



GUILLERMO A. BORDA

TRATADO DE DERECHO CIVIL

REALES

TOMO I



EDITORIAL PERROT

TRATADO DE DERECHO CIVIL - DERECHOS REALES

Tomo I

Borda, Guillermo A.

Abeledo-Perrot

1992

ÍNDICE

CAPÍTULO I - DE LOS DERECHOS REALES EN GENERAL

§ 1. Introducción al estudio de los derechos reales

A.- TRASCENDENCIA SOCIAL DEL DERECHO SOBRE LAS COSAS

B.- CONCEPTOS GENERALES

§ 2. Los derechos reales en nuestro Código Civil

POSESIÓN

CAPÍTULO II - DE LA POSESIÓN EN GENERAL

§ 1. Naturaleza jurídica

A.- ELEMENTOS DE LA POSESIÓN

§ 2. Fundamento de la protección posesoria

§ 3. Sujetos de la posesión

§ 4. Objeto de la posesión

§ 5. Distintas clases de posesión

A.- POSESIÓN LEGÍTIMA E ILEGÍTIMA

B.- POSESIÓN DE BUENA Y MALA FE

C.- POSESIÓN VICIOSA

1.- Inmuebles

2.- Muebles

3.- Efectos legales

CAPÍTULO III - ADQUISICIÓN, CONSERVACIÓN Y PÉRDIDA DE LA POSESIÓN

I. ADQUISICIÓN DE LA POSESIÓN

§ 1. Distintos modos de adquisición

A.- OCUPACIÓN

B.- USURPACIÓN

C.- TRADICIÓN

1.- De la tradición en general

2.- Tradición de inmuebles

3.- Tradición de muebles

4.- Tradición brevi manu

5.- Constituto posesorio

6.- Adquisición por representante

II. CONSERVACIÓN Y PÉRDIDA DE LA POSESIÓN

§ 1. Conservación de la posesión

§ 2. Pérdida de la posesión

CAPÍTULO IV - EFECTOS DE LA POSESIÓN

I. DERECHOS Y OBLIGACIONES EMERGENTES DE LA POSESIÓN

§ 1. Influencia en la adquisición del dominio

§ 2. De las obligaciones y derechos en general

A.- CARGAS DE LA POSESIÓN

B.- DERECHOS INHERENTES A LA POSESIÓN

§ 3. Posesión de buena fe

A.- PRECIO PAGADO POR LA COSA

B.- FRUTOS Y PRODUCTOS

C.- GASTOS Y MEJORAS

D.- DESTRUCCIÓN O DETERIORO DE LA COSA

E.- CONTRATO DE LOCACIÓN

F.- ADQUISICIÓN DE INMUEBLES

G.- CUÁNDO CESA LA BUENA FE

H.- ADQUISICIÓN DE MUEBLES

§ 4. Posesión de mala fe

A.- PRECIO PAGADO POR LA COSA

B.- FRUTOS Y PRODUCTOS

C.- MEJORAS

CAPÍTULO V - PROTECCIÓN DE LA POSESIÓN

§ 1. Defensa extrajudicial de la posesión

§ 2. De las acciones posesorias en general

A.- ACCIONES POSESORIAS E INTERDICTOS: SU RELACIÓN

B.- FUNDAMENTO DE LA PROTECCIÓN POSESORIA

C.- NATURALEZA JURÍDICA

§ 3. Acción e interdicto de mantener la posesión

§ 4. Acción e interdicto de obra nueva

§ 5. Acción de despojo e interdicto de recobrar la posesión

§ 6. Interdicto de adquirir

CAPÍTULO VI - LA TENENCIA

§ 1. Conceptos generales

§ 2. Adquisición, conservación y pérdida de la tenencia

§ 3. Efectos de la tenencia

A.- DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL TENEDOR

§ 4. Defensa de la tenencia

DOMINIO

CAPÍTULO VII - DOMINIO

§ 1. Conceptos generales

§ 2. Contenido

§ 3. Extensión del dominio

§ 4. Garantías

§ 5. Dominio imperfecto

A.- DOMINIO FIDUCIARIO

B.- DOMINIO REVOCABLE

C.- DOMINIO DESMEMBRADO

CAPÍTULO VIII - ADQUISICIÓN Y PÉRDIDA DEL DOMINIO

I. MODOS DE ADQUIRIR EL DOMINIO

§ 1. Conceptos Generales

§ 2. Apropiación

A.- CAZA

B.- PESCA

C.- TESORO

D.- RÉGIMEN DE LAS COSAS PERDIDAS

§ 3. Especificación

§ 4. Adquisición

A.- ALUVIÓN

B.- AVULSIÓN

C.- EMIGRACIÓN DE ANIMALES

D.- EDIFICACIÓN, SIEMBRA Y PLANTACIÓN

E.- ADJUNCIÓN, MEZCLA Y CONFUSIÓN

§ 5. Transmisión voluntaria del dominio: tradición y registro

§ 6. Percepción de frutos

§ 7. Sucesión mortis causa

§ 8. Prescripción adquisitiva

A.- PRESCRIPCIÓN DE INMUEBLES

1.- Prescripción por diez años

2.- Usucapión de veinte años

B.- PRESCRIPCIÓN DE MUEBLES

C.- SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN

D.- INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN

E.- EFECTOS DE LA PRESCRIPCIÓN

II. EXTINCIÓN DEL DOMINIO

A.- EXTINCIÓN ABSOLUTA

B.- PÉRDIDA RELATIVA DE LA PROPIEDAD

CAPÍTULO IX - EXPROPIACIÓN

§ 1. Conceptos Generales

§ 2. Sujetos

§ 3. Bienes que pueden expropiarse

§ 4. Condiciones de la expropiación

A.- UTILIDAD PÚBLICA

B.- CALIFICACIÓN POR LEY

C.- INDEMNIZACIÓN PREVIA

1.- Indemnización justa

2.- Indemnización previa

§ 5.- Procedimiento

A.- EXPROPIACIÓN POR AVENIMIENTO

B.- EXPROPIACIÓN JUDICIAL

§ 6. Expropiación indirecta o irregular

§ 7. Abandono de la expropiación

§ 8. Retrocesión

§ 9. Ocupación temporánea

CAPÍTULO X - RESTRICCIONES Y LÍMITES DEL DOMINIO

§ 1. Restricciones en interés público

§ 2. Restricciones en interés de los vecinos

A.- MOLESTIAS OCASIONADAS A LOS VECINOS

B.- OBRAS Y TRABAJOS QUE PUEDEN PERJUDICAR AL VECINO

C.- FALTA DE CONSERVACIÓN DE LOS EDIFICIOS

D.- INSTALACIONES INMEDIATAS A PAREDES
MEDIANERAS O DIVISORIAS

E.- UTILIZACIÓN DE PAREDES MEDIANERAS O DIVISORIAS

F.- ÁRBOLES, RAMAS Y RAÍCES

G.- GOTERAS DE TECHOS Y DESAGÜES

H.- AGUAS QUE DESCIENDEN NATURALMENTE A LOS
FUNDOS INFERIORES

I.- LUCES Y VISTAS

J.- RESTRICCIÓN A LA FACULTAD DE DIVIDIR LAS COSAS

CAPÍTULO XI - PROPIEDAD DE LAS AGUAS

§ 1. Aguas pluviales

§ 2. Ríos y arroyos

§ 3. Lagos

§ 4. Aguas subterráneas

§ 5. Otras aguas de interés general

CAPÍTULO XII - CONDOMINIO

§ 1. Nociones Generales

§ 2. Constitución

§ 3. Condominio normal o sin indivisión forzosa

A.- FACULTADES DE LOS CONDÓMINOS

1.- Facultades sobre la parte indivisa

2.- Facultades sobre toda la cosa

3.- Derecho de los acreedores de los condóminos

4.- Abandono de la parte indivisa

B.- OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDAD DE
LOS CONDÓMINOS

C.- ADMINISTRACIÓN DE LA COSA COMÚN

D.- CONCLUSIÓN DEL CONDOMINIO

1.- Causas generales de extinción

2.- Causa peculiar: división de la cosa común

§ 4. Condominio con indivisión forzosa

A.- ACCESORIOS INDISPENSABLES

B.- DIVISIÓN NOCIVA

C.- SEPULCROS

D.- BIEN DE FAMILIA

E.- VIVIENDA DONDE ESTABA CONSTITUIDO
EL HOGAR CONYUGAL

F.- MUROS, CERCOS Y FOSOS

G.- MURO MEDIANERO

- 1.- Derecho de asentar la pared en terreno vecino
- 2.- Propiedad del muro medianero
- 3.- Prueba de la medianería
- 4.- Obligaciones y cargas de la medianería
- 5.- Derechos de los condóminos
- 6.- Cerramiento forzoso

H.- MEDIANERÍA EN LA CAMPAÑA

I.- CONDOMINIO DE ÁRBOLES

§ 5. Condominio por confusión de límites

A.- NOCIONES GENERALES

B.- LA ACCIÓN DE DESLINDE

- 1.- Formas de hacer el deslinde
- 2.- Efectos

CAPÍTULO XIII - PROPIEDAD HORIZONTAL

§ 1. Nociones Generales

§ 2. Derechos y obligaciones de los propietarios

A.- OBJETO DE LA PROPIEDAD

B.- DERECHOS Y OBLIGACIONES SOBRE LAS PARTES PROPIAS

C.- DERECHOS Y OBLIGACIONES SOBRE LAS PARTES COMUNES

D.- ACCIÓN PARA HACER RESPETAR LAS RESTRICCIONES AL DOMINIO

E.- CARGAS COMUNES

1.- Gastos de administración

2.- Gastos de reparación y conservación

3.- Innovaciones y mejoras

4.- Otros gastos comunes

5.- Cobro de las expensas comunes

§ 3. Constitución del consorcio

A.- PROCESO PREVIO

1.- Afectación del edificio

2.- Retracción y desafectación

3.- Contratos de venta de unidades

4.- Hipoteca del inmueble afectado

5.- Ejecución judicial del edificio

6.- Administrador provisorio

7.- Intervención judicial

8.- Obras por administración

9.- Paralización de la obra

B.- CONSTITUCIÓN DEFINITIVA

1.- El reglamento de copropiedad y administración

2.- El consorcio de propietarios

C.- ADMINISTRACIÓN

1.- El administrador

2.- La asamblea

§ 4. Extinción de la Propiedad Horizontal

1111/10000

CAPÍTULO I - DE LOS DERECHOS REALES EN GENERAL

1111/10010

§ 1. Introducción al estudio de los derechos reales

1111/10020

A.— TRASCENDENCIA SOCIAL DEL DERECHO SOBRE LAS COSAS

1111/1

1. PROPIEDAD Y DOMINIO.— Generalmente las palabras propiedad y dominio se emplean como sinónimos, aludiendo específicamente al derecho real regulado en el Código Civil. Pero también ocurre —sobre todo cuando se encara el tema a la luz de la cuestión social— que la palabra propiedad se utilice con un significado más comprensivo, aludiendo no sólo al dominio en sí mismo, sino también a los otros derechos reales (y aun personales) que están ínsitos en él. Así, por ejemplo, cuando se habla de la función social de la propiedad no se entiende limitarse al derecho real de ese nombre, sino a todas sus implicancias y consecuencias. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha entendido invariablemente, que la garantía constitucional de la propiedad (art. 17 Ver Texto) comprende a todos los derechos patrimoniales. Y cuando el marxismo cuestiona la legitimidad de la propiedad, no alude solamente al dominio en sí mismo, sino a todos los otros derechos reales, que ya veremos, no son sino un desmembramiento del dominio. Dice en este sentido PUIG BRUTAU que cuando se habla de propiedad y no de derecho de propiedad, se alude a una relación meramente económica que se ofrece como la materia social que ha de ser regulada jurídicamente; por el contrario, bajo la palabra dominio se entiende ya implícita su condición jurídica, hasta el punto que sería redundante hablar de derecho de dominio (ver nota 1).

