

2010-3
DECRETO PRIVADO
PENITENCIARIO
& COMUNITARIO

grupo 1

ARMAS
MAGUIRE
01/6/16

DERECHOS REALES

de propiedad horizontal, edificio que cuenta con tres unidades funcionales, demandó a los restantes copropietarios por modificación del plano de subdivisión y reglamento de copropiedad y solicitó se convoque a asamblea judicial.

La unidad funcional 1 de propiedad del actor está conformada por dos locales comerciales y un sótano. Las unidades funcionales 2 y 3 están destinadas a vivienda. El local comercial, con entrada independiente por la avenida, está además comunicado con el hall de entrada al edificio mediante una puerta, la que fue clausurada por el municipio por no constar en los planos y violar el código de edificación. El problema se suscitó porque al sótano de la unidad funcional 1 sólo se accede mediante una escalera que se encuentra en el hall del edificio y, según el reglamento de copropiedad y el plano de subdivisión, el local comercial sólo tiene acceso por la avenida y no por el hall. El actor solicitó entonces que se modifique el Reglamento de copropiedad permitiéndole el acceso al sótano mediante el hall principal del edificio, condenando además a los demandados a entregar la llave de la puerta que comunica el hall de entrada con la calle, ya que, clausurada la puerta interna, era la única forma de acceder al sótano de su propiedad, según adjugo. Los demandados se opusieron desconociendo el derecho del actor de acceder al sótano por el hall principal de entrada.

La Cámara, si bien entendió que efectivamente es posible la modificación del reglamento de copropiedad si ello resulta necesario, aun cuando no exista la unanimidad contemplada en el reglamento para su modificación, tal como argumentaba el actor, ello no implica que deba modificarse en el sentido solicitado si hacerlo fuera perjudicial para el resto de los consorciistas y existe otra solución. En efecto, el tribunal halló probado el perjuicio de la demandada de permitirse el acceso al sótano por el hall de entrada, puesto que se evidencia de esa manera una incompatibilidad entre el uso dado por la actora a su unidad funcional, en virtud de su actividad comercial, y el de las unidades dos y tres destinadas a vivienda, según se explicó. Además, se argumenta que el tránsito de personas vinculadas al negocio de los actores en el hall de entrada—que se calificó como de tamaño reducido—, no sólo altera la tranquilidad y el sosiego, sino que afecta también la seguridad de los habitantes de las viviendas ya que la puerta de acceso al edificio debería quedar abierta más tiempo de lo que la lógica indica como seguro teniendo en cuenta que el sótano es usado como depósito de elementos electrónicos y televisores que el comercio se dedica a reparar.

Por otro lado se encontró que, si bien es cierto que el hall de entrada está incluido en el plano de subdivisión, en el reglamento y en el artículo 2º, inciso a, de la ley 13.512 como superficie común, lo es también que,

1.1.2. Propiedad horizontal

1.1.2.1. Reglamento de copropiedad y administración

Modificación del Reglamento de Copropiedad y Administración: rechazo de la pretensión porque lo solicitado perjudicaría a los restantes copropietarios (CCCom. de San Isidro, sala I, 11-5-2010, in re "Latanzi, Juan c/D'Aversa, Josefina", LEXIS Nº 70062588)

El propietario de la unidad funcional 1 de un inmueble sometido al régimen

(A)

como lo dispone el artículo 3º de la misma ley, el uso de las superficies comunes por parte de los propietarios debe hacerse sin perjudicar o restringir el legítimo derecho de los restantes.

Pero también, para arribar a la solución impresa en la sentencia, se tuvo en mira la posibilidad de apertura de una entrada directa desde el local comercial hacia el sótano, lo que fue considerado como posible por el perito ingeniero, aconsejado por el municipio y propuesto por la demandada. Se evaluó que, en definitiva, el objeto de la acción había sido permitir la vinculación del local con el sótano, por lo que correspondía admitir la demanda autorizando la apertura de tal acceso a la actora, difiriéndose para la etapa de la ejecución de sentencia la forma en que dicho acceso se realizaría e instrumentaría.

