte ha sido fuente del art. 8 de nuestra ley 13.512; aunque ello le sirve para apoyar la tesis de falta de personalidad jurídica, por carecer el "condominio de edificación" de autonomía patrimonial, aún imperfecta, dado que los "efectos de la representación se reflejan directamente sobre cada uno de los condóminos y no sobre una colectividad"; conf. entre nosotros, Laquis-Siperman, *ob. cit.*, pág. 91 y sigs.; Alterini, J. H., Responsabilidad de los consorcistas por deudas del consorcio, *ED-556-742*, sostiene que después de excutidos los bienes del consorcio (*v.g.*, fondos de reserva, bienes comunes productores de renta, créditos por expensas comunes, etc.), es posible agredir los bienes de los consorcistas, quienes responden a la manera de fiadores conforme con los arts. 1713, 1747 y 1750, Código Civil, por partes iguales, sin perjuicio de que luego se reparta la deuda en la medida en que cada uno paga las expensas comunes (arg. art. 1752, Código Civil). De acuerdo con esta postura, Raciatti, H., Responsabilidad civil en la propiedad horizontal, *LL*, supl. diario del 23.8.91. En cambio, le encuentra inconvenientes prácticos, Di Filippo, M. I., La personalidad jurídica del consorcio en el sistema de propiedad horizontal. Del axioma a la realidad. Replanteo de la cuestión, en *LL-1990-E-953* y ss.

²⁰ Véase Busso, *ob. cit.*, pág. 299, n° 243.

²¹ Conf. C.N.Civ., sala B, 18.9.90, Doctrina Judicial-1991-1-626, sobre la base de considerar que el consorcio no es persona por carecer de patrimonio propio.

tes no es titular el consorcio, ni puede escindirse el derecho sobre ellas del derecho sobre las unidades del cual no es sino un accesorio y del cual no puede separarse.

Así lo dispone expresamente para el embargo la última parte del art. 3 de la ley 13.512, que arriba transcribimos.

A) Garantías para su cobro

Siendo las expensas, como dijimos, indispensables para la subsistencia misma del régimen de la propiedad horizontal, la ley y la doctrina judicial han querido rodear a dicho crédito de garantías destinadas a asegurar su percepción y que son, principalmente, las siguientes:

- 1) Procedimiento para perseguir su cobro.
- 2) Afectación de la cosa a su pago.
- 3) Imposibilidad de abandonar a fin de liberarse de la deuda por expensas.
- 4) Privilegio y derecho de retención.
- 5) Criterio especial relativo a los intereses.

Resulta interesante señalar que ha sido decidido que:

“Tratándose de obligaciones de ‘tracto sucesivo’, el acreedor no está obligado a recibir pagos de cuotas cuando las precedentes están impagas. Tal conducta debe observarse con mayor rigor en los supuestos de las expensas en los edificios de propiedad horizontal, que tiene su principal fundamento en un principio de solidaridad, de convivencia entre los integrantes del consorcio. El solo atraso de uno o de varios de ellos lesiona los intereses de la comunidad a la que crea problemas que pueden llegar a ser muy serios al poder verse en dificultades para atender el pago de servicios del edificio: sueldos de portería, luz, gas y mantenimiento del inmueble”.²²

1. Procedimiento para perseguir su cobro

La ley 13.512 no determina el procedimiento a través del cual puede reclamarse el cobro del crédito por expensas²³, lamentable vacío que, en el caso de no ser expresamente cubierto por las leyes procesales, da lugar a que ese cobro deba tramitarse por juicio ordinario, lo cual es obviamente inconveniente, te-

²² C.N.Civ., sala L, 22.3.91, Doctrina Judicial, f. 5979, t. 1991-II-1032.

²³ En cambio, las fuentes (la ley uruguaya —art. 25 inc. 2º— y la chilena —art. 14—) establecen expresamente la vía ejecutiva.

niendo en cuenta que la percepción de las expensas es indispensable para el desenvolvimiento de la vida del consorcio.

Cierta doctrina y la jurisprudencia masiva encontraron una solución para esta dificultad, admitiendo la vía ejecutiva para el cobro de las expensas, siempre y cuando ella se hubiera pactado en el reglamento, pudiendo el mismo reglamento prever la composición del pertinente título ejecutivo y, en defecto de esa previsión, sirviendo como tal el certificado de deuda emitido por el administrador y las actas de las asambleas en las que se hubiera aprobado el gasto.²⁴

Actualmente, el problema está solucionado en el Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Nación —ley 22.434, en su art. 524:

“...constituirá título ejecutivo el crédito por expensas comunes de edificios sujetos al régimen de propiedad horizontal. Con el escrito de promoción de la ejecución deberá acompañarse certificados de deuda que reúnan los requisitos exigidos por el reglamento de copropiedad. Si éste no los hubiere previsto deberá agregarse constancia de la deuda líquida y exigible y del plazo concedido a los copropietarios para abonarla, expedida por el administrador o quien haga sus veces”.

Al respecto se ha resuelto que:

“Si bien es cierto que la ley manda ser cuidadoso en el examen del título con el cual se promueve la ejecución (art. 531 Cód. Proc.), no debe extremarse innecesariamente ese rigor dentro de un sistema en el cual el cobro regular de las expensas comunes es fundamental para su normal desenvolvimiento”.²⁵

y que:

“No es procedente la excepción de inhabilidad de título si el exceso en la suma reclamada está compuesto por los intereses incluidos, pues las defensas vinculadas con el monto de los intereses o multas pactadas no invalidan el título, sin perjuicio de que ello se discuta en la etapa de liquidación”.²⁶

²⁴ C.N.Civ., sala C, LL, día 31.5.68; sala F, 17.5.73, ED, 49, f. 22.807; sala B, LL, 115-814; sala E., LL, 111-903; sala F, LL, 116-794; sala D, LL, 104-755; id., 116-722. Conf. Bendersky, en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, ts. I-II, pág. 202; Lage de Bustos, *Rev. del Notariado*, set.-oct. 1958, pág. 601. *Contra*: Laquis-Siperman sosteniendo que el título ejecutivo sólo puede surgir de una disposición legal y no por vía convencional, págs. 81 y 162.

²⁵ C.N.Civ., sala C, 27.6.73, ED, 49, f. 22.902; id., ED, 44-233; id., ED, 48, f. 22.376; sala A, ED, 39-330; sala D, ED, 44-327; sala F, ED, 48, f. 22.375.

²⁶ C.N.Civ., sala C, 29.12.94: LL, 38.429-S.

No es posible, tampoco, cuestionar en el juicio ejecutivo por cobro de expensas y por vía de la excepción de inhabilidad de título, la nulidad o validez de la designación de administrador²⁷, ni la eficacia o ineficacia de las resoluciones de la asamblea²⁸.

También se ha resuelto que:

“Los copropietarios... están impedidos, dada su condición, para reclamar por vía de procedimiento ejecutivo la repetición de las sumas que hubiesen abonado en pro de la comunidad, debiendo en consecuencia promover el respectivo juicio de conocimiento (arg. art. 2685 y sig. Código Civil)”²⁹

y que:

“Ante la ausencia en el reglamento de normas que prevean la vía ejecutiva para el cobro del crédito por expensas y, por ende, la documentación que constituye título suficiente, es de aplicación el art. 524 del Código Procesal, ley 17.454 el cual establece que deberá agregarse copia protocolizada de las actas de las reuniones en que se ordenaron o aprobaron las expensas, así como el certificado de deuda. Si bien es razonable que no debe extremarse el rigor en el examen de los instrumentos en que se basan las ejecuciones de expensas, en aras del normal desenvolvimiento de la propiedad horizontal, esa latitud de criterio no puede extenderse a casos en que falta el elemento principal, tal cual es el que establece el monto de la deuda a ejecutar”³⁰

y que:

“Los recaudos del art. 524, párrafo 2º del Cód. Proc. (se refiere a la anterior ley 17.454) no pueden ser suplidos con la sola certificación del administrador”³¹ (Prosperó la inhabilidad de título).

y que:

“El administrador del consorcio de propiedad horizontal debe ajustar su requerimiento a lo establecido por el art. 524, del Código Procesal, no pudiendo en modo alguno acudir a la preparación de la vía ejecutiva normada en el art. 525 del mismo ordenamiento”³²

²⁷ Conf. C.N.Civ., sala F, 31.10.95, *LL*, 38.669-S.

²⁸ Conf. C.N.Civ., sala A, 21.3.95, *Doctrina Judicial*, 1996-1-958, f. 10.557.

²⁹ C.N.Civ., sala C, 22.8.95, *LL*: f. 94.536, supl. del 23.7.96.

³⁰ C.N.Civ., sala A, *ED*, t. 43, f. 20.570; Conf. C.N.Civ., sala D, 29.9.90, *Doctrina Judicial*, f. 5670.

³¹ C.N.Civ., sala A, *LL*, 149, sum. 29.749.

³² C.N.Civ., sala C, 22.8.95, *LL*: f. 94.536, supl. del 23.7.96.

La jurisprudencia también tiene decidido que:

“La exigencia formal del reglamento de copropiedad de notificar telegráficamente al deudor moroso de las expensas antes de iniciar el juicio, no constituye requisito esencial, desde que el requerimiento queda cumplido con la intimación de pago y citación de remate, pues no debe olvidarse que en el régimen creado por la ley 13.512 debe pagarse con puntualidad la contribución para sufragar los gastos comunes del consorcio y resulta absurdo que quienes lo integran deban esperar para hacerle un telegrama colacionado del administrador o una demanda judicial”.³³

2. Afectación de la cosa a su pago

Conforme al art. 17 de la ley 13.512:

“La obligación que tienen los propietarios de contribuir al pago de las expensas y primas de seguro total del edificio, sigue siempre al dominio de sus respectivos pisos o departamentos en la extensión del art. 3266 del Código Civil, aún con respecto a las devengadas antes de su adquisición; y el crédito respectivo goza del privilegio y derechos previstos en los arts. 3901 y 2686 del Código Civil”.

En esta norma la palabra “aún” está de más; en efecto, como el art. 3266 del Código Civil se refiere a la responsabilidad del sucesor particular por las deudas de su autor, de las cuales responde con la cosa, parece evidente que de las expensas que se devenguen mientras una persona es propietaria de ella responde, como cualquier deudor, con todo su patrimonio, y es solo de las expensas devengadas mientras sus antecesores fueron propietarios que el actual titular (sucesor singular) responde en los términos del art. 3266 del Cód. Civ., vale decir, sólo hasta el valor de su derecho de propiedad horizontal.³⁴

Por su parte, el art. 6 del decreto reglamentario determina que:

“A requerimiento de cualquier escribano que deba autorizar una escritura pública de transferencia de dominio sobre pisos o departamentos, el consorcio de propietarios, por intermedio de la persona autorizada, certificará sobre la existencia de deuda por expensas comunes que afecten al piso o departamento que haya de ser transferido”.

De esta disposición no surge, como a veces se cree, la exigencia de que la deuda por expensas esté saldada para poder

³³ C.N.Civ., sala F, *ED*, 48, f. 22.375; *id.*, *ED*, 40, f. 382; *id.*, sala C, *ED*, 16-313; sala A, *ED*, 39, f. 18.942; *id.*, *ED*, 50, f. 23.407.

³⁴ Conf. Dassen, estudio en *LL*, 118-252.

concretar la transferencia de la unidad, porque no es un certificado de "libre deuda" lo que se solicita al consorcio sino sólo uno que indique la "deuda"³⁵; y ni siquiera de ella resulta la obligación del escribano que autorizará la enajenación de solicitarse ese certificado.³⁶

Entonces, si se enajena una unidad y existe una deuda por expensas, entra a jugar el transcripto art. 17 de la ley, y esa deuda la puede reclamar el consorcio —que, como hemos visto, es el titular de ese crédito— al comprador, ya que ella "sigue siempre al dominio de sus respectivos pisos o departamentos"; mas de esa deuda devengada cuando el comprador aún no era propietario, éste responde con el alcance del art. 3266 del Cód. Civ.; vale decir, sólo con la "cosa" y no con todo su patrimonio. Ahora bien, de las nuevas expensas que se devenguen desde que el comprador adquirió el dominio, es obvio que también resulta responsable, pero aquí ya no por el juego del art. 17 de la ley, sino de su art. 8, o sea, que la responsabilidad se extiende a todo el patrimonio y no sólo al valor de la cosa.

Enajenación de la unidad que adeuda expensas

¿Cómo responde el adquirente?

Y aquí surge otro problema: el adquirente de la unidad que adeuda expensas responde en la forma y medida indicadas, pero ¿el enajenante se libera de esa deuda o sigue siendo responsable de la misma frente al consorcio, a pesar de que se haya desprendido del dominio de la unidad?³⁷

¿El enajenante se libera?

Para resolver el interrogante, resulta de importancia capital lo dispuesto por el art. 8 última parte de la ley: "Ningún propietario podrá liberarse de contribuir a las expensas comunes por renuncia del uso y goce de los bienes o servicios comunes ni por abandono del piso o departamento que le pertenece", concordante con el cual, el art. 18 deroga "a los efectos de la presente ley" el art. 2685 *in fine*, Cód. Civ., que permite a los condóminos abandonar su cuota para liberarse de contribuir a los gastos de reparación o conservación de la cosa común.

Parecería entonces que si está prohibido el abandono para liberarse del pago de las expensas y aunque se efectúe tal abandono, él no libera de la deuda; tampoco puede liberar cualquier acto que implique una abdicación del derecho, *v.g.* una enajenación. De donde el enajenante, en el caso de ser

³⁵ Conf. C.N.Civ., sala C, *ED*, 11-376; sala D, *ED*, 15-408.

³⁶ Es claro que si en la escritura el notario afirma que la unidad no adeuda expensas sin haber peticionado el certificado, y luego resulta la existencia de una deuda, será responsable de los daños y perjuicios respectivos.

³⁷ El art. 5, 2ª parte de la ley chilena se pronuncia expresamente por la persistencia de la responsabilidad.

deudor de expensas comunes, a pesar de haber transmitido la unidad, sigue estando obligado al pago de las mismas³⁸. Sin embargo, algunos autores³⁹ formulan la siguiente distinción: *a*) si la deuda se devengó mientras una persona era propietaria de la unidad, el abandono o enajenación de la misma no libera de la deuda, por la que sigue respondiendo con todo el patrimonio; *b*) pero si la deuda se había devengado cuando aún ella no era propietaria, como la responsabilidad por esa deuda de sus autores le competía justamente en razón de que era propietario de la cosa y en el límite del valor de esa cosa— “sigue siempre al dominio de sus respectivos pisos o departamentos”, dice el art. 17 de la ley 13.512— al dejar de serlo, deja también de ser deudora. En resumen, respecto de esta última categoría de deudas por expensas, sería procedente el abandono, el cual liberaría, pasando la responsabilidad al nuevo adquirente.

Creo que esta distinción es acertada y responde a una correcta aplicación de los arts. 8 y 17 de la ley.

Incapacidad al consorcio de los convenios entre enajenante y adquirente

Aquí debemos dejar aclarado que al consorcio —titular del crédito por expensas— no pueden oponerse los pactos concertados por el enajenante y el adquirente acerca de la distribución entre ambos de la deuda por expensas (art. 1195 Cód. Civ.); él demandará de conformidad al art. 17 de la ley 13.512 al vendedor, al comprador o a ambos⁴⁰, sin perjuicio de las acciones de reembolso que de acuerdo al contrato que los liga podrán ejercitar entre sí los indicados enajenante y adquirente.

Naturaleza jurídica de la deuda por expensas

Con los elementos expuestos podemos abordar el problema de la naturaleza jurídica de la deuda por expensas, que se ha centrado en su encasillamiento como obligación *propter rem* o no.

Nos remitimos a cuanto dijimos en nuestro Volumen I sobre este instituto. Aquí bástenos manifestar que si se sostiene que el art. 8 *in fine* prohíbe el abandono en todo caso, para liberarse del pago de expensas y que dicho abandono no libera, como una de las características de la obligación ambulatoria es, justamente el de viajar con la cosa, de donde al concluir el vínculo con ella se pondría punto final también al carácter de deuda, que pasaría al nuevo titular del derecho sobre la cosa, parecería claro que la obligación por expensas no participa de la naturaleza de aquéllas.

³⁸ Conf. Laquis-Siperman, pág. 167.

³⁹ Así, por ejemplo, Dassen, *ob. cit.*, *loc. cit.*, y Laje, *La propiedad horizontal en la legislación argentina*, pág. 354, ed. 1957.

⁴⁰ Conf. C.N.Civ., sala D, *ED*, 16-346.

En cambio, si se está de acuerdo con la distinción que más arriba formulamos —expensas devengadas durante el dominio de los antecesores, respecto del sucesor singular— en relación al abandono, es evidente que en ciertos casos las deudas por expensas revestirán el carácter de ambulatorias.

Ejemplo: Daremos ahora un ejemplo que pondrá en evidencia lo que hemos dicho hasta ahora:

A compra una unidad libre de deuda por expensas el 1.1.70; no paga las expensas y, el 1.1.71 la vende a B, alcanzando la deuda la suma de \$100.000.

B tampoco paga las expensas, y el 1.1.72 la vende a C. Las expensas devengadas mientras B fue propietario alcanzan a \$ 100.000.

C tampoco paga las expensas, y el 1.1.73 la deuda llega a una suma de \$ 300.000:

\$ 100 000 devengados mientras A era propietario.

\$ 100.000 devengados mientras B era propietario.

\$ 100.000 devengados mientras C era propietario.

El consorcio ¿a quién demandará?⁴¹ Puede demandar a todos o a cualquiera de los que se indican a continuación:

1) a A por los \$ 100.000 devengados desde 1.1.70 al 1.1.71: responde con todo su patrimonio.

2) a B por los \$100.000 devengados desde el 1.1.71 al 1.1.72: responde con todo su patrimonio. Ahora bien, si el abandono no libera de la deuda, parecería que también B respondería por los \$100.000 devengados del 1.1.70 al 1.1.71.

Nosotros creemos que la solución es otra: B responde por los \$100.000 devengados del 1.1.70 al 1.1.71 *sólo con la cosa y en razón de ser propietario de ella*, de conformidad al art. 17 de la ley. Si dejó de ser propietario, aparte de haber cesado la razón de ser de su responsabilidad, ya no puede responder con la cosa, por la sencilla razón de que la cosa no está en su patrimonio.

3) a C por los \$ 100.000 devengados desde el 1.1.72 al 1.1.73: responde con todo su patrimonio, y por los \$ 200.000 devengados desde el 1.1.70 al 1.1.72 por los cuales sólo responde con la cosa (art. 3266 Cód. Civ.) por aplicación del art. 17 de la ley.

⁴¹ Recordemos que respecto de la prescripción de la deuda rige el art. 4027 inc. 3°, que establece un término de cinco años.

Subasta
judicial
de la
unidad

¿El art. 17 de la ley 13.512 juega aun en caso de subastas judiciales? En otras palabras, quien compra en un remate judicial puede ser demandado por el pago de las expensas devengadas con anterioridad a dicha adquisición, o la intervención del juez en esa transferencia "limpia" al bien de todo tipo de deudas, entre las que también figuran las deudas por expensas?

Me inclino por la primera alternativa.⁴²

Ello porque, según acabamos de verlo, la obligación por expensas funciona como una carga que, impuesta por la ley, recae en cabeza de quien adquiere el derecho real de propiedad horizontal, aun cuando las expensas se hubieren devengado antes de la adquisición: si se trata de un sucesor universal, con arreglo a lo dispuesto en el art. 3417 del Código, y si se trata de un sucesor singular, en función de lo que establecen sus arts. 2416 al 2421.

La única diferencia entre sucesores universales y sucesores particulares está dada por la extensión de su responsabilidad: si el adquirente lo es a título universal, responderá con todo su patrimonio y no se liberará por abandono o enajenación de la cosa, porque es considerado "deudor de todo lo que el difunto era deudor" —art. 3417, Código Civil—; si el adquirente lo fuere a título singular (por ejemplo, si se le hubiera transferido el inmueble por contrato de compraventa, donación, etc.), responderá sólo con la cosa que adquirió (art. 3266, Código Civil) y de ese deber se liberará si a su vez él transfiere el inmueble a un tercero, o por renuncia o abandono de su derecho.⁴³

Y es la propia ley la que determina que esa obligación sigue *siempre* al dominio de sus respectivas unidades, en la extensión del art. 3266 del Código Civil. Esto me parece decisivo, por el vocablo *siempre* está indicando que no corresponde hacer distinción alguna respecto de las transmisiones a título singular: sea la venta voluntaria o forzosa, el adquirente debe cargar "siempre" con la deuda por expensas devengadas antes de la adquisición.

La solución impresiona como valiosa, en tanto las sumas invertidas para financiar estos gastos han permitido, precisa-

⁴² Conf. Highton, E.-Vila, Avila, R., *Las deudas por expensas anteriores a la subasta judicial. Su protección*, ED, 147-891; Vila, R.-Rosello, G., *¿Es justo imponer la deuda por expensas de un consorcista a los restantes como consecuencia de la subasta judicial?*, JA, supl. diario del 20.8.97, p. 19 y ss. *Contra*: Puerta de Chacón, A.-Parellada, C.A., *La subasta judicial y los derechos conexos a la cosa subastada*, JA, 1991, II-719; Puerta de Chacón, A., *Inmueble subastado. ¿Afectación real por deudas anteriores? Cristalización de una controversia*, JA, supl. diario del 23.6.99, p. 36 y ss.

⁴³ Recuerdo que, según hemos visto, respecto de las expensas devengadas mientras persista su titularidad, el consorcista responde con todo su patrimonio, no pudiendo liberarse de esa obligación por abandono, renuncia o enajenación.

mente, mantener el valor de la cosa adquirida en el remate judicial beneficiándose así el propio adquirente y los demás acreedores del deudor ejecutado, siendo justo, en consecuencia, que puedan ser reclamados de dicho adquirente de la unidad pues, de lo contrario, serán los restantes consorcistas los que en definitiva deban soportarlos. Porque no debe olvidarse que las expensas concurren —junto con los demás acreedores del dueño del inmueble (deudor ejecutado)— sobre el precio obtenido en el remate judicial; de modo que si existen acreedores preferentes (por ejemplo, un acreedor hipotecario, cuyo privilegio pospone al de las expensas por imperativo de lo dispuesto en los arts. 17 de la ley 13.512 y 3901, 3936 y 3916 del Código Civil), estos acreedores preferentes podrían llegar a consumir todo el precio obtenido en la subasta, resultando de este modo incobrable el crédito por expensas, si es que el consorcio no se encontrara autorizado para reclamarlo del adquirente.

Creo que frente a un dispositivo legal diáfano —la deuda por expensas sigue *siempre* al dominio de la unidad funcional— no pueden prevalecer argumentos sustentados en la naturaleza que se pregona de las transferencias de inmuebles realizadas en subasta pública (“acto de atribución de derechos autónomos a favor del adquirente”), porque el caso de las expensas constituiría una excepción —impuesta por la ley— a dicha regla.

Los reparos de tipo económico que se suele formular frente a la conclusión que comparto —bajos precios que se obtiene en los remates judiciales y posibilidad de que, frente a una deuda por expensas abultada, escaseen los postores⁴⁴— tampoco me parece que sean suficientes para autorizar que se prescindiera de una clara y expresa disposición legal, que no conformaría sino una manifestación más del evidente criterio de la ley (la deuda por expensas sigue *siempre* al derecho de propiedad horizontal), que se inscribe dentro del propósito general tuitivo del crédito por expensas, al que se rodea de diversas ventajas a fin de garantizar su percepción (arts. 8, 17 y 18 de la ley 13.512), como uno de los pilares fundamentales para mantener con vida al sistema.

Sólo me parece oportuno señalar que el adquirente en el remate judicial no podrá alegar ignorancia de la deuda por expen-

⁴⁴ También se ha razonado que esta solución no haría sino alentar a los consorcios a adoptar una conducta pasiva ante el aumento de la deuda por expensas, especulando con la posibilidad de adquirir a bajo precio el inmueble en la subasta decretada a pedido de otro acreedor del propietario. Mas no creo que —salvo casos excepcionales, que podrían justificar una solución de especie— los consorcios puedan esperar a que la deuda por expensas sea susceptible de absorber por completo el valor de la unidad, con la esperanza de una adquisición que resultará dificultosa, en tanto deberá ser decidido por unanimidad.

sas, desde que el respectivo informe, que las normas procesales contemplan como uno de los requisitos a satisfacer previamente al decreto de subasta (así, art. 576, inc. 2°, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), obrará en el expediente, que el interesado deberá consultar obrando con mínima diligencia. Y que, obviamente, el adquirente tendrá derecho de repetir del ejecutado cuanto abone por este concepto.

En ese sentido, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil ha resuelto, en *fallo plenario* del 18.2.99, *in re* "Servicios Eficientes SA c/Yabra, Roberto Isaac s/ejecución hipotecaria"⁴⁵:

"No corresponde que el adquirente en subasta judicial afronte las deudas que registra el inmueble por impuestos, tasas y contribuciones, devengadas antes de la toma de posesión, cuando el monto obtenido en la subasta no alcanza para solventarlas. No cabe una solución análoga respecto de las expensas comunes para el caso de que el inmueble se halle sujeto al régimen de la ley 13.512".⁴⁶

Recordemos que el Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación determina en su art. 576:

"Art. 576. *Recaudos.* Antes de ordenar la subasta el juez requerirá informes:

"1° Sobre impuestos, tasas y contribuciones.

"2° Sobre deudas por expensas comunes, si se tratare de un bien sujeto al régimen de la propiedad horizontal.

"3° Sobre las condiciones de dominio, embargos e inhibiciones".

Y su art. 566, al referirse en el último párrafo a la subasta de inmuebles, dispone:

"Si la subasta fuere de inmuebles ... si estuvieren sujetos al régimen de propiedad horizontal, en las publicaciones y en el acto del remate deberá determinarse el monto de las expensas comunes correspondientes al último mes, y la deuda por este concepto, si fuere posible".⁴⁷

⁴⁵ Para una síntesis de las distintas posiciones que los jueces adoptaron en el plenario, ver Mariani de Vidal, M., "Definición en fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil del problema relativo a la venta judicial de una unidad perteneciente a un inmueble sometido a propiedad horizontal y las deudas por impuestos, tasas, contribuciones y expensas comunes", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, ed. Rubinzal-Culzoni, 2002-2-p. 329 y ss.

⁴⁶ *LL*, supl. diario del 31.3.99, p. 9; *ED*, supl. diario del 25.6.99, p. 1 y *JA*, supl. diario del 23.6.99. Conf. C.N. Civ. y Com. Federal, sala II, causa "YPF c/Kon, M. y otro s/ejecución hipotecaria", interlocutoria del 2.9.99; SCBs.As., 13.7.99, *LL*, Buenos Aires 1999, *Jurisprudencia*, p. 2208. *Contra*: C.Civ. y Com. San Isidro, sala 1, 9.11.96, *JA*, supl. diario del 20.8.98.

⁴⁷ Nosotros pensamos que siempre será posible indicar la deuda por ex-

La jurisprudencia se halla dividida al respecto. Y así se ha resuelto que:

“La venta del inmueble aunque se hiciera mediante subasta judicial carece de virtualidad para extinguir la deuda por expensas y el consorcio podrá hacer valer sus derechos contra el deudor, quien responda con su patrimonio por esas deudas o, en su caso, dirigirse contra el comprador, dado que mientras ellas no se paguen siguen obligados los sucesivos adquirentes, que responden con la cosa transmitida”.⁴⁸

Pero también que:

“Obligar al comprador por subasta al pago de las deudas por expensas, tasa y contribuciones anteriores a la subasta judicial, es una solución injusta y disvaliosa y, por tanto, inadmisibles... El adquirente en subasta pública adquiere libre de todo gravamen, pues la subasta judicial tiene el carácter y alcance de un acto de atribución de derechos autónomos en favor del adquirente, con prescindencia de los derechos del transmitente, puesto que los gravámenes se trasladan al precio de compra en virtud del principio de subrogación real”.⁴⁹

Y que:

“Las deudas que el bien inmueble subastado tenga respecto de tasas, servicios y expensas comunes sólo serán a cargo del comprador a partir de la toma de posesión del bien por parte de aquél... El “*ius persequendi*” que establece contra el titular de la unidad funcional el art. 17 de la ley 13.512 con respecto a las expensas comunes, es de aplicación a las enajenaciones voluntarias, pero no a las realizadas por subasta judicial”.⁵⁰

pensas, vale decir, que el último párrafo transcrito está de más y, por otra parte, es equivocado, puesto que debiera exigirse imperativamente la figuración de esa deuda, con la que eventualmente cargaría el comprador, según vimos.

⁴⁸ C. N. Civ., Sala C, 28.2.73, ED-48-f. 22.377; 5.12.96, causa “Cegla de Singer, S. c/ Cárcano, L. s/ejecución hipotecaria”; id., sala F, 1.4.97, DJ-1998-1-242; Sala G, 13.11.96, causa 37.376/92; id., sala M, 12.11.96, causa “Scarcella de Bevaqua c/Gurnik Blanco”; id., sala K, 12.12.95, causa “Frigerio, N. c/ Novas, H.”. Conf. Highton, E., Cuestión de privilegios en el juicio ejecutivo, con especial referencia al privilegio del Fisco (Nueva interpretación teórica y funcionamiento práctico), ED-114-962; Racciatti, H., “La obligación del art. 17 de la ley 13.512 y la situación del adquirente en subasta judicial”, JA-22-1974-468; Dassen, J., La obligación real del art. 17 de la ley 13.512 y el privilegio del acreedor hipotecario, LL-118-251; Vila, A. M.-Roselo, G., JA, supl. diario del 20.8.97; Segundas Jornadas Mendocinas de Derecho Civil -Mendoza, 1991-, Comisión 3, Despacho mayoritario: LL, Actualidad del 13.8.91.

⁴⁹ C. 1ª C. C. San Isidro, sala Y, 7.11.96: ED, f. 47.762, supl. del 18.3.97.

⁵⁰ C. Civ. y Com. San Isidro, Sala 1a., 7.11.96, JA, supl. diario del 20.8.97. Conf.: C. N. Civ., sala A, 20.6.97: LL-f.96.965, supl. diario del 7.4.98; C. Civ. Bahía Blanca, LL-1988-B-213; Kemelmajer de Carlucci, A., Puerta de Chacon, A.,

Quienes se pronuncian por esta última solución se fundan en los siguientes argumentos: 1) La subasta judicial tiene el carácter y alcance de un acto de atribución de derechos autónomos en favor del adquirente, con prescindencia de los derechos del transmitente, puesto que aquél recibe el inmueble libre de gravámenes, que se trasladan al precio de compra como consecuencia del principio de subrogación real; b) Si la ley en forma expresa no estableciera que el adquirente en subasta pública está obligado por la deuda de su antecesor, la obligación no es *propter rem* y rige el principio de la intrasmisibilidad al sucesor particular; c) La solución contraria subvertiría el régimen de la quiebra –porque habría un acreedor (en el caso el consorcio) que no corre ningún riesgo y siempre podría percibir su crédito, cualquiera fuese el precio obtenido en la subasta ya que, si éste no alcanzara para satisfacerlo podrá perseguir al adquirente– y de los privilegios –porque el acreedor hipotecario sólo cobra del precio, mientras que el consorcio también cobraría del adquirente–; d) La solución contraria excluiría del mercado a los inmuebles que tuviesen deudas por expensas importantes, pues éstas podrían superar el valor real de la enajenación de la cosa, de manera que un cuantioso crédito del consorcio desalentaría a cualquier adquirente, lo cual también traería como consecuencia que sería finalmente el consorcio el único interesado en comprar. Por ello, corresponde realizar una interpretación integral y realista, que permita apartar del art. 17 de la ley 13.512 el caso de subasta judicial y concluir en que esa norma contempla sólo los supuestos de enajenación voluntaria.