Esto explica que tratemos, siquiera sea muy sucintamente, la gran cuestión trabada en torno a la propiedad, no en el capítulo referente al dominio, sino como introducción al tema más vasto y más general del derecho sobre las cosas.

1111/2

2. LOS DERECHOS REALES Y LA CUESTIÓN SOCIAL.— El derecho sobre las cosas,

dice HEDEMANN, sirve a la dominación de los bienes terrenales, sin la cual la vida del hombre es imposible. Ya desde los estadios más rudimentarios, el hombre construye su casa, se provee de armas, apacienta su ganado. Ciertamente, en los tiempos primitivos lo hace en función de meras relaciones de hecho, todavía sin una ordenación jurídica de las cosas. Pero desde que el hombre penetra en la zona de luz de la historia, encontramos huellas visibles de un cierto señorío de los bienes terrenales, que se siente y se trata como un derecho. Desde entonces, naturalmente, se ha operado una profunda evolución y el derecho de las cosas se ha refinado cada vez más (ver nota 2); ello no es sino una consecuencia del progreso de la civilización, pero la sustancia sigue siendo la misma: la necesidad del hombre de apropiarse y servirse de las cosas creadas por la Naturaleza o por su propio ingenio.

Las cosas y su apropiación, son pues elementos vitales para la vida del hombre para su bienestar, para su cultura intelectual y moral. Pero ocurre que la apropiación y goce de una cosa por un hombre, supone la exclusión de la apropiación y goce de esa misma cosa por los otros hombres. Y queda así planteado el problema de la distribución de la riqueza, esencial en todo tiempo, pero que en el nuestro ha tomado una importancia y un dramatismo que no podría disimularse. En torno al derecho de las cosas gira la organización social y política de los pueblos, su estilo de vida, su filosofía.

Esto nos obliga a referirnos del modo más sintético que nos sea posible, a uno de los grandes temas del mundo moderno: la legitimidad y las limitaciones del derecho de propiedad.

1111/3

3. LA SOLUCIÓN CAPITALISTA LIBERAL.— Los pueblos han conocido a lo largo de su historia, distintas formas de propiedad. Así, han existido propiedades colectivas comunales (la Mark germánica, el mir del antiguo régimen zarista, la dessa javanesa), o bien propiedades familiares (de la cual puede encontrarse en nuestro propio derecho, no una expresión sino una forma moderna, en el bien de familia) o bien la forma más característica y típica, la propiedad privada individual.

Para el capitalismo moderno, nacido sobre las ruinas del feudalismo, la afirmación del derecho de propiedad fue una afirmación de libertad. La propiedad se concebía como la base sobre la cual debía operarse, en el terreno económico, la liberación del hombre, ya que lo dotaba de los medios y recursos para forjar su propio destino.

Una tal filosofía debía conducir a una concepción absoluta del derecho de propiedad. Toda limitación era rechazada como un obstáculo puesto a los hombres emprendedores y fuertes, a su espíritu creativo, a su iniciativa. El bien social se persigue así a través de la

fortificación de todos los elementos de acción de los hombres, entre los cuales el primero y más importante en el plano económico es el derecho de propiedad. Ésta debe ser absoluta, ilimitada. Apenas si se admite el derecho del Estado a expropiar las cosas que pertenecen a particulares, siempre que haya una razón de interés público y previa una justa indemnización. Por lo demás, el propietario es dueño y señor. Puede no sólo gozar y aprovechar de su propiedad; puede también degradarla y destruirla. Así lo disponía nuestro Código Civil hasta la reforma de 1968 (art. 2513 Ver Texto).

1111/4

4. LA SOLUCIÓN MARXISTA.— Los hechos no vinieron a confirmar las optimistas esperanzas del capitalismo liberal. Bajo su imperio, se acentuó la diferencia del clases, la miseria, el número de indigentes. Esto debía provocar reacciones, pues los hombres no se conforman jamás con la injusticia. De estas reacciones, la más expresiva por su radicalismo, su fundamentación teórica y su enorme difusión práctica en el mundo moderno, es el marxismo.

Comencemos por decir que la filosofía marxista es materialista, atea. Adorando a Dios, el hombre se aliena, se convierte en el esclavo de un ser imaginario, de un ídolo opresivo de su pensamiento.

Desembarazado de toda ideología o religión extraña a la realidad misma, el marxismo analiza esa realidad con criterio estrictamente objetivo y científico. De esa observación nace una primera tesis: lo que es propio del hombre no son las cosas (que le son extrañas, aunque pueda apropiarse de ellas), es su trabajo. De donde surge una conclusión, a juicio del marxismo, inevitable: sólo quien trabaja para su cuenta personal es verdaderamente libre. Desde que vende su fuerza de trabajo, se vende él mismo, desde que vende su esencia y se convierte en esclavo de otro hombre. La historia del hombre es la historia del hombre que trabaja en provecho de otro hombre, su empleador, que lo explota (sea ciudadano romano, señor feudal, capitalista moderno).

La propiedad privada de los medios de producción lleva como consecuencia inevitable a que los más fuertes y los más hábiles se apropien de ellos, en tanto que los demás, mucho más numerosos, deben limitarse a alienar su trabajo. El modo de producción privada engendra, pues, relaciones sociales de desigualdad y de explotación de un hombre por otro, de una clase social por otra; engendra, finalmente, la división de la sociedad en dos campos hostiles y, con ello, la lucha de clases.

Entretanto, la clase dominante, para mantener su dominación, crea una serie de valores falsos o meramente ideológicos: la religión, la filosofía, el Estado, el derecho, etc. De tal modo que ni la religión ni el Estado ni el derecho son valores absolutos y eternos; su objeto

no es otra cosa que el de favorecer o proteger un estado de cosas basado en la voluntad del más fuerte.

La etapa final del marxismo es una sociedad en la que haya desaparecido el Estado y en la que todas las cosas sean comunes, en tal forma que cada uno goce y aproveche de ellas no de acuerdo a su capacidad de trabajo, sino de acuerdo a sus necesidades. Pero, a decir, verdad, esta etapa final no juega prácticamente sino como una estrella polar, como un rumbo; pero no como un objetivo a alcanzar verdaderamente, pues la imperfección humana convierte esa sociedad comunista ideal en una mera utopía.

Mientras esa etapa final no se alcance, es necesario la socialización de todos los bienes de producción, permitiéndose en cambio la propiedad privada sobre los bienes de consumo. En la Unión Soviética —la realización más importante y más exitosa del marxismo— se han socializado la tierra, el subsuelo, los bosques, las usinas, las fábricas, las minas, los ferrocarriles, los transportes por agua y por aire, las empresas rurales (Constitución de la U.R.S.S., art. 6); en cambio, se permite la propiedad individual sobre las rentas y economías provenientes del trabajo, sobre la casa habitación y los objetos de uso doméstico y personal (id. art. 10) (ver nota 3).

Sin embargo, estas tímidas concesiones al derecho de propiedad, no han sido suficientes para impedir el estruendoso fracaso del marxismo, que hizo crisis en Rusia en 1991. Hoy las repúblicas que constituyeron la Unión Soviética quieren más libertad, más justicia, más bienestar para sus ciudadanos. En el momento de escribirse estas líneas, se están encaminando hacia una economía de mercado, con todos los dolores y penurias que para millones de soviéticos significa la transición de un sistema a otro. Hoy resulta patente que la ilusión marxista se ha desvanecido en aquel país.

1111/5

5. HACIA UNA SUPERACIÓN DEL CAPITALISMO LIBERAL Y DEL MARXISMO; LA DOCTRINA SOCIAL DE LA IGLESIA.— No se puede ya ignorar que la propiedad individual aumenta la desigualdad entre los hombres. En cierto modo —dice HEDEMANN— se podría decir que perpetúa la diferencia entre el rico y el pobre, cualquiera sea la causa que la haya originado. Este resultado se acentúa por virtud de la herencia, la cual trasplanta la desigualdad a los sucesores, sin tener en cuenta sus méritos o desméritos. Pero, agrega el mismo autor, frente a esta objeción está la ventaja reconocida de la propiedad de que desarrolla la fuerza expansiva del ser humano: si priváramos al hombre del incentivo material, de la posibilidad de conservar para sí lo que adquiere por su trabajo y asegurar con ello a sus hijos un porvenir a cubierto de las necesidades, la fuerza de expansión del ser humano se vería considerablemente disminuida, si no aniquilada (ver nota 4).

¿Quién puede dudar seriamente de que la propiedad privada ha sido un formidable motor, una tremenda fuerza impulsiva que ha permitido el desarrollo de la riqueza, el aumento del bienestar, el progreso de la cultura, de la ciencia, de las artes? Pero también es verdad que la concentración de riquezas en pocas manos, la existencia de grandes masas indigentes, la acentuación de las diferencias de clases, son fenómenos que están pidiendo a voces una mayor intervención estatal y la admisión de un concepto distinto de la propiedad, que ya no puede concebirse como un derecho absoluto sino limitado y dotado de una función social.

Esta postura ha sido enunciada de modo tajante en la Encíclica *Populorum Progressio*. Luego de recordar que “la tierra ha sido dada para todo el mundo y no solamente para los ricos”, agrega: “Es decir, que la propiedad privada no constituye para nadie un derecho incondicional y absoluto. No hay ninguna razón para reservarse en uso exclusivo lo que supera la propia necesidad, cuando a los demás les falta lo necesario. En una palabra, el derecho de propiedad no debe ejercitarse jamás en detrimento de la utilidad común”. La Encíclica no rechaza la propiedad privada sobre los medios de producción; antes por el contrario, recuerda sus logros: “Necesaria para el progreso humano, la industrialización es al mismo tiempo señal y factor de desarrollo. El hombre, mediante la tenaz aplicación de su inteligencia y de su trabajo, arranca poco a poco sus secretos a la naturaleza y hace un uso mejor de sus riquezas. Al mismo tiempo que disciplina sus costumbres, se desarrolla en él el gusto por la investigación y la invención, la aceptación del riesgo calculado, la audacia en las empresas, la iniciativa generosa y el sentido de responsabilidad. Pero, por desgracia, sobre esas nuevas condiciones de la sociedad, ha sido construido un sistema que considera el provecho como el motor esencial del progreso económico, la concurrencia como ley suprema de la economía, la propiedad privada de los medios de producción como derecho absoluto, sin límites ni obligaciones sociales correspondientes. Este liberalismo sin freno, que conduce a la dictadura, fue justamente denunciado por Pío XI como generador del imperialismo internacional del dinero. No hay mejor manera de reprobar un tal abuso que recordando solemnemente una vez más que la economía está al servicio del hombre. Pero si es verdadero que un cierto capitalismo ha sido la causa de muchos sufrimientos de injusticias y luchas fratricidas, cuyos efectos todavía duran, sería injusto que se atribuyera a la industrialización misma los males que son debidos al nefasto sistema que la acompaña. Por el contrario, es justo reconocer la aportación irremplazable de la organización del trabajo y del progreso industrial a la obra del desarrollo”. (*Populorum Progressio*, nº 23 a 26).

En medio de sus conflictos sociales, los pueblos de la civilización occidental conservan una firme confianza en el derecho de propiedad, como sustento de un estilo de vida al que no se sienten dispuestos a renunciar. Pero al propio tiempo, el avance de la socialización del derecho y su repercusión en el derecho de propiedad, es incontenible. Este proceso, que hoy es palmario, fue intuido con su habitual agudeza por IHERING en el siglo pasado: “No hay que ser profeta para conocer que esta concepción social de la propiedad ganará cada vez más terreno a la individualista. Un tiempo vendrá en que la propiedad estará configurada muy distintamente que hoy día, en que el aparente derecho del individuo a amontonar, lo más posible de los bienes terrenales y a reunir en su mano una propiedad territorial sobre la que podrían vivir cientos y aun miles de labradores independientes, no sea reconocido por

la sociedad en mayor grado que el derecho de vida y muerte del antiguo padre romano sobre sus hijos o la venganza privada, el merodeo de los señores feudales y el derecho de clases de la Edad Media” (ver nota 5).