Este caso nos lleva a realizar un somero análisis de lo relativo a la modificación del reglamento de copropiedad. El artículo 9º de la ley 13.512 dispone que el mismo "...sólo podrá ser modificado por resolución de los propietarios, mediante mayoría no menor de dos tercios..." Se trata de una mayoría calculada sobre el total de los copropietarios, y no sobre los presentes en la asamblea convocada al efecto (conf. Mariani de Vidal, Marina, *Derechos Reales*, 7ª ed. act., t. 2, p. 270, Zavallia, Buenos Aires, 2006).

No obstante esta disposición de la ley, doctrina y jurisprudencia diferencian dos tipos de cláusulas dentro del reglamento: las estatutarias y las reglamentarias. Las primeras son "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" (conf. Mariani de Vidal, ob. cit., p. 270). Para éstas no bastan los dos tercios, sino que se requiere la unanimidad por aplicación del principio de que nadie puede ver alterado su patrimonio sin prestar su consentimiento o sin sentencia fundada en ley (art. 17 de la Const. Nac.). Las cláusulas llamadas "reglamentarias" son las restantes, para cuya reforma se requieren los dos tercios dispuestos en la ley 13.512.

Como en el caso, al pretender modificar el acceso del titular de una unidad funcional hacia el sótano de su propiedad, se está en presencia de una modificación del reglamento que afectaría a las llamadas cláusulas estatutarias dado que la obra significaría modificaciones en las partes comunes, integrantes del patrimonio de todos los consorcistas—, bien expuso el tribunal que, en principio y conforme a la doctrina y jurisprudencia imperantes, se requiere el consentimiento de la unanimidad de los copropietarios.

Pensamos que en ciertas circunstancias, la reforma del reglamento puede

también lograrse por vía judicial, al igual que cualquier controversia de Derecho común que no pueda ser resuelta en el ámbito privado. Sin embargo, la jurisprudencia no es unánime en este punto, ya que un sector considera 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 sólo a la propia normativa del sistema sino a la esencia misma de los derechos de propiedad implicados (conf. CNCiv., sala F, 16-9-91, D. J., f. 6191).

Ahora bien, cuándo un juez debe acceder o no a tal pretensión de reforma del reglamento, es algo que debe ser analizado en cada caso, en base a las especiales circunstancias del mismo y a las particularidades que reviste el régimen de la propiedad horizontal. Sin embargo, creemos que el criterio utilizado por el tribunal en este caso para rechazar el pedido del actor de acceder al sótano de su propiedad por la puerta de ingreso al hall principal del edificio es una buena pauta rectora. Si los restantes copropietarios poseen motivos suficientes para no acceder a la modificación del reglamento en la forma solicitada, puesto que ello los perjudica de alguna manera, debe el juez rechazar la petición. Resulta ponderable además la solución armonizadora con las pretensiones de ambas partes que se plasmó en esta sentencia, donde se otorgó al dueño del local la posibilidad de abrir un acceso directo desde el comercio hacia el sótano de su propiedad, sin necesidad de hacerlo por la entrada principal del edificio utilizada por los restantes copropietarios. Compartimos, pues, la decisión adoptada.

1.1.2.2. *Derechos y obligaciones de los consorcistas*

1.2. *Conversión de partes comunes en partes de uso privado. Decisión de la asamblea adoptada por unanimidad. Ausencia de instrucción. Acción de la reforma del reglamento de copropiedad y administración. Acción judicial reclamando el cese del uso exclusivo promovida treinta años después. Prescripción liberatoria y prescripción adquisitiva*

En el contrafilete de un edificio sometido al régimen de propiedad horizontal existía a la altura del primer piso una azotea-jardín, que era continuación natural de la única unidad funcional ubicada en esa planta y, a su vez, cumplía funciones de techo del garaje sito en la planta baja.

En el año 1964 una asamblea de copropietarios, por unanimidad, había prestado consentimiento al titular de esa unidad para efectuar modificaciones, consistentes en abrir una comunicación entre el edificio y el lindero del que también era propietario, dejándose expresa constancia de que, en caso de vender una de las unidades, las cosas debían quedar en el estado anterior.

En 1967 una nueva asamblea había autorizado al propietario del primer piso las obras ejecutadas y aprobado el uso de la azotea.