Desde hace tiempo he sostenido (desde la cátedra y en cada oportunidad en la que debí abordar el tema) que –ya sea que se califique o no a la deuda por expensas como obligación *propter rem*– el régimen legal de éstas, tal como lo consagra el art. 17 de la ley 13.512, es claro al disponer que la obligación de contribuir al pago de las expensas “sigue *siempre* al dominio de sus respectivos pisos o departamentos”.

Esta norma no distingue entre las adquisiciones realizadas en enajenaciones voluntarias o forzosas (advértase que, por el contrario, el precepto no dice sólo que “sigue”, sino que “sigue siempre”), de modo que el adquirente podría ser perseguido por

Derecho real de superficie, ed. 1989, pág. 79; Puerta de Chacon, A., Parellada, C. A., La subasta judicial y los derechos conexos a la cosa subastada, *JA*-1991.II.719; Parrilli, R., La subasta judicial y un problema frecuente: la falta de fondos para el pago de impuestos, tasas y expensas que afectan al inmueble adquirido, *ED*, supl. diario del 30.3.98; Leguisamo, H., E., Las expensas comunes y las deudas fiscales pendientes frente a la insuficiencia de fondos de la subasta judicial, *LL*, supl. diario del 16.9.98.

las expensas devengadas antes de la adquisición, aun cuando mediara subasta pública.

Y esta solución ha de ser acatada mientras el art. 17 de la ley 13.512 continúe en vigor, porque ésta –más allá de los efectos que con arreglo a principios procesales quepa atribuir a la subasta pública– aparece impuesta por una ley de fondo cuya prevaencia resulta innegable. Eventualmente, es al legislador a quien compete reformarla, meritando las razones de política legislativa que considere pertinente observar (por ejemplo, si considerara que debe conferirse mayor protección al crédito hipotecario para fomentar la concesión de préstamos de esa índole). Finalmente, aun cuando se entendiera –y compartió ese criterio– que para que opere la transmisión de obligaciones al sucesor particular es necesaria una disposición expresa de la ley, pienso que esa norma existe y no es otra que el art. 17 de la ley 13.512.

Ello aun cuando de este modo pudiera resultar afectado de manera indirecta el privilegio del acreedor hipotecario, al cual por cierto la ley coloca por encima del privilegio del crédito por expensas, como lo veremos y surge del juego armónico de los arts. 17 de la ley 13.512 y 3901 –o 3931– y 3916 del Código Civil.⁵¹ En efecto, el acreedor hipotecario debe cobrarse con el precio obtenido en la subasta –ya que respecto de quien resultara adquirente, la hipoteca se extingue: art. 3196, Código Civil⁵²; en cambio, el consorcio no sólo podría caer sobre el precio obtenido en la subasta sino que también estaría autorizado a perseguir al adquirente. Ahora bien, en tales condiciones, quien concurra a pujar en la subasta de un inmueble cuyo propietario adeude expensas estará seguramente dispuesto a ofertar una suma menor por el inmueble –porque en sus cálculos tendrá en cuenta el monto de las expensas con las que deberá cargar–, de manera que, por carácter transitivo, resultará disminuido el asiento del privilegio del acreedor hipotecario.

Volviendo al tema y desde otro ángulo, me parece que la conclusión antes expuesta –que se adecua a la letra de la ley–, se compeadece también con el criterio tuitivo que ella adopta respecto del crédito por expensas, atendiendo a su finalidad que entronca con la subsistencia misma del sistema (si en un determinado edificio nadie pagara las expensas o no lo hiciera

⁵¹ Repárese en que el acreedor hipotecario, si viera aumentar el monto de la deuda por expensas de la unidad hipotecada, tendría en sus manos los reme-dos conservatorios que le brinda la ley –arts. 3157, 3158 y sig., Código Civil–; si no los utilizara, no podría quejarse de las consecuencias de su propia conducta discrecional.

⁵² Esta norma no tiene correlato en materia de expensas, lo cual reforzará nuestra interpretación.

un grupo grande de copropietarios, es claro que el régimen de propiedad horizontal no podría continuar funcionando en relación con ese edificio). Y tampoco creo que resulte intolerablemente disvaliosa o injusta —en medida que autorice un apartamiento del texto de la disposición—, ya que los gastos que las expensas están enderezadas a enjugar conservan y aun pueden llegar a aumentar el valor del bien; con lo cual, a la postre, se verían favorecidos los acreedores que pretendieran cobrarse con el producido a obtenerse en la subasta —sean privilegiados o quirografarios—.

Por otra parte, no parece apropiado que los demás integrantes del consorcio —que son los que con motivo del incumplimiento del copropietario ejecutado tendrán que afrontar en definitiva los gastos realizados (precisamente para que no caiga el sistema)— se vean constreñidos a soportar un detrimento patrimonial que cedería en beneficio de los acreedores del incumplidor.

3. Imposibilidad de abandonar

El art. 3 última parte de la ley 13.512 preceptúa:

“Ningún propietario podrá liberarse de contribuir a las expensas comunes por renuncia del uso y goce de los bienes o servicios comunes ni por abandono del piso o departamento que le pertenece”.

A los mismos fines, el art. 18 deroga “a los efectos de la presente ley” el art. 2685 *in fine* del Código Civil.

El abandono, pues, del derecho de propiedad horizontal no libera al titular que lo efectúa de la obligación de sufragar la deuda por expensas.

4. Privilegio y derecho de retención

Conforme al art. 17 de la ley 13.512, el crédito por expensas “goza del privilegio y derechos previstos en los arts. 3901 y 2686 del Cód. Civ.”. La primera norma alude a un privilegio, la segunda al derecho de retención.

Privilegio

La ley otorga al crédito por expensas —cuyo titular es el consorcio— el privilegio previsto en el art. 3901 del Código Civil. Mas hemos de reparar en que dicho artículo se refiere a la ubicación del *privilegio del conservador de cosas muebles*.

Ahora bien, el asiento del privilegio del crédito por expensas sería la unidad de propiedad exclusiva con su porción indivisa sobre las partes comunes y, como sabemos, se trata de *cosas inmuebles*.

¿La ley, entonces, ha incurrido en un error material al referirse al art. 3901 que regla un privilegio cuyo asiento es una cosa mueble? Así lo sostienen algunos⁵³ para quienes la verdadera norma aplicable sería la del art. 3931 del Cód. Civ.⁵⁴, que se refiere a un privilegio sobre cosa inmueble.

Para otros, el único fin de la ley al mentar al art. 3901 Cód. Civ. ha sido la de señalar el *rango* del privilegio del crédito por expensas —que será el del conservador— prescindiendo de su asiento y con independencia, asimismo, de su contenido o extensión siendo, en este sentido, más amplio el del crédito por expensas (a estar a lo dispuesto por los arts. 8 y 17 de la ley 13.512).⁵⁵

De conformidad a lo dispuesto por la última parte del art. 265 de la ley 19.551 —el cual dice que “la enumeración precedente no excluye los privilegios creados por leyes especiales”—, el crédito del consorcio por expensas está munido de un privilegio especial, también en caso de concurso del deudor.

Esta situación no ha variado con la sanción de la ley 24.522, aun cuando ella ha suprimido la expresa remisión a “los privilegios creados por leyes especiales” que contenía su antecesora. Ello así pues su art. 241, inc. 1) confiere privilegio especial a “los gastos hechos para la construcción, mejora o conservación de la cosa, sobre ésta, mientras exista en poder del concursado por cuya cuenta se hicieron los gastos”; y como por la remisión que contiene al art. 3901 —ó 3931— del Código Civil, el art. 17 de la ley 13.512 viene a conferir a las expensas el privilegio del conservador, va con esto dicho el lugar que le corresponde al crédito por expensas en caso de concurso del propietario de la unidad deudora.⁵⁶

⁵³ Por ejemplo Cichero, Néstor J., *La división horizontal de la propiedad edificada*, ed. 1949, n° 181. En una postura extrema, que no comparto, Llamblas, J. J., *Tratado de derecho civil, Obligaciones*, ed. 1978, t. I, n° 651, propicia la tesis de que la referencia legal carece de aplicación posible, al no haber cosa mueble alguna sobre la cual pueda recaer el privilegio.

⁵⁴ Privilegio de los que han sido empleados por el propietario para edificar, reconstruir o reparar los edificios, cuyo asiento es el “valor del inmueble en que sus trabajos han sido ejecutados”.

⁵⁵ C.N.Civ., sala D, *ED*, 15-408; sala C, *ED*, 23-871; *id.*, *ED*, 31-777; C.N.Com., sala A, *ED*, 23-191; sala B, *ED*, 21-488. Las palabras “expensas de administración” a que se refiere el art. 8 de la ley 13.512 y los “gastos y expensas comunes” que se mencionan en el art. 9 han sido empleados en un sentido amplio, correspondiendo a todas las erogaciones que se deban efectuar con motivo de la utilización y conservación de los bienes. C.N.Paz, IV, *ED*, 17-520, n° 104.

⁵⁶ Conf. Capel. C.C. Mar del Plata, Sala II, 25.9.97, *ED*, f. 48.678, supl. diario del 8.7.98.

B) Orden del privilegio frente al acreedor hipotecario

Tanto el crédito por expensas como el hipotecario están munidos de privilegios. Mas si se enfrentan ambos ¿cobran a prorrata, vale decir, tienen el mismo rango?, ¿o a alguno de ellos le corresponde un rango superior?

La respuesta la da claramente, a nuestro juicio, el art. 3916 del Código Civil, inclinándose por la prevalencia del acreedor hipotecario. En ese sentido se ha pronunciado la jurisprudencia.^{57, 58}

expensas
bien de
familia

Interesante supuesto es el que se presenta en relación a la deuda por expensas de un inmueble constituido en bien de familia, devengadas con posterioridad a dicha constitución, a tenor de lo establecido por el art. 38 de la ley 14.394.

En un fallo del 30.5.72, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, dijo que:

“La obligación originada por las expensas comunes es ejecutable sobre inmuebles afectados por el régimen del bien de familia, ya que existe desde el principio de la vida del consorcio, aun cuando las expensas se devengaren con posterioridad y es, por lo tanto, anterior a la afectación del departamento como bien de familia”.⁵⁹

derecho
de conservación

El art. 17 de la ley 13.512 también se remite al derecho conferido por el art. 2686 del Código Civil como otro de los rezos de que está rodeado el crédito por expensas.

Dicha norma se refiere al derecho que compete al condómino que hubiera hecho gastos para conservar o reparar la cosa común de cobrar intereses a dichos condóminos y, además, de retener dicha cosa mientras los otros condóminos no contribuyan al pago de la parte que a ellos les corresponde.

En cuanto al primer párrafo del art. 2686, aplicado al crédito por expensas, se opina que implica el establecimiento de un supuesto de mora “ex-re”⁶⁰ para el caso de que el reglamento no contenga mención expresa al respecto.

⁵⁷ C.N.Civ., sala D, ED, 15-408; *id.*, sala C, ED, 23-871; *id.*, ED, 31-777; C.N.Com., sala A, ED, 23-191; *id.*, sala B, ED, 21-488.

⁵⁸ Mediante otro razonamiento llegamos a la misma conclusión. En efecto: el crédito hipotecario tiene rango superior al de los gastos funerarios (art. 3918) y, por su parte, el privilegio del crédito del conservador, que es el del crédito por expensas, según vimos, es de rango inferior al que corresponde a los gastos funerarios (art. 3901 *in fine*); en consecuencia, el privilegio del acreedor hipotecario prevalece sobre el que compete al consorcio.

⁵⁹ ED, 43, fallo 20.567, pág. 554.

⁶⁰ Conf. Racciatti, n° 139; Laje, pág. 182; Laquis-Siperman, pág. 173.

Relativo al derecho de retención, se sostiene que el mismo no juega en la propiedad horizontal, donde no puede retenerse las partes privativas y, respecto de las partes comunes no se concibe una tenencia separada de las partes privativas (art. 13, ley 13.512).⁶¹

1. Criterio especial relativo a los intereses

Sabido es que la jurisprudencia ha impuesto su actitud morigeradora en supuestos en los cuales los intereses pactados exceden ciertos límites que ella misma determina de acuerdo con ciertas pautas tales como la moral y buenas costumbres, la buena fe, la situación económica, etc., disminuyendo las tasas de interés cuando ellas se convierten, conforme a lo expuesto, en usurarias.

Pero, en relación a los intereses punitivos debidos por el atraso en el pago de las deudas por expensas, emerge de los fallos la siguiente doctrina:

“Ni los principios jurisprudenciales en cuya virtud se persigue la usura, ni aquellos que se siguen en materia de cláusulas penales obligan a excluir del art. 1197 del Código Civil las convenciones sobre intereses pactadas libremente en el reglamento de copropiedad”.⁶²

ya que se considera que en tales supuestos no media explotación de una parte por la otra, teniendo en cuenta que todos los

⁶¹ Sin embargo, de este modo, una parte del art. 17 de la ley 13.512 carecería de validez, puesto que se estaría refiriendo a un supuesto imposible de darse, esto es, el ejercicio del derecho de retención por parte del consorcio, titular del crédito por expensas. Ahora bien, según una vieja regla interpretativa, las leyes deben entenderse en aquel sentido del cual resulte su validez y aplicación.

¿No podrían entonces pensarse que al remitirse al art. 2686 del Cód. Civ. el art. 17 ha decidido aplicar al derecho por expensas los efectos del derecho de retención, aunque éste no se pueda dar por la naturaleza misma de las cosas? Dejamos aclarado que en el debate parlamentario de la ley, esta disposición no fue tocada.

Así, por ejemplo, ¿le sería aplicable al crédito por expensas lo dispuesto por el art. 3942 Cód. Civ., que adquiere inusitada importancia frente a la reforma del art. 3946 Cód. Civ. por la ley 17.711, lo que haría prevalecer en ciertos casos a este crédito aun sobre el acreedor hipotecario?

Consideramos —aunque no hemos profundizado el estudio del tema—, algo dudosa esta interpretación, pero no queremos dejar de señalar la posibilidad de que ella sea la correcta, dado que de lo contrario la remisión del art. 17 caería en el vacío. Tal interpretación, por otra parte, no sería del todo inconveniente, pues el régimen de propiedad horizontal no puede subsistir sin el pago de las expensas, como vimos.

⁶² C.N.Civ., sala C, LL, 121-689.

copropietarios son potencialmente deudores de tales intereses, además de ser un estímulo eficaz para el pago puntual de las expensas.⁶³

Sin embargo, y a pesar del principio general expuesto, que lleva a la jurisprudencia a aceptar tasas de intereses, en estos casos, superiores a las ordinariamente permitidas en operaciones de mutuo, éstas no se toleran cuando exceden ciertos límites —que en la actualidad alcanzan hasta el 3% mensual—, en cuyo caso pueden ser judicialmente reducidas.⁶⁴

Relativamente a la ley 24.283 —denominada “de desindecación”— y las expensas, se ha resuelto que:

“...atento la naturaleza de la prestación de que se trata, ...debe tomarse como base, al menos como pauta indiciaria (para determinar si el crédito actualizado supera el “valor real y actual de la prestación”), el rubro “importe actualizado” de cada uno de los periodos incluidos en la liquidación”.⁶⁵

II. Prohibiciones impuestas a los propietarios

Las establece el art. 6 de la ley 13.512:

“Queda prohibido a cada propietario y ocupante de los departamentos o pisos:

”a) Destinarlos a usos contrarios a la moral o buenas costumbres o a fines distintos a los previstos en el reglamento de copropiedad y administración.

”b) Perturbar con ruidos, o de cualquier otra manera, la tranquilidad de los vecinos, ejercer actividades que comprometan la seguridad del inmueble, o depositar mercaderías peligrosas o perjudiciales para el edificio.”

⁶³ C.N.Civ., sala C, LL, 212-689; sala A, ED, 8-566; sala B, ED, 23-396; C.N.Paz, ED, 7-928.

⁶⁴ Conf. C.N.Civ., sala F, 14.12.72, LL, 151, f. 69.273. Se rebajó al 3 % por contrario a la moral y buenas costumbres y por ser una sanción excesiva en relación a la falta que se reprime. Se ha admitido tasas del 20% anual (C.N. Civ., sala E, 14.8.95: LL, f. 93.694, supl. del 30.10.95); del 24% anual (C.N. Civ., sala A, 20.2.95: LL, f. 93.974, supl. del 16.2.96); del 28% anual (C.N. Civ., sala G, 10.7.96: *Doctrina Judicial*, 1997-1-930, f. 11.665) y aun del 36% anual (C.N. Civ., sala B, 22.5.96: LL, f. 94.853, supl. del 30.10.96; sala F, 6.6.96, LL, f. 94.883, supl. del 13.11.96).

⁶⁵ C.N. Civ., sala A, 15.2.95: JA, supl. del 15.5.96.

Estas prohibiciones no sólo rigen respecto de los propietarios, sino aun de los ocupantes no propietarios, como inquilinos, comodatarios, etc. de las unidades, como surge del art. 15 de la misma ley.⁶⁶

La jurisprudencia tiene decidido que las restricciones al dominio establecidas en la ley 13.512 y en los reglamentos particulares desempeñan un papel fundamental en el régimen de la propiedad horizontal y deben ser más estrictamente observadas, si cabe, que las que nacen de las relaciones habituales entre propietarios vecinos, toda vez que su acatamiento es condición esencial para asegurar el buen funcionamiento del sistema y para mantener la pacífica convivencia de los copropietarios, debiendo además, por los mismos motivos, aplicarse estrictamente las sanciones establecidas para casos de infracción.⁶⁷

Por otra parte, se ha resuelto que:

“Las prohibiciones del art. 6 de la ley 13.512 son independientes de las decisiones de las autoridades administrativas por ser compatible la autorización administrativa con las restricciones impuestas al ocupante de una unidad horizontal. Distintas son las razones de ambas legislaciones, pues aunque tengan afinidades, sus alcances, ámbito de aplicación y finalidades no coinciden. En lo administrativo, priva lo público, en tanto que en la ley 13.512... el derecho de los particulares”.⁶⁸

El art. 15 establece las sanciones que corresponde aplicar a cualquier propietario u ocupante no propietario que infrinja las prohibiciones establecidas en el art. 6 y que son: pena de arresto hasta 20 días o multa en beneficio del Fisco de \$ 200 a \$ 5.000, pudiendo llegar, en caso de reincidencia y sin perjuicio de las anteriores, si el ocupante es un no propietario, al desalojo del mismo.

Sanciones

El juez está facultado, asimismo, a tomar las medidas necesarias para el cese de la infracción, pudiendo ordenar el allanamiento del edificio o el uso de la fuerza pública en caso necesario.

“...queda librado al prudente arbitrio judicial la calidad y cuantía de las sanciones a que se refiere el art. 15 de la ley 13.512, según la naturaleza y gravedad de la infracción”.⁶⁹

Por lo demás, se ha decidido que la intervención judicial puede ser preventiva —y no limitarse al mero castigo de los

⁶⁶ Conf. C.N.Civ., sala D, *LL*, 95-591; sala A, *LL*, 116-259.

⁶⁷ C.N.Civ., sala D, *ED*, 16-233; *ED*, 22-758; *ED*, 33-660; *ED*, 250-673; sala E, *ED*, 22-765; sala B, *LL*, 91-560; sala F, *LL*, 125-776.

⁶⁸ C.N.Civ., sala B, *ED*, 16-339; es lo que el propio Código Civil determina expresamente en el art. 2618; véase, asimismo, nota al art. 2619.

⁶⁹ C.N.Civ., sala A, *ED*, 11-363.

violadores—, “para evitar que se consuma la infracción, asegurando así la tranquilidad de la convivencia”.⁷⁰

La aplicación de las sanciones mencionadas no obsta al derecho de reclamar las indemnizaciones de daños y perjuicios que pudieren corresponder, según las normas de derecho común.

Problemas

La disposición del art. 15 presenta tres problemas fundamentales, que son los siguientes:

1) Quiénes pueden ejercitar la acción y si para hacerlo es necesario acreditar perjuicio.

2) Cuál es el juez competente para entender en la aplicación de las citadas sanciones, ya que la ley sólo se refiere al “juez competente” sin decir de quién se trata.

3) Cuál es la vía procesal apta para lograr la aplicación de las sanciones.

1. Quiénes pueden ejercitar la acción y si para hacerlo es necesario acreditar perjuicio.

Cada vez que el art. 15 de la ley se refiere a la legitimación activa en relación con la denuncia de las infracciones, menciona al “representante o los propietarios afectados”.

Parece obvio que el “representante” es el administrador del consorcio, de donde el consorcio sería uno de los titulares de la acción.⁷¹

Asimismo, también parece obvio que cualquier copropietario puede iniciar el procedimiento, ya que la ley habla de él o los propietarios. Mas junto a estas palabras aparece un calificativo: “afectados”, lo que nos lleva al siguiente interrogante: para poner en movimiento el proceso autorizado por el art. 15, es menester no sólo acreditar la violación, sino además el perjuicio o “afectación” que ella causa, no resultando aplicables las sanciones si, a pesar de existir la violación, ella no acarrea perjuicio alguno?

Algunos piensan que siendo el reglamento un contrato, sujeta a los copropietarios como la ley misma (art. 1197 Cód Civ.) y debe ser cumplido por el valor que tiene en sí mismo, por lo que su incumplimiento debe ser reprimido aunque no ocasione perjuicio.⁷²

⁷⁰ C.N.Civ., sala D, LL, 88-182.

⁷¹ Que aquí no ha menester de mandato alguno de los copropietarios, ya que es la misma ley la que lo apodera al efecto.

⁷² Laquis-Siperman, pág. 139; Bendersky, LL, 112-435 opina que en caso de que el propietario no sufriese perjuicio podría en todo caso subrogarse en la

La jurisprudencia, en cambio, se orienta en el sentido de que cuando es el consorcio —a través de su representante— quien inicia la acción, la alegación de perjuicio no es necesaria, pero cuando es un copropietario el que lo hace, es menester demostrar la existencia de un “perjuicio real”, “serio” o de “interés legítimo”.

“La violación del reglamento de copropiedad no puede fundar un interdicto de obra nueva por uno de los consorcistas, que no acompañe la prueba de certeza de que el aprovechamiento diferente de una de las unidades del edificio le ocasiona un *daño concreto y directo*, porque el acatamiento del reglamento por el reglamento mismo corresponde al consorcio y no a los dueños individualmente”.⁷³

2. Cuál es el juez competente para entender en la aplicación de las sanciones

El art. 15 de la ley sólo habla del “juez competente”, pero no indica de cuál se trata.

Teniendo en cuenta que entre las sanciones se encuentra una pena privativa de libertad y una de multa, podría pensarse

acción que compete al consorcio, el cual no necesita acreditarlo (arg. art. 1196 Cód. Civ.). Aun cuando se admitiera que la regla es la mencionada en el texto —innecesidad de invocar y acreditar perjuicio cuando la acción es intentada por el consorcio—, frente a ciertas situaciones particulares que pueden presentarse (v.g., tolerancia durante largo tiempo de violaciones del destino de las unidades que no causan perjuicio alguno; ídem respecto de obras nuevas realizadas por algún copropietario sin requerir la autorización de las mayorías reglamentarias o legales), el reclamo del consorcio podría resultar abusivo y convocar la aplicación del art. 1071, Código Civil; conf. Pierre, J.C., Reflexiones sobre un supuesto abuso del derecho (Propiedad horizontal), en *LL*, supl. diario del 2.11.81.

⁷³ C.N.Civ., sala F, *ED*, 9-136; sala B, *ED*, 35-689; sala A, *ED*, 9-134; *ED*, 49, f. 22.680; sala B, *LL*, 136-1098; *ED*, 32-551; sala C, *ED*-109.406; sala D, *ED*, 6-985; 16-323; 22-758; 25-643; 26-100; 39-319; *LL*, 149-45; sala E, 16.5.2001, *ED*, fallo 51.078, supl. diario del 16.10.2001; sala F, *ED*, 9-136; 32-549; 39-310; 38-128; íd., 20.7.2002, DJ-2001-3-739. Conf.: Laje, *LL*, 102-448. Conf. C.N. Civ., sala C, 30.7.91, *LL*, f. 89.989. *Contra*: no es necesario el perjuicio ni al consorcio ni a ninguno de sus componentes: C.N.Civ., sala D, *LL*, 102-448 (f. del 28.6.60). Respecto de la tenencia de animales domésticos en las unidades, resultaría jugar la pauta que sienta el art. 6, inc. b), ley 13.512 y, en cuanto a la legitimación para demandar su exclusión, la del art. 15, con la salvedad de que en caso de que la demanda sea intentada por el consorcio, si no media prohibición expresa en el Reglamento, debe acreditarse los extremos del art. 6, inc. 2º de la ley 13.512. No obstante, se consideró suficiente para ordenar la exclusión de animales la cláusula del Reglamento que fijaba como destino único de las unidades la vivienda familiar: C.N.Civ., sala B, *ED*-42-276; sala G, *JA*, supl., diario del 2.10.91, pág. 57. Al respecto, ver Rodríguez, C., Animales domésticos en unidades horizontales, reseña de jurisprudencia en *JA*, supl. diario del 2.10.91.

que en la denuncia debería intervenir el juez en lo penal, correccional o de instrucción, según el caso.

En apoyo de esta línea, también podría argumentarse con el último párrafo del art. 15, el cual dispone que “la aplicación de estas penas no obstará el ejercicio de la acción civil resarcitoria que compete al propietario o propietarios afectados” y del cual se deduciría que si la resarcitoria es una acción civil, la otra acción, encaminada a la aplicación de las sanciones, sería una acción penal.

La doctrina y la jurisprudencia se han pronunciado por la competencia del juez en lo civil, sosteniendo que:

“El incumplimiento por las partes de obligaciones contractuales que no tienen carácter delictivo, no es materia de la justicia penal, aún cuando se haya determinado por la ley respectiva una sanción que pueda dar lugar hasta a privación de libertad, lo que hace por lo tanto improcedente la intervención de la justicia penal, que sólo conoce de hechos que constituyen ‘delitos’”.⁷⁴

y que:

“...la violación de cláusulas contractuales o de normas legales supletorias, que funcionan en el ámbito de los intereses privados, no constituye delito y, por lo tanto, su conocimiento no corresponde a la jurisdicción represiva”.⁷⁵

3. Cuál es la vía procesal apta para lograr la aplicación de las sanciones

El art. 15 de la ley jurídica que es la del “juicio sumarísimo”.

Teniendo en cuenta esta disposición, así como la del art. 8 que la fija para recurrir contra decisiones assemblearias relativas a obras nuevas, innovaciones o mejoras, la jurisprudencia había resuelto que “la acción sumaria que prescribe el art. 15 de la ley 13.512 se tramita por el procedimiento para los interdictos posesorios”.⁷⁶

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en su art. 320, inc. 3º, c), establece que se tramitarán por la vía del juicio sumario que ella regula —arts. 486/97:

⁷⁴ C.N.Penal, “De Santis, Nino y otros”, 19.8.55; el Fiscal de Cámara, doctor H. Pessagno que intervino en ese caso, dijo que “las violaciones a un reglamento de origen privado, cualesquiera sean las consecuencias que puedan aparejar, jamás serían aptas para constituir delito”.

⁷⁵ C.N.Civ., sala D, 23.4.57, LL, 87-572. Conf. Laquis-Siperman, pág. 138; Racciatti, pág. 282, nota 247; Laje, n° 516.

⁷⁶ C.N.Civ., sala B, ED, 32-551; sala A, LL, 88-493; LL, 94 (1563-5); sala D, LL, 102-450.

“Cuestiones entre copropietarios surgidas de la administración, y las demandas que se promovieran por aplicación de la ley de propiedad horizontal, salvo que las leyes especiales establecieren otra clase de procedimiento.”

Pero la presente es una causa que tiene señalado un trámite específico en la “ley especial”, y que es el del “juicio sumarísimo”, al cual le corresponde en ese cuerpo legal un régimen especial, dado por el art. 498 y que es el que se aplica en los supuestos que estamos considerando.

III. Obras nuevas, innovaciones y mejoras

Entramos aquí en el terreno de las obras que pueden realizarse excediendo las necesidades de conservación y reparación del edificio sujeto al régimen de propiedad horizontal.

Los términos obras nuevas, innovaciones y mejoras no se excluyen, dado que una innovación puede implicar una obra nueva y, al revés, una obra nueva, si produce un cambio en la sustancia, forma o destino de la cosa, llevar en sí mismo una innovación.⁷⁷

A su vez, cualquiera de ellas puede constituir una mejora.

El problema en este aspecto se plantea en orden a las mayorías requeridas para su realización y el eventual derecho de las minorías,

A fin de ordenar el tema, debemos distinguir dos supuestos: 1) caso en que la obra nueva se realice en las partes privadas —unidades—, y 2) caso en que la misma se realice en partes comunes.

1. Obra nueva en partes exclusivas (arts. 5 y 6)

Este supuesto lo regula el art. 5 de la ley, según el cual está “prohibida toda innovación o modificación que pueda afectar la seguridad del edificio o los servicios comunes”.⁷⁸

Vale decir que, no cayendo en alguna de estas prohibiciones, toda otra modificación o innovación en las partes privati-

⁷⁷ Así, por ejemplo, se ha definido a la innovación como “toda obra que excediendo los límites de la conservación y administración normal de la cosa común, produzca una alteración sustancial de su condición preexistente, ya sea en su materia, forma o destino”: Racciatti, n° 125, pág. 243. Conf. C.N.Civ., sala G, 24.4.91, Doctrina Judicial, f. 5917, t. 1991-II-895.

⁷⁸ La última parte del artículo, así como la primera del art. 7 se refieren a obras nuevas realizadas por propietarios en partes comunes como son techos, paredes perimetrales, terreno, etcétera.

vas está permitida, porque “cada copropietario será el dueño exclusivo de su piso o departamento”, salvo las restricciones que la ley establece a ese derecho de propiedad.⁷⁹

Pero, “si bien por razones de necesidad un copropietario puede remover ambientes de su unidad a fin de ofrecer una mayor comodidad a su familia, si se trata de obras de una envergadura tal que obliga a modificar el plano de subdivisión al acrecer la superficie propia de la unidad y alterar los porcentuales de dominio, tales obras deben contar con el consentimiento de los demás consorcistas”.⁸⁰

2. Obra nueva en partes comunes

Juegan los arts. 3, 5, 7 y 8 de la ley 13.512.

Según el art. 5, a los copropietarios les está “prohibido cambiar la forma externa del frente o decorar las paredes o recuadros exteriores con tonalidades distintas a las del conjunto.”

Siendo la fachada del edificio un bien de propiedad común, le es aplicable la prescripción del art. 3:

“Cada propietario podrá usar de los bienes comunes conforme a su destino, sin perjudicar o restringir el legítimo derecho de los demás.”