Si esta evolución hacia la socialización de la propiedad es hoy evidente, la gran cuestión consiste en establecer cuál será el límite de esa socialización, hasta dónde este proceso puede avanzar sin aniquilar el derecho de propiedad, ese formidable bastión del bienestar del hombre y del desarrollo de la civilización.

Porque es necesario evitar los peligros de las concepciones materialistas de la propiedad, que Fenzi expresa así: “No aparece ya como dominante el fin de disciplinar la libertad de los ciudadanos por la armonía de la vida social, los bienes no son ya considerados solamente como objeto de la actividad del individuo, en cuanto éste pueda usar, gozar y disponer de ellos; sino que, en cambio, afirmándose como base de la organización social el dato económico, son los bienes los que se ponen en primer plano; y su utilización, su destino, su organización son los que aparecen como objeto inmediato de la disciplina jurídica, tal como si ellos fueran lógicamente un *prius* respecto del ciudadano” (ver nota 6). Una tal concepción ignora que el primer plano corresponde siempre al hombre, a cuyo servicio están los bienes; claro está que hablamos del hombre como ser eminentemente social que es. Esta esencia social del ser humano, obliga a considerar siempre sus derechos desde el ángulo del bien común. Por ello mismo, debemos saludar como una conquista de nuestro tiempo el reconocimiento de que la propiedad se justifica fundamentalmente en razón de su función social.

1111/10030

B.— CONCEPTOS GENERALES

1111/6

6. CONCEPTO Y DISTINCIÓN CON LOS OTROS DERECHOS PATRIMONIALES; REMISIÓN.— De una manera general, puede decirse que el derecho real es el que se tiene directamente sobre una cosa; sobre este concepto, así como también sobre la distinción entre los derechos reales, los personales y los intelectuales, remitimos a nuestra Parte General, t. 2, n° 748 y siguientes.

(nota 1) PUIG BRUTAU, Fundamentos de derecho civil, t. 3, p. 105.

(nota 2) HEDEMANN, Tratado de derecho civil, t. II, p. 7.

(nota 3) Sobre el marxismo y el derecho de propiedad en Rusia, véase la excelente obra de STOYANOVITCH, Le régime de la propriété en U.R.S.S., Paris, 1962.

(nota 4) HEDEMANN, Tratado de derecho civil, t. 2, p. 27.

(nota 5) IHERING, cit. por HEDEMANN, Derechos reales, p. 29.

(nota 6) FENZI, Diritto di proprietà e disciplina della produzione, cit. por PUGLIATTI, La proprietà nel nuovo diritto, p. 246.

1111/10040

§ 2. Los derechos reales en nuestro Código Civil

1111/7

7. SU ORIGEN LEGAL.— No existen otros derechos reales que aquellos que la ley crea y reglamenta (art. 2502 Ver Texto). Este es el principio llamado del numerus clausus (número cerrado) que es capital en esta materia y marca una de las diferencias más notables con los derechos personales, cuyo número y contenido queda librado a la voluntad de las partes.

Precisemos mejor el concepto: las personas pueden constituir y transmitir derechos reales; lo que no pueden hacer es constituir o crear otros derechos reales que aquellos que la ley admite. Esta solución se explica muy fácilmente. Todo el régimen de los derechos reales interesa de manera directa e inmediata al orden público, como hemos podido verlo en las páginas precedentes. Si las personas pudieran crear los derechos reales que convinieran a sus intereses circunstanciales, no tardaría en producirse el caos en el régimen de la propiedad. Tal sistema sería inadmisibles. Por ello está vedado no sólo crear derechos reales que la ley no admite, sino también modificar los que la ley reconoce (art. 2502 Ver Texto).

Una relativa excepción a la regla de que el contenido de los derechos reales está fijado en la ley, es el art. 2952 Ver Texto según el cual el uso y el derecho de habitación son regidos por los titulares que los han constituido y en su defecto, por las disposiciones siguientes. Esto

no quiere decir que las partes estén autorizadas a fijar cualquier contenido a los derechos de uso y habitación; la convención no podría nunca desvirtuar el concepto esencial de estos derechos reales fijado en el art. 2948 Ver Texto ; lo que pueden hacer las partes es simplemente reglamentar con precisión los detalles no esenciales del derecho de uso y habitación.

Finalmente, nuestro Código hace otra concesión al principio de la libertad de las convenciones; establece que todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales o modificase los que el Código reconoce, valdrán sólo como constitución de derechos personales, si como tales pudiesen valer (art. 2502 Ver Texto in fine). En otras palabras: si lo acordado por las partes pudiera subsistir en calidad de derecho personal, como tal puede admitirse su validez. Haciendo aplicación de esta idea, la antigua Cámara Civil 1ª de la Capital resolvió que un contrato de enfiteusis suscrito en 1930 debía reputarse válido como arrendamiento y sujeto a las disposiciones relativas a este contrato (ver nota 1).

1111/8

8. ENUMERACIÓN.— El art. 2503 Ver Texto enumera los derechos reales admitidos: Son derechos reales: 1) el dominio y el condominio; 2) el usufructo; 3) el uso y la habitación; 4) las servidumbres activas; 5) el derecho de hipoteca; 6) la prenda; 7) la anticresis.

A ellos hay que agregar la posesión y un derecho prácticamente desaparecido, pero que está admitido por el art. 2614 Ver Texto : las rentas que no excedan de cinco años. En el derecho mercantil existen otros derechos reales, admitidos en el Código de Comercio o por leyes especiales: la hipoteca naval, la prenda agraria, los warrants y los debentures.

De todas maneras, estén o no en la enumeración del art. 2503 Ver Texto , los derechos reales deben haber sido creados por la ley; su número está limitado a lo que ésta disponga.

1111/9

9. ADQUISICIÓN, TRANSFERENCIA Y EXTINCIÓN.— Consecuentemente con el mismo principio de que los derechos reales están reglamentados sólo por la ley, el art. 2505 Ver Texto disponía que los derechos reales se adquieren y se pierden según las disposiciones de este Código relativas a los hechos o a los actos por medio de los cuales se hace la adquisición o la pérdida de ellos. Era una disposición perfectamente inútil, pues ya de los arts. 2502 Ver Texto y 2503 (y disposiciones concordantes) resultaba con suficiente claridad que todo el régimen de los derechos reales está establecido en la ley. La ley 17711 lo derogó, reemplazándolo por otro texto, que dice: La adquisición o transmisión de

derecho reales sobre inmuebles, solamente se juzgará perfeccionada mediante la inscripción de los respectivos títulos en los Registros inmobiliarios de la jurisdicción que corresponda. Estas adquisiciones o transmisiones no serán oponibles a terceros mientras no estén registradas.

La importancia y la novedad que tiene este artículo, es legalizar los registros inmobiliarios, que por una exigencia ineludible del buen orden de los negocios sobre bienes raíces, había surgido en todo el país como creación de las legislaturas locales, creando una exigencia para la transmisión de derechos reales no contenida en el Código Civil y cuya constitucionalidad, más que discutible, fue admitida con toda razón por el motivo ya expresado: la imprescindible necesidad de organizar en base a ellos la transmisión de los derechos reales.

Aunque la disposición que comentamos se refiere a todos los derechos reales, haremos su estudio al tratar de la propiedad, porque es respecto de la transmisión de este derecho que el problema tiene singular relevancia.

Sólo advertiremos ahora que el nuevo art. 2505 Ver Texto se limita a decir que la transmisión de los derechos reales sólo se juzgará perfeccionada mediante la inscripción en el registro, lo que implica que no se derogan las otras exigencias contenidas en el Código, particularmente la tradición. Respecto de ella, el art. 577 Ver Texto establece que antes de la tradición de la cosa, el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real. Esta es la regla esencial, sobre la que reposa el sistema de adquisición y transmisión del dominio en nuestro Código.

Advertamos que mientras el art. 2505 Ver Texto sólo establece el requisito del registro respecto de la transmisión de derechos reales sobre inmuebles, el art. 577 Ver Texto exige la tradición para cualquier bien, sea mueble o inmueble.

Pero esta regla del art. 577 Ver Texto no es absoluta. Por lo pronto, no hay desplazamientos de la cosa ni, por tanto, tradición, en la hipoteca, ni en la prenda agraria, ni es ella una condición previa para transmisión de los bienes por causa de muerte, que se produce en el mismo momento de la muerte del causante (arts. 3344 Ver Texto y concordantes).

1111/10

10.— Nos hemos limitado, en el número precedente, a dar una idea general sobre los principios legales relativos a la adquisición, transmisión y extinción de los derechos reales. Al tratar de cada uno de ellos estudiaremos los medios peculiares establecidos por la ley en cada caso.

1111/11

11. DERECHOS REALES SUPRIMIDOS; POLÍTICA SEGUIDA POR VÉLEZ SARSFIELD (ver nota 2).— La legislación española y aun nuestro derecho derecho patrio anterior al Código admitían una serie de derechos reales que embarazaban la propiedad, dificultaban su goce y su transmisión y hacían sumamente complejo el régimen del derecho sobre las cosas. VÉLEZ SARSFIELD adoptó el buen temperamento de suprimir algunos derechos que no desempeñaban ningún papel económico valioso ni conveniente desde el punto de vista de los intereses generales.

Los fundamentos de tan importante reforma de la legislación de la época, están dados en la nota al art. 2502 Ver Texto . Dice VÉLEZ SARSFIELD que “desde la Edad Media, las leyes de casi todos los Estados de Europa crearon derechos reales por el arrendamiento perpetuo o por el contrato de cultura perpetua y por mil otros medios. En España, la constitución de rentas perpetuas como los censos creó un derecho real sobre los inmuebles que las debían; y el acreedor del canon tenía el derecho de perseguir la cosa a cualquier mano que pasase. Los escritores españoles se quejan de los males que habían producido los derechos reales sobre la misma cosa, el del propietario y el del censalista, pues las propiedades iban a su ruina. En otros casos se veía ser uno el propietario del terreno y otro el de los árboles que en él estaban. Algunas veces, uno era el propietario del pasto que naciera y otro el de las plantaciones que hubiese hecho. La multiplicidad de los derechos reales sobre unos mismos bienes es una fuente fecunda de complicaciones y de pleitos y puede perjudicar mucho a la explotación de esos bienes y la libre circulación de las propiedades, perpetuamente embarazadas, cuando por las leyes de sucesión esos derechos se dividen entre muchos herederos, sin poder dividir la cosa asiento de ellos”.

Eran como se ve, buenas razones para eliminar derechos que perjudicaban la propiedad. VÉLEZ se preocupó fundamentalmente de estructurar una propiedad fuerte (ya veremos que en este punto incurrió en exageraciones) para crear una poderoso incentivo a la explotación de las inmensas pampas desiertas. Su reforma tuvo un fecundo significado político y económico. Con razón se ha dicho que su Código, fue un Código colonizador.

1111/12

12.— Fue así como quedaron suprimidos los siguientes derechos reales:

a) El de superficie, que consistía en el derecho del superficiario de poder hacer obras, edificios, plantaciones, sobre los cuales tenía un derecho de propiedad independiente del dominio que corresponde al propietario del terreno, el cual tenía derecho a hacer sótanos y

otros trabajos subterráneos con tal de que no perjudicase los derechos del superficiario (VÉLEZ SARFIELD, nota del art. 2503 Ver Texto).

VÉLEZ prefirió una propiedad plena, prolongada hasta “el cielo y el infierno”, es decir, que comprendiese no sólo la superficie sino el subsuelo y el espacio aéreo correspondiente. Aunque con un significado muy distinto al antiguo derecho de superficie, la ley de propiedad horizontal ha venido a revivir algunos de sus principios, al permitir la división de un inmueble por pisos o departamentos.