En 1979 el consorcio actor había tomado conocimiento de que la unidad había sido enajenada a su actual titular, cesando la comunicación con el edificio lindero y subsistiendo únicamente la efectuada entre la azotea-jardín y el departamento.

Por esa misma época se había clausurado la puerta de acceso a la azotea por una escalera construida en el garaje y se había techado el nuevo acceso desde la unidad.

Finalmente, en una asamblea celebrada en 1998 se había decidido intinar al propietario del primer piso al cese de la ocupación de la azotea-jardín.

Iniciada la acción judicial, los demandados opusieron la prescripción liberatoria, por haber transcurrido con exceso el plazo de diez años previsto por el artículo 4023 del Código Civil.

La sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil²¹ confirmó el fallo de primera instancia, desestimando dicha excepción.

La discrepancia entre las partes sobre este tema giraba en torno a la fecha que debía tomarse como inicio del curso de la prescripción, que para los demandados era la de las asambleas de 1964 y 1967, mientras que para el consorcio actor era la de la celebrada en 1998, cuando se revocara el permiso acordado en las anteriores.

Se sostuvo en ambos fallos que no podía pretenderse que el plazo para

²¹ CNCiv, sala I, 12-10-2000, L. L. del 27-11-2001, p. 2.

ejercer la acción debía computarse a partir de la ocupación exclusiva, ya que los consorcistas, por unanimidad, habían autorizado la ejecución de las obras. De ahí que sólo podía existir *actio nata* desde el momento en que el permiso había quedado sin efecto. Adopar una posición contraria importaría exigir al consorcio una conducta en contradicción a sus propios actos anteriores.

Por lo tanto, al no haber transcurrido el plazo de prescripción decenal, la defensa opuesta fue rechazada.

Hasta aquí podemos aceptar la decisión arribada en ambas instancias. Nuestra mayor discrepancia gira en torno al pronunciamiento emitido respecto de la prescripción adquisitiva, también opuesta como excepción por los demandados.

En el primer fallo se recuerda que, de acuerdo con el artículo 2º de la ley 13.512, las azoteas revisten el carácter de cosas comunes, salvo convención en contrario, y que el reglamento de copropiedad y administración establecía que era de propiedad de todos los consorcistas la azotea-jardín situada sobre la cochera, aclarando que no podía ser usada ni ocupada bajo ningún concepto.

Agrega el juez de la instancia inferior que el *ius vendi* lo tenía, en principio, el consorcio, aunque en realidad, por aplicación del tal cláusula, no lo tenía nadie. Mas por asamblea se había autorizado el uso de la azotea al propietario del primer piso, modificándose lo que originalmente se había pactado en el reglamento y como el consorcio no está legitimado para constituir derechos reales sobre las partes comunes, al conferir la autorización no había transmitido al usuario la posesión sino la tenencia. Por ello, los demandados no podían usucapir, salvo que hubiesen probado la existencia de un acto de interversión del título.

Se afirma seguidamente que la intención de realizar un acto de esa naturaleza se habría manifestado en unas asambleas celebradas en 1980 y 1985, al exteriorizarse la voluntad del interesado de considerarse titular del derecho real de uso previsto por el artículo 2948 del Código Civil.

Sin embargo, como la demanda había sido iniciada en 1999, no había transcurrido el plazo para adquirir por usucapción tal derecho real. Tampoco podía pensarse en la aplicación de la prescripción decenal del artículo 3999, por no existir justo título ni buena fe.

En el fallo de la Cámara, aun cuando se llega al mismo resultado desestimatorio de la defensa de usucapción, sólo se hace hincapié en la ausencia de acreditación de un acto de interversión del título que hubiese cambiado la relación de tenencia sobre el espacio común que detenían los demandados en otra de posesión con *animus domini*, lo que hacía imposible analizar la existencia de una prescripción adquisitiva.

Se observan en ambos fallos graves errores conceptuales, que no pretendemos abordar uno a uno, por lo que nos limitaremos a poner de resalto los más importantes.