Es justamente esa norma la que ayuda a flexibilizar la aplicación severa del párrafo transcrito del art. 5 y ha permitido a la jurisprudencia sostener que:

“La ley ha de interpretarse en un sentido lógico y finalista, sin encarcelarse en un miope liberalismo y teniendo en cuenta el espíritu de la ley y la relatividad de los derechos, sin olvidar que, en el derecho actual, no hay norma jurídica absoluta que aleje toda posibilidad de admitir, no ya estrictamente una excepción, sino ciertos supuestos excluidos por naturaleza y por funcionalismo vital”.⁸¹

⁷⁹ C.N.Civ., sala F, *ED*, 32-523; sala F, *ED*, 26-97; sala B, *ED*, 32-555; sala F, *ED*, 7-536; sala C, *LL*, 144-657.

⁸⁰ C.N.Civ., sala D, *ED*, 32-508; sala B, *LL*, 134-1028; *id.*, sala B, *ED*, 5-244. En el Tercer Congreso de Derecho Civil se sugirió la conveniencia de que la ley de propiedad horizontal autorizara expresamente a los propietarios para dividir su unidad; o bien para unificar las linderas de su propiedad, siempre que se adecuara a los principios del art. 1; y la posibilidad de privatizar en forma exclusiva balcones o patios accesibles sólo desde una unidad, siempre que estos últimos no fueran solares.

⁸¹ C.N.Civ., sala B, *LL*, 112-437; *id.*, sala B, *ED*, 6-229; *ED*, 16-336; C.N.Civ., sala C, 23.11.89, *LL*, f. 88.970, con nota de Papaño, R.

Alteración
de la
fachada
—art. 5—

Y así, en ese caso, se autorizó al dueño de un local destinado al comercio de automotores situado en la planta baja de un inmueble, a colocar carteles anunciadores de la enseña, ramo o mercadería individualizadora del negocio, en la parte de fachada que delimitaba su unidad, considerándose que no se perturbaba o restringía el derecho igual de los demás copropietarios—dado que el cartel estaba colocado en la parte de la fachada que podría caracterizarse como zona de influencia del local—, y porque se respetaba la estética del conjunto.

Vale decir que habrá que examinar cada caso concreto para decidir si resulta violada la prohibición del art. 5, interpretada armónicamente con el art. 3, permitiéndose aquellas alteraciones—ejemplo: colocación de carteles luminosos, toldos, acondicionadores de aire, etc.— que no perjudiquen los derechos de los demás copropietarios⁸², y que no alteren el aspecto arquitectónico del edificio ni la armonía ni estética integral. En esta materia, la autorización municipal para realizar las alteraciones es irrelevante⁸³. Al respecto, la jurisprudencia es extremadamente casuista.⁸⁴

Lo expuesto es así siempre y cuando no medie prohibición expresa en el reglamento, por ejemplo, de colocar carteles anunciadores, acondicionadores de aire, toldos metálicos, etcétera.

Porque, de mediar una prohibición reglamentaria, esas alteraciones caerían dentro de las prohibiciones consagradas por el art. 6 de la ley, y harían aplicable cuanto dijimos a su respecto y que puede concretarse así: el consorcio puede reclamar el cumplimiento del reglamento por el reglamento mismo, y cada copropietario, demostrando perjuicio.

Si el copropietario considera el impedimento estatutario como injusto o arbitrario, la vía idónea es procurar una reforma del reglamento, ya sea por la asamblea o judicialmente.

Veremos ahora el art. 7. El primer párrafo de la norma contiene ejemplos que el segundo y último párrafo resumen en el principio general de que toda obra nueva realizada en partes comunes debe ser resuelta por unanimidad.

Arts. 7 y 8

Esta mayoría requerida por el art 7 parece ser contradictoria con la del art. 8, que dispone:

⁸² Ya sea porque les quiten aire, luz o visual, porque acumulen insectos o desperdicios, irradien calor u olor, etcétera.

⁸³ C.N.Civ., sala F, *ED*, 49, f. 22.670.

⁸⁴ C.N.Civ., sala C, *ED*, 8-565; sala F, *ED*, 32-523; 9-136; 49, f. 22.679; sala C, *ED*, 8-536; sala A, *LL*, 110-339; *ED*, 36-723. C.N. Civ., sala E, 13.3.95: *JA*, supl. del 6.3.96. Conf. Laquis-Siperman, pág. 144 y sigs.; Bendersky, *Propiedad Horizontal*, pág. 66, n° 29.

“Los propietarios tienen a su cargo en proporción al valor de sus pisos o departamentos, salvo convención en contrario, las expensas de administración y reparación de las partes y bienes comunes del edificio, indispensables para mantener en buen estado sus condiciones de seguridad, comodidad y decoro. Están obligados en la misma forma, a contribuir al pago de las primas de seguro del edificio común y a las expensas debidas a innovaciones dispuestas en dichas partes y bienes comunes por resolución de los propietarios, en mira de obtener su mejoramiento o de uso y goce más cómodo o de mayor renta”.⁸⁵

El problema es, pues, el siguiente: para realizar una obra nueva en partes comunes, ¿es necesaria la unanimidad o basta la mayoría absoluta?

Si damos prevalencia a una cualquiera de estas mayorías establecidas por una de las dos disposiciones, ello implicará dejar de lado lo dispuesto en el otro artículo. Como es sabido, la mejor interpretación es aquella de la cual resulta el juego y aplicación de todas las normas, por lo que es necesario pensar que ambos artículos regulan situaciones diferentes.

En efecto, el primer párrafo del art. 7, ejemplificando lo que luego generaliza el segundo párrafo, se refiere a supuesto en los cuales la obra nueva a realizarse va a beneficiar a un solo copropietario. De donde puede concluirse que las obras nuevas en las partes comunes a que se refiere el art. 7 son aquellas que, aunque hechas en partes comunes, beneficiarán a un solo copropietario o copropietarios determinados, y es lógico que para ellas se exija la unanimidad (Ej.: techado de un patio solar por el copropietario que tiene su uso exclusivo).⁸⁶

En este sentido se ha decidido que:

“El derecho de sobreelevar pertenece al propietario del inmueble ya que integra las facultades emergentes del derecho real de dominio, y si se trata de un inmueble sometido al régimen de propiedad horizontal, este derecho pertenece a la totalidad de los propietarios del edificio, que deberán resolver su ejercicio o su cesión por unanimidad”,⁸⁷

⁸⁵ Al referirse la ley a la “resolución de los propietarios”, a la “mayoría” y a los derechos de la minoría sin indicar de qué mayoría se trata, se entiende que ella es la mayoría genérica, vale decir, la necesaria para resolver asuntos de interés común —art. 10 de la ley—. O sea la que representa la mitad más uno de los copropietarios o más del 50% del valor, según como se computen los votos.

⁸⁶ En sentido análogo, se ha decidido que “El requisito de unanimidad (art. 7) de la ley 13.512 se aplica a los casos en que la obra nueva o innovación persigue un interés particular para quien la realiza, sin alcanzar una utilidad común; mientras que la mayoría que basta para el art. 8 del citado ordenamiento corresponde, en cambio a innovaciones en beneficio general”: C.N.Civ., sala C, 21.12.93: LL, f. 92.541, supl. del 26.9.94.

⁸⁷ Naturalmente, la sobreelevación tornará necesaria la modificación de

aunque esa facultad no corresponde al consorcio de copropietarios, que tiene capacidad jurídica para la administración del edificio pero no es propietario de los sectores comunes, que pertenece a la totalidad de los copropietarios y no integran el patrimonio del consorcio".⁸⁸

y que:

"El consorcista que es titular del dominio de la azotea que está sobre su unidad de vivienda, no puede edificar sobre ella una construcción que eleve la altura del edificio, pues la ley de propiedad horizontal no distingue según que el que construye sea el titular del dominio de la azotea o tenga sólo sobre ella su uso exclusivo; lo que prohíbe la ley es elevar nuevos pisos o construcciones sin la autorización de los restantes copropietarios, con prescindencia de la naturaleza jurídica en que se encuentra la terraza o azotea con respecto del propietario que sobre ella pretende edificar".⁸⁹

La acción enderezada a obtener que se suprima las obras antireglamentarias pueden intentarla todos los copropietarios o el administrador en representación del consorcio y también él o los copropietarios concretamente afectados. Y por aplicación de un criterio similar al que rige respecto de la acción contemplada en el art. 15 de la ley 13.512, cuando la demanda tendiente a hacer efectiva la norma del art. 7° de la ley no es planteada por todos los copropietarios o por el administrador en representación del consorcio, sino por uno —o varios de ellos—, que procuran la satisfacción de un interés particular, es necesario que la construcción clandestina les irroque un perjuicio concreto.⁹⁰

Titulares
de la acción
contra
obras anti-
reglamenta-
rias

los planos del edificio y la del Reglamento de Copropiedad, a fin de incorporar lo sobreedificado, ya que lo sobreedificado traerá variaciones en la proporcionalidad de las partes comunes, porcentaje de contribución al pago de expensas comunes, etc. *Sobre cesión del derecho a sobreelevar*, sea a un copropietario, sea a personas ajenas al Consorcio (v.gr. al propietario vendedor del edificio, que suele reservarse ese derecho al redactar el Reglamento de Copropiedad de conformidad con el art. 1° del decreto reglamentario de la ley 13.512) y el problema de si se trata de un derecho real o personal, ver Bonetto de Cima, A.; Bortolatto de Szepeiner, A.M., "La cláusula de reserva de sobreelevación y la ley de propiedad horizontal", en *Estudios de Derecho Civil*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1980, p. 67 y ss.; Papaño, R.; Kiper, C.; Dillon, G.; Causse, J., *ob. cit.*, t. II, págs. 82/83.

⁸⁸ Conf. C.N.Espec.Civ.y Com., sala V, 3.4.87, ED, f. 40.260; conf. Moreira, L., La sobreedificación en la propiedad horizontal, *Revista del Notariado*, t. 798, pág. 1492.

⁸⁹ C.N.Civ., sala K, 13.8.91, Doctrina Judicial, f. 6458, t. 1992-II-967.

⁹⁰ Conf. C.N.Civ., sala C, 28.3.89, LL, f. 89.018, supl. diario del 21.11.90; *id.*, 30.7.91, Doctrina Judicial, 1992-I-508, f. 6234; sala K, 13.8.91, Doctrina Judicial-1992-I-967, f. 6458.

La acción no resulta procedente en caso de que el perjuicio que se cause al reclamante no exista en absoluto o resulte mínimo frente al serio detrimento económico que puede significar para el infractor la demolición de la obra, en cuyo supuesto —por cierto que de excepción— podría invocarse con éxito la norma que impide el ejercicio abusivo de los derechos (art. 1971, Código Civil).⁹¹

El estudio de la jurisprudencia, entonces, revela que los jueces atienden a las circunstancias de cada caso concreto. Partiendo del principio de que se impone la demolición de lo edificado contraviniendo lo dispuesto en el Reglamento, por la necesidad de preservar la pacífica convivencia de los copropietarios, la cual se tornaría intolerable si cada uno decidiera por su cuenta realizar innovaciones, morigerada la regla cuando lo aconsejan las circunstancias específicas, apelando a las pautas del abuso del derecho y de la conservación de los valores económicos, si es que la obra no causa perjuicios o sólo los causa en mínima medida, ha sido tolerada durante un cierto tiempo y no compromete la estética ni la seguridad del edificio, ni la prestación de los servicios comunes.

Tolerancia de obras antireglamentarias

Contra las obras antireglamentarias procede *el interdicto de obra nueva* (arg. art. 8, párrafo segundo, ley 13.512) que, no obstante, puede tropezar con el inconveniente de que la obra se encuentre avanzada o concluida; y aun puede presentarse el supuesto de obras toleradas por mucho tiempo (a veces durante muchos años).

La jurisprudencia ha sabido resolver las distintas hipótesis que se le han presentado atendiendo —como corresponde— a las circunstancias particulares de cada caso.

Y así, ha decidido que:

“Es verdad que el *a quo* ha aludido al interdicto de obra nueva y que respecto de este remedio se presenta como obstáculo la circunstancia de que la obra ya ha sido concluida (art. 619, Código Procesal). Sin embargo, no se discute la facultad del órgano jurisdiccional de calificar la acción ejercida... por lo que corresponde enderezar el procedimiento a tenor de las reglas de los interdictos, por ser las más adecuadas a la finalidad perseguida”.⁹²

⁹¹ Conf. C.N.Civ., sala A, LL, f. 71.031; sala B, 28.12.2001, ED, fallo 51.395, supl. diario del 15.4.2002; sala C, 21.8.2001, ED, fallo 51.257, supl. diario del 7.2.2002; sala D, 22.10.2001, DJ-2002-1-601; sala K, 18.6.2002, ED, fallo 51.668, supl. diario del 19.9.2002; sala L, 6.3.2002, ED, fallo 51.829, supl. diario del 20.12.2002; sala M, 5.2.2001, ED, fallo 50.902, supl. diario del 11.9.2001; sala K, 13.8.91, Doctrina Judicial, 1992-1-967, f. 6458.

⁹² Conf. C.N.Civ., sala C, 30.7.91, Doctrina Judicial-1992-1-508, f. 6234: se

Para supuestos en los que había transcurrido poco tiempo entre la conclusión de la obra y la interposición de la demanda, se resolvió que:

“El mero silencio o tolerancia del consorcio no puede interpretarse como un desuso derogatorio pues la simple tolerancia transitoria preexistente no reviste la categoría de costumbre”.⁹³

y que:

“...un período de cinco meses no es lo suficientemente prolongado como para deducir de su solo transcurso un consentimiento tácito de los actores con la realización de la obra”.⁹⁴

En cambio, haciendo jugar la “reiterada inercia” de los copropietarios frente a obras de sobreelevación del último piso llevadas a cabo por un copropietario se resolvió que:

“La importancia de dichos trabajos, su valor económico, el tiempo empleado para realizarlos y las molestias que debieron necesariamente soportar los consorcistas, quienes no formularon objeción alguna, están señalando su aquiescencia ..Los copropietarios, en caso de disconformidad, tenían a su alcance el interdicto de obra nueva que autoriza el art. 619 del Código Procesal, concordante con el art. 8° de la ley 13.512 y el art. 2499 del Código Civil. Y concluida la nueva construcción, si entendían que el demandado la realizó antijurídicamente, reclamar, por la vía judicial, su demolición. Su reiterada inercia debe entenderse como tácito reconocimiento del derecho del demandado. La actitud contemplativa y de expectativa observada por los copropietarios permite presumir, con certeza moral, que prefirieron la obtención de una utilidad económica en evidente ejercicio de

trataba de un caso en el cual el consorcista actor había demostrado el detrimento que le causaba la obra antireglamentaria terminada. También por la procedencia del interdicto, aun cuando la ejecución de la obra estuviere avanzada: C.N.Civ., sala F, JA-1976-I-231, para el supuesto de que el accionante acreditara sufrir daños como consecuencia de la obra y “a fin de no convalidar una situación de injusticia”.

⁹³ C.N.Espec.Civ.y Com., JA-Re, 1976-704, n° 11; conf. C.N.Civ., sala C,LL-154-270, para un caso en el que se pretendía por el consorcio el retiro de chapas profesionales fijadas en partes comunes del edificio después de haber estado colocadas nueve años, a pesar de lo cual se acogió el pedido de retiro.

⁹⁴ C.N.Civ., sala K, 13.8.91, Doctrina Judicial-1992-I-967, f. 6458, para un caso en que la obra, si bien no comprometía la estructura ni los cimientos del edificio, había producido grietas o fisuras que ocasionaban perjuicios concretos e individuales a los actores; en ese fallo se cita un precedente de la misma sala —causa “Pedace de Capriotti, M. c/Botta, L. y otro s/interdicto”—, en el que se consideró suficientemente prolongado un lapso de más de un año, por haberse producido la caducidad del interdicto de obra nueva que se había deducido.

un derecho abusivo que les permitiera generar un enriquecimiento sin causa".⁹⁵

En cambio, del mismo art. 8 se deduce que las obras nuevas en las partes comunes mentadas en esa disposición, son aquellas dispuestas "en mira a obtener su mejoramiento o su uso y goce más cómodo o mayor renta"; en resumen, son las que, realizadas en partes comunes, traen aparejado un beneficio para todos los copropietarios (y no para determinados copropietarios). También en este supuesto es lógico que tratándose de una obra para beneficio común, la mayoría requerida sea más leve: la mayoría absoluta.

Ejemplos: Remodelación de una unidad de propiedad común de planta baja a fin de destinarla a alquiler para negocio ("mayor renta").

O la ampliación del pasillo común de entrada del edificio ("uso y goce más cómodo").

O el revestimiento en madera del hall de entrada ("mejoramiento").

Sintetizando: de la interpretación armónica de los arts. 7 y 8 de la ley 13.512 resultaría que cuando estamos en presencia de una obra nueva que se va a realizar en partes comunes, a los efectos de determinar la mayoría necesaria para su aprobación hay que formular la siguiente distinción: 1) si se trata de una obra que va a beneficiar a un copropietario o a copropietarios determinados será necesaria la unanimidad (art. 7); 2) si se trata de una obra que va a beneficiar a todos los copropietarios será necesaria la mayoría absoluta (art. 8).^{96, 97}

Derecho
de las
minorías

Cuando la realización de la obra se resuelve por mayoría absoluta, no por ello la minoría queda desprotegida. El mismo art. 8 párrafo 2 determina al respecto que:

"Cuando las innovaciones ordenadas por los propietarios fueren, a juicio de cualquiera de ellos, de costo excesivo, o contrarias al reglamento o a la ley, o perjudiciales para la seguridad, solidez, salubridad, destino o aspecto arquitectónico exterior o interior del edificio, y pue-

⁹⁵ C.N.Espec.Civ.y Com., sala V, 3.4.87, ED, f. 40.260. C.N.Civ., sala J, 22.12.98, LL, f. 99.481, supl. diario del 23.10.99.

⁹⁶ Recordemos, sin embargo, que ésta es la mayoría legal, que el reglamento puede agravar.

⁹⁷ Conf. Laquis-Siperman, pág. 178 y sigs.; Racciatti, págs. 251 y 5, n° 129; C.N.Civ., sala E, LL, 104-750; sala D, ED, 6-986; 16-326; 22-758; sala B, ED, 14-27; LL, 134-1028; sala F, ED, 22-761.

den ser objeto de reclamación formulada ante la autoridad judicial, y resuelta por el trámite correspondiente al interdicto de obra nueva; pero la resolución de la mayoría no será por eso suspendida sin una expresa orden de dicha autoridad.”

Pero debe notarse que, dado que los inconvenientes que la minoría puede achacar a las obras resueltas por la mayoría, dependerán de la apreciación judicial en cada caso concreto, no parece incorrecto concluir que “en materia esencialmente discutible como esta debe adoptarse el criterio de mantener, salvo abusos evidentes, la validez de las resoluciones de la mayoría”.⁹⁸

Dejamos aclarado que en esta materia no ejerce influencia el hecho de que la autoridad municipal haya autorizado la realización de la obra.⁹⁹

Respecto del destino que deben tener las obras nuevas realizadas en infracción a las previsiones reglamentarias o legales, ponderando que por un lado se hallan en juego normas de convivencia cuyo respeto resulta necesario para el desenvolvimiento del sistema y por el otro la existencia de un valor económico incorporado al inmueble, se ha sostenido un *criterio extremo*, que se pronuncia por la demolición como medida que “aunque riesgosa, es de ordinario imprescindible para mantener el orden y la pacífica convivencia de los comuneros”¹⁰⁰ y *otro criterio más flexible*¹⁰¹, al que nos plegamos, propiciando la improcedencia de la destrucción cuando se trate de obras que no perjudican a nadie, que no causan molestias, que no alteran la arquitectura ni la estética del edificio, ni atentan contra su salubridad, solidez o seguridad, ni afectan los servicios comunes (supuestos a los que cabría asimilar las obras que no causaren sino inconvenientes de tan escasa entidad que su tolerancia aparezca justificada e irrazonable disponer su destrucción); y si además a ello se une la pasividad de los demás copropietarios o del consorcio; es decir, cuando se ha tolerado la construcción de la obra, no se ha echado mano de los remedios pertinentes en sus comienzos (interdicto o acción de obra nueva) y se ha dejado transcurrir un cierto lapso sin objetarla.¹⁰²

Demolición de las obras nuevas antireglamentarias

⁹⁸ Racciatti, n° 126, pág. 254.

⁹⁹ C.N. Paz, 1°, JA, 1963, V-285.

¹⁰⁰ Conf. C. N. Civ., sala E, 13.3.95: JA, supl. del 6.3.96; sala F, 15.4.93, LL: f. 92.621, supl. del 28.10.94; sala GB, 2.3.95: ED, F. 46.943, supl. del 20.2.96.

¹⁰¹ Conf. C.N. Civ., sala M, 28.3.94: JA, supl. del 29.3.95.

¹⁰² Conf. Mariani de Vidal, M. - Ruda Bart, J., Propiedad horizontal. Obras nuevas antireglamentarias, LL, supl. diario del 4.8.94. Allí propiciamos —junto con mi estimado coautor— la necesidad de una legislación orientada en el sentido de la imprescriptibilidad de la acción enderezada a lograr la destrucción de

A) Gastos necesarios. Reembolso. Privilegio

Es de aplicación en esta materia lo dispuesto por el art. 8, párrafo 3°:

“Cualquiera de los propietarios, en ausencia del administrador y no mediando oposición de los demás, previamente advertidos, puede realizar gastos necesarios para la conservación o reparación de partes o bienes comunes con derecho a ser reembolsados. Podrá también, cualquiera de los propietarios realizar las reparaciones indispensables y urgentes sin llenar los requisitos mencionados pudiendo reclamar el reembolso en la medida en que resultaren útiles. En su caso, podrá ordenarse restituir a su costa las cosas a su anterior estado.”

En cuanto al privilegio y demás garantías que corresponden al crédito surgido de estos gastos, juega el art. 17. Nos remitimos, pues, a cuanto hemos dicho al comentarlo.

IV. Extinción de la propiedad horizontal

Este derecho tiene causas propias y particulares de extinción, y otras que son comunes con el dominio —al cual lo liga muy cercano parentesco¹⁰³, y que a su vez pueden ser absolutas —el derecho se extingue para todos—, o relativas —el derecho se extingue para unos y nace para otros.

Así por ejemplo, *causales típicas* serían la destrucción total del edificio o de más de las dos terceras partes de su valor; la vetustez; con rasgos peculiares, también la confusión. *Causales comunes con el dominio* serían la puesta de la cosa fuera del comercio (art. 2604 *in fine* Cód. Civ.); el abandono; la enajenación

las obras en infracción, sea que la acción la intente el consorcio o alguno(s) de los copropietarios afectados. Agregando que “cuando dicha obra no cause perjuicios ni molestias, no comprometa la seguridad del edificio ni los servicios comunes, ni altere el aspecto arquitectónico o la estética del edificio, la prescripción será de dos años, contados desde que se conoció o debió conocerse la conclusión de la obra. El consentimiento que hubiera prestado o el conocimiento que hubiera tenido o debido tener cualquiera de los antecesores del copropietario demandante (sea la sucesión universal o particular) o, en su caso, el consorcio, podrá ser invocado por el copropietario infractor o sus sucesores universales o particulares”. Al considerar esta ponencia de los autores, las XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Tucumán, 20 al 23.9.93), a través de su Comisión n° 4 y por unanimidad, produjo el siguiente despacho: “La acción enderezada a lograr la destrucción de obras nuevas o mejoras en infracción a la ley o al reglamento de propiedad, puede ejercerse sin límite de tiempo. La acción caduca con relación a quien conoció o debió conocer la realización de la obra y guardara silencio”.

¹⁰³ Recordar lo dicho en punto a naturaleza jurídica de la propiedad horizontal.

del derecho —ya sea voluntaria o forzosa— (arts. 2609 y 2610 Cód. Civ.); la prescripción adquisitiva (art. 2606 Cód. Civ.).

A) Enumeración y análisis de los casos propios

Son: la destrucción total o parcial de más de las dos terceras partes del valor y la vetustez del edificio. Aunque la confusión y el abandono son causales comunes con otros derechos reales, los examinaremos también aquí por presentar ciertas peculiaridades.

1. Destrucción total o parcial de más de las dos terceras partes del valor

Dice el art. 12 que:

“En caso de destrucción total o parcial de más de dos terceras partes del valor, cualquiera de los propietarios puede pedir la venta del terreno y materiales. Si la mayoría no lo resolviera así, podrá recurrirse a la autoridad judicial. Si la destrucción fuere menor, la mayoría puede obligar a la minoría a contribuir a la reconstrucción, quedando autorizada, en caso de negarse a ello dicha minoría, a adquirir la parte de ésta, según valuación judicial.”

Respecto del “valor” aludido por la norma, se han propuesto varios sistemas: el que establece la proporción teniendo en cuenta el valor de la parte destruida en relación a la subsistente; el que se inclina por el valor venal del edificio posterior a la destrucción, comparándolo con el anterior, y —nos parece más adecuado— el que tiene en cuenta la directiva marcada por el art. 3 de la ley: el valor total —del cual deben haber desaparecido las dos terceras partes— está dado por la suma de los valores asignados a las unidades según el reglamento de copropiedad o, en su defecto, por el “aforo inmobiliario” a los efectos del impuesto o contribución fiscal”, debiendo destacarse que las valuaciones individuales a los efectos del pago de los impuestos se practicarán computándose no sólo las partes privativas sino también “la parte proporcional indivisa de los bienes comunes”.¹⁰⁴

Habiéndose producido la destrucción total o de más de las dos terceras partes del valor, el sistema de propiedad horizontal se extingue, naciendo un condominio sobre el terreno y los materiales respecto del cual la ley establece el modo de partirlo.

¹⁰⁴ Parece indudable, entonces, que el valor del terreno entra en el cómputo de valores a los efectos del art. 12. Conf. con este criterio, Racciatti, n° 158; Laquis-Siperman, pág. 186.

En tal caso la ley autoriza a cualquiera de los copropietarios a solicitar la venta del terreno y los materiales, venta que no tiene necesariamente que ser en remate público o subasta judicial.¹⁰⁵

Según se desprende de la norma en cuestión, esa solicitud de venta debe someterse a la asamblea de copropietarios, la cual decide por mayoría absoluta¹⁰⁶. Si la decisión fuere adversa a la petición de venta, el que la impetró puede recurrir a la autoridad judicial, la cual decidirá la forma de partición del terreno y los materiales entre los ex copropietarios (rige por analogía lo dispuesto por el art. 346 inc. 3° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Ley 22.434).

El precio obtenido en la referida venta se distribuirá entre los ex copropietarios de conformidad al valor de sus respectivas unidades, el cual resultará por aplicación de lo dispuesto en el art. 3 de la ley.

Si la destrucción no alcanzó a las dos terceras partes del valor

Si la destrucción es menor a las dos terceras partes del valor, la mayoría absoluta puede decidir la reconstrucción del edificio; en relación a la minoría, si no quiere contribuir a los gastos de reconstrucción, la mayoría queda autorizada a adquirir su parte¹⁰⁷ según valuación judicial.¹⁰⁸

Si bien la minoría está obligada a ceder su parte de la mayoría, sino quiere contribuir, la mayoría no está obligada (sólo autorizada) a adquirirla, pudiendo en ese caso los integrantes de la minoría transmitir su derecho a terceros.¹⁰⁹

2. Vetustez

En el supuesto de vetustez del edificio, "la mayoría de copropietarios que representen más de la mitad del valor"¹¹⁰ puede re-

¹⁰⁵ Conf. art. 1128 Cód. Civ. italiano 1942; la ley uruguaya, 22, exige subasta pública, la ley chilena, 177, se remite a los efectos de la partición para el derecho común.

¹⁰⁶ Si todos los copropietarios están de acuerdo, la partición puede hacerse de cualquier modo, aun en especie.

¹⁰⁷ Entendiéndose por tal no sólo la privativa sino la indivisa sobre los bienes comunes.

¹⁰⁸ Conf. art 22 ley uruguaya y 1128 Código italiano de 1942. *Contra*: imponiendo imperativamente a la minoría la contribución a los gastos de reconstrucción: art. 18 de la ley chilena.

¹⁰⁹ Conf. Racciatti, pág. 296.

¹¹⁰ Este es el único caso en el cual la ley determina que los votos se computarán por valores y no por unidad. Como ya dijimos, la redacción del artículo ha permitido sostener que en este caso la mayoría exigida es doble: de unidad y de valores.

solver: o bien la demolición y venta de los materiales y del terreno, distribuyéndose entre los copropietarios lo obtenido según el porcentual correspondiente a cada uno, o bien la reconstrucción.

En este último supuesto, la minoría que no quiera contribuir no puede ser obligada a ello, pero la mayoría puede adquirir sus derechos, según valuación judicial.

La semejanza con el supuesto de destrucción de menos de las dos terceras partes del valor es evidente; la única diferencia se encuentra en el cómputo de las mayorías: por valores en un caso, por unidades en otro, por lo que hubiera sido conveniente unificar en una sola disposición el régimen aplicable a ambas hipótesis.

La determinación de cuándo el edificio está vetusto a los efectos del juego del art. 16 es una cuestión de hecho, susceptible de originar serios problemas, dado la imprecisión del concepto de "vetustez" que consagra la norma.

3. Confusión

Se consuma cuando el dominio de las distintas unidades se reúne en manos de una sola persona, en cuyo caso todo el inmueble pasa a pertenecer a un solo propietario, extinguiéndose el sistema, como es obvio, ya que se borraría la distinción entre partes exclusivas y comunes, régimen de mayorías, etcétera.

Según algunos¹¹¹, operada la confusión queda "destruida la virtualidad jurídica del reglamento de copropiedad", de donde una nueva enajenación por el sistema de la ley 13.512 exigirá la redacción e inscripción de un nuevo reglamento o, por lo menos, la formal ratificación del anterior.

Pensamos que el nuevo reglamento, o la mencionada formal ratificación, sólo será necesaria cuando el único dueño actual haya solicitado la correspondiente inscripción y contraasientos de desafectación en el Registro de la Propiedad, ya que, de lo contrario, el inmueble seguirá afectado al sistema de la ley 13.512, de modo que el reglamento inscripto tendrá una vida latente y recobrará todo su vigor al enajenarse una o varias unidades por el único propietario.¹¹²

4. Abandono

Al abandono se refiere el último párrafo del art. 8 de la ley 13.512 diciendo que:

¹¹¹ Laquis-Siperman, pág. 186.

¹¹² Conf. con este criterio Racciatti, n° 163.

“Ningún propietario podrá liberarse de contribuir a las expensas comunes por renuncia del uso y goce de los bienes o servicios comunes ni por abandono del piso o departamento que le pertenece.”

Vale decir que, en principio, el único abandono que está prohibido es el que realiza el copropietario para liberarse de contribuir al pago de las expensas comunes. Fuera de este supuesto, el abandono está permitido y es uno de los modos de extinción del derecho de propiedad horizontal que incluso, y a favor de los otros copropietarios, está previsto en los arts. 12 y 16 que acabamos de analizar.