1111/13

13.— b) La enfiteusis que consistía en la entrega de un fundo bien fuera a perpetuidad, bien por un largo tiempo, con cargo de mejorarlo con construcciones o plantaciones y de pagar un canon anual. El enfiteuta ejerce las acciones petitorias y posesorias, puede constituir hipotecas sobre el fundo e imponerle servidumbre (nota al art. 2503 Ver Texto). En nuestro país, la enfiteusis fue creada por Rivadavia como un medio de conceder tierras fiscales sin enajenar su dominio, que quería conservar para el Estado como base de su crédito para obtener empréstitos extranjeros. La experiencia, como tantas otras ilusiones rivadavianas, fue un completo fracaso. Es el inconveniente de inventar soluciones legales sin ocuparse mayormente de la realidad para la cual se legisla.

1111/14

14.— c) Las rentas y censos de más de cinco años. Es necesario decir que la interpretación del art. 2614 Ver Texto suscitó en este punto alguna duda. Dice que “los propietarios de bienes raíces no pueden constituir sobre ellos derechos enfitéuticos, ni de superficie, ni imponerles censos, ni rentas que se extiendan a mayor término que el de cinco años...” ¿La autorización por cinco años se refiere solamente a las rentas o comprende también a los censos? A nuestro juicio la discusión ha quedado superada por la observación de ALLENDE: el concepto de renta, en cuanto derecho real, se confunde con el de censo (ver nota 3). Es un derecho real constituido sobre inmuebles, que obliga a una de las partes, el censatario, a abonar a la otra, el censalista, un canon en dinero o frutos, por períodos generalmente anuales (ver nota 4).

Hay que agregar todavía que el censo puede ser: 1) enfitéutico, en el cual el dueño o censalista conserva el dominio directo y transfiere el útil al censatario, que debe pagar un canon; 2) consignativo, en el cual el dueño conserva el dominio directo y el útil pero se obliga a pagar al censalista un canon periódico, derecho que éste adquiere a cambio de una suma de dinero, que es el precio del censo; 3) reservativo, en el cual el dueño transfiere el dominio pleno, pero se reserva el derecho de percibir una renta o canon.

Estos derechos han desaparecido totalmente de nuestras prácticas. El enfiteútico ha sido reemplazado por el contrato más moderno, más elástico, mejor legislado, del arrendamiento o la aparcería rural. El consignativo, si no tiene carácter perpetuo (como no lo puede tener en nuestro derecho) y está limitado a cinco años, es reemplazado con ventaja por la hipoteca, que garantiza eficazmente a quien facilita una suma de dinero (el precio del censo) que ella le será devuelta, para lo cual goza con la garantía real del inmueble. El reservativo ha sido sustituido con ventaja por la renta vitalicia, que puede extenderse mucho más allá de los cinco años del censo. Como en el caso anterior, este derecho de censo, si no es perpetuo o por largo tiempo, carece de papel en el plano de las relaciones económicas.

También ha contribuido a su desuso la total falta de reglamentación legal; nadie puede utilizar en sus relaciones con terceros un derecho cuyo contenido y límites no se pueden determinar con exactitud.

1111/15

15.— d) Las vinculaciones eran derechos establecidos sobre bienes inmuebles; su efecto era la indisponibilidad de los bienes, fuera por actos entre vivos o de última voluntad, pues en el mismo título de constitución se establecía quiénes debían ser los sucesores en el dominio. Los más importantes eran los mayorazgos y las capellanías.

El mayorazgo consistía en establecer de modo perpetuo el orden sucesorio respecto de un bien o de varios bienes determinados. Se instituía generalmente estableciendo que a la muerte del primer heredero lo heredaría su hijo mayor varón y así sucesivamente; por cierto, se preveía también la posibilidad de que no hubiera hijos varones y aun de que no hubiese hijos, reglamentando en toda hipótesis cómo habían de transmitirse los bienes. El titular del mayorazgo no podía enajenar ni gravar el bien, ni tampoco alterar el orden de sucesión establecido por el fundador. Se trataba de una institución feudal, destinada a mantener el poderío de la familia, evitando la dispersión de los bienes.

Recordemos que ya la Asamblea del Año XIII había prohibido la fundación de mayorazgos.

La capellanía consistía en afectar perpetuamente un bien al cargo de decir misas por el alma del instituyente. Intervenían tres partes: el instituyente o fundador, en cuyo beneficio debían decirse las misas; el patrono, que es la persona que gozaba del bien capellánico (generalmente una orden religiosa o el Obispado) y que debe pagar al capellán sus servicios; y finalmente, el capellán, que es el sacerdote sobre quien pesa la obligación de decir las misas y que tiene derecho a percibir una renta o pensión.

Si en nuestro país la constitución de mayorazgos fue poco frecuente, en cambio fueron muy numerosas las capellanías. A principios del siglo XX, se mantenía el problema, cuya gravedad queda patente con sólo mencionar el número de seis mil capellanías en la sola ciudad de Buenos Aires (ver nota 5). Eran verdaderas manomuestras, que mantenían en el atraso importantes barrios. Se dictó entonces la ley 4124 , llamada de redención de capellanías, con alcance local para la Capital Federal y Territorios Nacionales; leyes similares se dictaron luego en las distintas provincias. Como consecuencia de ellas, el problema quedó prácticamente solucionado al extinguirse las capellanías.

1111/16

16. DERECHOS REALES SUPRIMIDOS POR EL CÓDIGO, PERO CONSTITUIDOS ANTES DE SU VIGENCIA.— El problema que ahora hemos de considerar es el siguiente: ¿qué suerte corren los derechos reales que fueron suprimidos por el Código, pero que estaban constituidos y vigentes en la época de su sanción? Debemos decir que hoy, a cien años de la sanción del Código, la cuestión es meramente académica. Estos derechos han desaparecido totalmente de la vida jurídica argentina. Pero no hay que desconocer la posibilidad, siquiera sea remota, de que algún derecho de estos todavía subsista.

Desde luego, no cabe duda de que el Código no extinguió los derechos reales entonces existentes; prohibió que se constituyeran en lo sucesivo. Y no hubiera podido arrasar o dejar sin efecto alguno los derechos reales en ese momento vigentes, pues ello hubiera importado ni más ni menos que afectar la garantía de la propiedad, establecida en la Constitución Nacional.

Cabe preguntarse si no hay forma de eliminar los derechos reales suprimidos que todavía graven alguna propiedad. La ley sobre redención de capellanías estableció el sistema para resolver el principal problema que sobre esta materia quedó subsistente; pero se mantiene la cuestión de si el propietario de un inmueble no tiene forma de desembarazarse de un derecho de enfiteusis, de superficie, de un censo o un mayorazgo.

El punto de partida para la solución de este problema debe ser esencialmente realista. Se ha dicho ya que todo el régimen de la propiedad hace de modo inmediato el orden público. Es evidente que no puede permitirse la subsistencia de derechos que hoy la sociedad considera contrarios a los intereses públicos. El concepto ha quedado muy claro en la nueva redacción del art. 3 Ver Texto del Código Civil, según el cual la nueva ley se aplica de inmediato a las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Dado que nuestro derecho no admite ya estos derechos reales suprimidos, considerándolos contrarios a los intereses generales, debe reconocerse al dueño la posibilidad de liberarse de ellos. Y la única forma justa de hacerlo, evitando toda lesión al derecho patrimonial de quien es titular de un derecho real suprimido, es demandar su anulación, ofreciendo pagar la indemnización que los jueces

fijen como justa compensación del derecho que se pierde (ver nota 6). Ello permite conciliar el interés de orden público implicado en esta cuestión, con el respeto por el derecho patrimonial de quien será privado de su derecho, pero recibiendo en cambio una justa indemnización.

En el caso de los mayorazgos, la solución es ciertamente más simple. Su supresión no perjudica sino a los que tienen un eventual derecho a suceder a quien era titular del mayorazgo en ese momento, derecho que, desde luego, estaba condicionado a la circunstancia de que ese pretendiente al mayorazgo sobreviviera al titular. No se trataba, pues, de un derecho actual, incorporado al patrimonio, sino de uno puramente eventual. De este modo, la supresión del mayorazgo no afectó en manera alguna la protección constitucional de la propiedad, del mismo modo que no la afecta la modificación del orden sucesorio o de las porciones que tocan a los herederos o el reconocimiento de nuevos herederos y la supresión de otros. Todo esto pueden hacer las nuevas leyes (lo ha hecho la ley 17711) sin que tal reforma legislativa vulnere la garantía constitucional de la propiedad, que sólo juega cuando un derecho está ya incorporado al patrimonio del titular, cosa que no ocurre en el caso de los eventuales herederos. Con ello decimos que la supresión de los mayorazgos ha podido hacerse y se ha consumado sin ningún resarcimiento en favor de los eventuales sucesores.

(nota 1) C. Civil. 1ª Cap., 12/2/1940, L. L., t. 17, p. 426.

(nota 2) Véase ALLENDE, Tratado de enfiteusis y demás derechos reales suprimidos o restringidos por el Código Civil, Buenos Aires, 1964.

(nota 3) ALLENDE, Tratado de enfiteusis, p. 40 y s. De acuerdo, MARIANI DE VIDAL, Curso de derechos reales, p. 45.

(nota 4) ALLENDE, Tratado de enfiteusis, p. 126, de quien hemos tomado, con ligeras variantes, la definición.

(nota 5) Dato del diputado Barroetaveña durante la discusión de la ley (cit. por ALLENDE, Tratado de enfiteusis, p. 163).

(nota 6) De acuerdo: ALLENDE, Tratado de enfiteusis, p. 65; LAFAILLE, Tratado de derechos reales, t. 1, nº 56. El Proyecto de 1936 tenía una previsión expresa en este sentido (art. 2141).

1111/17

17. CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS REALES.— Los derechos reales pueden clasificarse conforme a distintos criterios:

a) Según el más corriente, hay que distinguir entre los derechos reales que se tienen sobre la cosa propia (dominio, condominio) y los que se tienen sobre una cosa ajena (los restantes derechos reales). Cabe hacer la excepción de la posesión, que puede tenerse sobre una cosa propia (que es lo normal) o sobre una ajena.

b) También pueden clasificarse en derechos reales de disfrute y de garantía; los primeros son el dominio y condominio, el usufructo, las servidumbres, el uso y la habitación; los segundos, la hipoteca, la prenda y la anticresis. En el primer caso, los derechos conceden al titular un derecho de disfrute amplio (dominio) o limitado (demás derechos de disfrute) sobre la cosa; en el segundo, el derecho sólo sirve de garantía para el pago de una deuda contraída por el dueño.

c) Otra clasificación posible —y de la mayor importancia— es la que distingue entre el dominio y el condominio, por una parte, y los otros derechos reales. El dominio es un derecho de señorío pleno, el prototipo de los derechos reales, el que reúne todas las potestades que la ley reconoce sobre una cosa. Los restantes derechos reales no son sino desmembramientos de la propiedad: el propietario (y en algunos casos la ley) desgaja una de sus atribuciones legales y se las reconoce a otra persona.

1111/18

18. ACCIONES REALES.— Los derechos reales están protegidos por las acciones reales. Según el art. 2756 Ver Texto , acciones reales son los medios de hacer declarar en juicio la existencia, plenitud y libertad de los derechos reales, con el efecto accesorio, cuando hubiere lugar, de indemnización del daño causado.

El art. 2757 Ver Texto enumera las siguientes acciones reales: la reivindicatoria, la confesoria y la negatoria. Pero no ha de creerse que éstas sean las únicas acciones reales; también tienen ese carácter las posesorias y las que derivan de los derechos reales de garantía: hipoteca, prenda y anticresis. Y se discute el carácter de las acciones de deslinde y de partición de cosas comunes. Dejamos solamente planteado el tema, que hemos de examinar en su momento (véase nº 1478).