El artículo 2º de la ley 13.512, luego de enumerar las cosas comunes con carácter meramente enunciativo, prevé que los sótanos o azoteas pueden ser comunes, salvo convención en contrario.

A pesar de la aparente amplitud con que está redactada la norma, esta regla no resultará siempre aplicable, pues si se trata de una azotea que a la vez cumple la función de ser techo del edificio, jamás podría convertirse en parte privativa.

Por otro lado, es evidente que también hay otras cosas normalmente comunes que pueden pasar a ser privativas, siempre que no sean de uso necesariamente común o no hagan a la seguridad del edificio. Tal sería el caso, por ejemplo, de vestíbulos, patios o jardines que no cumplan funciones de aire y luz, locales de negocio, etcétera, pero nunca se podría privatizar el terreno, los muros maestros, los cuimientos, las escaleras, la entrada del edificio, etcétera.

Suponiendo que en el reglamento de copropiedad figure como común un jardín, luego sería posible privatizarlo, siempre y cuando no sirva para dar aire y luz al sector correspondiente del edificio.

Esta limitación no rige si se lo mantiene como cosa común, pero se determina que únicamente su uso será privativo.

Sin embargo, tanto en uno como en otro caso, la mayoría requerida para decidir la conversión es la unanimidad, es decir, que se debe contar con el voto favorable de la totalidad de los titulares de la propiedad horizontal, y no sólo de los presentes en la asamblea que adopte la resolución.

Tal mayoría se justifica, pues al pasar a ser privativo, o de uso privativo, lo que pertenece a todos, se afectarían los derechos patrimoniales de los propietarios si se admitiera tomar la decisión sin el concurso de voluntades de la totalidad de ellos, en el primer caso respecto de la titularidad, en el segundo en cuanto a las posibilidades de uso y goce.

Ahora bien, en el caso que estamos comentando y, más allá de que la autorización dada por todos los consorcistas y aceptada por el titular de la unidad del primer piso nunca se había plasmado en una reforma del reglamento de copropiedad, de hecho y durante más de treinta años la situación se había mantenido como si realmente la modificación se hubiese instrumentado debidamente.

Hace cuatro décadas se preguntaba Laje si para reformar las cláusulas que asignan carácter exclusivo al uso de ciertas partes comunes es indispensable el consentimiento del interesado o ello puede disponerse por la mayoría. Se inclina

por la primera posición, pues si la exclusividad se funda en las condiciones materiales del edificio y en la imposibilidad de que otras personas puedan usar la parte común correspondiente, la conformidad es necesaria para hacer transformaciones en la parte privativa destinadas a modificar esas causas materiales o para establecer la generalidad del aprovechamiento. Pero aunque así no fuera, también es indispensable la conformidad del interesado, porque ese uso exclusivo constituye para el dueño de la unidad un derecho adquirido, incorporado a su patrimonio. No se trata de un derecho real de servidumbre porque éste no puede recaer sobre la cosa propia o en condominio, sino de un derecho personal bien determinado, nacido contractualmente y que equivale a una renuncia convencional de los demás consorcistas al uso de la parte común²².

En el mismo sentido se ha pronunciado Elena Highton, negando la posibilidad de modificar la cláusula del reglamento por decisión unilateral del resto de los copropietarios, se funde o no la exclusividad del uso en las condiciones materiales del edificio que deben reformarse²³.

Estamos de acuerdo con esta interpretación, ya que, inclusive existiendo un condominio sobre todas las partes comunes y no obstante la indivisión forzosa perpetua que pesa sobre las mismas, bien podría recurrirse a la figura de la partición de uso y goce o provisional.

Aun cuando la partición que pone fin a la comunidad hereditaria o condominio se denomina partición definitiva, también se habla de partición provisional para aludir al caso en que los coherederos o condóminos se limitan a dividir el uso y goce de los bienes comunes, por ejemplo, cuando entre los bienes existe un inmueble edificado compuesto de varios pisos, y acuerdan inorar cada uno en un piso distinto.

Los efectos de esta partición están principalmente regulados por la convención entre los coherederos o condóminos, por ser el resultado de su acuerdo de voluntades.