Pero, a nuestro juicio, si bien se lee, el alcance de la disposición del art. 8 no es la de prohibir el abandono, sino la de no permitir que el abandono traiga aparejada la liberación de la contribución al pago de las expensas comunes, ya que el artículo establece, en resumen, que el copropietario no podría liberarse por el abandono. De donde nada impediría a éste abandonar; pero, a pesar de ese abandono —diferencia de lo dispuesto por la última parte del art. 2685 del Cód. Civ.—, continuaría obligado al pago de las expensas devengadas mientras duró su titularidad, con todo su patrimonial. Es obvio que de las expensas que se devenguen a partir del abandono ya no sería responsable.

El abandono debe recaer sobre la unidad y la parte proporcional que corresponde al copropietario sobre los bienes comunes, pues no sería posible el abandono de la parte privativa exclusivamente, o sólo de la porción indivisa de los bienes comunes, ni siquiera la renuncia a la utilización de ciertos servicios comunes (arg. art. 3, tercer párrafo).

En lo relativo a la forma de concretar el abandono, nos remitimos a lo que expusimos en el Capítulo 1 (Parte 2º, punto 3).

En cuanto al problema de determinar a manos de quién va a parar el derecho abandonado, ya hemos expuesto nuestra opinión al referirnos al abandono en el condominio, en este mismo Volumen.¹¹³

El Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación incluye a la propiedad horizontal entre los derechos reales autorizados (art. 2503, inc. 3º). Y reformula el art. 2617 del Código Civil de la siguiente forma:

¹¹³ Racciatti, pág. 303, n° 165, opina que el derecho abandonado acrecería a los demás copropietarios —vale decir que el derecho abandonado (exclusivo y común) se transformaría íntegramente en común—, aunque agrega “mientras sea aceptado por éstos”; pero no explica cuál sería la solución en el caso de que los demás copropietarios no aceptaran el acrecimiento.

“El dueño de un inmueble puede constituir el derecho real de propiedad horizontal siempre que tenga por objeto unidades consistentes en pisos, departamentos, locales y otros espacios determinados de aquél, susceptibles de aprovechamiento independiente por su naturaleza o destino, con salida a la vía pública directamente o por un pasaje común. La propiedad de una unidad lleva aneja la copropiedad sobre el terreno, las partes y cosas de uso común del inmueble o indispensable para mantener su seguridad. La propiedad de una unidad podrá comprender la de una o más unidades complementarias destinadas a servirla. En los clubes de campo, parques industriales, centros de compra, cementerios privados u organizaciones similares que se sometan al régimen de la propiedad horizontal, sólo serán necesariamente comunes las partes del terreno destinadas a vías de acceso y comunicación e instalaciones de uso compartido, con sus accesiones. El reglamento de copropiedad y administración podrá establecer limitaciones edilicias o de otra índole. Los propietarios responden subsidiariamente por las deudas del consorcio en la extensión de sus porcentuales. La sentencia que se pronuncie contra el consorcio tendrá autoridad de cosa juzgada contra los propietarios”.

Capítulo 9

Prehorizontalidad¹

SUMARIO. I. Concepto. II. Supuestos comprendidos. III. Afectación. IV. Comercialización de las unidades. V. Hipoteca del inmueble afectado. VI. Ejecución del inmueble por un acreedor común. VII. Administración del inmueble. VIII. Obras por administración. IX. Penalidades. X. Disposiciones transitorias. XI. Jurisprudencia: 1. Fallos plenarios de la Cám. Nac. de Apelaciones en lo Civil: causas "Cotton, M. c/Tutundjian, S." y "Alvear SRL c/Taub, L."; 2. La ley 19.724 es de orden público. Aplicación de oficio. Irrenunciabilidad de sus beneficios. 3. Ley 20.276: a) Excepciones al régimen de la ley 19.724, b) Excepciones sólo aparentes: sociedad accidental o en participación; constructor del edificio que aporta el terreno; supuesto que no configura construcción por consorcio; sistema de "apart-hotel"; sociedad constituida para simular adjudicación de unidades a los socios; 4. Incumplimiento del régimen: a) Mora "ex-re", b) Consecuencias del incumplimiento: suspensión del pago de cuotas por el comprador; cesión de boleto de compraventa no inscripto; falta de afectación y pretensión de aumento de costos por el vendedor; afectación tardía, falta de registro del boleto y pretensión del vendedor de resolver el contrato; 5. Jurisprudencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires.

I. Concepto

El boleto de compraventa ha surgido como consecuencia de la complejidad del tráfico jurídico actual y la necesidad de plasmar por escrito el acuerdo de las partes mientras se realizan todos los trámites previos a la escrituración.

En materia de propiedad horizontal, el lapso entre el boleto y la escritura suele ampliarse considerablemente, dado que muchas veces se enajenan unidades aún no construidas o en construcción.

Como la transferencia del dominio sólo se operará —tal como ya vimos— luego de "firmado el instrumento público de

¹La denominación de "prehorizontalidad" —apócope de pre-propiedad horizontal— que, aunque no exenta de reparos, es la usualmente empleada, indica que los problemas contemplados bajo esta designación, son justamente los que se plantean previamente a la sujeción al régimen de la propiedad horizontal y sobre todo, los atinentes a la comercialización de la propiedad horizontal. Véase Gatti-Alterini, *Prehorizontalidad y boleto de compraventa*, ed. 1973, pág. 113; Adrogué-Molinario, estudio en *LL*, rev. del 3.4.72, quienes prefieren la denominación de "presometimiento a la ley 13.512".

enajenación, seguido de la tradición” —art. 2609 Cód. Civ.—, sumado a ello el requisito de la inscripción para hacer oponible la trasmisión a terceros —art. 2505 Cód. Civ. y art. 2, ley 17.801— fácil es advertir los riesgos que corren los titulares de boletos, que muchas veces se ven impedidos de escriturar, aun habiendo pagado parte sustancial del precio, y hasta obtenido la posesión, debido a la aparición de acreedores embargantes, inhibientes, hipotecarios, o a la imposibilidad de que el vendedor prosiga con la construcción del edificio por falta de fondos.

El problema del concurso del vendedor quiso ser solucionado (aunque no lo logró en forma integral) a través de la incorporación al Código Civil del art. 1185 bis, cuyo alcance ha sido modificado por ley 19.551, cuyo art. 150 reza al respecto:

“El art. 1185 bis del Código Civil sólo se aplica a los casos de inmuebles destinados a vivienda.”

De estas normas ya nos hemos ocupado en el Volumen I (Capítulo 3).

Otros cuerpos legales, destinados a regular sobre todo el período de comercialización de las unidades, como por ej., dec. 2977/59 y dec.-ley 9032/63, aunque vigentes, nunca llegaron a aplicarse, debido a que requerían el funcionamiento —que no se concretó— de ciertos mecanismos administrativos.

Así es como se sanciona, el 6.7.72, la ley 19.724, sobre “régimen de la prehorizontalidad”, publicado en el *Boletín Oficial* el 13.7.72, cuyo estudio debe complementarse con la ley 20.276, sobre “excepciones a la ley 19.724”, y que está principalmente destinada a regular la comercialización de unidades de edificios que se someterán al régimen de la ley 13.512.²

II. Supuestos comprendidos

Tal como lo dispone el art. 1 de la ley, los propietarios de edificios construídos o en construcción o de terrenos destinados a construir en ellos edificios y que se propongan enajenarlos³ a títu-

² Cabe mencionar que ésta trató de colmar una acuciante necesidad, que se había concretado en el Congreso Argentino de la Prehorizontalidad, celebrado en 1970, con el auspicio de la Cámara Argentina de la Propiedad Horizontal y del Comité Coordinador Permanente de la Propiedad Horizontal; luego a través de un anteproyecto redactado en 1971 por funcionarios de los Ministerios de Justicia y de Bienestar Social, sustituido después por un nuevo proyecto del Ministerio de Justicia, sobre cuya base se elaboró el dec.-ley 19.724.

³ Si bien el art. 1 de la ley 19.724 habla no sólo de “enajenación”, sino

lo oneroso por el régimen de la propiedad horizontal, debe hacer constar su voluntad de afectar el inmueble a la subdivisión y transferencia de unidades, a través de dicho régimen, en escritura pública.⁴

Las dudas a que daba lugar la redacción del art. 1 de la ley, respecto de la inclusión de determinados casos en las previsiones de ese cuerpo legal, atento lo dispuesto por el art 3 Cód. Civ.⁵ han tratado de ser disipadas por la ley 20.216, que dispone que quedan exceptuados del régimen de la 19.724 los edificios afectados al régimen de la ley 13.512, mediante “el otorgamiento e inscripción del respectivo reglamento de copropiedad, con anterioridad a la publicación de la ley 20.276, o dentro de los 90 días de dicha publicación”; o los que se afectaren en lo sucesivo, pero sin haberse comercializado con anterioridad ninguna unidad.⁶

Por su parte, el art. 2 del citado cuerpo legal —ley 20.276— establece:

“No se aplicarán las normas de la ley 19.724, cuando antes de su publicación los propietarios hubieran formalizado contratos de adjudicación o enajenación de unidades particulares en el respectivo inmueble. Esta disposición no exime a los propietarios y demás responsables del cumplimiento de las obligaciones y recaudos establecidos en los arts. 9, 11, 13, incs. a), b), d), e), f) y g), 14, 15 y 16 de la citada ley, siendo de aplicación las penalidades fijadas para los casos de incumplimiento o violación de dichas normas.”

y el art. 3:

“Los propietarios de inmuebles comprendidos en la ley 19.724 que a la fecha de publicación de la presente no hubieran cumplido con

también de “adjudicación”, lo que parecería aludir a las particiones de bienes indivisos, el art. 1° inc. a) de la ley 20.276, determina que “se exceptúan de las disposiciones de la 19.724: a) La adjudicación de unidades particulares en inmuebles, que se haga a los condóminos, comuneros, socios o asociados, por partición o división de condominio, comunidad hereditaria, sociedad o asociación.”

⁴ No es necesario que dicha escritura sea labrada por escribano con jurisdicción en el lugar de situación del inmueble. El Proyecto del Ministerio de Justicia, ya aludido, contenía tal exigencia, lo que originó protestas por parte de los notarios.

⁵ Así, por ej., ¿se aplicaba la ley en el caso de que se hubiera enajenado una sola unidad, o, al revés, si se hubieran enajenado todas menos una? ¿Qué actitud debía asumirse con los boletos suscriptos antes de la entrada en vigencia de la ley, o con los posteriores, pertenecientes a edificios cuya comercialización hubiera comenzado antes? Véase al respecto, Gatti-Alterini, *op. cit.*, pág. 114 y sigs.; Bendersky, estudio en *LL*, rev. del 14.9.72.

⁶ Esta disposición revela que la ley 19.724 tiende primordialmente a regular la comercialización en el período anterior al “estado de propiedad horizontal”.

la obligación establecida en el art. 1 de dicha ley y que hayan celebrado contratos de adjudicación o enajenación de unidades, deberán otorgar la escritura de afectación prevista en el citado artículo dentro de los noventa días a contar de aquella fecha.

"La autoridad administrativa de aplicación, a petición del interesado, podrá por resolución fundada conceder ampliaciones del plazo establecido en el párrafo anterior".⁷

III. Afectación

Como dijimos, la afectación se cumple a través de una escritura pública, en la que, además de la manifestación de voluntad del propietario se debe dejar constancia conforme lo exige el art. 2 de la ley 19.724, de las siguientes circunstancias:

- "a) Estado de ocupación del inmueble⁸;
- "b) Inexistencia de deudas por impuestos, tasas o contribuciones de cualquier índole a la fecha de su otorgamiento;
- "c) Si la transferencia de unidades queda condicionada a la enajenación, en un plazo cierto, de un número determinado de ellas; dicho plazo no podrá exceder de un (1) año ni el número de unidades ser superior al cincuenta (50) por ciento;
- "d) Cumplimiento de los recaudos a que se refiere el artículo 3° de esta ley".⁹

⁷ Los otros supuestos de inaplicabilidad de la ley 19.724 son: "b) la adjudicación o enajenación de unidades particulares en inmuebles del dominio privado del Estado Nacional, las provincias y municipalidades; c) la adjudicación o enajenación de unidades particulares en inmuebles cuya construcción se realice con préstamos de organismos oficiales nacionales, provinciales o municipales, cuando de las condiciones del mutuo con garantía hipotecaria resulte que la celebración de los contratos con los futuros adquirentes queda a cargo exclusivo del ente financiador, y los propietarios otorguen a tal fin poder irrevocable a favor de dicho ente. El régimen de excepción establecido en el presente inciso sólo producirá efectos a partir de la inscripción en el registro inmobiliario del instrumento constitutivo de la obligación hipotecaria. Si en infracción a este régimen el propietario celebrare contratos con terceros prometiendo la transferencia de unidades particulares en el edificio a construir o en construcción, se hará pasible de la sanción establecida en el primer párrafo del artículo 32 de la ley 19.724, y los contratos celebrados serán inoponibles al ente financiador y a quienes hubieren contratado con él."

⁸ Hubiera evitado problemas la exigencia de que en el momento de la oferta, el inmueble se encontrara libre de ocupantes: conf. Gatti-Alterini, *op. cit.*, pág. 118.

⁹ No es necesario, pues, para la afectación, contar con la conformidad del acreedor hipotecario con hipoteca preexistente. En cuanto al cumplimiento de las obligaciones emergentes de la hipoteca, generalmente se tratará de acreditar que se han satisfecho los intereses, exigencia mínima —según Gatti-Alterini, *op. cit.*, pág. 121—, dado que el problema más grave se presentará a la devolución del capital.

Conforme al art. 5, ley 19.724:

“El adquirente puede solicitar al escribano, a costa del propietario, copia simple autenticada de la escritura de afectación, con certificación de la existencia de los elementos mencionados en el artículo 3°.”

La escritura de afectación debe anotarse en el Registro de la propiedad, el cual hará constar esta circunstancia en los certificados que expida (art. 4).

Registro
y sus
efectos

Según el art. 4, la anotación inhibe al propietario para disponer del inmueble o para gravarlo en forma distinta a la prevista en la ley, “salvo los casos de retractación o de desafectación a que se refieren los arts. 6 y 7.”

Pero el párrafo siguiente agrega:

“La enajenación total o parcial del inmueble a terceros no afectará los derechos de los adquirentes de unidades cuyos contratos estén registrados en la forma prevista en el art. 12.”

Lo cual aparenta estar en contradicción con el apartado anterior, ya que parece permitir lo que éste prohíbe. Puede interpretarse la norma sosteniendo que la enajenación voluntaria (para la forzosa rige el art. 24), en forma distinta de la regulada por la ley, está prohibida. No obstante, si ella se realiza, los contratos registrados de los adquirentes de las unidades, perr. anecerán intactos, vale decir, serán oponibles, no sólo al propietario enajenante (que no se libera por la transmisión) sino también al adquirente.

Dice el art. 8 (ley 19.724):

“El propietario debe hacer constar la afectación del inmueble y su registración, número del registro notarial y fecha en que se efectuó:

”a) En un cartel que debe tener permanentemente en el lugar de la obra, colocado en forma visible;

”b) En toda oferta o invitación que se haga a terceros para adquirir unidades de vivienda a subdividir por el régimen de propiedad horizontal, por medio de ofrecimientos personales, publicaciones periodísticas, transmisiones radiotelefónicas, de televisión, proyecciones cinematográficas, colocación de afiches, letreros o carteles, programas, circulares, comunicaciones impresas o cualquier otro procedimiento de difusión,

”c) En los contratos que celebre a los fines de la enajenación o adjudicación de unidades.”

Publicidad
de la
afectación

La ley contempla dos supuestos:

1) La que deviene por la declaración del propietario formulada en escritura pública, y a la que se refiere el art. 6:

Desafec-
tación

"La desafectación procederá en el supuesto previsto en el inciso c) del artículo 2º, cuando no se hubiere cumplido la condición. En tal caso, el propietario podrá retractar la afectación mediante declaración que constará en escritura pública, otorgada dentro de los diez (10) días de expirado el plazo establecido en la escritura de afectación, ante el mismo registro notarial, la que será abonada en el Registro de la Propiedad Inmueble.

"A dicha escritura el escribano interviniente agregará certificado expedido por el Registro de la Propiedad Inmueble del que resulte que no existen contratos registrados, o de que su número no alcanza al mínimo previsto. También dejará constancia, en su caso, que han sido restituidas a los adquirentes las sumas entregadas como señas o anticipos, con más un interés igual al fijado por el Banco de la Nación Argentina para las operaciones normales de descuento."

2) La que se solicita judicialmente por el propietario, regido por el art. 7:

"El propietario también puede solicitar judicialmente la desafectación, si acredita sumariamente que:

"a) Transcurridos seis (6) meses de registrada la afectación no ha enajenado unidades;

"b) Transcurrido el lapso mencionado en el inciso anterior, ha rescindido o resuelto la totalidad de los contratos registrados;

"c) Transcurrido un (1) año de registrada la afectación, la obra no llegó a iniciarse o ha quedado paralizada sin posibilidad de reanudarla, siempre que medie justa causa.

"En los supuestos de los incisos b) y c) deberán asimismo acreditar que está debidamente asegurada la restitución a los adquirentes de todo lo que hubieren pagado por cualquier concepto, con más un interés igual al fijado por el Banco de la Nación Argentina para las operaciones normales de descuento."

Es dable observar que mientras que el art. 6 exige para que sea precedente la desafectación que se hayan restituido a los adquirentes las sumas entregadas como señas o anticipos, más el interés que se indica, el art. 7 sólo impone que se acredite que está "debidamente asegurada" la mencionada restitución.

Según el art. 16:

"Todos los intervinientes en los contratos a que se refiere esta ley son solidaria e ilimitadamente responsables por la restitución de las señas o anticipos recibidos, sin perjuicio de su responsabilidad penal."

Esta norma, dada su vaguedad, no sólo se aplica al presente supuesto sino a todos los casos en que sea precedente la restitución de las señas o anticipos, y ella sugiere un com-

plejo interrogante: ¿entre los "intervinientes" está incluido el escribano que labra las escrituras de afectación y/o desafectación?¹⁰

IV. Comercialización de las unidades

El art. 9 de la 19.724 se refiere a cualquier forma de oferta y a los carriles en que la misma debe ajustarse.¹¹

Según el art. 10:

Exhibición

"El propietario debe tener a disposición de los adquirentes de unidades:

"a) Copias simples autenticadas por el escribano del Registro en que se otorgó la escritura de afectación, de los elementos enumerados en el artículo 3° y de las escrituras de hipoteca;

"b) Lista de las unidades que se hubieran enajenado, y constancia de su anotación en el Registro de la Propiedad Inmueble;

"c) La información relativa al desarrollo material de la obra;

"d) La información relativa al pago de los servicios hipotecarios e impuestos que afecten al inmueble. El comprador tiene el derecho de exigir la exhibición de los comprobantes respectivos y en el caso de no hallarse al día aquellos servicios o impuestos puede retener las sumas que se adeuden y abonar directamente tales gravámenes, deduciéndolos de su deuda hacia el vendedor."

Relativamente a las hipotecas que el propietario hubiere establecido, completa lo dispuesto por el artículo 10, la norma del art. 22.

"Los adquirentes tienen derecho a que tanto el propietario como el acreedor hipotecario les proporcionen información detallada por escrito sobre el cumplimiento de sus obligaciones recíprocas.

"Todo adquirente tiene derecho a abonar directamente al acreedor hipotecario la parte proporcional que correspondiere a su unidad en caso de falta de pago por el propietario; en tal supuesto quedará subrogado de pleno derecho en el lugar, grado y prelación que correspondía al acreedor hipotecario y hasta la concurrencia de la suma pagada, la que podrá compensar con la que debiere al propietario.

"En caso de ejecución, la misma no comprenderá las unidades cuyos adquirentes hayan ejercitado el derecho que les otorga el párrafo anterior."

¹⁰ Véase al respecto, Gatti-Alterini, *op. cit.*, pág. 137.

¹¹ En las palabras "cualquier forma de oferta", ¿quedarán comprendidos también los "avisos clasificados"? Parecería que sí, atento la generalidad de la expresión utilizada.

Deber de información

Lo establece el art. 11:

"Todas las personas que intervengan en operaciones comprendidas en la presente ley, están obligadas respecto de terceros a precisar:

"a) Carácter en que actúen;

"b) Identidad del propietario del inmueble;

"c) La existencia de otro vinculado por el contrato a celebrarse, los poderes que invoque y los instrumentos que lo acrediten."

Contenido de los contratos de enajenación de unidades

Las especificaciones que obligatoriamente deben contener los contratos de enajenación de las distintas unidades están establecidos en el art. 13, siguiendo, por su parte, el art. 14:

"Los contratos serán redactados en forma clara y fácilmente legible.

"Las cláusulas que establezcan limitaciones de responsabilidad, facultades de rescindir o resolver el contrato sin previa comunicación o intimación, o suspender su ejecución o la de la obra, o sanciones a cargo del otro contratante, caducidades, limitaciones a las facultades de oponer excepciones, cláusulas compromisorias o de prórroga de la jurisdicción judicial, así como los supuestos previstos en los incisos f) y h) del artículo 13, sólo tendrán efecto si son expresamente aceptadas por el adquirente en cláusula especial, firmada por éste."

y el art. 15:

"Todo supuesto de precio sometido a reajuste deberá constar en el trato como cláusula especial de la que resulte con toda claridad los criterios aplicables. Es nula toda cláusula que deje librado el reajuste del precio a la voluntad del propietario, vendedor, constructor o a terceros vinculados a ellos, aunque actúen en calidad de árbitros."

Registro de los contratos

El art. 12 de la ley 19.724 exige que los contratos de enajenación de las unidades se inscriban en el Registro de la Propiedad.

La ley impone esa obligación al propietario, más no fija plazo alguno para cumplir con la misma, y su inobservancia acarrea la única sanción para el propietario, de no darle derecho alguno contra el adquirente, pero sí a este contra el enajenante.

La norma también faculta al adquirente para solicitar la inscripción del contrato, dadas las consecuencias que acarrea la falta de inscripción, de ordinario será el propietario el más interesado en la registración.

Los contratos no registrados son inoponibles a terceros, y la posesión otorgada en virtud de un contrato no registrado resulta inoponible a quien ejerza su derecho a consecuencia de un contrato registrado.

Cesión de los contratos

Los contratos de enajenación de las unidades pueden cederse a terceros, pero el cedente no queda liberado, como lo dispone el art. 17:

“La transferencia de los derechos y obligaciones del adquirente de una unidad en favor de un tercero no libera al cedente respecto de sus obligaciones para con el propietario, mientras éste no dé su conformidad y la transferencia haya sido anotada en el Registro de la Propiedad Inmueble.

“La registración de las transferencias podrá ser requerida tanto por el propietario como por el cedente o el cesionario.

“Regirá, en lo pertinente, lo previsto en los párrafos tercero y cuarto del artículo 12”.¹²

V. Hipoteca del inmueble afectado

Según el art. 21:

“Los derechos reales constituidos por el propietario de un inmueble afectado en infracción a lo dispuesto en esta ley son ineficaces e inoponibles a los adquirentes.”

Veremos, entonces, cuáles son las hipotecas del inmueble afectado que sí pueden oponerse a los adquirentes de las unidades. Luego examinaremos cuáles son los derechos de éstos en relación con el acreedor hipotecario y su posición frente a la ejecución llevada a cabo por dicho acreedor.

- | | | | | |
|----|---|---|---|---|
| 1. | { | Anteriores a la afectación (art. 3, últ. párrafo) | { | a) Si medió reserva en los contratos de enajenación: art. 13, inc. f) |
| 2. | { | Posteriores | { | b) Si existe conformidad de los adquirentes con contratos registrados, fehacientemente anoticiados del propósito de hipotecar el inmueble, monto y demás modalidades de la operación [arts. 19 inciso c) y 20]. |
| | | | { | c) A favor de persona determinada, si, no obstante la oposición de algún adquirente registrado, el propietario, acreditando justa causa, en juicio sumarísimo, logra autorización judicial (art. 20). |
| | | Hipotecas
oponibles | | |

¹² En verdad, como lo hacen notar Gatti-Alterini, *op. cit.*, pág. 138, la remisión es errónea, ya que el art. 12 sólo tiene tres párrafos. Debe entenderse que la norma quiso referirse a los dos últimos párrafos (segundo y tercero) de dicho art. 12.

El art. 19 determina los datos que el propietario debe suministrar al eventual acreedor hipotecario:

"Para gravar con derecho real de hipoteca un inmueble afectado, el propietario debe suministrar al eventual acreedor hipotecario:

"a) El detalle de los saldos de precio de las unidades vendidas; si la obra se realiza por administración, el costo a cargo de los adquirentes de unidades y el estimativo de la parte que faltare realizar;

"b) Nómina de los adquirentes de unidades cuyos contratos se encuentren anotados en el Registro de la Propiedad Inmueble;

"c) Constancia de que los adquirentes están fehacientemente notificados del propósito de hipotecar el inmueble, del monto y demás modalidades de la obligación a garantizar.

"Estos extremos deben constar en la escritura de constitución del derecho real de hipoteca".¹³

Derechos
de los ad-
quirentes

Dispone el art. 22:

"Los adquirentes tienen derecho a que tanto el propietario como el acreedor hipotecario les proporcionen información detallada por escrito sobre el cumplimiento de sus obligaciones recíprocas.

"Todo adquirente tiene derecho a abonar directamente al acreedor hipotecario la parte proporcional que correspondiere a su unidad en caso de falta de pago por el propietario; en tal supuesto quedará subrogado de pleno derecho en el lugar, grado y prelación que correspondía al acreedor hipotecario y hasta la concurrencia de la suma pagada, la que podrá compensar con la que debiere al propietario.

"En caso de ejecución, la misma no comprenderá las unidades cuyos adquirentes hayan ejercitado el derecho que les otorga el párrafo anterior."

y el art. 23:

"Al escriturarse cada unidad, el o los acreedores hipotecarios están obligados a otorgar cancelaciones parciales de las hipotecas globales que afecten al inmueble, por el monto que pudiera corresponder a cada unidad, previo pago de la parte proporcional de la hipoteca global que corresponda a dicha unidad, quedando ésta liberada de ese gravamen.

"A los efectos de la determinación de las partes proporcionales que correspondan se tendrán en cuenta los porcentuales establecidos en el proyecto de subdivisión."

Ejecución
del
inmueble

Según el art. 24:

"En caso de ejecución del inmueble afectado se aplican las siguientes reglas:

¹³ No se exige que el monto de la hipoteca sea inferior a los saldos de precio que adeuden los adquirentes, lo cual puede acarrear problemas a éstos en caso de incumplimiento por el propietario, ya que pueden, eventualmente, verse obligados a pagar al acreedor hipotecario una suma mayor que la adeudada a éste.

"a) Cuando fuere por acreedores hipotecarios, los adquirentes con contratos debidamente registrados tienen derecho a la adjudicación del bien si abonan al comprador en remate judicial, una vez aprobado éste el precio obtenido, y todos los gastos que aquél hubiera efectivamente abonado, con más un interés igual al fijado por el Banco de la Nación Argentina para las operaciones normales de descuento;

"b) Si fuere por acreedores quirografarios y de no mediar concurso, los adquirentes con contratos debidamente registrados tienen derecho a la adjudicación del inmueble si abonan el valor que corresponda al estado del bien. A estos efectos se practicará tasación especial por perito.

"En ningún caso puede disponerse la venta judicial de inmuebles afectados sin previa notificación a los adquirentes con contratos debidamente registrados".¹⁴

Como la ley no fija plazo alguno para el ejercicio de esta facultad por parte de los adquirentes, será éste un nuevo factor de retracción en las subastas judiciales.

VI. Ejecución del inmueble por un acreedor común

En estos supuestos es menester distinguir si media o no concurso del propietario.

Si media concurso, resulta de aplicación el art. 1185 bis Cód. Civ., con la grave restricción formulada por el art. 150, dec.-ley 19.551, de concursos.

Si no media concurso, rige el inc. b) del art. 24, que antes transcribimos.¹⁵

¹⁴ Se sobreentiende que tanto en este supuesto como en el anterior, debe tratarse de hipotecas oponibles a los adquirentes registrados.

¹⁵ El art. 24 nos inspira graves interrogantes: ¿los adquirentes "registrados", deben adquirir *en conjunto* el inmueble en bloque, distribuyéndose entre ellos las sumas a soportar, según los porcentuales establecidos en el "proyecto de subdivisión", que es la pauta que, para un caso similar, emplea el art. 23? ¿O cada adquirente está autorizado a pagar la parte proporcional del precio obtenido en el remate (inc. a)), o la tasación especial que se practique, *respecto de su unidad solamente*, por aplicación analógica del art. 23?

En este último caso, ¿cuál será la posición del comprador en el remate, o del acreedor quirografario, frente a los adquirentes que no hicieron uso del derecho otorgado por el art. 24?

Si se sostiene que el bien debe adquirirse en bloque, ¿deben todos los adquirentes estar de acuerdo en la adquisición? ¿Bastará que uno solo se oponga para que la facultad consagrada por el art. 24 no pueda ejercerse? ¿Podrán sólo algunos de los adquirentes registrados adjudicarse el inmueble totalmente, ante la negativa de los demás? Y en este supuesto, ¿cuáles serán los derechos y obligaciones de unos respecto de los otros? La contestación a estos y otros

VII. Administración del inmueble

Dice el art. 25:

“Terminada la construcción y aunque no medie tradición, el propietario convocará a los adquirentes con contratos debidamente registrados a una asamblea dentro de los treinta (30) días de concluida aquélla, a fin de designar administrador provisorio, el que será elegido por simple mayoría. La mayoría se determinará según los porcentuales asignados a las respectivas unidades en el proyecto de subdivisión.”

El art. 26 se refiere al pago de las expensas comunes, disponiendo que se distribuirán de acuerdo con los porcentuales establecidos en el proyecto de reglamento de copropiedad a que alude el art. 3 inc. e).

Por su parte, el art. 28 dice:

“Mientras no se constituya definitivamente el consorcio, se aplicarán en cuanto sean compatibles, las disposiciones del proyecto de reglamento de copropiedad y administración previsto en el artículo 3, inciso e).”

El art. 27 determina que si resultaren graves irregularidades en la administración de la obra, el juez puede, previo trámite sumario¹⁶, a petición de los adquirentes de unidades que representen por lo menos el 15% del valor total, conforme los porcentuales, designar en la administración de la obra a un interventor, a fin de controlar y prevenir el menoscabo de los bienes, resolución que será apelable al solo efecto devolutivo.

VIII. Obras por administración

Cuando la obra se realice por administración, siendo el costo a cargo de los adquirentes, dispone el art. 29:

“Cuando la obra se realice por administración, siendo el costo a cargo de los adquirentes de unidades, serán aplicables, además de las disposiciones generales de esta ley, las contenidas en los artículos 15, último párrafo, 31 y 32.

”Deberá designarse administrador en la forma prevista en el ar-

problemas conexos que nos plantea la norma en cuestión, escapa a las dimensiones de esta obra. Sólo queremos aquí dejarlos esbozados y poner de manifiesto la necesidad de un estudio profundo del tema.