1111/19

19.— Conviene señalar, siquiera sea de modo muy sucinto, las diferencias esenciales entre las acciones reales y las personales:

a) Las acciones reales tienden al mantenimiento del derecho y se ejercen tantas veces sea necesario para defenderlo contra cualquiera que pretenda turbar su ejercicio; las personales sólo pueden dirigirse contra el deudor y tienden a la extinción del derecho, pues una vez cobrado el crédito, cesa la obligación. Por excepción, las acciones derivadas de los derechos reales de garantía, tienden no al mantenimiento del derecho, sino a la extinción, pues se trata de derechos accesorios de un crédito en dinero (véase nº 1477).

b) Es característico de los derechos reales (y las acciones que los protegen sirven a ello) el jus perseguendi o sea la facultad de hacerlo valer contra cualquiera que se halle en posesión de la cosa; aunque el principio no es absoluto y sufre excepciones que veremos en su momento. Los derechos personales, en cambio, no gozan de ese privilegio.

c) También hay diferencias en cuanto a la competencia judicial: con relación a las acciones reales sobre bienes inmuebles, es competente el Juez del lugar donde está situada la cosa; si se ejercen sobre bienes muebles, es competente el Juez del lugar en donde las cosas se encuentren o el del domicilio del demandado, a elección del actor. Si se trata de acciones personales, es competente el Juez del lugar en que debe cumplirse la obligación o, en su defecto, a elección del actor, el del domicilio del demandado o el del lugar del contrato, siempre que el demandado se encuentre en él, aunque sea accidentalmente, en el momento de la notificación (art. 5 Ver Texto , incs. 1, 2 y 3, C. Procesal para la Justicia Nacional).

1111/10050

POSESIÓN

1111/10060

CAPÍTULO II - DE LA POSESIÓN EN GENERAL (ver nota 1)

1111/10070

§ 1. Naturaleza jurídica

1111/20

20. DIFICULTADES DEL TEMA.— Una de las cuestiones clásicas del derecho civil es la controversia en torno a la naturaleza y elementos de la posesión. ¿Qué es la posesión?

Para quien se aproxima desprevenidamente al tema, la respuesta es simple: poseer es tener una cosa en su poder, usarla, gozarla, aprovecharla. El ejemplo típico y más característico es la cosa que se ase, que se tiene físicamente en la mano. Y éste es indudablemente el origen histórico de la institución; pero a medida que la civilización se hace más compleja, también se complican los conceptos y las instituciones jurídicas, a las que aquélla transmite su refinamiento. Por lo pronto, es claro que la posesión no requiere una permanente inmediatez física; así, por ejemplo, yo poseo los muebles de mi casa, aunque esté ausente, quizás a muchos kilómetros de distancia. Del mismo modo, hay que admitir que si yo entrego la cosa a un representante mío (por ejemplo, un depositario de una cosa mueble, un administrador de una estancia) conservo la posesión de la cosa. Hay posesión en estos casos, no obstante que la cosa ya no se tiene in manu, que no hay aprehensión física. Ya resulta claro que la posesión no es una mera situación de hecho. En estos supuestos que hemos dado como ejemplo, resulta indispensable elevarse por encima de lo que es una mera aprehensión física y pensar la posesión como una institución jurídica; pues solamente por una conceptualización jurídica podemos llamar posesión a lo que físicamente no se detenta.

Pero hay que avanzar todavía un paso más. Supongamos que el dueño reconoce a un tercero (por ejemplo, un locatario) derecho a usar y gozar de la cosa; y se lo reconoce por un plazo prolongado (2, 5, 10 años), durante el cual debe abstenerse de perturbarlo en el uso y goce de la cosa. Es evidente que el propietario ha perdido la tenencia material de la cosa; sin embargo, conserva la posesión.

Reconocer que hay posesión en este caso, supone admitir que estamos en presencia de una institución jurídica que no requiere necesariamente la aprehensión, el contacto físico aunque esa manus esté en el alma de la institución y, sobre todo, en su origen histórico.

De todo lo cual surge que, por un lado, la tenencia física explica históricamente la posesión y le da su sentido profundo; pero al propio tiempo y por razones que en su momento veremos, la ley protege no tanto a quien tiene efectivamente la cosa en su poder, como a quien tiene derecho a tenerla. Con lo cual se plantea una contradicción y un motivo de confusión con relación al concepto y naturaleza de la posesión.

Todavía más. Puede haber un conflicto entre quien tiene efectivamente la cosa (simple tenedor) y quien tiene derecho a tenerla (poseedor). Puede también haber un conflicto entre el poseedor y quien tiene derecho a la posesión (propietario). Todo esto convierte esta cuestión en un tema especialmente delicado, objeto de interminables controversias y debates.

Para no confundir las ideas sumergiéndonos en un doctrinarismo estéril, expondremos en los números que siguen solamente las doctrinas que han ejercido mayor influencia sobre el pensamiento y la legislación contemporánea. Ello nos permitirá introducirnos en el problema de la naturaleza de la posesión e investigar cuáles son sus elementos esenciales.

1111/10080

A.— ELEMENTOS DE LA POSESIÓN

1111/21

21. DISTINTAS TEORÍAS.— Aclarado, como lo hemos hecho en el número anterior, que sólo trataremos las teorías de mayor relieve científico y trascendencia legislativa, es necesario añadir que la gran controversia en torno a este tema, ha seguido las huellas de dos grandes juristas alemanes, SAVIGNY y IHERING. Procuraremos sintetizar brevemente su pensamiento.

1111/22

22. TEORÍA DE SAVIGNY (ver nota 2).— Sostiene este autor que la posesión supone la existencia de dos elementos esenciales: el corpus y el animus. El corpus es el elemento físico de la posesión, sin el cual ésta no se concibe. En su forma típica, supone el contacto material o manual; pero en la práctica, ese contacto no es indispensable. Más aún, sólo se produce accidentalmente, porque una persona puede ser poseedora de múltiples bienes y sólo tiene posibilidad de tener contacto directo e inmediato con muy pocos de ellos. Lo que realmente define el corpus, lo que verdaderamente convierte a una persona en poseedora, es la posibilidad material de hacer de la cosa lo que se quiera, impidiendo toda ingerencia extraña. Quien puede tomar en todo momento una cosa, colocada frente a él, es tan completamente señor de ella como si la hubiera en realidad aprehendido.

Pero no basta con el corpus. Para que realmente una persona sea reputada poseedora, es necesario que posea con ánimo de dueño. Por el contrario, si tiene la cosa reconociendo en otro el derecho de propiedad, si la tiene en representación de otro o para otro, es un simple detentador. Es necesario insistir en este concepto por la trascendencia que ha tenido en nuestra legislación: si se posee con ánimo de dueño, hay posesión propiamente dicha; si se tiene la cosa reconociendo en otro el derecho de propiedad, hay simple tenencia. Es por consiguiente, el animus lo que distingue al poseedor del tenedor; el otro elemento, el corpus no permite por sí distinguirlos, ya que tanto el poseedor como el detentador tienen la cosa de la misma manera.

Agreguemos, para aclarar las ideas, que el corpus no es simple inmediatez física; así, por ejemplo, una persona dormida o ebria o demente no posee la cosa que se ha puesto en su mano. Es un simple caso de yuxtaposición local, pero no de corpus propiamente dicho, que al menos exige conciencia de que se está detentando algo. Es decir, se exige una suerte de animus, pero no el animus de poseer, sino el simple animus de detentar.

1111/23

23. TEORÍA DE IHERING (ver nota 3).— IHERING impugnó vivamente la doctrina de SAVIGNY. Prescindimos de los argumentos fundados en el derecho romano, pues el acierto o error de las doctrinas sobre la posesión no dependen, ciertamente de su adecuación a lo que pensaron los juristas romanos, sino de su conformidad con la naturaleza de la institución, tal como ella funciona en el derecho moderno.

IHERING empezó por negar que el corpus esté caracterizado por la posibilidad material de disponer de la cosa, porque no siempre el poseedor tiene la posibilidad física de disponer. Sin contar con que el señorío de que nos habla SAVIGNY, existe también en las relaciones de padre a hijo menor, no obstante lo cual, no hay posesión. En cuanto al animus que requiere SAVIGNY, muchas veces será imposible probar, puesto que se trata de un elemento intencional. ¿Y qué ocurre cuando la persona cambia de ánimo y la tiene hoy como dueño, mañana como representante de él, luego nuevamente como dueño? Finalmente, las leyes reconocen el carácter de poseedores a quienes no son propietarios (en nuestro derecho lo son el usufructuario, el usuario, el acreedor anticresista, el titular de una servidumbre).

Esta crítica llevó a IHERING a replantear la cuestión sobre una base puramente objetiva, escapando al subjetivismo implícito en la concepción de SAVIGNY.

Por lo pronto, sostuvo la necesidad de repensar el concepto de corpus, esto es, del elemento material de la posesión. No se trata ni de la aprehensión física, ni de la posibilidad física de aprehender la cosa; se trata de comportarse respecto de la cosa como lo haría el propietario

o las personas a las cuales la ley reconoce el derecho de posesión; lo decisivo es que esa conducta sea la adecuada al destino económico de la cosa de servir a los hombres.

En cuanto al animus, IHERING prescinde de él. La posesión basta por sí; de modo que cada vez que alguien tiene una cosa en su poder, corresponde ampararla legalmente. A menos que la ley, por razones que varían, le niegue en ciertas circunstancias o casos, ese amparo o lo reduzca a límites más modestos (como ocurre con el simple tenedor).

Según SAVIGNY, entre posesión y tenencia lo que varía es el animus domini que tiene el poseedor y del que carece el tenedor. Según IHERING, lo que distingue a uno y otro es simplemente la voluntad del legislador que por motivos distintos, otorga en un caso la protección posesoria y en otro la deniega.

1111/24

24. DOCTRINA DE SALEILLES (ver nota 4).— Inspirado evidentemente en IHERING, sostiene SALAILLES una doctrina no perfectamente identificada con la del maestro alemán. Por lo pronto, impugnando a SAVIGNY dice que no es posible adoptar la propiedad como base o modelo de la posesión, ya que históricamente, la apropiación y posesión precedieron a la propiedad. Y define el corpus como el conjunto de hechos susceptibles de descubrir una permanente relación de apropiación económica, un vínculo de explotación de la cosa, puesta al servicio del individuo. En el poseedor, no hay una pretensión de apropiación jurídica de la cosa, sino un propósito de apropiación económica.

1111/25

25. ANÁLISIS CRÍTICO; NUESTRA OPINIÓN.— En el plano doctrinario no cabe duda de que la doctrina de SAVIGNY no resiste el análisis. Si, como ya lo hemos dicho, en el origen y aun en la idea matriz de la posesión está la aprehensión material, en el estado actual del derecho esto está muy alejado de la realidad. No se gana mucho con la aclaración de SAVIGNY de que no se trataría de una aprehensión efectiva, sino de una posibilidad física de tenerla. El propietario que ha alquilado su casa, no tiene posibilidad física ni jurídica de tenerla y, sin embargo, conserva la posesión. Tampoco sirve el animus domini para distinguir al poseedor del simple tenedor, pues ya lo veremos, ni el usufructuario ni el titular de una servidumbre activa son propietarios y, sin embargo, son poseedores. Inclusive, puede ocurrir que una persona tenga la cosa con ánimo de hacerlo para otro, y sin embargo, sea verdadero poseedor. Así ocurre, por ejemplo, con el depositario que siendo heredero del depositante no sabe que éste ha muerto o cree que existe otro heredero con mejor derecho, no siendo así. Su ánimo sigue siendo de depositario y, sin embargo, se ha convertido, sin él saberlo, en verdadero poseedor (ver nota 5). Ello sin contar los inconvenientes gravísimos de tener que probar este animus domini. En este punto es donde

IHERING ha demostrado toda su clarividencia: la verdadera distinción entre poseedor y tenedor no radica en este supuesto *animus domini*, sino que en la ley, procediendo por razones de política económica o jurídica, otorga una protección determinada a ciertas conductas en relación a las cosas y, en cambio, no protege (u otorga una protección menos intensa) a otras situaciones o casos.