A pesar de que en la propiedad horizontal está vedada la posibilidad de solicitar la partición, nada impediría pactar entre todos una partición de uso y goce en favor de uno de los copropietarios, que si no se ha limitado en el tiempo, debe juzgarse que lo ha sido a perpetuidad. Inclusive, podría estipularse el pago de un canon por la ocupación exclusiva, ingresando el importe respectivo a la recaudación mensual en concepto de expensas comunes.

²² LAJE, Eduardo Jorge, *Modificación del reglamento de copropiedad horizontal. ¿Unanimidad o mayoría? ¿Procede por decisión judicial?*, en L. L. 104-506.

²³ HIGHTON, *Propiedad horizontal...* cit., p. 129.

En consecuencia, así como una convención debe darle origen, sería necesario nuevamente el concurso de voluntades de todos para dejarla sin efecto.

Esta solución se impone con mayor rigor en el caso, ya que nunca se había instrumentado la reforma del reglamento de copropiedad. Tan sólo la asamblea había decidido, con el consentimiento de la totalidad de los copropietarios, autorizar el uso y goce exclusivo por uno de ellos de un sector de propiedad común que el propio reglamento vedaba a todos.

Va de suyo que esa autorización no había importado la entrega de la posesión y, menos aún, la de la tenencia, por la muy simple razón de que el titular de la unidad del primer piso ya era condómino sobre la azotea-jardín, en proporción a su porcentual (art. 2º, primer párr. de la ley 13.512). Como tal, era coposeedor de la misma, aunque en el caso concurría una prohibición reglamentaria de utilización de esa parte común que pesaba sobre todos por igual, de modo que estaba cercenada la facultad de usar de los bienes comunes, conforme a su destino y sin perjudicar o restringir el legítimo derecho de los demás (art. 3º, primer párr. de la ley cit.).

Siendo ello así, el accionar del demandado sobre el sector común no había representado más que el ejercicio efectivo de la coposesión que le correspondía legítimamente como titular de la propiedad horizontal.

De ahí que no pueda hablarse de un acto de intervención de título, en el sentido de que ese acto haya tenido por virtualidad cambiar unilateralmente una relación de tenencia por otra de posesión a título de usuario (art. 2458 del Cód. Civ.).

Existe un viejo principio que tiene su origen en el Derecho Romano, por el cual nadie puede tener servidumbre sobre la cosa propia (*neminem rem sua servit*) y que, como es sabido, se aplica a las servidumbres y a cualquier otro derecho real sobre cosa ajena.

¿Cómo podría usucapir un copropietario el uso, el usufructo, la habitación o una servidumbre continua y aparente sobre una parte común? ¿Qué finalidad tendría esa prescripción adquisitiva de un derecho de goce o disfrute en favor de quien tiene un condominio pleno o perfecto?

Ocurre que cuando se habla de acto de intervención de título, no se está aludiendo necesariamente al supuesto en que el tenedor manifiesta por actos exteriores su intención de privar al poseedor de disponer de la cosa y sus actos producen ese efecto (art. 2458 ya cit.). También intervierte el título el condómino que deja de coposeder juntamente con los restantes comuneros y comienza a hacerlo en forma exclusiva, con miras a consumir la adquisición del dominio por usucapión.

Para que ello ocurra, debe concurrir lo que los autores franceses denominan "posesión inequívoca", habiéndose sostenido que la posesión promiscua es siempre equívoca en punto a la prescripción de la propiedad entera, mas si el poseedor goza de una manera exclusiva de todo el inmueble, comportándose como único propietario, por actos bien caracterizados, podrá prescribir la propiedad de la cosa común²⁴.

Ahora bien, en el caso el demandado no había invocado un acto de intervención del título con el alcance que acabamos de examinar, sino aduciendo que el acto realizado lo había convertido en titular del derecho real de uso tipificado por el artículo 2948 del Código Civil.

De ahí que ni siquiera se podía recurrir al principio *hura novit curia*, porque ello habría importado fallar *ultra petita*. Sólo correspondía rechazar la defensa de prescripción adquisitiva del aludido derecho de disfrute por la absoluta inviabilidad del instituto en favor de quien ya tenía sobre la misma cosa un derecho real sobre cosa propia.