¹⁶ Para Gatti-Alterini, *op. cit.*, pág. 149, no se alude aquí al “juicio sumario”, sino a un “simple trámite de acreditación sumaria”, teniendo en cuenta la índole precautoria de la medida que se recaba.

título 25, quien tendrá las obligaciones establecidas en el artículo 10 y deberá llevar la contabilidad de la obra.

"Si se hubieran enajenado unidades cuyos porcentuales representen el cincuenta (50) por ciento, el administrador podrá ser removido por mayoría estimada conforme a dichos porcentuales."

Al comienzo de la obra deberá designarse un administrador conforme a las pautas brindadas por el art. 25, el cual "si se hubieren enajenado unidades cuyos porcentuales representen el 50%, podrá ser removido por mayoría estimada conforme a dichos porcentuales" (art. 29, 2ª parte).

Las obligaciones del administrador, conforme lo establece la citada norma son:

- a) llevar la contabilidad de la obra, y
- b) cumplir con el deber de exhibición determinado por el art. 10 de la ley, para lo cual deberá exigir que el propietario le suministre los documentos y demás información que allí se menciona.

Como la ley no lo dice, no le corresponde al administrador la recaudación de los fondos destinados a la construcción, facultad que permanece en cabeza del propietario.

El art. 30 contempla el caso de la paralización por causas imputables al propietario, y dispone:

"Si la obra se paralizare durante más de seis (6) meses con imposibilidad de continuarse, por causas imputables al propietario, no estando éste en quiebra o concurso, los adquirentes pueden solicitar la adjudicación del inmueble en condominio, asumiendo las obligaciones contraídas por el propietario a los fines de la ejecución de la obra. La adjudicación se sustanciará por la vía del proceso sumario."

El art. 31 se refiere a la hipótesis de la paralización por causas imputables al propietario, y establece:

"Si por causa imputable al constructor la obra se paraliza, el administrador o un número de adquirentes de unidades que representen el diez (10) por ciento del valor del inmueble pueden promover la rescisión del contrato con aquél. La decisión se tomará por mayoría absoluta de adquirentes, calculada sobre el valor total del inmueble, aplicándose al efecto lo dispuesto en el artículo 1204 del Código Civil."

IX. Penalidades

Los arts. 32 y 33 disponen sobre las penalidades a aplicarse en caso de inobservancia de algunas de las obligaciones impuestas por la ley y para los supuestos de "falsedad documental".

Adminis-
trador

Parali-
zación de
la obra

X. Disposiciones transitorias

Los arts. 34, 35 y 36 contienen disposiciones transitorias que debían regir hasta tanto los Registros de la Propiedad Inmueble correspondientes a la jurisdicción de los inmuebles que quedan sometidos a la ley, estén en condiciones de efectuar la registración a que se refiere el art. 12, lo que no podrá exceder del 1º de febrero de 1973”, encomendando el registro de los contratos de adquisición, su cesión, rescisión o resolución, a los escribanos intervinientes en la escritura de afectación.

XI. Jurisprudencia

Resultará de suma utilidad la reseña de algunos pronunciamientos que se han ocupado del tema de la prehorizontalidad.

1. Fallos plenarios de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil

En primer término corresponde mencionar los dos fallos plenarios dictados por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, in re “*Cotton, M. y otros c/Tutundjian, S.*” del 28.2.79¹⁷ y “*Alvear SRL c/Taub, L.*” del 26.3.85.¹⁸

En la causa “*Cotton*” fue sentada la siguiente doctrina:

“El propietario enajenante que no ha cumplido con la afectación del inmueble al régimen de la prehorizontalidad y, en su caso, con la inscripción registral de los contratos que otorgare con relación a las unidades, no puede reclamar a los adquirentes el cumplimiento de sus obligaciones o la resolución del contrato. Los derechos que confiere al adquirente la ley 19.724 son irrenunciables”.¹⁹

¹⁷ LL-1979-A-528.

¹⁸ ED-113-264.

¹⁹ En el mismo fallo plenario se consideró que el enajenante había incurrido en mora automática y que la compradora, para ampararse en la previsión del art. 12 de la ley 19.724, no necesitaba colocar en mora al vendedor que no había registrado el boleto, por tratarse de una situación similar a la que en doctrina se considera como de plazo esencial o de constitución en mora *ex-re*, en la que resulta innecesario el requerimiento. En cambio, fue decidida la inaplicabilidad de la doctrina plenaria para el caso en que, habiéndose cumplido con el deber de efectuar la afectación, se había omitido registrar los boletos y no mediaba interpelación por el adquirente. Se dijo que “la ausencia de plazo legal se traduce en la necesidad de requerimiento de su fijación judicial o al menos de interpelación, para que el propietario vendedor quede constituido en mora”: C.N.Civ., sala C, 23.8.79, causa “*Arcuschin c/Gregorio Perelmuter SA.*”

La doctrina del fallo plenario in re “*Alvear SRL c/Taub, L.*” es la siguiente:

“La posterior inscripción del reglamento de copropiedad y administración en los términos de la ley 13.512, no hace inaplicables los efectos de la falta de afectación del bien al régimen de prehorizontalidad e inscripción de los respectivos boletos en el Registro de la Propiedad que prevé la ley 19.724, salvo que el enajenante ofreciere contemporáneamente la entrega de la posesión y escrituración, estas prestaciones estuvieren expeditas y el comprador no tuviera derecho a resolver el contrato”.

2. La ley 19.724 es de orden público. Aplicación de oficio. Irrenunciabilidad de sus beneficios

“Los arts. 1 y 12 de la ley 19.724, al representar *normas de orden público, pueden ser aplicadas de oficio por el juzgador*”.²⁰ Dicho carácter se otorga por entender que las disposiciones que poseen tal propiedad no pueden quedar a merced de los intereses de los particulares, dado que están comprometidos principios superiores en los que se cimienta la sociedad toda, motivo por el cual el propio Código Civil coloca a dichas normas por encima de la regla de “autonomía de la voluntad” consagrada en el art. 1197. Son, por consiguiente *irrenunciables y aplicables de oficio* y en cualquier instancia del proceso”.²¹

3. Ley 20.276

a) *Excepciones al régimen de la ley 19.724*

“En el régimen de la ley 19.724 hay como idea fundadora central del legislador la necesidad de proteger al comprador frente a la modalidad de venta de unidades en propiedad horizontal, a fin de impedir que el propietario desbarate los derechos en expectativa enajenando o gravando el inmueble. Esta posibilidad desaparece *cuando las unidades fueron construidas sobre un terreno de los condóminos*, porque la adjudicación a éstos aparece suficientemente garantizada en razón de que la totalidad del dominio del bien constaría inscripto a favor de los comuneros, de manera tal que no podrían ser gravados o enajenados sin la conformidad de ellos. Por esa razón, el art. 1, inc. a) de la ley 20.276 establece que quedan eximidos de la inscripción y demás disposiciones que señala la ley 19.724, la adjudicación de unidades particulares en inmuebles que se hagan a los condóminos,

²⁰ Conf. C.N.Civ., sala C, *ED-92-111; id., ED-110-664*; sala E, causa 279.936 del 10.5.82; *id.* causa “Sandonati, A., c/Alvarez Crisorio, M.” del 4.6.86.

²¹ C.N.Civ., sala E, 4.6.86, causa “Sandonati, A. c/Alvarez Crisorio, M.”. Conf. C.N.Civ., sala F, 24.4.85, causa “Resano, A. y otro c/Lacarra Construcciones Asoc.”. Recordar que la doctrina del plenario “*Cotton*” también sentó la irrenunciabilidad de los beneficios otorgados por la ley 19.724.

comuneros, socios o asociados por partición o división de condominio, comunidad hereditaria o asociación".²²

"Por hallarse aquí configurado un acto cooperativo²³ resulta claro que no media incumplimiento de la ley 19.724, toda vez que la ley 20.276, por su art. 1, inc. a), exceptúa de las previsiones de aquélla a supuestos como el presente. Y es que en la hipótesis de una sociedad "el derecho de los socios resulta resguardado por la inscripción dominial en favor de la sociedad y por los sistemas de control que se hubieran previsto en el contrato social para la disposición de inmuebles, además de la fiscalización estatal que correspondiere según la naturaleza de la sociedad"²⁴. En tales condiciones, a fin de impugnar los actos de los que ahora se quejan, los adjudicatarios debieron recurrir a la vía correspondiente según el estatuto social, siendo inidónea para ello esta acción por escrituración".²⁵

b) Excepciones sólo aparentes

Sociedad accidental o en participación

"La *sociedad accidental o en participación* debe reunir los elementos específicos que caracterizan a toda sociedad: participación en las ganancias y en las pérdidas y aportes de cada socio para la formación del capital. La falta de estos elementos suprime la existencia del contrato social, sin perjuicio de que el acto pueda constituir otra especie de negocio jurídico. Tales elementos no concurren cuando la empresa constructora y dueña del inmueble vende a cada uno de los futuros propietarios de las unidades una porción indivisa del predio, los costos de construcción quedan a cargo exclusivo de éstos y la "sociedad gestora" se asegura, sea cual fuere el valor posterior de realización del edificio, una retribución porcentual sobre aquellos costos y los "socios no gestores" reciben su "aporte" —consistente en el pago total de la parte proporcional del terreno y de los gastos de edificación— la propiedad de las unidades construidas. Dicho contrato configura una promesa de venta de cosa futura, ya que subyace la finalidad de transferir la propiedad de una parte indivisa de un inmueble, obligándose el adquirente a pagar por ello un precio cierto en dinero. Por lo tanto, queda excluida de la excepción prevista en la ley 20.276, art. 1, y debe regirse por las disposiciones de la ley 19.724 (en el caso se desestimó la excepción de falta de legitimación pasiva interpuesta por dos codemandados, en tanto se los consideró solidariamente responsables frente al actor en virtud del art. 16 de esta última ley)".²⁶

²² Conf. Cám.Nac.Civ., sala F, 31.3.89, causa "Cantale, C. y otro c/Slavinsky, L.", sala G, 9.4.81, "Mongelos, M. c/Promotora Campiña SRL": ED-94-328.

²³ Se trataba de la atribución de unidades a los socios de una cooperativa.

²⁴ Conf. C.N.Civ., sala G, 9.4.81, ED-94-328.

²⁵ Conf. C.N.Civ., y Com. Federal, sala II, 29.12.88, causa 6275.

²⁶ C.N.Com., sala A, 14.4.88, causa "Juan Vulpes c/Alvar y Thomas SRL".

En esa línea de ideas, se resolvió que:

“Dado que la *sociedad accidental o en participación* no constituye un sujeto de derechos (art. 361, ley 19.550) y el gestor contrata en nombre propio, este caso no encuadra en el art 1 de la ley 20.276, y resulta necesario que se cumpla con los requisitos que marca la ley de prehorizontalidad a fin de lograr el objetivo de salvaguardar los derechos de los compradores”.²⁷

Constructor del edificio que aporta el terreno

“Las excepciones al régimen de la ley 19.724 —que son de interpretación restrictiva— deben encuadrar rigurosamente en lo preceptuado por la ley 20.276... Nada indica, pues, que las obligaciones de la ley 19.724 no se apliquen a quien se dispone a construir un edificio y contrata en carácter de locador de obra, aunque aporte el terreno (art. 1629, Código Civil). Es dable observar que mientras el art. 34, última parte, menciona a los ‘boletos’ realizados por los adquirentes, otros textos se refieren a la redacción o cesión de un contrato que parece ser el definitivo (arts. 14, 17, etc.). Y, asimismo, el uso de expresiones ‘contratos de enajenación o adjudicación’ (art. 13), o la alusión a los ‘adquirentes’ (arts. 12, 14), no obsta a que se hable también del precio ‘de venta’ (art. 9, a) o de la ‘suspensión de la obra’ (art. 14). Finalmente, para aludir al contrato por el cual se transfiere el dominio, se dice ‘al escriturarse cada unidad...’ (art. 23).

De ahí que Spota A.²⁸ señale que con la sanción de la ley 19.724 la ejecución de la obra puede quedar sometida no sólo al control de los adquirentes, sino aun a su administración.²⁹

Supuesto que no configura construcción por consorcio

“El contrato no se encuentra excluido de aquella normativa por caer dentro de las hipótesis que contempla la ley 20.276, cuando no se trata de un supuesto de construcción por consorcio. Ese sistema se asienta sobre la idea fundamental de la existencia previa de un condominio sobre el terreno donde se edificara, en el cual los comuneros son los futuros dueños en propiedad horizontal. Este concepto inicial permite inferir que en esta relación está exenta la idea de comercialización de las futuras unidades a construir. Los condóminos convienen que la edificación en propiedad horizontal será el destino del inmueble, lo que presupone también un acuerdo anticipado sobre la parti-

²⁷ Conf. C.N.Civ., sala G, 9.4.81, ED-94-328.

²⁸ *Tratado de la locación de obra*, t. 1, pág. 105, nº 30, ed. 1977.

²⁹ Conf. C.N.Civ., sala A, 20.3.85, LL, f. 83.968.

ción en especie del condominio, con adjudicación de las respectivas unidades en propiedad horizontal".³⁰

Sistema de "apart-hotel"

"En un contrato celebrado a través del sistema 'apart hotel' la empresa vendedora propietaria del 100% del terreno, empresaria y administradora de la obra a construir, debe dar cumplimiento de las obligaciones legales que resultan de los arts. 1, 4 y 12, ley 19.724".³¹

Sociedad constituida para simular adjudicación de unidades a los socios

"La relación entre los promotores de venta de unidades de un edificio, que luego incorporan a una sociedad civil a quienes se presentaran con el fin de adquirir las y escriturar un sistema por el cual en lugar de aparecer vendiendo se adjudicaban las unidades a esos interesados, evitándose así el régimen de prehorizontalidad, aunque en lo que hace a la naturaleza jurídica y alcance del negocio es un contrato de sociedad civil, no puede desconocerse que la intención de las partes no pudo ser otra que la compra de una unidad en construcción, pues éste era en realidad el objeto de aquella, lo que torna procedente la demanda tendiente a que la operación se adecue a las exigencias de la ley 19.724. También es posible el acogimiento de la pretensión, en virtud de la inoponibilidad de la forma societaria conforme a lo dispuesto por el art. 54, segunda parte, de la ley 19.550, que contiene principios generales aplicables a todas las sociedades, incluidas las civiles. No debe confundirse el objeto de la sociedad, proclamado en su instrumento constitutivo —comprar un terreno y construir al costo o adjudicar viviendas a los socios— con el fin de la sociedad constituida. Desde la óptica en que se encuadra el art. 54, ley 19.550, que establece la inoponibilidad de la forma societaria, y que responde a una ya larga elaboración iniciada por la doctrina del "disregard" y, vinculada a ella, la noción de inoponibilidad, el fin de la sociedad ha sido extrasocietario en tanto ha consistido en la realización de un negocio de carácter individual, como es la compraventa de una cosa futura con cada uno de los adquirentes, que en la instrumentación documental aparecen incorporándose como socios".³²

4. Incumplimiento del régimen

a) Mora "ex-re"

"El incumplimiento de la afectación a la que se refieren los arts. 1 a 4 de la ley 19.724 importa la constitución en mora "ex-re", en la que

³⁰ C.N.Civ., sala B, 30.5.86, causa "Montero, L. y otro c/Pelaez de Basavilbaso, E. y otro".

³¹ Conf. C.N.Civ., sala A, 10.4.85, causa "Antognini, F., c/Progress SA".

³² C.N.Civ., sala F, 7.4.87, causa "Ciale, R. y otra c/Begerman, J. y otros".

resulta innecesario el requerimiento. Ello obedece a que la ley de prehorizontalidad involucra el orden público y torna irrenunciables sus disposiciones”.³³

Pero en el caso de que exista cumplimiento del deber de afectación pero incumplimiento de la obligación de inscribir los boletos es necesario el requerimiento para constituir en mora al vendedor.³⁴

b) Consecuencias del incumplimiento

Suspensión del pago de cuotas por el comprador

“El incumplimiento material de las obligaciones impuestas por los art. 4 y 12 de la ley 19.724 *autoriza a los compradores a suspender el pago de las cuotas en que se hallaba dividido el precio de la compraventa*, por cuanto la aplicabilidad del art. 510 del Código Civil no requiere constitución en mora de la parte incumplidora”.³⁵

No obstante, “si el adquirente demanda por escrituración, el enajenante que no cumplió con la afectación puede reclamar que aquél satisfaga la contraprestación pactada para la escrituración que se reclama, pues lo contrario comprometería la garantía del art. 17 de la Constitución Nacional”.³⁶

Cesión de boleto de compraventa no inscripto

“El art. 16 de la ley 19.724 establece la responsabilidad solidaria de ‘todos los intervinientes’ en los contratos a que se refiere la ley, por la restitución de las señas o anticipos recibidos, sin perjuicio de la responsabilidad penal. Así como la posterior transferencia de los derechos y obligaciones del adquirente de una unidad en favor de un tercero no libera al cedente respecto de sus obligaciones para con el propietario mientras éste no preste su conformidad y la transferencia haya sido anotada en el Registro de la Propiedad Inmueble (art. 17), simétricamente, el incumplimiento anterior del propietario al deber de afectación del inmueble al régimen de prehorizontalidad obsta la liberación de éste, toda vez que de no ser así se cercena al cesionario la facultad de hacer registrar la transferencia, conforme lo autoriza el

³³ Conf. C.N.Civ., sala F, 24.9.82, causa L. 283.049; *id.*, 24.4.85, causa “Resano, A. y otro c/Lacarra Construcciones Asoc.”.

³⁴ Conf. C.N.Civ., sala C, 23.8.79, causa “Arcuschin c/Gregorio Perelmu-ter SA”.

³⁵ Conf. C.N.Civ., sala E, 9.9.86, causa “Tcholakian, A. y otro c/Construc-tora Samarco y otro”.

³⁶ Conf. C.N.Civ., sala G, 9.4.81, ED, 94-328; sala E, 10.12.82, ED, f. 36.258.

segundo párrafo del mencionado art. 17. La cesión del boleto implica la transmisión del contrato en sus aspectos activo y pasivo, respetando los límites que dimanan del último enunciado del art. 1195, Código Civil. En consecuencia, subsiste la previsión normativa del art. 12, tercer párrafo, ley 19.724, en el sentido de que los contratos no registrados no dan derecho al propietario contra el adquirente, o bien contra los cesionarios de éste (art. 17, in fine).³⁷

Falta de afectación y pretensión de aumento de costos por el vendedor

“Si el accionado se obligó a entregar una unidad a construir por el sistema ‘apart-hotel’ y no dio cumplimiento a lo prescripto en el art. 1 y siguientes de la ley 19.724, que es de orden público, al no afectar el terreno quedó constituido en mora. No se puede pedir una inscripción del boleto (art. 12 ley citada) cuando no hubo afectación de la obra. La mora ‘ex-lege’ y automática de la vendedora impide invocar la mora del comprador o locatario de la obra³⁸. Y dado ese estado de mora es el enajenante el que debe hacerse cargo de sus responsabilidades, tanto en lo que hace a los costos finales, como al dote moratorio o contractualmente previsto (art. 508, 510 y 513, Código Civil). Si el adquirente abonó las cuotas pactadas ajustadas a costos de construcción y según liquidaciones de la vendedora y aún pagó más de lo que correspondía en una actualización por costos, ante la mora imputable a la enajenante debe tenerse por cubierto el precio siendo arbitrario aumentarlo por costos sobrevinientes a causa de la demorada construcción de la vendedora o locadora, vendedora de unidad futura a construir, cuando el comprador no tenía ingerencia activa o dirigente, o programadora en la realización de la obra y en la elección del sujeto que la llevaría a cabo”.³⁹

Afectación tardía, falta de registro del boleto y pretensión del vendedor de resolver el contrato

“Cuando se ha concretado la escritura de afectación al régimen de prehorizontalidad subsanándose la anterior omisión, para incurrir en mora por falta de registración del boleto, dado que es un trámite que no tiene término cierto y que comporta obligación pura y simple, el comprador debe intimar al obligado y a éste le corresponde la posibilidad de invocar imprevisión —art. 1198, Código Civil—. Pero si ello no

³⁷ Conf. C.N.Civ., sala B, 14.6.85, causa “Guglielminetti de Gallego, H. c/Gallego, H. y otro”.

³⁸ Conf. C.N.Civ., sala C, 11-1980-C-419.

³⁹ Conf. C.N.Civ., sala C, LL-1978-D-214; *id.*, LL-1979-B-555; *id.*, 25.3.86, causa “Olmos, D. c/A.N.I. SRL”.

ocurre, es decir, si una vez otorgada aunque con retraso la escritura de prehorizontalidad, el adquirente no hace interpelación para que el obligado registre el boleto, ello no quiere significar que se tenga por letra muerta la segunda parte del art. 12 de la ley 19.724, según la cual 'los contratos no registrados no dan derecho al propietario contra el adquirente, pero sí a éste contra el enajenante, sin perjuicio de no ser oponibles a terceros'. La ausencia de mora de la enajenante por no haber sido interpelada al respecto, no importaba que pudiera ejercer derechos contra el adquirente y éste podría, en cambio, hacer valer los suyos. Habiendo la entidad constructora y vendedora remitido el telegrama de resolución sin haber efectuado el registro de boleto ni la subdivisión según la ley 13.512, optando por el pacto comisorio que el contrato contenía, pretendió hacer valer un derecho derivado del boleto que en esas condiciones le estaba vedado. La vendedora no tenía derecho a resolver (ejercicio del derecho del pacto comisorio expreso), sino que en esas condiciones había un retardo imputable y pudo el adquirente suspender los pagos en virtud de esas circunstancias, sin caer en mora por su parte".⁴⁰

Responsabilidad de los promotores o intermediarios

"Los promotores o intermediarios que tienen como actividad habitual buscar adquirentes para las unidades, al celebrar contratos de promoción para la formación del consorcio y ulterior adjudicación de unidades y cobrar cuotas en caso de vender los inmuebles con facilidades, quedan comprendidos dentro de los sujetos mencionados por el art. 16, de la ley 19.724".⁴¹

5. *Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires*

"La ley 19.724, dictada con el fin primordial de tutelar a los adquirentes de unidades que se comerciarían por el sistema de propiedad horizontal, tiene carácter de orden público y resulta imperativa. Lo esencial es la afectación al régimen de la prehorizontalidad previa al otorgamiento de los contratos, porque de lo contrario, los boletos no podrían tener la constancia de tal afectación, con lo cual se incumpliría con los art. 1 a 4, 13 y concordantes de la ley citada".⁴²

"No puede reconvenir por resolución de contrato el enajenante de un inmueble que por el boleto de compraventa se había obligado a someter el negocio al sistema de la ley 19.724, si no ha dado cumplimiento a la obligación de inscribir los contratos en el Registro de la Propiedad, ya que la citada ley sanciona ese incumplimiento negando

⁴⁰ Conf. C.N.Civ., sala B, 23.6.87, causa "Manguía, A. c/V.A. Tuells y Cia".

⁴¹ C. N. Com., sala C, 6.8.93: Doctrina Judicial - 1994-1-395, f. 8139.

⁴² S.C. Bs. As., 21.12.84, causa "Stosic, S. c/Arquitex Constructora SRL".

al enajenante todo derecho contra el adquirente. La falta de inscripción constituye no sólo una transgresión a la ley sino un incumplimiento de los términos del contrato que justifican la petición de resolución efectuada por el adquirente".⁴³

"Si bien el propietario enajenante que no ha afectado o inscripto el inmueble al régimen de prehorizontalidad de la ley 19.724 no puede reclamar a los adquirentes ni el cumplimiento de sus obligaciones ni la resolución del contrato, la conducta maliciosa o abusiva del comprador puede obstar a la aplicación de este principio. Porque si bien las normas de la ley 19.724 son de orden público, ellas no han derogado, ni mucho menos, las del Código Civil sobre los contratos en general (tales como las del art. 1201), ni las del contrato de compraventa en particular".⁴⁴

⁴³ Conf. S.C.Bs. As., 21.12.84, causa "Stosic, S. c/Arquitex Constructora SRL".

⁴⁴ Conf. S.C.Bs.As., 21.12.84, causa "Stosic, S. c/Arquitex Constructora SRL".

Capítulo 10

Derechos de disfrute sobre la cosa ajena. Introducción Servidumbres y usufructo. Introducción

SUMARIO. Parte Primera: Derechos de disfrute. I. Nociones generales: A) Concepto. Ubicación. Enumeración. B) Política del Codificador en materia de desmembraciones del derecho de propiedad y en particular sobre derechos de disfrute. C) Política del Derecho romano en materia de desmembraciones del derecho de propiedad. D) La Edad Media y las desmembraciones del derecho de propiedad. II. Análisis crítico del art. 2614. III. Análisis en particular de los derechos permitidos y suprimidos: A) Enfiteusis. Concepto: 1. Derecho romano y Derecho español: nociones; 2. Derecho argentino. La enfiteusis rivadaviana. Situación actual; 3. Resurgimiento de la enfiteusis en el Derecho comparado. B) Superficie. Concepto. Derecho romano, español, argentino y comparado. C) Censos o rentas. Concepto y clasificación: 1. Criterio de Biliboni y de la Comisión Reformadora. D) Vinculaciones: 1. Mayoraesgos. Concepto y clases; 2. Capellanías: a) Análisis de la ley 4128, b) Otras leyes desvinculadoras; c) Desvinculación por prescripción. Parte Segunda: Servidumbres y usufructo. I. De las servidumbres en el Derecho romano: A) Concepto de servidumbre en el Derecho clásico y en el Derecho justinianeo: 1. Tipicidad de las servidumbres. B) Concepto de usufructo, uso y habitación. II. Las servidumbres en la Edad Media: nociones. III. Las servidumbres en el Derecho francés: nociones. IV. Las servidumbres en el Esboço de Freitas. V. El Código: A) Fuentes. B) Clasificación de las servidumbres: 1. Activas y no activas; 2. Reales y personales; 3. Servidumbres "non faciendo" e "in patiendo"; 4. El usufructo ¿es una servidumbre?. VI. El Anteproyecto Biliboni, el Proyecto de 1936 y el Anteproyecto de 1954. VII. Códigos contemporáneos: A) Nociones. B) Servidumbres constituidas sobre un fundo propio: concepto y ventajas de su recepción.

Parte Primera: Derechos de disfrute

I. Nociones generales

A) Concepto. Ubicación. Enumeración

Los derechos reales de disfrute son aquellos derechos reales en cuya virtud su titular puede usar y/o gozar¹ de una cosa ajena, perpetuamente o por un tiempo determinado.

Concepto

¹ Precisamente el término "disfrute" es comprensivo de "uso y goce". Al respecto, véase Barassi, L., *Instituciones de Derecho Civil*, t. II, pág. 67.

Ubicación
y enu-
meración

En cuanto a la ubicación dentro del campo de los derechos reales y la enumeración de los derechos de disfrute que admite nuestro Código Civil, las revelará el siguiente cuadro sinóptico:

Derechos Reales	Sobre cosa propia	{	<i>Dominio</i> : art. 2503 inc. 1° y Tít. V, VI y VII del Libro III	
		{	<i>Condominio</i> : art. 2503 inc. 1°: Tít. VIII del Libro III	
	Sobre cosa ajena	De disfrute	{	<i>Usufructo</i> : art. 2503 inc. 2 y Tít. X del Libro III
			{	<i>Uso y habitación</i> : art. 2503 inc. 3 y Tít. XI del Libro III
			<i>Servidumbres activas</i> : art. 2503 inc. 4 y Tít. XII y XIII del Libro III	
			<i>Censos</i> : art 2614	
	De garantía	{	<i>Hipoteca</i> : art. 2503 inc. 5 y Tít. XIV del Libro III	
{		<i>Prenda</i> : art. 2503 inc. 6 y Tít. XV del Libro III		
{		<i>Anticresis</i> : art. 2503 inc. 7 y Tít. XVI del Libro III		
Derecho mixto	{ Superficie forestal	{	art. 2503, inc. 8° Código Civil y ley 25.509.	

Algunos autores reducen esta enumeración, puesto que dentro de las servidumbres involucran a los derechos de usufructo, uso y habitación, bajo el rótulo de “servidumbres personales”. Más adelante daremos nuestra opinión, contraria a esta caracterización.

La ley 25.509: derecho de superficie forestal

Ya dijimos² que el derecho de superficie forestal consagrado por la ley 25.509 —complementaria del Código Civil (conf. su art. 14)— e incorporado como inc. 8° a la enumeración del art. 2503 del Código Civil (conf. art. 13 de la ley), aun cuando la ley lo caracteriza como derecho real sobre cosa propia (conf. su art. 2°), reviste a mi entender naturaleza mixta o dual, según la modalidad que adopte: el derecho a forestar (que va a desembocar en las plantaciones que hará suyas el superficiario) recae sobre cosa ajena (el inmueble sobre el que se ha de

² Capítulo 2, apartado III, A) del Tomo 1.

realizar la plantación), en tanto la propiedad superficiaria (es decir el derecho sobre las plantaciones una vez realizadas o existentes desde el momento de la constitución del derecho) recae sobre cosa propia (las plantaciones).

Es menester hacer notar que la prenda y la anticresis —derechos reales de garantía— implican o pueden implicar, un disfrute de la cosa.

Caso de la prenda y de la anticresis

En efecto, de la definición que de derecho de anticresis nos proporciona el art. 3239 Cód. Civ. surge que hace a su esencia “percibir los frutos”, vale decir que nos encontraríamos frente a un derecho de disfrute; mas como también lo es de garantía —lo cual por otra parte, constituye la razón de ser de su otorgamiento— es estudiado al tratar estos últimos derechos.

En relación a la prenda, excepcionalmente puede establecerse una vinculación entre ella y los derechos de disfrute. Así, por ejemplo, cuando el deudor autoriza al acreedor a servirse de la la cosa (art. 3226 Cód. Civ.). También, cuando la prenda produce frutos o intereses, el acreedor los percibe por cuenta del deudor y debe imputarlos a los intereses de la deuda, si se debieran, o al capital, si no se debieren (art. 3231 Cód. Civ.). En este último caso la prenda se acerca al derecho de anticresis, por lo que, como después veremos, algunos denominan a la figura “prenda anticrética”.

Prenda “anticrética”

En los primeros Capítulos del Volumen III nos dedicaremos al estudio de los derechos de disfrute típicos, dejando para más adelante el desarrollo de los que también lo son de garantía.

B) Política del Codificador en materia de desmembraciones del derecho de propiedad y en particular sobre derechos de disfrute

La política de Vélez en materia de desmembraciones del dominio³ resulta claramente de las notas a los arts. 2502 y 2503 del Código, de cuya lectura surge que ha sido sumamente restrictiva, ya que, inspirándose en el Derecho romano clásico, “no reconoce al lado de la propiedad, sino un pequeño número de derechos reales, especialmente determinados”, prohibiéndose, por lo tanto, “la creación arbitraria de nuevos derechos reales” (nota al art. 2502, 2ª parte).

Nota al art. 2502

La razón de ser de este criterio limitativo, además de la doctrina, fue su propia experiencia de los inconvenientes que

³ Sobre el concepto de “desmembración del dominio”, véase el Volumen I de esta obra, Capítulo 2, ap. II.

en América en general, y en nuestro país en particular, había generado la admisión de innumerables desmembraciones de la propiedad.