En donde nos parece menos claro IHERING es en su intento de definir el *corpus*. No lo mejora mucho SALEILLES, pues “el conjunto de hechos susceptibles de descubrir una relación permanente de apropiación económica, un vínculo de explotación de la cosa, puesta al servicio del individuo” es un concepto que se resiente de una vaguedad e imprecisión desconcertantes. ¿No cabe cómodamente en él el arrendatario, que no es poseedor?

Para nosotros, la teoría de IHERING debe llevarse a sus últimas consecuencias: habrá posesión allí donde la ley otorgue la protección posesoria; no lo habrá si esa protección no se otorga. Se nos objetará que este planteo de la cuestión no resuelve lo sustancial, a saber, cuándo debe el legislador otorgar la protección posesoria. O para decirlo en otras palabras, cuál es y cómo se configura la situación de hechos que por ser posesión, merece la protección posesoria. Veamos en qué medida es posible determinarlo conceptualmente.

La esencia de la posesión es una situación de disfrute. El paradigma, el caso ejemplar, es la propiedad plenamente ejercida. El propietario es el poseedor por excelencia. Pero a veces una situación de disfrute es protegida frente al propietario, frente al titular del dominio (ver nota 6). Nuestro Código califica de poseedores y concede la protección posesoria a los usufructuarios, usuarios, a los titulares de servidumbres, de un derecho de prensa o de anticresis. Esa protección posesoria se otorga por razones de política legislativa de la más variada naturaleza. De ahí que no sea posible, en el plano de la pura teoría jurídica, determinar por anticipado cuándo debe otorgarse esa protección. Ésta es cuestión que decidirá el legislador teniendo en cuenta motivaciones económicas y sociales. Por eso hay situaciones que en algunas legislaciones se llaman posesión y en otras no. Nuestro Código no considera poseedor propiamente dicho ni al locatario ni al depositario, pero en cambio lo calificaban así el Anteproyecto de Babiloni (art. 2298) y el Proyecto de 1936 (art. 1403).

Cabe agregar que en estos casos se produce una suerte de superposición de posesiones: una inmediata, más vital (y, por tanto, más protegida), que se reconoce al usufructuario, usuario, etc.; y una mediata, que se reconoce al propietario.

Como puede apreciarse, las ideas de *corpus* y *animus domini* no han hecho sino complicar innecesariamente el concepto de nuestra institución; se trata simplemente de proteger ciertas situaciones de disfrute, ciertas conductas del hombre respecto de las cosas. El presupuesto fáctico de la posesión no es por consiguiente la aprehensión de la cosa ni la posibilidad de aprehenderla, sino un cierto señorío de hecho sobre ella (ver nota 7). La ley

determina qué debe entenderse por tal señorío o, para decirlo con mayor precisión, en qué casos la conducta de una persona respecto de una cosa merece la protección posesoria (ver nota 8).

Esa conducta humana es, desde luego, una relación que superando lo meramente fáctico, se convierte en una relación de derecho. Y es relación de derecho porque aunque referida esa conducta inmediatamente hacia una cosa, crea el derecho de ser respetado por los demás, es decir, crea relaciones y situaciones jurídicas intersubjetivas.

1111/26

26. LA CUESTIÓN EN NUESTRO CÓDIGO.— La influencia de SAVIGNY sobre VÉLEZ SARSFIELD en toda esta cuestión, es manifiesta. Pero ya veremos que el excelente criterio jurídico de nuestro codificador le permitió eludir los principales inconvenientes que derivan de la teoría sobre la posesión del maestro alemán.

En el art. 2351 Ver Texto se define la posesión de la siguiente manera: Habrá posesión de las cosas cuando alguna persona, por sí o por otro, tenga una cosa bajo su poder, con intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad. Concepto que luego habría de reiterar con distintas palabras en el art. 2373 Ver Texto . Aquí está neta la concepción de SAVIGNY con su corpus y su animus.

La idea del corpus está luego expresada en otras disposiciones como el art. 2374 Ver Texto , 2375, 2386 Ver Texto , etc. El primero define la aprehensión diciendo que debe consistir en un acto que aunque no sea un contacto personal, ponga a la persona en presencia de la cosa, con la posibilidad física de tomarla. Y el art. 2384 Ver Texto da algunos ejemplos de actos posesorios: su cultura, percepción de frutos, su deslinde, la construcción o reparación que en ellas se haga y, en general, su ocupación, de cualquier modo que se tenga, bastando hacerla en alguna de sus partes.

En cuanto al animus, dice el art. 2352 Ver Texto que el que tiene efectivamente una cosa pero reconociendo en otro la propiedad, es simple tenedor de la cosa y representante de la posesión del propietario, aunque la ocupación de la cosa repose sobre un derecho.

Pero VÉLEZ SARSFIELD elude las principales dificultades derivadas del requisito del animus, atribuyendo a algunos actos el carácter de posesorios, tal como lo hace en el art. 2384 Ver Texto que hemos transcrito anteriormente. Vale decir, basta la conducta objetiva descrita en esta norma para que se tengan por reunidos el corpus y el animus; o para decirlo de otra manera, hay actos que permiten inferir la existencia del animus. De igual modo, impide que la voluntad cambiante del poseedor (que hoy puede tener ánimo de

dueño y mañana de representante de él) pueda influir sobre la posesión: Nadie puede cambiar por sí mismo, ni por el transcurso del tiempo, la causa de posesión.

Además, reconoce el carácter de poseedor al usufructuario (art. 2876 Ver Texto), al usuario (art. 2950 Ver Texto), al titular de una servidumbre (art. 3034 Ver Texto), de un derecho de prenda (art. 3205 Ver Texto) y de un derecho de anticresis (art. 2462 Ver Texto , inc. 4º). Ello revela que el ánimo de propietario no es un requisito sine qua non de la posesión y que el legislador se ha sentido autorizado a extender la protección posesoria a los titulares de algunos derechos que reconocen en otro el dominio de la cosa.

No obstante estas atenuaciones al sistema de SAVIGNY, y a pesar que éstas y otras reglas que en su momento veremos eliminan los más graves inconvenientes que surgen de él, es evidente que sería aconsejable clarificar en nuestra legislación el concepto de posesión, sobre una base más realista y jurídica. Debemos destacar que la reforma de 1968 introdujo al art. 2355 Ver Texto un agregado importante. Dispone que se considera legítima la adquisición de la posesión de inmuebles de buena fe, mediando boleto de compraventa. En este supuesto, el adquirente sabe que no es propietario; no obstante, es poseedor legítimo. Y lo es por la muy simple razón de que la ley ha juzgado conveniente proteger su situación con las acciones posesorias, del mismo modo que ya el Código protegía al usufructuario, usuario o titular de una servidumbre. Y es una prueba más de que poseer con ánimo de dueño no es un requisito sine qua non en nuestro derecho.

1111/27

27. ¿LA POSESIÓN ES UN HECHO O UN DERECHO?.— Ha sido clásica la polémica de si la posesión es un hecho o un derecho. La primera tesis, sostenida por SAVIGNY y sus seguidores, se funda principalmente en la circunstancia de que la posesión consiste en su esencia, en la aprehensión física de una cosa o en la posibilidad de aprehenderla cuando el poseedor quiera. Ya hemos dicho que ésta es una concepción falsa; pero aun admitiendo, por vía de hipótesis, que fuera verdadera, ella no incluiría la naturaleza jurídica de la posesión. Por lo pronto, todos o casi todos los derechos se asientan en un presupuesto de hecho, llámese hecho ilícito, contrato, etc. Ello significa que la existencia de un hecho en el origen de la relación o situación jurídica, no excluye la existencia del derecho.

Hay derecho siempre que la ley proteja una determinada conducta o pretensión. Si la ley me concede acciones posesorias, es porque reconoce mi derecho a no ser perturbado en mi posesión. Permítasenos insistir en el concepto: puesto que tengo acciones, tengo derecho.

A esto, de por sí suficiente, puede agregarse que si en su origen la posesión fue aprehensión física de las cosas, actualmente el concepto es mucho más complejo, a tal punto que es poseedor quien ha cedido a otro el derecho de usar, gozar y aprovechar económicamente

una cosa (por ejemplo, el locador). Ya hemos tratado este punto y no volveremos sobre él. Decir hoy que la posesión es una mera relación de hecho es afirmar un concepto que nada tiene que ver con la realidad jurídica.

Todo ello explica que la doctrina que ve en la posesión un verdadero derecho, tenga hoy pocos contradictores. Y desde luego, es un derecho real, porque reúne todos los caracteres de tal: relación directa con la cosa, acción erga omnes, falta de sujeto pasivo determinado.

Debemos agregar todavía, una característica peculiar de la posesión: es un derecho provisional, a diferencia de otros derechos reales que son permanentes o definitivos. El poseedor no es protegido contra las intervenciones ajenas sino sólo provisionalmente y en tanto las partes debaten sus derechos de fondo sobre la cosa (ver nota 9). Es cierto que la posesión puede adquirir cierta permanencia en virtud del título en que se funda. Así, por ejemplo, el usufructuario de por vida tiene derecho a permanecer en la posesión. Pero esa permanencia no se fundará ya en la posesión. Pero esa permanencia no se fundará ya en la posesión, sino en el contrato de usufructo.

1111/28

28.— La discusión se ha planteado también en torno a los textos de nuestro Código. Los principales argumentos en favor de la tesis de que se trata de un hecho son los siguientes: a) el art. 2363 Ver Texto , que dispone que el poseedor no tiene obligación de producir su título a la posesión: él posee porque posee; b) el art. 2470 Ver Texto habla del hecho de la posesión (ver nota 10). Pero estos textos no demuestran nada. Para tener un derecho no siempre se requiere tener un título: basta una causa jurídica suficiente. Desde el momento que una persona ejerce actos posesorios, la ley la protege; es decir, le reconoce un derecho. Pese a esos textos que se ha hecho jugar en forma equívoca, VÉLEZ tenía el concepto bien definido de que la posesión era un derecho, tal como lo manifiesta explícitamente en la nota al título II del Libro III. Por lo demás, el mismo art. 2470 Ver Texto citado en favor de la tesis que combatimos, dice que el hecho de la posesión da el derecho de protegerse en la posesión propia. Ese derecho es la posesión misma, se confunde con ella, a tal punto de que la posesión no existiría en el campo jurídico, si no se reconociera ese derecho.

1111/29

29. LOS PROYECTOS DE REFORMAS.— En el Anteproyecto de BIBILONI se dice que la posesión de una cosa se adquiere por el poder efectivo sobre ella; y agrega que el que posee como usufructuario, usuario, locatario, depositario u otro título análogo en cuya virtud está autorizado u obligado respecto de otro a poseer temporariamente una cosa, es poseedor de ella y también lo es la persona respecto de la cual existe su derecho u obligación. El primero es poseedor inmediato; el segundo, poseedor mediato (art. 2298). El

propio autor del Anteproyecto señala en la nota respectiva que esta disposición implica apartarse definitivamente de la concepción subjetiva de SAVIGNY, adhiriendo al sistema de IHERING.

El Proyecto de 1936 mantuvo la segunda parte del artículo, corrigiendo la definición de la siguiente manera: Será poseedor quien de hecho ejerza plenamente o no, todas o algunas de las facultades relativas al dominio (art. 1403).

Como puede apreciarse, se ha eliminado de ambas definiciones el animus. Sin embargo, este elemento vuelve a renacer en el Anteproyecto de 1954: hay posesión cuando una persona, por sí o por medio de otra, tiene una cosa ejerciendo sobre la misma las facultades correspondientes a un derecho real, con la voluntad de comportarse como titular de ese derecho (art. 1439). No es, como se señala en la nota respectiva, un retorno a la teoría de SAVIGNY, puesto que para poseer no se requiere animus domini; pero es aproximarse mucho a ella, puesto que se requiere el ánimo o voluntad de comportarse como titular de un derecho real. Es, nos parece, un retroceso infortunado.

1111/10090

§ 2. Fundamento de la protección posesoria

1111/30

30. DISTINTOS FUNDAMENTOS.— Las razones por las cuales la posesión merece la protección legislativa, son de distinta naturaleza:

a) Ante todo, hay una razón de elemental orden jurídico: nadie puede hacerse justicia por su propia mano. Por consiguiente, si alguien pretende tener derechos sobre una cosa que otro tiene en su poder, debe acudir a la justicia, pero no puede tomarla por su propia mano. Desde este punto de vista, puede decirse que la protección posesoria tiene un significado policial. Y, por ello mismo, esa protección debe cubrir no sólo al poseedor propiamente dicho, sino también al detentador, si bien en este último caso la protección es menos intensa.

b) El legislador puede tener en cuenta intereses diversos para otorgar la protección posesoria. A veces, será el de conferir al propietario una acción rápida y suficiente contra un agresor de su derecho; otras, será el propósito de proteger algunas conductas socialmente valiosas, como, por ejemplo, la cultura de la tierra, la conservación de la cosa,

etc. Aquí conviene poner el acento sobre este aspecto de la posesión. Ya veremos que la ley concede algunos derechos inclusive al poseedor de mala fe, que puede usucapir, reclamar las mejoras necesarias, etc. ¿Cómo se explica esta protección de la ley al poseedor de mala fe? ¿No se está protegiendo una conducta inmoral? ¿Cómo se concilia esto con el concepto del Derecho como integrante de un orden ético?

La explicación es simple. He aquí una persona que ha tomado de mala fe la posesión de un inmueble. Luego, ante la pasividad del dueño, lo cultiva, lo hace producir, lo convierte en un bien socialmente valioso. Esta conducta es la que la ley protege; no el acto de toma de posesión, hecho de mala fe. En otras palabras, lo que se protege es la conservación, cuidado, cultivo de la cosa, hechos que son socialmente valiosos con independencia de que el que los llevó a cabo tenga o no derecho a poseer, es decir, sea poseedor de buena o mala fe.

c) Por último y muy vinculado con lo que dijimos en el punto anterior, la defensa posesoria se funda también en la protección de las cosas en sí mismas. Aquí es necesario aclarar los conceptos: las cosas no son sujetos de derecho; son bienes. Pero la circunstancia de no ser sujetos de derecho no excluye la posibilidad de que la ley tenga en mira la conservación de las cosas consideradas en sí mismas. Puesto que ellas sirven a la satisfacción de necesidades humanas, hay un interés social en su conservación y cultivo con independencia de quién sea su poseedor o dueño. El concepto moderno de la función social de la propiedad debe aplicarse, por cierto, a una de sus expresiones más típicas, que es la posesión. Ello explica que la ley 17711 haya eliminado entre las facultades del propietario la de degradar y destruir la cosa, que le reconocía el antiguo art. 2513 Ver Texto . Al protegerse la posesión, se protegen también las cosas.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: La bibliografía sobre la posesión es enorme: citaremos solamente las obras específicamente referidas a este tema que consideramos más importantes: OVEJERO, La posesión, Buenos Aires, 1942; MARTÍNEZ, La posesión, Santa Fe, 1939; MOLINARI ROMERO; Ideas para una revisión de la teoría posesoria, Buenos Aires, 1968; *íd.*, Posesión y tenencia en el Código Civil Argentino, L. L., t. 150, p. 864; ALLENDE, La posesión, Buenos Aires, 1959; BENEDETTI, La posesión, Buenos Aires, 1972; RUSSOMANNO, La posesión en los principales códigos civiles contemporáneos, Buenos Aires, 1967; PINTOS PRAT, La posesión (nota doctrinaria y jurisprudencial), E. D., t. 41, pág. 293; DASSEN y VERA VILLALOBOS, Posesión, defensa posesoria, Buenos Aires, 1962; HIGHTON, Derechos reales; posesión, Buenos Aires, 1979; SAVIGNY, Traité de la possession, 7^a ed., 1865; IHERING, Fondament de la protection possessoire, 1865; *íd.*, Rôle de la volonté dans la possession, 1871; SALEILLES, Elements constitutifs de la possession, 1894; *íd.*, La possession des meubles, 1907; CORNIL, Traité de la possession, 1905; MONTEL, Il possesso, 2^a ed., Torino, 1962; GENTILE, Il possesso, Torino, 1965; HERNÁNDEZ GIL, La función social de la posesión, Madrid, 1969; *íd.*, La posesión, Madrid, 1980; VALLET DE GOYTISOLO, Estudios sobre derechos de las cosas, Madrid, 1973.

(nota 2) SAVIGNY ha desarrollado su teoría principalmente en su *Traité de la possession*, trad. Staedler, 7ª ed., 1865; véase también *Traité de droit romain*, Paris, 1851.

(nota 3) IHERING, *Fondements de la protection possessoire*, 1865; *Rôle de la volonté dans la possession*, Paris, 1871.

(nota 4) Véase SALEILLES, *Éléments constitutifs de la possession*, 1894.

(nota 5) El supuesto fue tomado de ENNECERUS-KIPP-WOLFF, t. 3, vol. 1, § 7, pág. 40.

(nota 6) HERNÁNDEZ GIL, *La función social de la posesión*, p. 212.

(nota 7) ENNECERUS-KIPP-WOLFF, t. 3, vol. 1, § 5. Estos autores luego de sostener que la posesión se caracteriza por un señorío de hecho, dicen que han fracasado todos los intentos por definir ese señorío y agregan que es la opinión general la que debe dar la pauta para establecer si estamos o no ante un señorío de hecho; en otras palabras, señorío es lo que aparece como tal ante la conciencia común (loc. cit.). Nos parece que este concepto se resiente de una vaguedad desconcertante y no contribuye por cierto a aclarar las ideas en torno a esta debatida cuestión. Creemos más atinado dejar librado el criterio del legislador, cuáles son las situaciones que merecen la protección posesoria, tal como los sostenemos en el texto. Esas situaciones son precisamente las de señorío que definen legalmente la posesión.

(nota 8) Coincidiendo en este punto con lo que sostenemos en el texto, dice MOLINARI ROMERO: "Cumple al Derecho fijar las condiciones para el reconocimiento y modalidades del poder de hecho de la posesión. ...La ley dirá en cada época y en cada país, quiénes pueden poseer, qué cosas pueden ser poseídas, en qué situaciones se admite que una persona está ejerciendo un poder de hecho sobre una cosa, qué alcance tiene ese poder, etc... El poder de hecho de la posesión se reconoce en fin, no conforme a condiciones fijadas en abstracto, sino según las condiciones concretas que cada legislación y en cada época impongan, teniendo en cuenta las consecuencias sociales, económicas e históricas, la costumbre, etc. Así, un determinado estado de hecho será un "poder de hecho sobre la cosa" en un país y en un momento determinados; pero podrá no serlo en otra época o para otra legislación" (*Ideas para una revisión de la teoría posesoria*, ps. 388 y 389).

(nota 9) ENNECERUS-KIPP-WOLFF, t. 3, vol. 1, § 3; HERNÁNDEZ GIL, *La posesión*, p. 51.

(nota 10) Principal sostenedor de esta tesis en nuestro derecho ha sido PIZARRO, La posesión y las acciones posesorias en el Código Civil Argentino. En igual sentido, LAQUIS: Derechos reales, t. I, págs. 266 y sigtes. También LEGÓN sostiene que la posesión es un simple hecho; pero este autor lleva a sus últimas consecuencias su teoría, pues sostiene que la posesión no debe engendrar ningún derecho, ninguna protección jurídica, pues la protección de los bienes está suficientemente asegurada con las otras instituciones jurídicas vinculadas con el uso o goce de una cosa (Tratado de los derechos reales en el Código y en la Reforma, t.); es decir, sostiene que la posesión debe suprimirse en los Códigos. Es una posición extrema y solitaria. La posesión ha tenido siempre un fecundo campo de acción y se justifica plenamente por las razones que veremos en el n° 30.

1111/10100

§ 3. Sujetos de la posesión

1111/31

31. OBSERVACIÓN PREVIA.— Tanto al tratar del sujeto como del objeto de la posesión, el Código se resiente de un doctrinarismo estéril. Hubiera bastado con sentar uno o dos principios rectores. Ya observaremos este exceso de prolijidad en todo el tratamiento de los derechos reales, con la consecuencia de haber incluido no pocas disposiciones desafortunadas, que afean el sistema legal.

1111/32

32. CAPACIDAD.— Según el art. 2392 Ver Texto , son incapaces de adquirir la posesión por sí mismos, los que no tienen un uso completo de su razón, como los dementes, fatuos y menores de diez años; pero pueden adquirir por medio de sus tutores o curadores.

La redacción de esta norma es bastante descuidada. Habla de los dementes y los “fatuos”, palabra ésta extraña a la terminología de nuestro Código, y que no puede referirse sino a los dementes (ver nota 1), con lo que se incurre en una redundancia estéril. Se autoriza a los menores de diez años a tomar la posesión de los bienes, lo que no resulta muy congruente con el art. 921 Ver Texto , que reconoce discernimiento para la celebración de los actos lícitos recién a partir de los 14 años. La contradicción es todavía más palmaria si se piensa que el propio artículo 2392 Ver Texto niega aptitud para tomar la posesión a quienes “no tienen uso completo de su razón” y obviamente, no la tienen quienes según el art. 921 Ver

Texto carecen de discernimiento.

Ello no obstante, la disposición es clara: los menores que han cumplido diez años pueden tomar posesión de las cosas. Si bien nos parece inadecuada la solución de reconocer capacidad general a los menores que han cumplido diez años para tomar la posesión de cualquier bien, en cambio no cabe duda de que debe reconocerse esa capacidad aun a los menores de 10 años si debe reputarse que tienen discernimiento e incluso una voluntad suficientemente madura con referencia a ciertos casos particulares. Así, por ejemplo, un niño de 7 años puede poseer sus útiles de colegio (ver nota 2).

En cuanto a los dementes declarados tales en juicio, no pueden tomar posesión de las cosas ni aun en intervalos lúcidos; en cambio, se admite que los no declarados pueden hacerlo durante los períodos de lucidez (ver nota 3).

¿Pueden tomar la posesión los sordomudos que no saben entenderse por escrito? Pensamos que sí: a) porque no puede decirse de ellos que no tienen el uso de su razón; b) porque el art. 921 Ver Texto les reconoce discernimiento (ver nota 4).

No cabe duda de que los inhabilitados pueden tomar posesión de las cosas, desde que las limitaciones a su capacidad se reducen a sus atribuciones para disponer de sus bienes, y eventualmente, para algunos actos de administración, si el Juez lo dispusiese (art. 152 bis Ver Texto).

La última parte del art. 2392 Ver Texto deja a salvo la posibilidad de que los incapaces tomen la posesión por medio de sus tutores o curadores. Ya volveremos sobre este punto al hablar de la posesión tomada por los representantes, sean legales o convencionales (nº 34).

1111/33

33. PERSONAS JURÍDICAS.— Dice el art. 2393 Ver Texto : Tampoco pueden adquirir la posesión de las cosas las personas jurídicas, sino por medio de sus síndicos o administradores. Es una disposición sobreabundante. Obvio es que las personas jurídicas sólo pueden adquirir la posesión por medio de sus representantes, ya que éstos son sus órganos de actuación. Sólo por medio de ellos pueden contratar, celebrar actos jurídicos en general e, inclusive, cometer hechos ilícitos. Y sólo por medio de ellos podrían tomar la posesión de las cosas.