Es por eso que en la nota al art. 2502 Cód. Civ. (cuyo estudio recomendamos en su integridad), dice:

“Los escritores españoles⁴ se quejan de los males que habían producido los derechos reales sobre una misma cosa, el del propietario y el del censualista, pues las propiedades iban a su ruina.”

Nota al
art. 2503

En la nota al art. 2503 Vélez se refiere a los derechos de superficie y enfiteusis, su evolución en el Derecho romano y en el medieval y fundamenta su supresión.

La doctrina restrictiva del Codificador se concreta en el Código, dado que el art. 2503 enumera muy pocos derechos reales sobre cosa ajena, excluyéndose así —por aplicación del art. 2502— a muchos derechos que eran comunes entonces en España y América, como, por ejemplo, la enfiteusis, la superficie y diversas vinculaciones.

No debe olvidarse que el art. 2614 Cód. Civ. amplía la enumeración formulada en el art. 2503, en punto a derechos de disfrute sobre cosa ajena, pero dicha ampliación es minúscula ya que sólo se admite por dicha norma, el censo consignativo y el reservativo y siempre que fueran por un plazo no mayor de cinco años. Desarrollaremos “in extenso” estos problemas al estudiar el art. 2614 Cód. Civil.

La analizada política de Vélez resulta sumamente elogiable ya que, como criterio general (y sin entrar a analizar la enumeración que formula el art. 2503) ha sido muy beneficioso para el desarrollo y la seguridad de la propiedad inmueble en el país.

Empero, modernamente —por motivos esencialmente económicos— y luego de atravesar un período de descrédito, se observa en el derecho comparado un reverdecimiento de figuras coparticipativas, que ya no se miran con disfavor, criterio que se ha trasvasado a nuestro país; tal el caso del derecho de superficie, sea relativo a construcciones, sea relativo a plantaciones. La ley 25.509, de diciembre de 2001 —como hemos visto— ha incorporado a nuestro derecho positivo el derecho real de superficie forestal.

⁴ Al referirse a los “escritores españoles”, el Codificador ha tenido sin duda presente a Gaspar Melchor de Jovellanos, quien a mediados del siglo XVIII, entre 1766 y 1767, puso de relieve, en escritos memorables, los grandes males que ocasionaba a España la pésima organización de la propiedad territorial, cuya principal causante era la multiplicidad de desmembraciones de la propiedad.

DISFRUTE SOBRE COSA AJENA. SERVIDUMBRE Y USUFRUCTO 387

C) Política del Derecho romano en materia de desmembraciones del derecho de propiedad

Durante la época clásica⁵ y aún un poco más adelante, el Derecho romano fue muy restringido en materia de desmembraciones del derecho de propiedad, admitiendo, al lado del dominio y el condominio, solamente los derechos de usufructo, uso, habitación y servidumbre, vale decir, los mismos que nuestro Código Civil, el cual tuvo como fuente primigenia de esta orientación, precisamente al "derecho puro de los romanos", como lo dice Vélez, en las notas que arriba analizamos —a los arts. 2502 y 2503.⁶

Epoca
clásica

Pero paulatinamente, junto a los que mencionamos, se fueron admitiendo otras desmembraciones, como la enfiteusis y la superficie. Este criterio permisivo de nuevas desmembraciones que se observa en el Derecho romano va a adquirir grandes proporciones a la caída del Imperio y a constituir una de las características más sobresalientes de la Edad Media.

Epoca
posterior

Vélez se muestra contrario a esta evolución, y ello se revela en la nota al art. 2503, párrafo 5º, cuando dice: "Hemos juzgado que era más conveniente aceptar el derecho puro de los romanos..."

D) La Edad Media⁷ y las desmembraciones del derecho de propiedad

En la Edad Media se desarrollaron y ampliaron los derechos de enfiteusis⁸ y de superficie que, como vimos, se originaron en el Derecho romano. Además, junto a ellos, florecieron un sinnúmero de gravámenes de la propiedad inmueble, muy diferentes entre sí, aunque se los englobaba bajo el nombre genérico de "censos" y "vinculaciones" y que, por cierto, permanecían más o menos ocultos.

Ello, unido a la mala técnica de los juristas medievales, trajo como consecuencia una gran confusión en la propiedad inmueble,

⁵ Se entiende por Derecho romano clásico o época clásica, la que abarca los siglos I a III, iniciando este brillante período el jurista Gayo y poniéndole fin Modestino.

⁶ A más de los mencionados, el Derecho romano conoció los "servicios del esclavo" —*operae servorum*— que, obviamente, no nos interesan.

⁷ Se entiende por Edad Media el período que va desde la invasión de los bárbaros, que termina con el Imperio Romano —siglos IV y V— y la toma de Constantinopla por los turcos —año 1453.

⁸ Que se conoció bajo la denominación de "censo enfiteutico".

ya que era muy difícil saber quién era el verdadero propietario, y si la tierra estaba o no sujeta a los gravámenes citados que faltos de publicidad, en cualquier momento podían surgir a la luz.

España no fue excepción a lo expuesto; ya hemos visto cómo Jovellanos puso de manifiesto los graves inconvenientes que ello traía aparejados. Esta situación se proyectó a Iberoamérica, aunque en el Virreinato del Río de la Plata no con tanta gravedad; allí los *censos* que más se difundieron fueron: el consignativo, el reservativo y el enfiteútico y, entre las *vinculaciones*: los mayorazgos y las capellanías.

La tierra;
época
feudal

La característica especial que distingue el régimen de la propiedad inmueble en la Edad Media se desarrolla con enorme intensidad en el período que —dentro de ella— se conoce con el nombre de “feudalismo” o “época feudal”.⁹

Al hacer su aparición los señores feudales, que comparten la soberanía con los reyes, la tierra se “enfeuda”, o sea que el dominio directo y el útil¹⁰ se bifurcan, permaneciendo el primero en cabeza del señor feudal y dando el útil a manos de los vasallos; surgiendo, además, feudos y subfeudos; los gravámenes proliferan, con la aparición de censos y vinculaciones de gran variedad y complejidad que, debido a la carencia de regímenes de publicidad, generalmente —como hemos dicho— permanecían ocultos.

Esta situación se multiplica hasta el infinito, con sus obvios inconvenientes.

Tierra
alodial

Junto a la “tierra feudal”, aparece excepcionalmente una tierra no enfeudada, cuyo régimen era similar al del dominio del Derecho romano —y por ende, al nuestro— que recibía el nombre de “tierra alodial” o “alodios”, aunque también tenía el inconveniente de que podía sufrir gravámenes.

Debido al aumento del poder de los reyes y a la creciente importancia de las ciudades se va produciendo la declinación de los señores feudales, cuyo últimos vestigios desaparecen definitivamente con la Revolución Francesa¹¹ y, con ellos, la tierra feudal, volviéndose al sistema del Derecho romano.

⁹ A la muerte del emperador Carlomagno, que gobernó con mano fuerte, le sucede su hijo Ludovico, más débil, luego de cuya muerte, sus nietos Lotario, Carlos “el calvo” y Luis “el germánico”, se disputan el Imperio. El Tratado de Verdún —año 843— por el que los tres se reparten el Imperio, pone fin a este caótico estado; y allí podemos situar al nacimiento del feudalismo.

¹⁰ Sobre el concepto de “dominio directo” y “dominio útil”, véase el Volumen I de esta obra —Capítulo 2, apartado II.

¹¹ Recordar al respecto, especialmente la renuncia de sus privilegios, y sobre todo del dominio directo sin indemnización, que formulan los señores feudales el 4 de agosto de 1789.

II. Análisis crítico del art. 2614

Para el desarrollo de este acápite —con sus subpuntos A) y B) nos remitimos, por razones de brevedad, al Volumen I de esta obra, Capítulo 2, ap. I y IV.

III. Análisis en particular de los derechos permitidos y suprimidos

A) Enfitéusis. Concepto

Etimológicamente “enfitéusis” deriva de un término griego que quiere decir “plantar”, “cultivar”, “mejorar la tierra”.

Jurídicamente podemos definirla como el derecho real de cultivar un fundo y gozar de él de la manera más extensa, en forma perpetua o por muy largo tiempo, mediante el pago de una renta, generalmente anual, que debe abonarse al propietario.

Constituye el desmembramiento más fuerte que puede sufrir la propiedad, pues el enfitauta —titular del dominio útil— poco se diferencia del verdadero propietario —titular del dominio directo— a quien resta sólo un señorío de mera figuración.

Esta institución puede servir de paliativo para el caso de que los propietarios dejen improductivas sus tierras, pues permite su explotación por otras personas, sin extinguir el dominio.

Podemos concretar los derechos y deberes del *enfitauta* así:

Enfitauta:
derechos
y deberes

En cuanto a los derechos: posesión del inmueble, uso y goce del mismo en forma amplísima, pudiendo inclusive alterar el destino y la sustancia, con la única limitación de que no puede degradarlo; está facultado para transferir su derecho, debiendo dar aviso al propietario para que ejerza el derecho de *laudemio* o *fadiga*; puede constituir gravámenes sobre la cosa y trasmite su derecho a los herederos. Tiene acciones reales y posesorias.

Relativamente a los deberes: el principal es el pago de la renta o canon, generalmente anual, que puede ser en dinero o en especie (por ejemplo, un porcentaje sobre los productos); debe usar el inmueble como un “buen padre de familia”; debe pagar los impuestos que graven la cosa, se refieran o no a los frutos, y tanto ordinarios como extraordinarios; debe dar aviso al propietario en caso de que decida transferir su derecho de enfitéusis —pudiendo caducar su derecho en caso de incumplimiento— informándole sobre las condiciones de la transferencia a fin de que éste, si así lo desea, pueda adquirirlo ofreciendo los mismos. Este derecho del propietario se denomina “derecho de tanteo”, y

permite volver a unir al dominio directo con el útil. Posteriormente fue también concedido al enfiteuta para el caso de que el propietario quisiera enajenar el dominio directo. En caso de no querer volver a adquirir el dominio útil nudo propietario, el aviso le permite ejercer el derecho de *laudemio*, *luismo* o *fadiga*, que consiste en un porcentaje del valor de la venta que el nuevo enfiteuta debe abonar, de una sola vez al *dominus*, y que implica el reconocimiento, por su parte, del señorío del propietario.

Nudo propietario:
derechos
y deberes

Respecto del *dominus*, su principal deber es la entrega del inmueble, debiendo posteriormente asumir una actitud pasiva frente al enfiteuta. Sus derechos son los que se desprenden de la exposición anterior: derecho al canon, derecho de tanteo y derecho de laudemio.

Constitución de la enfiteusis

La enfiteusis generalmente se constituye por contrato —obviamente, es necesaria la tradición—, aunque también puede surgir de un testamento u originarse por prescripción, pudiendo cumplirse esta última tanto contra el *dominus* como contra otro enfiteuta.

Si el enfiteuta no cumple con sus obligaciones, pierde su derecho, y lo mismo ocurre si no usa del mismo y hay actos positivos por parte del propietario.

1. Derecho romano y Derecho español: nociones

Derecho romano

La enfiteusis aparece aproximadamente en Roma en el siglo v. Su lejano origen podría encontrarse en las concesiones de la tierra pública (*ager publicus*) que hacía a los patricios el Estado romano, prácticamente a perpetuidad y mediante el pago de una renta (*vectigal*). Las causas de su aparición fueron la despoblación del Imperio y las invasiones de los bárbaros que, unidas a la pésima organización social, hicieron totalmente insuficiente la figura del arrendamiento común, por lo que las tierras despobladas y sujetas a ataques, debieron ser entregadas en explotación a perpetuidad o por muy largos plazos, mediante el pago de una renta muy inferior a los arrendamientos que en la época se pagaban.

Una constitución del emperador Zenón reglamenta acabadamente a la enfiteusis como derecho autónomo, dotado de normas propias, con lo que quedó zanjada la discusión acerca de si le eran aplicables las normas del arrendamiento o de la compraventa.

En cuanto a sus caracteres: se trataba de un derecho real¹².

¹² En realidad, como ya hemos dicho, el Derecho romano no conoció la cla-

El canon era requisito esencial y contraprestación a la esencial obligación del propietario de entregar el inmueble. Existía también el “derecho de tanteo” a favor del propietario, para lo cual el enfiteuta debía avisar a éste, si decidía transmitir su derecho sobre las condiciones de la transmisión, so pena de caducidad del derecho; asimismo, existía el “derecho de laudemio”, ya explicado, el cual, para evitar los abusos del *dominus* se limitó luego de un tiempo (en el Código: 4,66,3) a la quincuagésima parte del precio o de la estimación de la finca.

En el Derecho español la enfiteusis estaba legislada en la *Partida 1ª*, Título XIV, Ley 3ª, y recae sobre inmuebles únicamente; se constituye por contrato (la forma más común) por testamento o por usucapión. El canon, que debe ser pagado anualmente, puede ser en dinero o en otra sustancia, con tal de que sea cierto. El derecho de tanteo que corresponde al propietario, fue extendido luego también al enfiteuta para el caso de que el *dominus* quisiera enajenar el dominio directo, pues en ambas situaciones juega la misma *ratio*: unir el dominio directo con el útil. También existe el derecho de laudemio, pero limitado a la cincuentésima parte del precio de venta, norma ésta que luego cayó en desuso, dando lugar a abusos por parte del *dominus*.

Derecho
español

La institución fue reglamentada posteriormente, y en forma semejante, en el Código Civil español (arts. 1623, 1605, 1628, 1636, 1644 y 1629), con la particularidad de que el laudemio no era debido si no existía pacto expreso al respecto, pues este derecho era mal mirado, atento los abusos a que había dado lugar.

La enfiteusis también se legisla en el derecho foral, que el Código Civil español tiene en cuenta y declara vigente.

2. Derecho argentino. La enfiteusis rivadaviana. Situación actual

Desde la época de la conquista española, el régimen de la tierra se basó en América en las “mercedes” de enormes extensiones (“hasta donde la vista alcanza”), que originaron vastísimos latifundios que se mantenían sin cultivar y que, paralelamente, empobrecían el patrimonio público.

Inclusive llegó a legalizarse la ilegítima ocupación de terrenos públicos mediante el pago de “moderadas composiciones” al ávido fisco.

sificación derechos reales y personales; tal clasificación se aplicaba sólo a las acciones; mas posteriormente, esta división de la acción pasó a los derechos: fue derecho real el protegido por acciones reales. La enfiteusis estaba protegida por una acción real, por eso decimos que era un derecho real.

En cierto modo esta política estaba justificada, pues el valor de las tierras, sometidas a las invasiones de los indios, era escaso, y el contrato común de arrendamiento había demostrado su total ineficacia.

Rivadavia

Fue el genio de Bernardino Rivadavia el que, en una legislación tachada —a nuestro juicio sin razón— de prematura, intentó solucionar el gravísimo problema de la tierra, mediante una institución que, aplicada a la tierra pública, la mantenía dentro del patrimonio del Estado y, al mismo tiempo, la hacía producir y poblar: la enfiteusis.

En la “enfiteusis rivadaviana” podemos distinguir 3 etapas:

1) Decreto del 4.9.1812 por el que se manda levantar un plano topográfico de la Pcia. de Buenos Aires; 2) Decreto del 1.7.1812, que dice: “Art. 1º: Ninguno de los terrenos que estén a las órdenes del Ministerio de Hacienda será vendido. Art. 2º: Los terrenos que expresa el artículo anterior serán puestos en enfiteusis”; 3º) La tercera etapa la constituye la ley de enfiteusis propiamente dicha. de fecha 18.5.1826.¹³

La idea era genial, mas la ley tenía ciertos defectos, como el tan criticado del *jury* de vecinos para tasar las tierras a los efectos de la fijación del canon que, naturalmente, y por razones obvias, produjo muy bajas tasaciones. Otro defecto era el de no determinar un máximo de tierra para cada enfiteuta, lo que permitió la acumulación de grandes extensiones en una so-

¹³ Por su importancia, no podemos dejar de transcribir la ley: “Art. 1: Las tierras de propiedad pública, cuya enajenación por la ley del 15 de febrero es prohibida en todo el territorio del Estado, se darán en enfiteusis durante el término, cuando menos de 20 años, que empezarán a contarse desde el 1º de enero de 1827. 2º: En los primeros 10 años el que los reciba en esta forma pagará al tesoro público la renta o canon correspondiente a un 8 % anual sobre el valor que se considere a dichas tierras, si son de pastoreo o a un 4 % si son de pan llevar. 3º: El valor de la tierra será graduado en términos equitativos por un jurí de cinco propietarios de los más inmediatos, en cuanto pueda ser, al que ha de justipreciarse, o de 3 en caso de no haberlos en aquél número. 4º: El gobierno reglará la forma en que ha de ser nombrado el jurí de que habla el artículo anterior y el juez que ha de presidirlo. 5º: Si la evaluación hecha por el jurí fuese reclamada, o por parte del enfiteuta o por la del fisco, resolverá definitivamente un segundo jurí, compuesto del mismo modo que el primero. 6º: La renta o canon que por el art. 2 se establece, empezará a correr desde el día en que el enfiteuta se mande dar posesión del terreno. 7º: El canon correspondiente al primer año se satisfará por mitad en los dos años siguientes. 8º: Los períodos en que ha de entregarse el canon establecido, serán acordados por el gobierno. 9º: Al vencimiento de los 10 años que se fijan en el art. 2, la legislatura nacional reglará el canon que ha de satisfacer el enfiteuta en los años siguientes, sobre el nuevo valor que se graduará entonces a las tierras en la forma que la legislatura acuerde”.

la mano. Y por fin no se determinaba la obligación de cultivar las tierras.

Mas esos defectos no hacen al fondo de la institución, sino a la ley que la reglamentaba y que, naturalmente, era perfectible por medio de una simple reforma.

Justamente a raíz de los defectos expuestos, la institución no dio resultado y se la fue destruyendo poco a poco, minando sus cimientos con leyes de donación de tierras (por ejemplo a los expedicionarios al desierto) hasta que, finalmente, una ley del 15.1.1857 abolió definitivamente la enfiteusis rivadaviana, siendo uno de los que se pronunció con más vehemencia en contra de la ley de Rivadavia, precisamente Vélez Sarsfield.

Es así como Vélez en el art. 2614 de su *Código* prohibió la enfiteusis, pues pensó que el contrato de arrendamiento sería “entre los propietarios y los cultivadores o criadores de ganado un intermediario suficiente” (nota al art. 2503); y reglamentó el contrato de locación, sin separar las locaciones urbanas de las rurales.

Situación actual

Pero el correr del tiempo demostró la absoluta insuficiencia de esta legislación, y así surgieron las distintas leyes de arrendamientos y aparcerías rurales. Mas estas leyes no son ni fueron suficientes para aliviar la difícil situación de las clases campesinas, ya que se necesita un derecho más fuerte que la locación, un derecho que establezca una relación directa entre el cultivador que no puede ser propietario y la tierra que cultiva, y que lo asemeje lo más posible a esa situación que por su posición económica no puede alcanzar.

Creemos que, volviendo la vista al Derecho comparado, nada mejor que resucitar entre nosotros el derecho real de enfiteusis, no ya aplicado solamente a la tierra pública —como era el ideado por Rivadavia— sino como figura del Derecho privado.¹⁴

Bibiloni y el *Proyecto* de 1936 no admiten este derecho.

3. Resurgimiento de la enfiteusis en el Derecho comparado

Si bien a la fecha de la sanción de nuestro Código Civil prevalecía, tanto en la legislación como en la doctrina, una corriente contraria a la enfiteusis —a la que se veía como productora de los males del régimen de la tierra en la época feudal—, corriente a la que no pudo escapar Vélez Sarsfield, pronto comenzó una reacción favorable a ella, que no ha cesado, pues se ha

¹⁴ Véase “Anteproyecto de Ley de Enfiteusis”, en Allende, Guillermo, *Tra-tado de la Enfiteusis*, págs. 109-110, ed. 1964.

comprendido que el desastroso régimen de la tierra durante el feudalismo se debió a causas inherentes a la época, sobre todo de tipo político, siendo la institución de la enfiteusis ajena a tal estado de cosas.

Así, está legislada prolijamente por el Código Civil español, por el Código Civil de Brasil, por el Código Civil y Comercial italiano de 1942 (también lo estaba por el de 1865), por el Código Civil portugués de 1966. En cuanto a Francia, su Código Civil no la menciona, dando lugar a polémicas acerca de su recepción, habiendo sido admitida por la jurisprudencia, mas a tal estado de cosas puso fin la ley del 25 de junio de 1902, incorporada al Código Rural y que admite la enfiteusis reglamentándola detalladamente.

B) Superficie. Concep^{to}. Derecho romano, español, argentino y comparado

“Podemos definirla como el derecho real en virtud del cual le es concedido a su titular la facultad de construir o plantar en suelo ajeno y hacer suyo lo construido o plantado (con independencia de la propiedad del suelo) o bien le hace adquirir la propiedad de una edificación o plantación ya existente en forma separada de la propiedad del suelo”.

Como vemos, el derecho de superficie puede adoptar dos modalidades diferentes.

Una *modalidad* se presenta como el derecho real que permite edificar y plantar en suelo ajeno y adquirir la propiedad de lo edificado o plantado, con independencia de la propiedad del suelo. En este caso, el derecho de superficie presenta dos planos: uno durante la construcción o plantación, etapa en la cual el derecho se configura como derecho real sobre una cosa ajena (el suelo asiento de la construcción o plantación). El otro plano se manifiesta una vez realizada la construcción o plantación, o sea la *propiedad superficiaria*; entonces el derecho se convierte en derecho real sobre cosa propia (lo construido o plantado), respecto de la cual el superficiario tiene el poder de usar, gozar y disponer, bien que temporariamente¹⁵. En tanto la construcción o forestación no se realice, no existirá propiedad superficiaria pero sí derecho real de superficie, pues se trata de un poder autónomo actual sobre un inmueble ajeno que constituye el germen de una futura propiedad superficiaria¹⁶, situación que alguna doctrina

¹⁵ Conf. Alterini, J.H., Derecho real de superficie, *Revista del Notariado*, n° 850, año 1977, pág. 16 y ss.

¹⁶ Conf. Messineo, F., *Manual de derecho civil y comercial*, Buenos Aires, 1954, t. III, pág. 422.

francesa denomina “inmueble por anticipación”¹⁷. Cabe advertir que el superficiario, en esta modalidad, realiza la construcción o plantación con el fin de adquirir lo plantado, para adquirir lo plantado, y no con otra finalidad.

La *segunda modalidad* se presenta cuando el derecho de superficie es concedido sobre una construcción o plantación ya existente en un inmueble. Al constituirse la superficie se desdobra por un lado la propiedad del suelo —que permanece en cabeza del constituyente— y por la otra la propiedad de lo construido o plantado —que pasa a ser propiedad del superficiario—. En este supuesto la superficie nace como derecho real sobre cosa propia, pues recae sobre la construcción o plantación que ya existe y que pasa a ser propiedad del superficiario, en forma separada de la propiedad del suelo, originándose así directamente la propiedad superficiaria, cuyo uso, goce y disposición corresponde al superficiario, bien que temporariamente.

Nació en Roma, como tantas instituciones jurídicas y, como tantas también, por obra del pretor¹⁸.

El derecho de propiedad, en Roma, respondía al principio *superficies solo cedit*¹⁹, según el cual todo cuanto se construía o plantaba en la superficie de un inmueble pertenecía a su propietario por *accessión*, que era un modo de adquirir el dominio del derecho natural.

El Estado y las ciudades, buscando el modo de obtener recursos y utilizar ciertos terrenos que formaban parte de sus dominios, comenzó a arrendarlos a perpetuidad o por largo término a personas a quienes se otorgaba el derecho de realizar construcciones y disfrutarlas, mediante el pago de un precio (so-

Origen y
evolución

¹⁷ Conf. Andorno, L., El derecho de superficie forestal en el ordenamiento jurídico positivo argentino, DJ-2002-2-145 y ss.

¹⁸ Los pretores eran los magistrados que, en Roma, se ocupaban de la administración de justicia. Cada pretor, al comienzo de su magistratura, publicaba su *edictum*, por el cual se dirigía al pueblo en forma general, enunciando las normas que pensaba seguir en el ejercicio de su jurisdicción. En él figuraban las fórmulas de las acciones que concedería a los litigantes, así como otras medidas especiales: decretos, interdictos, etc. Si bien el edicto expiraba el día en que cesaba el pretor del que había emanado y el pretor siguiente no estaba obligado a adoptar el mismo edicto, la necesidad de que la función jurisdiccional fuera en lo posible regular y permanente, pronto hizo que se impusiera el uso de renovar su vigencia, formando un fondo invariable de normas que pasaban de un edicto a otro, aunque podían agregarse nuevas proposiciones e, incluso, ante cualquier caso concreto que se le presentara, el pretor podía amparar al litigante mediante el dictado de una solución concreta nueva. Conf. Jörs, P.; Kunkel, W., *Derecho Privado Romano*, Barcelona, 1965, págs. 12/15; Di Pietro, A., *Derecho Privado Romano*, Buenos Aires, 1996, págs. 20/21.

¹⁹ Gayo, *Institutas*, 2.73.

larium o pensio)²⁰. Los particulares pronto se acogieron también a esta variante.

Pero, desde que con arreglo al derecho civil el locatario no adquiriría el dominio de lo edificado —que, por accesión, pertenecía al propietario—, si éste lo perturbaba en su goce, aquél podía únicamente demandarlo por daños e intereses (*actio conducti*) y, si era perturbado por terceros, debía obtener del propietario la cesión de sus acciones.

El pretor juzgó entonces equitativo concederle una protección más eficaz: en primer lugar, le ofreció en el *edicto* el interdicto *de superficiebus* —para ser mantenido en su goce— y, en caso de arriendo a perpetuidad o por largo plazo, el pretor prometió darle una acción *in rem* útil —para hacer valer su derecho contra todos, aun contra el propietario— y una excepción contra la *rei vindicatio* de este último.

Queda así investido el superficiario, con el correr de los períodos clásico y postclásico, de un derecho real que podía enajenar entre vivos, hipotecar y transmitir a sus herederos; mas, en virtud del principio *superficies solo cedit*, se trataba de un derecho real sobre cosa ajena —si bien de gran amplitud y por un plazo muy prolongado—, pues lo edificado pertenecía al propietario²¹.

En el derecho vulgar²² se admite que el superficiario sea considerado como tal si cuenta con el consentimiento del dueño, sin necesidad de la existencia de una locación²³.

La Edad Media extendió el derecho de superficie no solamente a lo edificado, sino también a plantaciones que se hicieran en suelo ajeno²⁴.

Derecho
comparado

Luego de atravesar un período de descrédito —motivado por los inconvenientes que había acarreado el abuso de las innumerables desmembraciones a las que se sometía al derecho de propiedad, diversificando en exceso el dominio directo y el útil, lo que dificultaba el aprovechamiento de los inmuebles²⁵— en el

²⁰ Cuando la tierra se entregaba para su cultivo, se trataba de un derecho distinto, el de enfiteusis.

²¹ Conf. Allende, G., *Tratado de enfiteusis y demás derechos reales suprimidos o suspendidos por el Código Civil*, Buenos Aires, 1964, págs. 115/117.

²² Ciencia jurídica decadente, que tendía a la simplificación evitando cuestiones oscuras o ambiguas, en el que las obras se denominaban *epitomes* (resúmenes abreviados).

²³ *Epítome* de Gayo, 2.1.4.

²⁴ Conf. Allende, G., *ob. cit.*, p. 117.

²⁵ En la nota al art. 2503 del Código Civil, Vélez Sársfield dice que “el derecho de superficie desmejoraría los bienes raíces y traería mil dificultades y

derecho comparado moderno se observa una clara tendencia al resurgimiento del derecho real de superficie²⁶, que involucra tanto al suelo como al subsuelo.

Así, aparece admitido por las legislaciones de España²⁷, Italia²⁸, Francia²⁹, Portugal³⁰, Alemania³¹, Suiza³², Austria³³, Bélgica³⁴, Holanda³⁵, Japón³⁶, Canadá³⁷, Bolivia³⁸, Perú³⁹, Cuba⁴⁰, etc. Bien que en algunos países aplicado sólo a construcciones y no a plantaciones (así, Alemania, Suiza, Italia, Francia, España, Portugal, Japón, Québec, Holanda), habiéndose argumentado que “dada la separación de las dos propiedades (suelo y plantaciones), se seguiría de ello un obstáculo al progreso agrícola”⁴¹.

La actual resurrección del derecho de superficie (referido tanto a construcciones cuanto a plantaciones), que importa un reconocimiento del trabajo humano —ya que se atribuye la propiedad de la cosa (edificación o plantación) a quien la ha creado con su actividad⁴²— se justifica económicamente por la necesidad de evitar el mantenimiento de capitales inactivos⁴³, incluso respecto de inmuebles cuya titularidad corresponde al

pleitos con los propietarios de los terrenos”. Y recuerda en la nota al art. 2502 a los escritores españoles que estimaban que aquella multiplicación de derechos reales sobre un mismo fundo conducía a las propiedades a su ruina.

²⁶ Conf. al respecto Alterini, J.H., *ob. cit., loc. cit.*; Andorno, L., El derecho de superficie, JA-1985-III-653.

²⁷ Arts. 287/290 del texto refundido de la ley sobre el régimen del suelo y ordenación urbana.

²⁸ Arts. 952/956 del Código Civil de 1942.

²⁹ Implícitamente reconocida por el art. 553 del Código Civil.

³⁰ Código Civil de 1967, arts. 1524/1542.

³¹ Código Civil de 1900, párrafos 1012 y 1017. La Ordenanza de 1919 que lo sustituyó conserva la esencia de las disposiciones anteriores.

³² Se completó a través de una ley de 1965 las previsiones contenidas en la legislación anterior —art. 779 del Código Civil.

³³ Código Civil de 1811 y legislación posterior de 1912.

³⁴ Legislación de 1924.

³⁵ Código Civil de 1992, arts. 101/105 del libro “De los derechos reales”.

³⁶ Código Civil de 1896, arts. 265/269.

³⁷ Arts. 1110 a 1118 del Código de Québec de 1991.

³⁸ Código Civil, arts. 203/208.

³⁹ Código Civil de 1984, arts. 1030/1034.

⁴⁰ Código Civil de 1988, arts. 219/225.

⁴¹ Messineo, F., *ob. cit.*, pág. 431. La posibilidad de constituir el derecho de superficie respecto de plantaciones la reconocía el Código Civil Italiano de 1865.

⁴² Cond. Kemelmajer de Carlucci, A., Puerta de Chacón, A., *Derecho real de superficie*, Buenos Aires 1989, pág. 7.

⁴³ El capital de propietario del inmueble que no desea desprenderse de su propiedad pero que no puede —o no quiere— construir o realizar plantaciones y el capital de quien tiene la voluntad de hacerlo, pero no cuenta con medios bastantes para construir o plantar y, además, adquirir el dominio de la tierra.

Estado, inactividad que contraría el fin comunitario que se aspira a hacer cumplir a la propiedad y también el interés individual del mismo propietario a quien resulte antieconómico explotar el suelo o el subsuelo; “todo ello ha motivado una incentiación de las figuras coparticipativas, que ya no se miran con disfavor: varios sujetos obtienen ventajas económicas de una misma cosa y eso es lo que importa”⁴⁴.

Y al mismo tiempo que se facilita la construcción o forestación, se neutraliza la especulación de edificios, plantaciones y terrenos, reservando el aumento de valor para el propietario, puesto que el dominio permanece en cabeza de éste, constituyente de la superficie⁴⁵.

Finalmente, el derecho de superficie —concebido como *derecho real*⁴⁶— evita que se frustren operaciones de construcción o forestación ante la imposibilidad de instrumentar una explotación que pueda mantenerse aislada del suelo, en tanto las figuras que alumbran sólo derechos personales no brindan suficiente garantía para quien debe invertir ingentes sumas de dinero en activos fijos y maquinarias⁴⁷.

Derecho
argentino

Ya hemos visto —al estudiar el art. 2614 del Código Civil, en su redacción originaria— cómo y por qué motivos Vélez Sársfield radió expresamente de nuestro ordenamiento positivo al derecho de superficie.

Pero el panorama cambió —como lo hizo en el derecho comparado—. Y así, es de destacar que el *Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y de Comercio de 1998*, recogiendo una aspiración generalizada de la doctrina⁴⁸, incorporó al derecho de superficie como uno de los derechos reales autorizados. Lo hizo a través de los arts. 2018 al 2023, definiéndolo como “*el derecho real de construir o forestar sobre inmueble ajeno y hacer propio lo incorporado, o de adquirir una construcción o fo-*

⁴⁴ Kemelmajer de Carlucci, A., Puerta de Chacón, A., *ob. cit.*, pág. 4.

⁴⁵ Conf. De los Mozos, J.L., *Estudio sobre derecho de los bienes*, Madrid, 1991, pág. 486; Alterini, J.H., *ob. cit.*, *loc. cit.*, quien rescata la reconstrucción de la Alemania devastada por la guerra y los monumentos levantados en Francia a través del derecho de superficie.

⁴⁶ Con las ventajas propias de los derechos reales, entre ellas la de ser oponibles *erga omnes*, particularmente importante frente a los sucesivos adquirentes y el concurso del propietario.

⁴⁷ Gurfinkel de Wendy, L., Estado actual del debate acerca de la regulación del derecho real de superficie, *JA-Doctrina*, supl. diario del 14.2.2001, p. 2 y ss.

⁴⁸ Esta aspiración se concretó en las conclusiones de las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil, reunidas en la ciudad de Corrientes, en el año 1985, que prohibió el establecimiento del derecho de superficie, tanto para edificaciones como para plantaciones.

restación ya existente separada de la propiedad de su emplazamiento, por un plazo determinado que no exceda de cincuenta años” (art. 2018).

Asimismo, diversos proyectos prohicieron la creación del derecho de superficie forestal⁴⁹, particularmente conveniente en un país que cuenta con grandes extensiones territoriales aptas para ser destinadas a forestación o silvicultura⁵⁰, circunstancia que lo torna adecuado incluso para los inmuebles de propiedad estatal.

Es así que, a través de la ley 25.509 se entroniza en nuestro derecho la superficie forestal. Haremos el estudio detallado del instituto en el Tomo 3 de esta obra —Capítulo 2 bis—⁵¹.

A mi juicio debe ser aplaudida su actual inclusión —a través de la ley 25.509— en el elenco de derechos reales autónomos permitidos, siendo de esperar que ella fomente las inversiones —grandes o pequeñas— en este campo de la agricultura y de las industrias a él vinculadas (maderera, papelera⁵², etc.), inversiones de las que derivará un requerimiento de mano de obra, cuyos beneficios sobre la economía es ocioso poner de relieve. Ello, sin perjuicio de advertir imperfecciones técnicas y hasta lamentables omisiones en el articulado de la ley, que habrán de ser atemperadas por la doctrina, la jurisprudencia y aun mediante la correspondiente reforma legislativa.

C) Censos o rentas. Concepto y clasificación

Al respecto nos remitimos a nuestro Volúmen I, Capítulo 2, ap. I.

Cabría agregar que el censo reservativo, si bien poco aplicado por los particulares, fue utilizado por la corona española, que trasmitía a los particulares el dominio directo y útil a cambio del pago de un canon, obteniendo así el fisco ingresos, y contribuyendo a poblar enormes extensiones.

⁴⁹ Así, por ejemplo, proyecto del diputado Sodero Nievas; proyecto de los diputados Martínez Garbino y Zacarias; proyecto de los diputados Leiva de Martí, Passo y Abella; proyecto del diputado Barrios Arrechea; etcétera.

⁵⁰ La silvicultura se refiere al cultivo de selvas o bosques.

⁵¹ Ver, asimismo, Mariani de Vidal, M., Derecho real de superficie forestal. Ley 25.509, en *La Ley*, suplemento diario del 13.11.2002 y demás bibliografía citada en el Capítulo 2 bis, del Tomo 3, de esta obra.

⁵² En la Exposición de Motivos del Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y de Comercio de 1998 se destaca la proyección que el derecho de superficie referido a plantaciones podría tener incluso sobre la libertad de prensa gráfica, “cuya suerte está unida a la disponibilidad de papel en cantidad, calidad y condiciones económicas accesibles” (parágrafo 285).

Para resumir los conceptos vertidos en el lugar arriba apuntado, podríamos decir que la diferencia esencial entre los tres censos estriba en lo siguiente:

En el censo *enfiteútico* se trasmite el dominio útil al enfiteuta, conservando el *dominus* el dominio directo; siendo censatario el enfiteuta y censualista el *dominus*.

En el censo *consignativo* el *dominus* conserva el dominio directo y útil y es censatario, pues paga el canon, siendo censualista la otra parte que lo recibe.

En el censo *reservativo* el *dominus* deja de serlo, pues trasmite tanto el dominio directo como el útil a la otra parte; ésta será censataria, pues debe pagar el canon al transmitente, que es, entonces, censualista.

1. Criterio de Bibiloni y de la Comisión Reformadora

Ambos cuerpos legislan sobre el censo consignativo, que tiende a resurgir en el Derecho moderno y cuya importancia ha sido mayor en toda América latina. Se lo permite a plazo cierto o vitalicio.

Bibiloni, en la nota al Título 13, del Libro 3º, dice que no alcanza a comprender la razón de la prohibición de la constitución de censos por más de cinco años que impone el art. 2614, Cód. Civ., cuando se permite la constitución de hipotecas en garantía de rentas vitalicias a título oneroso o por donación. Tampoco se explica la falta de reglamentación de estos derechos permitidos.

Bibiloni define al censo en el art. 2820 de su *Anteproyecto*; el *Proyecto* 1936, en el 1761.

D) Vinculaciones

Concepto

Un bien o varios bienes se encuentran vinculados cuando están sujetos a la propiedad, o mejor dicho, a la posesión⁵³ de una determinada familia o de determinados sucesores, en forma perpetua.

Caracteres

Los caracteres esenciales de la vinculación son: inalienabilidad de los bienes e inalterabilidad en el orden de suceder de

⁵³ Decimos que es más exacto hablar de "posesión" y no de "propiedad", por cuanto la persona a quien corresponde el bien vinculado, aunque reciba el nombre de propietario, dado que carece de la facultad esencial del *dominus*, cual es la de disponer, en verdad no tiene el dominio de tales bienes.

DISFRUTE SOBRE COSA AJENA. SERVIDUMBRE Y USUFRUCTO 401

los mismos, por lo cual los bienes vinculados quedan fuera del comercio y no integran la prenda común de los acreedores.

Bajo la denominación de vinculaciones se comprenden distintas instituciones, siendo las dos principales, los mayorazgos y las capellanías. Clases

1. Mayorazgos. Concepto, clases

Es una vinculación civil⁵⁴ perpetua, por la cual se sucede en los bienes vinculados con arreglo a la ley, a no ser que el fundador del mayorazgo haya dispuesto otro orden de suceder. Concepto

Si nada dice el acto jurídico de creación del mayorazgo, el orden de sucesión es el determinado por la Ley 2, del Título 15, de la Partida 3ª, para la sucesión de la corona de España. En este supuesto, así como en aquel en el cual el orden sucesorio indicado por el fundador coincide con el fijado para la corona española, el mayorazgo toma el nombre de *regular*. Mayorazgo regular

Si el fundador fija un orden sucesorio en los bienes vinculados distinto al mencionado arriba, el mayorazgo toma el nombre de *irregular*. Mayorazgo irregular

En punto a la determinación del orden de suceder en los bienes vinculados, el fundador tiene amplísima libertad; así, puede adjudicarse en primer término a las hijas mujeres, o a favor de los hermanos segundos, o sólo a favor de los varones, o sólo de las mujeres, o a un extraño, etcétera.

La institución del mayorazgo, es de raíz aristocrática, y tendía a mantener las tierras dentro de una misma familia, cuando su posesión era signo de nobleza.

No tuvo mayor difusión en América⁵⁵, y menos en nuestro país, habiendo suprimido, los pocos que se habían constituido, una resolución de la Asamblea del año XIII.

2. Capellanías

Es una especie de beneficio eclesiástico impropio, de fundación particular, que obliga al que posee el bien sujeto a la ca- Concepto

⁵⁴ El calificativo las distingue de las "eclesiásticas".

⁵⁵ En las *Instituciones de Derecho Real de España* su autor, Alvarez, no trata los mayorazgos, explicando esta omisión el prologoista de la edición de 1829 diciendo que se debía a "ser muy rara esta institución en América". La obra citada, como ya lo pusimos de manifiesto, conocida vulgarmente con el nombre de "el Alvarez", tiene gran importancia para nosotros, pues fue anotada por Vélez, lo cual permite profundizar el pensamiento del Codificador.

pellanía, a celebrar o hacer celebrar un cierto número de misas, en cierta capilla, iglesia o altar, según lo dispuesto por el fundador, llevando ello anejo el derecho de percibir los emolumentos o gozar de los bienes que constituyen la fundación.

En la capellanía intervienen tres personas: el *instituyente* o *fundador*, que es quien crea la capellanía; el *patrono*, que es quien goza del bien capellánico (vale decir, sujeto a la capellanía) y debe pagar al capellán; y el *capellán*, o sea el sacerdote que cumple con la carga de celebrar las misas y recibe una pensión del patrono.

Sobre todo en la doctrina española, la capellanía suele ser llamada "censo capellánico", siendo entonces *censtatario* el patrono o poseedor de los bienes, y a que debe pagar la pensión al capellán, que sería *censtatista*.

Al contrario del mayorazgo, la capellanía, de raíz religiosa, prendió profundamente en América. Así, en nuestro país existían por el año 1902 unas seis mil fincas gravadas con capellanías.

a) Análisis de la ley 4128

La existencia de vinculaciones, al sujetar, a veces con carácter perpetuo, valiosos bienes, paralizaba su explotación y su circulación, acarreando graves consecuencias para la economía del país. De allí que ya en España, en el año 1766, se inició un movimiento tendiente a eliminarlas. Al respecto, ya nos hemos referido al informe de Gaspar Melchor de Jovellanos.

En nuestro país, ya en los primeros gobiernos patrios existió la preocupación al respecto. Y es así como la Asamblea del año XIII, en su sesión del 13 de agosto, prohíbe "la fundación de mayorazgos y de cualesquiera vinculación que, no teniendo un objeto religioso o de piedad, trasmita las propiedades a los sucesores, sin facultad de enajenarlas". Vale decir que, como dijimos, prohíbe los mayorazgos, y permite las capellanías.

Lo dispuesto por el art. 2502, Cód. Civ., la no enumeración de los mayorazgos y capellanías en el art. 2503 y la prohibición de las vinculaciones establecidas por el art. 2614, llevan a la conclusión de que el Código Civil no sólo establece la prohibición de constituir las para el futuro, sino que respecto de las ya existentes, conforme con nuestra interpretación (véase el Volumen I de esta obra, Capítulo 2, ap. IV), actúa como ley desvinculadora, o sea que los propietarios de inmuebles vinculados podrían redimirlos indemnizando al titular del derecho en cuestión.

La ley 4128 es también una ley desvinculadora.

Tuvo su origen en un proyecto presentado por Francisco Barroetaveña, teniendo preponderante intervención en el Senado al tratarse la ley, el doctor Carlos Pellegrini.

DISFRUTE SOBRE COSA AJENA. SERVIDUMBRE Y USUFRUCTO 403

Dos tesis se sostuvieron en el Congreso acerca del alcance que debería tener la ley:

Discusión
parlamentaria

1) la de Barroetaveña, para quien la ley debía tener alcance nacional, pues refiriéndose sus disposiciones al régimen de la propiedad inmobiliaria, tal era lo que correspondía de conformidad al art. 67, inc. 11 de la Constitución Nacional; y

2) la de Pellegrini, quien sostuvo en el Senado que la ley debería aplicarse sólo a la Capital Federal y Territorios Nacionales, puesto que con anterioridad diversas provincias habían dictado leyes sobre redención de capellanías (únicas vinculaciones subsistentes, y a las que se refiere la ley que consideramos) que habían tenido aplicación, como en Catamarca, Mendoza, Córdoba, etcétera.

La "tesis Barroetaveña" era técnica y jurídicamente superior, ya que los motivos de Pellegrini fueron más bien de índole práctica y circunstancial, pero no jurídicos. Triunfó, sin embargo, la tesis de éste último y, en consecuencia, la ley 4124 *tiene alcance local* (art. 1).

Alcance
de la ley

La redención de los inmuebles afectados a capellanías y que legisla la mencionada ley, está facilitada, puesto que puede obtenerse depositando en el Banco de la Nación una suma en títulos de la deuda interna de la Nación, de 6% de renta, equivalente al capital de fundación, es decir, al capital que hubiera fijado el fundador de la capellanía, aunque la carga pesare sobre todo el inmueble o parte de él, y si no se hubiera determinado el capital, el depósito deberá ser equivalente al valor del inmueble afectado *en la época de la fundación* (arts. 1 y 2).

Contenido

Bien se ve que el valor del inmueble al tiempo de constituirse la capellanía, será muy inferior al del tiempo de su redención, y es precisamente por esa circunstancia que se facilita la liberación de los inmuebles afectados.

Podrán redimir las capellanías los propietarios de los inmuebles gravados, los censatarios y los patronos que tengan la posesión del mismo, importando la redención la liberación del inmueble del gravamen y el perfeccionamiento del dominio en cabeza de quien lo haya redimido (art. 3).

b) Otras leyes desvinculadoras

Como ya lo dijo Pellegrini al discutirse la ley 4124, las provincias habían dictado, antes de la sanción de esa ley, normas al respecto. Así, Corrientes, en el año 1828; Córdoba, en 1861; La Rioja, en 1866, etc. La Constitución de Salta, por su parte, las prohíbe en su art. 113, para lo futuro.

c) *Desvinculación por prescripción*

El problema, que aún puede darse en la práctica, es el siguiente: se constituye una capellanía, pero posteriormente no se paga la pensión debida para que la voluntad del fundador se cumpla. ¿Puede, en determinado momento, el dueño del inmueble oponer la prescripción, y considerar que tiene el dominio perfecto del mismo?

Al respecto, han existido dos fallos, sosteniendo tesis opuestas cada uno de ellos:

Por la imprescriptibilidad, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, en un fallo del 19.9.1882.

Por la prescriptibilidad, se pronunció la Cámara Civil 2ª de la Capital, en fallo del 5.5.1926, en base a lo dispuesto por los art. 4019, 1ª parte, y 4023, Cód. Civil.⁵⁶

Parte Segunda: Servidumbres y usufructo

I. De las servidumbres en el Derecho romano

A) Concepto de servidumbre en el Derecho clásico y en el Derecho Justiniano

Derecho
clásico

En el Derecho clásico el usufructo, el uso y la habitación no se encuadraban dentro de la categoría de servidumbres, sino que se los trataba como derechos autónomos, que se desarrollaban aparte de las servidumbres, y alrededor del usufructo —el principal de los tres derechos.⁵⁷

Las servidumbres son en el Derecho clásico, esencialmente, las llamadas reales, es decir, aquellas que necesitan, para su existencia, de dos fundos —el dominante y el sirviente— y que se constituyen sobre uno de ellos para beneficio de otros.⁵⁸

Mas al lado de dichas servidumbres, el Derecho romano clásico conoció —aunque existen pocos textos al respecto, lo cual revela que tuvieron poca importancia— otra clase de ser-

⁵⁶ La Curia sostuvo la imprescriptibilidad del capital capellánico, puesto que está fuera del comercio, no hay obligación de entregarlo, ni acción para reclamarlo ni, en consecuencia, día cierto desde el cual pudiera empezar a contarse la prescripción. Mas con fundamento en las disposiciones citadas se hizo lugar a la prescripción, no sólo de las pensiones debidas, sino también del capital capellánico, quedando, por tanto, redimido el bien, puesto que la carga que pesaba sobre él lo era para garantizar tal capital.

⁵⁷ Ya dijimos que a estos tres derechos hay que agregar un cuarto: *operae servorum* ("servicios del esclavo"), cuyo estudio no nos interesa, obviamente.

⁵⁸ Benefician a la cosa (el fundo) por eso se denominan "reales".

vidumbres, que exigían también la existencia de dos fundos, y que recaían sobre el sirviente, pero teniendo en cuenta las necesidades particulares del propietario del dominante.

A dichas servidumbres, algunos romanistas llaman *servitus personae*.⁵⁹

Otra clasificación corriente de las servidumbres en el Derecho romano era la que las distinguía en *rústicas* y *urbanas*, basándose en la calidad del fundo dominante: si éste era una finca rústica, la servidumbre era rústica, si se trataba de un edificio, era urbana.

Este encuadre del Derecho romano clásico fue alterado por la vía de las interpolaciones.

Inter-
polaciones

Se entiende por interpolación la alteración de los textos clásicos principalmente por obra del jurista Triboniano, que aparecen en el *Corpus Iuris*, sobre todo, en el *Digesto* y la *Instituta* de Justiniano.

En la materia que nos interesa, el *Digesto* y la *Instituta*, a través de las interpolaciones, alteran los textos clásicos en el sentido de considerar al usufructo, al uso y a la habitación como servidumbres —servidumbres personales— y en hacerles decir eso expresamente a los juristas clásicos, cuando ellos en verdad jamás hicieron tal afirmación sino, al contrario, distinguieron netamente a las servidumbres —que, por su parte, separaban en reales y personales— de aquellos otros tres derechos mencionados.

Derecho
justiniano

1. Tipicidad de las servidumbres

¿Los particulares pueden crear otras servidumbres aparte de las que expresamente contempla la ley, siempre —claro está— ajustándose a los principios generales reguladores de esta institución?

Si la respuesta es negativa, las servidumbres serán típicas, de lo contrario, serán atípicas.

En el Derecho romano clásico revestían el primer carácter. Pero en el *Corpus Iuris* ya estarían perdiendo esta particularidad y, por ende, las partes podían crear otras servidumbres siempre que se ajustaran a los principios primordiales establecidos en materia de servidumbres (por ej.: ellas no podían consistir puramente en una obligación de hacer).

⁵⁹ Luego veremos cómo esta clasificación romana de las servidumbres se trasunta en nuestro Código Civil.

Como luego examinaremos con detalle, por obra del art 3000 nuestro Código Civil se pronuncia por la atipicidad, ya que aunque dedica un título íntegro —el XIII del Libro IV— a regular las “servidumbres en particular”, por obra de la norma mencionada se permite la creación de otras distintas de las legisladas en el citado Título.

B) Concepto de usufructo, uso y habitación

usufructo El usufructo era el derecho de usar y gozar de las cosas ajenas dejando a salvo su sustancia.⁶⁰

o El uso se diferenció en un principio netamente del usufructo, ya que éste comprendía el *ius abutendi* y el *fruendi*, mientras que aquél sólo el *ius utendi*. Mas luego tal diferencia se hizo más pequeña, dado que se concedió al usuario un derecho a los frutos, aunque restringido a lo que bastara para su sustento y el de los suyos.

habitación Consistía en el derecho de habitar un inmueble, de lo cual se deduce su gran semejanza con el uso (semejanza que también existe en nuestro Derecho: art. 2948, último párrafo, Cód. Civil).

II. Las servidumbres en la Edad media: nociones

Siguiendo la tendencia del *Corpus Iuris* el usufructo, el uso y la habitación se estudian bajo la denominación genérica de “servidumbres”.

A su vez las servidumbres que requieren la existencia de dos fundos pierden definitivamente toda tipicidad, e inclusive, pueden tener como único contenido una obligación de hacer por parte del propietario del fundo sirviente.

III. Las servidumbres en el Derecho francés: nociones

El Código Civil francés implica una vuelta al Derecho romano clásico.

El usufructo, el uso y la habitación recobran su autonomía. Las servidumbres, como en la Edad Media, son atípicas, pero se suprime de sus posibles contenidos la obligación de hacer para el propietario del fundo sirviente.

⁶⁰ Es prácticamente la definición del art. 2807 de nuestro Código Civil.

IV. Las servidumbres en el Esboço de Freitas

Su método —que es el seguido por Vélez— es el siguiente: legisla en forma autónoma los derechos de usufructo, uso y habitación, y se ocupa con posterioridad de las servidumbres. Relativamente a ellas dice el art. 4731:

“Servidumbre (servidumbre activa) es el derecho real, perpetuo o temporario, de una o más personas sobre un inmueble ajeno, con un determinado derecho sobre su utilidad.”

y el art. 4732:

“Servidumbres personales son las que competen a una o más personas determinadas, sin inherencia a inmueble alguno que posean y aún cuando no posean inmueble alguno.”

y el 4733:

“Servidumbres reales son las que indeterminadamente competen al poseedor de un inmueble determinado, cualquiera que sea ese poseedor.”

En relación con las servidumbres personales podrían distinguirse dos tipos: *a*) aquellas que, recayendo sobre un inmueble (sirviente), benefician a una persona como propietaria de otro inmueble (dominante); y *b*) aquellas que, recayendo sobre un inmueble (sirviente), benefician a una persona que “no posee inmueble alguno” (no existiría, por ende, fundo dominante).

Estas últimas son, precisamente, el usufructo, el uso y la habitación, y de ellas no se ocupa el *Esboço* en el capítulo destinado a las servidumbres, pues ya habían sido legisladas con anterioridad en forma autónoma.⁶¹

V. El Código

A) Fuentes

Gran diversidad, lo que explica las confusiones en que incurre Vélez. Fuente primigenia es el *Esboço* de Freitas, tam-

⁶¹ Algunos autores, v.g. Allende, *Tratado de la servidumbres*, ed. 1963, cap. 2º, y tal como luego veremos, llaman a estas servidumbres con fundo dominante, servidumbres personales activas, y a las que carecen de fundo dominante (usufructo, uso y habitación), “servidumbres personales no activas”. Véase también art. 821 del Cód. Civ. chileno.

bién la obra de Molitor⁶²; asimismo, se sigue a Aubry y Rau y al Derecho romano, el cual oficia como fuente, ya directamente, a través del *Digesto* y la *Instituta* de Justiniano, ya indirectamente, puesto que los autores arriba citados se inspiraron también en el Derecho romano.

Asimismo, aunque con menor relevancia, se sigue a Zachariae, a Demolombe, al Código de Luisiana, al Código de Chile y al Código francés.

B) Clasificación de las servidumbres

1. Activas y no activas

La denominación de “servidumbres activas” aparece en varias normas del Código —*v.g.*, arts. 2503, inc. 4°, 2795, 2797, 2796, 2798— aunque éste en ninguna parte indica cuando una servidumbre es “activa”.

El Código de Chile trae un concepto de tales servidumbres en su art. 821, el cual puede ser aplicable a nuestro Derecho:

“Se llama predio sirviente el que sufre el gravamen y predio dominante el que reporta la utilidad. Con respecto al predio dominante la servidumbre se llama activa, y con respecto al predio sirviente, pasiva.”

Activas

De donde se deduce que para que haya una servidumbre activa tienen que existir dos fundos: obviamente el *sirviente* —desde cuyo punto de vista la servidumbre será *pasiva*— y también el *dominante*, desde cuyo ángulo la servidumbre será *activa*, y que es el que da lugar a la clasificación.

Vale decir que la misma servidumbre es a un tiempo activa —mirada desde el punto de vista del fondo dominante— y pasiva —con respecto al fondo sirviente—. En otras palabras: toda servidumbre activa implica una pasiva.

Pero no toda servidumbre pasiva implica una activa.

No activas

En efecto, existe una categoría de servidumbres en las que, si bien existe un fondo sirviente —lo cual es indispensable— no hay fondo dominante, vale decir que las ventajas que se obtienen del fondo sirviente lo son por una persona que no es poseedora de fondo ninguno. A estas servidumbres —que corrientemente se denominan “servidumbres personales”— suele llamárselas tam-

⁶² Que tantas veces citáramos a lo largo de esta obra.

bién “servidumbres *no activas*”⁶³, justamente para indicar la inexistencia de fondo dominante (que es el que hace que la servidumbre sea “activa”).

Dentro de esta categoría podría incluirse al usufructo, al uso y a la habitación.

Para distinguir las activas y las no activas, desde el punto de vista del fondo sirviente, podría llamarse a las primeras *pasivas propiamente dichas*, y a las segundas *pasivas en sentido amplio*.

2. Reales y personales

El Código las define en los arts. 2971 y 2972.

Según el art. 2971, “servidumbre real es el derecho establecido al poseedor de una heredad sobre otra heredad ajena para utilidad de la primera”.

Reales

De la propia norma surge que es necesaria la existencia de dos inmuebles: el *dominante* (cuyo concepto da el art. 2973), que es el que obtiene la ventaja⁶⁴, y el *sirviente* (definido por el art. 2974), que soporta la carga.

Nos enfrentaríamos aquí a una servidumbre activa-pasiva propiamente dicha, según la clasificación del acápite anterior.

Según el art. 2972, “servidumbre personal es la que se constituye en utilidad de alguna persona determinada, sin dependencia de la posesión de un inmueble, y que acaba con ella”.

Personales

Al decir el artículo que la ventaja se obtiene directamente por una persona “sin dependencia de la posesión de inmueble alguno”, nos indica que en las servidumbres personales puede o no haber fondo dominante, puesto que su existencia no es indispensable —como lo es en las reales— para la configuración de la servidumbre que tratamos.

Si existe fondo dominante la servidumbre será activa-pasiva propiamente dicha, y la diferencia con las reales radicará en que en la primera la carga beneficia a una persona determinada, poseedora del fondo dominante, acabando con ella, mientras que en las últimas, la carga se establece en beneficio directo del fondo dominante.⁶⁵

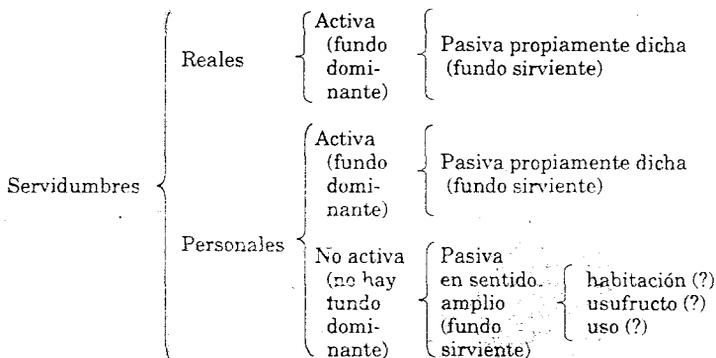
⁶³ Así, por ej., Allende, *op. cit.*, *loc. cit.*, en nota 28.

⁶⁴ La servidumbre debe procurar, como requisito *sine qua non* alguna ventaja a su titular: art. 3000 Cód. Civil.

⁶⁵ Ejemplos: Si hay un fondo que no tiene salida a la vía pública (“encerrado” o “enclavado”) la servidumbre de paso que se constituya a su favor sobre un inmueble que le permita llegar a dicha vía pública, será *real*, pues la ventaja la obtiene directamente el fondo, cualquiera sea su propietario. Si el fondo no está

Si no existe fundo dominante, la servidumbre será no activa-pasiva en sentido amplio y aquí podríamos ubicar al usufructo, al uso y a la habitación.

Sintetizando:



3. Servidumbres “non faciendo” e “in patiendo”

Un concepto de ambas lo da la nota al art. 2971, Cód. Civ.:

“Non faciendo”
e “in patiendo”

“La palabra servidumbre... indica una restricción de la libertad. Aplicada a las cosas corporales, significa que la propiedad de estas cosas está sujeta a ciertas restricciones que tienen por efecto disminuir la libertad ilimitada, que es de la naturaleza de la propiedad. Toda desmembración del derecho de propiedad constituye, pues, una servidumbre. Para que haya servidumbre es preciso, por lo tanto, que el ejercicio del derecho de propiedad haya sido restringido por la desmembración de ciertos elementos contenidos en la idea originaria de este derecho. Tal desmembración puede ejercerse de dos maneras: 1) El ejercicio de nuestra propiedad puede ser restringido porque no tengamos el derecho de hacer todo lo que podríamos hacer si no existiese otro derecho constituido en la cosa. La restricción consiste en no hacer alguna cosa, *non faciendo*. 2) El ejercicio de nuestro derecho de propiedad puede ser limitado obligándonos a sufrir que otro haga alguna cosa que tendríamos derecho a impedirle si no existiese otro derecho en la cosa. La restricción consiste en sufrir alguna cosa, *patiendo*.”

encerrado, pero a su propietario, v.g. en razón de su industria, le conviene tener salida a una calle determinada, puede constituir convencionalmente una servidumbre a su favor sobre un inmueble que le proporcione dicha otra salida. La ventaja, aquí, se proporciona directamente al propietario, a la persona que necesita esa salida por su particular situación —aunque también, en forma indirecta, beneficia al fundo—. En este supuesto, la servidumbre es *personal*.

Ahora bien, fuera de un "no hacer" o un "dejar hacer" —*non faciendo e in patiendo*, respectivamente— ¿puede una servidumbre consistir en un hacer *in faciendo* por parte del titular del fundo sirviente?

Pueden existir servidumbres "in faciendo"?

Para aclarar el problema debemos previamente decir que una servidumbre puede relacionarse con una obligación de hacer de dos maneras diferentes:

1) La servidumbre consiste *exclusivamente* en una obligación de hacer, de modo que, quitada ésta, nada queda. Ej.: por contrato se establece una servidumbre por la que el propietario del fundo vecino al mío debe pintar todos los años su casa para proporcionarme una vista agradable.

2) La servidumbre consiste en un no hacer o en un soportar, pero tiene como *accesorio* una obligación de hacer, o sea que, quitada esta última, la servidumbre propiamente dicha subsiste. Ej.: Pablo, titular del fundo dominante, tiene una servidumbre de paso por el fundo de Juan y por el contrato que la constituyó se ha establecido que Juan, en su carácter de titular del fundo sirviente, se obliga a mantener ese paso en condiciones tales que Pablo puede transitar por allí fácilmente y, en consecuencia, debe cortar los árboles y pastos que allí crezcan.

Debe tenerse en cuenta, además, que por tratarse de la servidumbre de un derecho real, no sólo sería obligatoria entre las partes contratantes, sino también respecto a los sucesores, tanto universales como particulares.

¿Son factibles los dos supuestos enumerados?

En Derecho romano, contemplan el problema principalmente dos leyes del *Digesto*⁶⁶, que contienen las opiniones de los juristas Pomponio y Ulpiano, el que a su vez, cita a Galo y a Servio.

Roma

Pomponio se ocupa sólo del caso que nosotros tratamos bajo el número 1 y contesta: *no*. En realidad, su solución es lógica, pues, siendo la servidumbre una desmembración del dominio, ¿qué clase de desmembración sería ésta por la cual una persona se *obliga* a hacer algo? No hay allí cosa sobre la que recaiga el derecho real, y se daría una total tergiversación de los principios referentes a los derechos reales.

Ulpiano adopta una posición dubitativa, lo que se deduce de las citas que hace de dos juristas, que sostienen tesis divergentes: Galo y Servio.

En efecto, Galo contestaría negativamente a los dos supuestos que nosotros planteáramos: la obligación de hacer quedaría totalmente desterrada del reino de las servidumbres. Servio con-

⁶⁶ D, 8, 1, 15, 1 y D, 8, 5, 6, 2.

testaría negativamente al primer supuesto y afirmativamente al segundo.

En consecuencia, ambos conformes con Pomponio: nunca una obligación de hacer puede ser objeto *exclusivo* de una servidumbre. En lo que discrepan es en la solución de la segunda situación: Galo por no, Servio por sí.

Francia El Derecho francés también y, como es lógico, contesta negativamente al primer supuesto, siendo respecto del segundo afirmativa su solución, lo cual surge de los arts. 686, 697, 698 y 699 del Código Civil. O sea, igual solución que la dada por Servio.

Freitas El *Esboço* contesta negativamente a ambos supuestos, vale decir, la misma concepción de Galo, lo que resulta del art. 4801, que dice:

“Si el poseedor del predio sirviente se obligó a hacer obras o gastos para el ejercicio o conservación de las servidumbres, tal obligación sólo afectará a él y sus herederos y no a cualquier otro poseedor del predio sirviente.”

Nuestro Código Nuestro Código Civil, en esta materia específica, tiene como fuentes al *Esboço*, a Aubry y Rau en su tercera edición (lo que reviste importancia, porque en ella estos juristas modificaron su criterio anterior), al Código francés, al *Digesto*, a las *Instituciones* de Alvarez y al Código de Chile. Esta diversidad explica sus vacilaciones.

Para su interpretación debemos tener en cuenta los arts. 3023, 3042, 3022, 3266, 3010 y 497 y sus notas, así como las notas de los arts. 2971 y 2972. Los principales son los arts. 3023, 3042 y 3010.

Solución Estos tres artículos citados, en apariencia contradictorios, interpretados armónicamente dan la siguiente solución: nunca una obligación de hacer puede constituir el objeto *exclusivo* de una servidumbre (art. 3010). Teniendo en cuenta la disposición terminante del art. 3042 y que el art. 3023 (que se refiere al supuesto que anteriormente analizáramos bajo el n° 2) no dice que la obligación de hacer que puede llevar como accesoria una servidumbre pasa a los sucesores particulares, tampoco este supuesto (el analizado bajo el n° 2) puede existir en nuestro Derecho, y si tal obligación accesoria se estipula, no pasará a los sucesores particulares.

Parecería contrariar esta interpretación el art. 3266. Mas esta disposición queda como mera declaración doctrinaria, todavía más frente a la terminante afirmación del art. 497.

DISFRUTE SOBRE COSA AJENA. SERVIDUMBRE Y USUFRUCTO 413

Es decir que, luego de algunas vacilaciones (algo por Servio: art. 3023; algo por Galo: art. 3042) nuestro Código decide por la concepción de Galo que, ya dijimos, es la del *Esboço* de Freitas.

Los Códigos contemporáneos se inclinan decididamente por la posición de Servio, al igual que el *Anteproyecto* Babiloni y el *Proyecto* de 1936.

4. El usufructo ¿es una servidumbre?⁶⁷

La posición de que se trata de una “servidumbre personal” puede, y se ha sostenido doctrinariamente, por lo menos desde Justiniano, como dijimos anteriormente.

Vacilaciones del Derecho romano

Así, por ejemplo, el *Digesto*, citando a Marciano⁶⁸, dice que “las servidumbres o son personales, como el uso y el usufructo, o son reales, como las servidumbres de los predios rústicos y urbanos”. Mas esta obra, luego de tal definición, en ese libro sólo se refiere a las servidumbres que necesitan dos fundos, es decir, a las prediales, y aún más, en el libro anterior, a su vez, ya se había tratado el usufructo, el uso y la habitación. Es decir, que se habría legislado primero una especie de las servidumbres y luego pareciera que se ocupa del género, pero sólo se refiere a otra especie: las servidumbres reales, con alguna que otra disposición dedicada a las servidumbres personales activas.

La *Instituta*, por su parte, legisla en el Libro II sobre servidumbres prediales y luego sobre usufructo, uso y habitación; pero al hacerlo los trata como si nada tuvieran que ver con las servidumbres.

Esta extraña manera de legislar en ambas obras (que tiene importancia, pues en las mismas vacilaciones incurrió Vélez) se debió a lo siguiente: para los juristas clásicos el usufructo, el uso y la habitación no eran servidumbres, sino derechos independientes, sin perjuicio de lo cual se aceptaban, dentro de las servidumbres, la especie de las servidumbres personales, que para ellos NO eran el usufructo, el uso y la habitación, sino que eran derechos reales consistentes en la atribución de determinadas facultades de goce sobre un fundo ajeno, a favor de una cierta persona que tiene necesariamente que ser propietaria de un fundo, siendo la máxima duración de la servidumbre, la vida del titular del fundo dominante.

⁶⁷ Cuanto se diga aquí respecto del usufructo, es aplicable al uso y a la habitación, pues como veremos luego, la existencia de estos dos derechos separadamente del usufructo, no tiene razón de ser.

⁶⁸ D, Libro III, Ley 1, del Tit. 1.

En resumen, las *servitus personae* de los clásicos, serían las que hemos llamado “servidumbres personales activas-pasivas propiamente dichas”, es decir, con fundo dominante y sirviente.

Pero los autores del *Corpus Iuris* —especialmente Triboniano— hicieron todo lo posible, no vacilando para ello en incurrir en interpolaciones —como ya vimos— para que se considerara al usufructo, al uso y a la habitación, como servidumbres.

Vélez

Vélez sigue el mismo método del *Digesto*, legisla el usufructo, el uso y la habitación primero, luego sobre servidumbres en general y, aunque pretende considerar a los tres derechos nombrados como servidumbres —en el art. 2972—, en realidad, legisla sobre lo que sería la otra especie: servidumbres reales, con algunas disposiciones relativas a lo que llamamos servidumbres personales activas-pasivas propiamente dichas.

Sus vacilaciones al respecto surgen claramente de los siguientes párrafos de sus notas:

“...hablando con exactitud tales servidumbres no son verdaderamente servidumbres...” (nota al art. 2972, donde define a las servidumbres personales).

“El nombre de servidumbres, a nuestro juicio, debía sólo darse a las servidumbres prediales, a las cargas existentes entre dos inmuebles, a las servidumbres reales” (nota al art. 2971).

Ahora sí, con estos conocimientos previos, podemos contestar el interrogante del acápite, y lo hacemos negativamente, por las siguientes razones:

Nuestra
opinión

1) No está enumerado como servidumbre del usufructo, tampoco el uso y la habitación, en el art. 2503.

2) En la definición del art. 2970, que encabeza el Título XII, se dice que las servidumbres son derechos reales “sobre un inmueble ajeno”. Pero sabiendo que el usufructo y el uso pueden recaer sobre muebles, esta definición no puede referirse a estos derechos.

Y si el usufructo, el uso y la habitación no son servidumbres —personales—, ¿cuáles son estas servidumbres personales? ¿Existirían en el Código?

Bibiloni diría *no*, pues para él las únicas servidumbres personales serían el usufructo, el uso y la habitación, y, en consecuencia, la elimina del *Anteproyecto*⁶⁹, lo que también hace el *Proyecto* de 1936, considerando que las únicas servidumbres verdaderas son las prediales o reales.

⁶⁹ Véase nota al art. 2698.

Nosotros consideramos que el usufructo, etc., son derechos reales independientes y que, sin embargo, existe una categoría de servidumbres personales en el Código, que serían aquellas que necesitan de dos fundos (como cualquier servidumbre), pero en las que se tiene en cuenta mas bien que la utilidad del fundo dominante, la del propietario de dicho fundo: se trataría, pues, de servidumbres personales activas. Y esta manera de legislar, reconoce su fuente en el *Esboço* de Freitas, que oportunamente estudiáramos.

Es decir que, cuando el art. 2503, inc. 4º, se refiere a las "servidumbres activas", luego de haber nombrado en los dos incisos anteriores al usufructo, al uso y a la habitación, se está refiriendo a las dos categorías de servidumbres que quedan comprendidas dentro de esta clasificación: las servidumbres reales activas-pasivas propiamente dichas y las servidumbres personales activas-pasivas propiamente dichas.

Y esta última categoría se legisla detenidamente en los arts. 2972, 3003, 3004, 3011, 3031, 3083, 3093, 3104, 2796, disposiciones todas que, con lo dicho anteriormente, será fácil interpretar.

En resumen: el usufructo, etc., no son servidumbres, sino derechos reales independientes, y las servidumbres, que son derechos que necesitan para su existencia de dos inmuebles, a su vez, pueden ser reales o personales activas-pasivas propiamente dichas.

Agreguemos que, mientras que las servidumbres reales son en principio perpetuas (art. 3004) e inherentes al fundo, por lo cual se transmiten con él, activa y pasivamente (art. 3006) las personales, como tienen en cuenta las necesidades del titular del fundo dominante, y no del fundo mismo, su duración está limitada a la vida de éste y no se transmiten al adquirente del que fuera fundo dominante.

Si llegara a admitirse que el usufructo es una servidumbre —lo que nosotros no hacemos— habría que ubicarla dentro de las servidumbres personales, pues se tiene en cuenta las necesidades del titular del derecho y no del fundo dominante que, por hipótesis, aquí no existe. Y sería además, no activa-pasiva en sentido amplio, debido, precisamente, a la inexistencia del fundo dominante.

VI. El Anteproyecto Bibiloni, el Proyecto de 1936 y el Anteproyecto de 1954

Bibiloni legisla sobre el usufructo, el uso y la habitación, luego sobre las servidumbres prediales y luego sobre las servi-

dumbres en particular. No admite las servidumbres personales activas y no vacila en considerar al usufructo, al uso y a la habitación como derechos reales autónomos, distintos de las servidumbres.

Sigue sus aguas el *Proyecto* de 1936. El *Anteproyecto* de 1954 legisla sobre el usufructo, el uso y la habitación y luego sobre las servidumbres, considerando que las únicas servidumbres verdaderas son las reales (véase nota al art. 1674).

VII. Códigos contemporáneos

A) Nociones

Alemán En el Código alemán el término "servidumbre" es genérico, comprensivo de las servidumbres reales y del usufructo. Además, habla de servidumbres personales restringidas, que son el uso y la habitación.

Italiano El Código italiano de 1942 trata el usufructo, el uso y la habitación como derechos autónomos y luego se refiere a las servidumbres.

El Código Civil portugués de 1966 trata del usufructo (art. 1439/83), uso y habitación (arts. 1484/90) y, separadamente, de las servidumbres prediales (art. 1543 y siguientes).

B) Servidumbres constituídas sobre un fundo propio: concepto y ventajas de su recepción

Hemos visto que uno de los caracteres de las servidumbres es que se ejercen sobre un fundo ajeno: *nemini res sua servit*.

Este principio del Derecho romano no lo fue, sin embargo, del Derecho germánico⁷⁰, el cual autorizaba la constitución de servidumbres sobre el fundo propio.

El Código alemán actual no le dio expresa recepción, a pesar de lo cual, la doctrina del país, en buena parte, como así también alguna jurisprudencia, ha considerado que el Código no prohíbe su constitución.

Ejemplo: Ambos fundos, dominante y sirviente, pertenecen al mismo propietario. Así, la misma persona es titular del fun-

⁷⁰ Véase Allende, G., *Hipoteca del propietario e institutos análogos*, en LL, 100-804.

DISFRUTE SOBRE COSA AJENA. SERVIDUMBRE Y USUFRUCTO 417

do *A* y del fundo *B*; luego constituye una servidumbre, *v.g.* de paso, a favor del fundo *A* sobre el fundo *B*.

Podría aducirse que tal servidumbre está de más, pues el titular de *A* no necesita de una servidumbre sobre el fundo *B*, ya que siendo también propietario de dicho fundo, puede pasar por él.

Sin embargo, la utilidad de la servidumbre puede hacerse notar. Supongamos que el propietario quiera hipotecar el fundo *A* y que éste cuenta con una salida inapropiada a un camino público y que, en cambio, el fundo *B* la tiene. Entonces, el posible acreedor hipotecario vacilará en dar un dinero sobre el fundo *A* cuyo valor, por no tener adecuada salida a la vía pública, puede disminuir mucho llegado el momento de ejecutar la garantía.

En cambio, si el fundo *A* tiene una servidumbre de paso sobre *B*, tal vacilación no tiene razón de ser.

Este y otros casos que pueden presentarse en la realidad del Derecho, hacen pensar en la conveniencia de la admisión de estas servidumbres, en que una misma persona es propietaria de ambos fundos: dominante y sirviente.

Índice

Capítulo 1: Restricciones y límites del dominio.

Extinción del dominio 7

Parte Primera: Restricciones y límites del dominio 7

- I. Concepto y caracteres de las restricciones y límites del dominio. Especial análisis del art. 2611 y nota. Clasificación 7
- II. Diferencias con las servidumbres 9
- III. Restricciones fundadas en consideraciones de interés público 11
 - A) Restricciones establecidas por el Derecho Administrativo: breve análisis 11
 - B) Restricciones a la libre disposición jurídica de la propiedad 13
 1. Cláusulas de inalienabilidad: actos a título oneroso o gratuito 13
 2. Restricción resultante del *num. rus clausus* 20
 3. Obligación de dejar una calle o camino público en la margen de los ríos o canales navegables 20
 - C) Restricciones provenientes del Código Aeronáutico 21
- IV. Restricciones establecidas en el interés recíproco de los vecinos 21
 - A) Obras, trabajos, instalaciones, ruidos, etc., perjudiciales para los vecinos 21
 1. "Ruidos molestos" 22
 2. Ruidos de las aeronaves 29
 - B) Obligación de tolerar la utilización y el empleo de las paredes medianeras o divisorias 29
 - C) Prohibición de plantar árboles o arbustos sin observar determinadas distancias 30
 1. Jurisprudencia 31
 - D) Obligación de recoger en el propio fundo el goteraje de los techos y las aguas servidas 32
 1. Goteraje 32
 2. Aguas servidas 33
 - E) Obligación de recibir las aguas que derivan naturalmente de los fundos superiores a los inferiores 33
 - F) Luces y vistas. Diferencias entre las mismas y normas aplicables 34
 1. Luces 35
 2. Vistas 37

Parte Segunda: Extinción del dominio 38

- I. Causales de extinción 38
 - 1. De carácter absoluto: enumeración 38
 - 2. De carácter relativo 39
 - 3. Abandono 39

Capítulo 2: Expropiación - Las denominadas nuevas formas de propiedad 41

Parte Primera: Expropiación 41

- I. Concepto. Fundamentos 41
- II. Naturaleza jurídica 42
- III. Régimen jurídico 43

Parte Segunda: Las denominadas nuevas formas de propiedad 44

- I. Introducción 44
- II. Multipropiedad o tiempo compartido 45
 - A) Caracterización, objeto, denominación 45
 - B) Régimen jurídico 46
 - 1. El tiempo compartido como derecho creditorio 47
 - 2. El tiempo compartido como derecho real 48
- III. Clubes de campo ("countries") 50
 - A) Caracterización 50
 - B) Régimen jurídico 51
 - 1. Como derecho personal 52
 - 2. Como derecho real 52
 - a) Dominio 53
 - b) Dominio revocable 54
 - c) Dominio y condominio 54
 - d) Propiedad horizontal 56
 - e) Usufructo, uso y habitación 58
 - f) Servidumbre 59
 - g) Derecho real autónomo 59
- Barrios cerrados. Nociones 59
- IV. Cementerios privados 60
 - A) Caracterización. Cementerios públicos. Cementerios de comunidades extranjeras. Cementerios privados 60
 - B) Naturaleza jurídica 63
 - 1. Como derecho personal 64
 - a) Locación 64
 - b) Comodato 64
 - c) Sociedad 64
 - d) Contrato atípico 64
 - 2. Como derecho real 65

- a) Dominio 65
- b) Condominio 65
- c) Propiedad horizontal. Embargo y ejecución de sepulcros. Partición del condominio sobre sepulcros. Prescripción adquisitiva de sepulcros 66
- d) Derecho real de uso 70
- e) Derecho real autónomo 71

Capítulo 3: Dominio Imperfecto. Bien de familia 73

Parte Primera: Dominio Imperfecto 73

- I. Concepto y supuestos contemplados 73
 - A) Análisis del art. 2507 y nota al art. 2661 Cód. Civ 73
- II. Dominio desmembrado 75
 - A) Política legislativa: nociones 75
 - B) Casos de dominio desmembrado 75
- III. Dominio fiduciario 76
 - A) Implicancia de la Reforma al derogar los arts. 115 y 116 de la Ley de Matrimonio Civil 77
 - B) La ley 24.441 80
 - 1. Nociones previas 80
 - 2. Propiedad fiduciaria: Concepto. Constitución de la propiedad fiduciaria: sus causas fuente. Caracteres 85
 - 3. Objeto 90
 - 4. Sujetos 90
 - 5. Derechos y deberes de los sujetos del fideicomiso 92
 - a) El fiduciante 92
 - b) El propietario fiduciario 92
 - c) El beneficiario 95
 - d) El fideicomisario 96
 - 6. Extinción del fideicomiso 96
 - 7. Conclusión 97
- IV. Dominio revocable 97
 - A) Concepto y distintos casos 97
 - B) Forma en que se opera la revocación 97
 - 1. Principio general 97
 - 2. Inmuebles 98
 - 3. Muebles 98
 - 4. Régimen de los frutos 99

Parte Segunda: Bien de familia 99

- I. Introducción 99
- II. Concepto y naturaleza jurídica 100
- III. Objeto 101

- IV. Concepto de familia 103
- V. Constitución. Requisitos sustanciales 105
- VI. Efectos de la constitución 108
 - 1. Respecto del constituyente 108
 - 2. Respecto de los beneficiarios 110
 - 3. Los acreedores y el bien de familia 110
 - 4. Tratamiento impositivo favorable. Honorarios 114
- VII. Desafectación. Distintos supuestos. Causales no admisibles 115

Capítulo 4: Condominio 121

- I. Derecho romano. Nociones 121
- II. Derecho germánico. Nociones 122
 - A) El Código alemán: Distintas clases de condominio. Nociones 123
- III. El Código 123
 - A) Concepto, caracteres y naturaleza jurídica 123
 - B) Comparación con otras figuras jurídicas 125
 - 1. Dominio 125
 - 2. Sociedad 125
 - 3. Servidumbres 127
 - 4. Comunidad de bienes 128
 - 5. Indivisión o comunidad hereditaria 129
 - 6. Propiedad horizontal 131
 - C) Constitución 132
 - 1. Diversos casos 132
 - a) Supuestos enumerados en el art. 2675, Cód. Civ 132
 - b) Otros casos 133
 - D) Distintas clases de condominio 139
 - 1. Condominio sin indivisión forzosa. Concepto 139
 - 2. Condominio con indivisión forzosa 139
 - a) Distintos casos: enunciación y nociones 139
- IV. Condominio sin indivisión forzosa 142
 - A) Facultades de los condóminos. Clasificación 142
 - B) Facultades sobre la parte indivisa 142
 - 1. Principio general. Limitaciones 142
 - 2. Enajenación 143
 - 3. Hipoteca: Distintos casos 143
 - 4. Constitución de servidumbres 151
 - 5. Acciones posesorias 152
 - 6. Acciones reales 152
 - C) Facultades sobre la cosa 154
 - 1. Derecho de uso y goce de la cosa. Limitaciones 154

- 2. Actos materiales de disposición 155
 - a) Análisis del art. 2680 155
- 3. Actos jurídicos 156
 - a) Análisis de los arts. 2682 y 2683 156
 - D) Derechos de los acreedores de los condóminos 158
 - 1. Embargo y venta de la parte indivisa 158
 - 2. Cargas reales: interpretación del art. 2689 159
- V. Obligaciones y responsabilidad de los condóminos 162
 - A) Gastos de conservación y reparación de la cosa 162
 - 1. Naturaleza jurídica 162
 - 2. Responsabilidad por incumplimiento 162
 - 3. Derecho de abandono 163
 - B) Obligación por deudas contraídas en pro de la comunidad 164
 - 1. Caso de insolvencia de uno de los condóminos 165
 - C) Administración de la cosa común. Mayorías necesarias. Jurisprudencia 166
 - 1. Explotación común 166
 - 2. Explotación no común 166
 - a) Explotación por administración 167
 - b) Explotación por arrendamiento. Análisis del art. 2702. Naturaleza jurídica del contrato celebrado entre el condómino y los otros condóminos 167
- VI. Conclusión del condominio 169
 - A) Causas comunes con el dominio 169
 - B) Modo especial: división de la cosa común 170
 - 1. Principio general: art. 2692. Limitación supuesta de división nociva 170
 - 2. Partición: naturaleza de la acción 173
 - a) Efectos de la partición ¿desde cuándo se producen? Excepciones: evicción y vicios redhibitorios 175
 - 3. Remisión al Derecho Sucesorio 177
 - a) Formas de hacerse la partición 177

Capítulo 5: Condominio con indivisión forzosa.

Condominio de muros, cercos y fosos 181

Parte Primera: Condominio con indivisión forzosa 181

- I. Establecidos por la ley 181
 - A) Accesorios indispensables 182
 - 1. Facultades de los condóminos. Límites. Obligaciones 183
- II. Establecidos por voluntad de las partes 185
- III. Indivisiones resultantes de la ley 14.394 185

- A) ¿Desde cuándo surte efecto la indivisión? 186
- B) Derechos de los acreedores 187
- IV. Condominio por confusión de límites 187
 - A) Nociones sobre la *actio finium regundorum* 187
 - B) Concepto de confusión de límites 188
 - C) Requisitos exigidos para iniciar la acción y finalidad de la misma. Diferencia con la reivindicación 189
 - D) Deslinde judicial y extrajudicial 193
 - 1. Prueba. Prueba dudosa. Facultades del juez 195
 - 2. Gastos 195
 - 3. Efectos 195

- Parte Segunda: Condominio de muros, cercos y fosos 196
- I. Conceptos previos 196
 - 1. Los muros desde el punto de vista físico 196
 - a) Muro encaballado 196
 - b) Muro contiguo 196
 - c) Pared próxima 197
 - 2. Los muros desde el punto de vista jurídico 198
 - a) Pared privativa 198
 - b) Pared medianera, común o en condominio 199
 - c) Pared de cerco o de encerramiento forzoso 201
- II. Régimen del dominio de los muros. Prescripción 203
 - 1. Muro contiguo 204
 - 2. Requerimiento previo a la construcción 209
 - 3. Pared de cerco encaballada: art. 2725 Cód. Civ. 209
 - a) Tesis de Tobal 210
 - b) Tesis de Spota 212
 - c) Tesis de Salvat 212
 - d) Tesis de Lafaille 213
 - e) El plenario de la Justicia de Paz 213
 - f) Fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en pleno 214
- III. El nuevo art. 4022 del Código Civil 217
- IV. Pago del precio de la pared. Especial análisis de la última parte del art. 2736 (agregado de la Reforma) 219
- V. Prueba. Presunciones 224
 - A) Análisis de los arts. 2718 y 2719 224
 - B) Prueba contraria 227
 - 1. Instrumentos públicos o privados 227
 - 2. Signos materiales 228
- VI. Derechos y cargas de la medianería 229
 - A) Análisis del art. 2740: igualdad. Facultades de los condóminos 229
 - B) Concepto de "servirse" de la pared 230

C) Caso especial de reconstrucción del muro	231
D) Renuncia a la medianería: efectos.	
Adquisición posterior al abandono	233
VII. Condominio de cercos y fosos en la campaña.	
Concepto	235
A) Cuándo el cerramiento es forzoso	236
B) Presunción de medianería	236
C) Derechos y obligaciones	237
D) Arboles medianeros	237
Capítulo 6: Propiedad Horizontal	239
I. Introducción	239
A) Noción	239
B) Breves antecedentes históricos	240
C) La propiedad horizontal y el Código Civil	242
D) La ley 13.512	243
1. Fuentes	243
2. Normas que deroga y normas que declara expresamente aplicables	244
3. Naturaleza jurídica. Distintas tesis. Dominio que integra con un condominio de indivisión forzosa. Derecho real autónomo	245
II. Objeto del derecho	247
A) Partes exclusivas o privativas: análisis del art. 1º de la ley	248
B) Cosas y partes comunes	249
C) Derechos de los copropietarios sobre las partes privativas y comunes	253
D) Conversión de partes comunes a privativas y de privativas a comunes	255
III. Adquisición del derecho	256
A) Modos de adquisición	256
B) Partición en el condominio y en la comunidad hereditaria	257
C) Reglamento de Copropiedad y Administración: concepto y naturaleza jurídica	260
1. Modalidades de su sanción	263
2. Efectos de su inscripción	265
3. Análisis de la jurisprudencia relativa al momento en que se opera la transmisión del dominio	266
4. Modificación según el reglamento.	
Interrogantes	270

Capítulo 7: Propiedad Horizontal (continuación) 277

- I. Consorcio de propietarios: concepto y naturaleza jurídica 277
- II. El administrador 287
 - A) Designación. Remoción 289
 - B) Facultades y obligaciones del administrador 294
 - C) Personería del administrador para actuar ante la justicia 299
- III. Asambleas 304
 - A) Decisiones. Presupuestos necesarios para su validez 305
 - 1. Convocatoria 305
 - 2. Quórum 307
 - 3. Mayorías. Distintas clases de mayorías 309
 - B) Nulidad 310
 - C) Imposibilidad de reunión de las mayorías necesarias 312
 - D) Exteriorización de las decisiones 314

Capítulo 8: Propiedad Horizontal (continuación) 317

- I. Obligaciones de los propietarios por las expensas y gastos comunes 317
 - A) Garantías para su cobro 323
 - 1. Procedimiento para perseguir su cobro 323
 - 2. Afectación de la cosa a su pago 326
 - 3. Imposibilidad de abandonar 336
 - 4. Privilegio y derecho de retención 336
 - B) Orden del privilegio frente al acreedor hipotecario 338
 - 1. Criterio especial relativo a los intereses 339
- II. Prohibiciones impuestas a los propietarios 340
 - 1. Quiénes pueden ejercitar la acción y si para hacerlo es necesario acreditar perjuicio 342
 - 2. Cuál es el juez competente para entender en la aplicación de las sanciones 343
 - 3. Cuál es la vía procesal apta para lograr la aplicación de las sanciones 344
- III. Obras nuevas, innovaciones y mejoras 345
 - 1. Obra nueva en partes exclusivas 345
 - 2. Obra nueva en partes comunes 346
 - A) Expensas necesarias, reembolso, privilegio 354

- IV. Extinción de la propiedad horizontal 354
 - A) Enumeración y análisis de los casos propios 355
 - 1. Destrucción total o parcial de más de las dos terceras partes del valor 355
 - 2. Vetustez 356
 - 3. Confusión 357
 - 4. Abandono 357

Capítulo 9: Prehorizontalidad 361

- I. Concepto 361
- II. Supuestos comprendidos 362
- III. Afectación 364
- IV. Comercialización de las unidades 367
- V. Hipoteca del inmueble afectado 369
- VI. Ejecución del inmueble por un acreedor común 371
- VII. Administración del inmueble 372
- VIII. Obras por administración 372
- IX. Penalidades 373
- X. Disposiciones transitorias 374
- XI. Jurisprudencia 374
 - 1. Fallos plenarios de la Cám. Nac. de Apelaciones en lo Civil: causas "Cotton, M. c/Tutundjian, S." y "Alvear SRL c/Taub, L." 374
 - 2. La ley 19.724 es de orden público. Aplicación de oficio. Irrenunciabilidad de sus beneficios 375
 - 3. Ley 20.276 375
 - a) Excepciones al régimen de la ley 19.724 375
 - b) Excepciones sólo aparentes: sociedad accidental o en participación; constructor del edificio que aporta el terreno; supuesto que no configura construcción por consorcio; sistema de "apart-hotel"; sociedad constituida para simular adjudicación de unidades a los socios 376
 - 4. Incumplimiento del régimen 378
 - a) Mora "ex-re" 378
 - b) Consecuencias del incumplimiento: suspensión del pago de cuotas por el comprador; cesión de boleto de compraventa no inscripto; falta de afectación y pretensión de aumento de costos por el vendedor; afectación tardía, falta de registro del boleto y pretensión del vendedor de resolver el contrato 379
 - 5. Jurisprudencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires 381

Capítulo 10: Derechos de disfrute sobre la cosa ajena.
Introducción Servidumbres y usufructo. Introducción 383

Parte Primera: Derechos de disfrute 383

- I. Nociones generales 383
 - A) Concepto. Ubicación. Enumeración 383
 - B) Política del Codificador en materia de desmembraciones del derecho de propiedad y en particular sobre derechos de disfrute 385
 - C) Política del Derecho romano en materia de desmembraciones del derecho de propiedad 387
 - D) La Edad Media y las desmembraciones del derecho de propiedad 387
- II. Análisis crítico del art. 2614 389
- III. Análisis en particular de los derechos permitidos y suprimidos 389
 - A) Enfiteusis. Concepto 389
 - 1. Derecho romano y Derecho español: nociones 390
 - 2. Derecho argentino. La enfiteusis rivadaviana. Situación actual 391
 - 3. Resurgimiento de la enfiteusis en el Derecho comparado 393
 - B) Superficie. Concepto. Derecho romano, español, argentino y comparado 394
 - C) Censos o rentas. Concepto y clasificación 399
 - 1. Criterio de Babiloni y de la Comisión Reformadora 400
 - D) Vinculaciones 400
 - 1. Mayorazgos. Concepto y clases 401
 - 2. Capellanías 401
 - a) Análisis de la ley 4128 402
 - b) Otras leyes desvinculadoras 403
 - c) Desvinculación por prescripción 404

Parte Segunda: Servidumbres y usufructo 404

- I. De las servidumbres en el Derecho romano 404
 - A) Concepto de servidumbre en el Derecho clásico y en el Derecho justinianeo 404
 - 1. Tipicidad de las servidumbres 405
 - B) Concepto de usufructo, uso y habitación 406
- II. Las servidumbres en la Edad Media: nociones 406
- III. Las servidumbres en el Derecho francés: nociones 406
- IV. Las servidumbres en el Esboço de Freitas 407
- V. El Código 407
 - A) Fuentes 407
 - B) Clasificación de las servidumbres 408

1. Activas y no activas	408
2. Reales y personales	409
3. Servidumbres "non faciendo" e "in patiendo"	410
4. El usufructo ¿es una servidumbre?	413
VI. El Anteproyecto Bibiloni, el Proyecto de 1936 y el Anteproyecto de 1954	415
VII. Códigos contemporáneos	416
A) Nociones	416
B) Servidumbres constituidas sobre un fundo propio: concepto y ventajas de su recepción	416
Indice	419