1111/34

34. POSESIÓN TOMADA POR MEDIO DE REPRESENTANTES.— La posesión puede tomarse y ejercerse no sólo personalmente, sino también por medio de representante. Dispone el art. 2394 Ver Texto que la posesión se adquiere por medio de otras personas que hagan la adquisición de la cosa con intención de adquirirla para el comitente. Esta intención se supone desde que el representante no haya manifestado la intención contraria por un acto exterior.

Parece indudable que la hipótesis que se ha planteado el codificador en el art. 2394 Ver Texto es la de la posesión tomada por quien ha recibido un poder especial para hacerlo y lo cumple del modo y en las circunstancias previstas en el mandato. Sólo en ese caso puede presumirse que ha tomado la posesión para el mandante. Pero, claro está, si al tomar posesión el mandatario expresa que lo hace para sí o manifiesta tal voluntad de otro modo inequívoco, debe respetarse su acto de voluntad. No se trata propiamente del animus de SAVIGNY; se trata de actuar como lo hace quien posee por sí o quien lo hace por otro.

¿Pero qué ocurre si se trata de un apoderado general? En este caso, parece obvio decirlo, de la simple circunstancia de tomar posesión de una cosa, no se puede deducir la presunción de que lo ha hecho a nombre de su mandante. Por el contrario, creemos que la presunción debe ser precisamente la opuesta; pues mientras él no manifieste actuar a nombre de su representado o no dé signos inequívocos de ellos, debe presumirse que lo hace a nombre propio.

1111/35

35.— La ratificación equivale al mandato y, en tal caso, la posesión se adquiere por quien ha ratificado el acto con efecto retroactivo al día en que fue tomada por el gestor oficioso (art. 2398 Ver Texto).

1111/36

36.— El art. 2396 Ver Texto contiene una disposición superabundante: Para la adquisición de la posesión por medio de un tercero, no es preciso que la voluntad del mandante coincida con el acto material de su representante. Lo que se quiere decir en esta fórmula no muy feliz, es que dado el poder y las instrucciones para tomar la posesión de una cosa, el mandante la adquiere en el momento de la aprehensión material por el mandatario, aunque no tenga conocimiento de que ésta ha ocurrido. Tal interpretación de este texto resulta de las fuentes citadas al pie (ver nota 5).

1111/37

37.— Supongamos que no coincida la voluntad del tradente con la del mandatario. Aquél quiere transmitir la posesión al mandante y el mandatario afirma tomarla para sí. El art. 2395 Ver Texto resuelve este problema dándole prevalencia a la voluntad del tradente. Es una solución inadmisibles. Por lo pronto, contraría lo dispuesto por el art. 2394 Ver Texto , según el cual es condición para adquirir una posesión para otro, que se la adquiera con la intención de hacerlo para el comitente. Es además, contraria a toda lógica. Cuando una persona, en el acto de la posesión manifiesta tomar la cosa para sí y procede luego como poseedor a nombre propio, es poseedor, cualquiera sea la intención del transmitente. Porque la posesión no depende de la voluntad de los antecesores en ella, sino de la voluntad y de la conducta de quien la ostenta.

En la práctica, la situación se soluciona simplemente. Pueden ocurrir las siguientes situaciones: a) el tradente manifiesta transmitir la posesión al comitente y el mandatario (no obstante tener la intención de poseer por sí) calla; entonces, conforme con el art. 2394 Ver Texto , último párrafo, se presume que la adquirió para el mandante; b) el tradente calla (no obstante tener la intención de transmitir la posesión al comitente) y el mandatario manifiesta tomarla para sí; obvio resulta decir que la posesión la toma para sí y no para el mandante; c) el tradente manifiesta transmitir la posesión al comitente y el mandatario dice tomarla para sí. La hipótesis es poco menos que inverosímil, pues es claro que en esas condiciones, el tradente no entregará la posesión. Pero si esta hipótesis de laboratorio se diera alguna vez, no cabe duda de que debe privar la voluntad del accipiens, pues quien obra por sí y no por otro, no hace adquirir a éste ningún derecho.

1111/38

38.— La posesión puede ser adquirida también por los incapaces, por medio de sus representantes legales (artículo 2392 Ver Texto). Advirtamos que esta solución, por cierto razonable, no se concilia con la doctrina de SAVIGNY pues los dementes, los menores de diez años, no pueden tener animus de poseer una cosa. Lo que demuestra una vez más que, en definitiva, la posesión no es sino una relación jurídica entre una persona y una cosa, que la ley protege. Y existen razones jurídicas y económicas importantes para reconocer este derecho a los incapaces, del mismo modo que se reconoce su derecho a ser propietarios de una cosa.

1111/39

39. INCAPACIDAD DEL REPRESENTADO O DEL REPRESENTANTE.— En su primer párrafo, el art. 2399 Ver Texto establece que la incapacidad de las personas entre quienes debe hacerse la traslación de la posesión, induce la nulidad de la tradición, hecha o aceptada por sus mandatarios incapaces.

Por lo pronto, es necesario hacer una corrección del texto, en el que se ha deslizado un evidente error tipográfico: donde, al concluir el párrafo, dice incapaces obviamente debe decir capaces (ver nota 6). En efecto, si los mandatarios son incapaces, la tradición es nula por esa sola razón. No tendría sentido, por consiguiente, añadir a esa incapacidad la de los representantes. Lo que este texto ha querido disponer es que la capacidad de los representantes no purga la incapacidad de los mandantes, lo que es razonable.

Agrega nuestro artículo que la incapacidad de los mandatarios no induce la nulidad de la tradición que hicieren o aceptaren, si fuesen capaces para tener voluntad, cuando sus representantes tengan capacidad para hacerla o aceptarla, observándose lo dispuesto en el Capítulo II del título del Mandato.

Es una aplicación de la regla general del art. 1897 Ver Texto que autoriza a conferir el mandato a una persona incapaz de obligarse. Pero es necesario que el mandatario sea al menos capaz de tener voluntad. Con esta expresión no muy técnica, el codificador ha querido significar que los que están totalmente desprovistos del uso de razón, no pueden válidamente tomar la posesión al nombre de otro; por ejemplo, los menores de diez años, los dementes.

(nota 1) La doctrina es unánime. Esta terminología fue tomada de la fuente, POTHIER, t. IX, n° 44.

(nota 2) De acuerdo: ENNECERUS-KIPP-WOLFF, t. 3, vol. 1, § 10. Esto se vincula estrechamente con el tema de la capacidad para celebrar pequeños contratos, que hemos tratado en otro lugar (Tratado de parte general, t. 1, n° 489 h).

(nota 3) De acuerdo: LAFAILLE, t. 1, n° 160; LEGÓN, t. 3, p. 93; ARGAÑARAZ, en SALVAT, t. 1, n° 180, nota 162.

(nota 4) De acuerdo: SALVAT-ARGAÑARAZ, t. 1, n° 165; OVEJERO, p. 102; LEGÓN, t. 3, p. 93; LLERENA, t. 7, art. 2393, n° 3. En contra: LAFAILLE, t. 1, n° 160; MACHADO, t. 6, p. 292; SEGOVIA, t. 2, p. 30, nota 68.

(nota 5) MAYNZ, § 171, n° 126.

(nota 6) De acuerdo: SALVAT-ARGAÑARAZ, t. 1, n° 189; LAFAILLE, t. 1, n° 163;

MACHADO, t. 6, p. 312; SEGOVIA, t. 2, p. 34, nota 81; OVEJERO, p. 118. En contra: LLERENA, t. VII, nota al art. 2399; LEGÓN, t. 3, p. 114.

1111/10110

§ 4. Objeto de la posesión

1111/40

40. CUESTIÓN EN TORNO AL OBJETO DE LA POSESIÓN.— El objeto típico de la posesión son las cosas corporales. Pero cabe preguntarse —y ésta es una de las cuestiones clásicas planteadas en torno a la posesión— si también los derechos sus susceptibles de ser poseídos. De acuerdo con una tesis restrictiva, sólo las cosas materiales son susceptibles de posesión; conforme con una tesis amplia, todo derecho puede en principio, ser objeto de ella. Dentro de este último criterio algunos sostienen que sólo los derechos reales pueden ser objeto de posesión; otros incluyen todos los derechos reales o personales susceptibles de ser gozados de una manera permanente; pues es obvio que los típicos derechos creditorios que se agotan con su ejercicio no pueden ser poseídos. En la teoría clásica se distinguía la posesión propiamente dicha, que se ejercía sobre las cosas, de la cuasiposesión, que se ejercía sobre los otros derechos (ver nota 1).

Nosotros entendemos que en la esencia de la posesión está una relación entre una persona y una cosa. De lo que se trata, es de proteger el uso y goce de una cosa material o el ejercicio de un derecho de señorío sobre ella. No importa que el derecho que se tenga sobre la cosa sea real (propiedad, usufructo, etc.) o personal (arrendamiento, depósito, etc.); en cualquiera de estos casos es concebible la posesión. Decimos concebible, porque puede también ocurrir que algunos de estos derechos no tengan la protección posesoria en un determinado ordenamiento jurídico; o que algunos de ellos la tengan menos intensa que otros (como ocurre en nuestro derecho positivo con los arrendatarios, que son reputados simples tenedores). Pero lo que queremos significar es que todo derecho que importe el uso y goce de una cosa, o el ejercicio de su señorío sobre ella, puede tener la protección posesoria. En cambio, los derechos que no recaen sobre cosas tienen otra protección legal, que no deriva de la posesión.

Cuando decimos que la protección posesoria se otorga a los titulares de derechos sobre las cosas, no pretendemos significar que el objeto de la posesión son los derechos; el objeto son las cosas sobre las cuales se ejerce la posesión, del mismo modo que el objeto del derecho de propiedad es también la cosa sobre la que recae. El objeto de la posesión del usufructuario no es su derecho, sin la cosa usufructuada. Esta concepción puede

considerarse triunfante en la doctrina moderna (ver nota 2).

El hombre de cuasiposesión nació en el derecho romano como modo de explicar que se reconociera la protección posesoria a quienes no eran propietarios (supuesto típico de posesión) sino titulares de otros derechos reales (uso, usufructo, etc.). La distinción entre posesión y cuasiposesión nace, por consiguiente, del prejuicio de que sólo el propietario es poseedor propiamente dicho. Es, ya lo hemos advertido, una concepción errónea.

1111/41

41. LA CUESTIÓN EN NUESTRO DERECHO.— Nuestro codificador no tuvo ideas claras sobre este punto. En el art. 2400 Ver Texto dispone que todas las cosas que están en el comercio son susceptibles de posesión; y agrega que los bienes que no fueren cosas no son susceptibles de posesión. Este concepto tan claro y tan ajustado a la buena doctrina, aparece sin embargo confundido con la nota al mismo artículo, en la que dice: “Hemos dicho ya que sólo las cosas corporales son susceptibles de posesión verdadera y propiamente dicha; las cosas incorpóreas, aquellas quod injure consistunt, no son susceptibles de la verdadera posesión, mas lo son de una cuasiposesión. Esta cuasiposesión de un derecho consiste en el goce que tiene aquel a quien pertenece y es susceptible de las mismas cualidades y de los mismos vicios que la verdadera posesión”. Y en el art. 3961 Ver Texto , al hablar de la prescripción adquisitiva, alude a “la cuasiposesión que le sirve de base”.

La idea de la cuasiposesión no se expresa, por tanto, sólo en una nota, que, como tal, no es obligatoria, sino también en un texto como el art. 3961 Ver Texto .

En el conflicto entre la regla claramente sentada en el art. 2400 Ver Texto y la incidental mención de la cuasiposesión en el art. 3961 Ver Texto , creemos indudable que debe estarse a la disposición específica y terminante de la norma citada en primer término, cualquiera haya sido el pensamiento íntimo de VÉLEZ SANSFIELD, que desde luego no interesa en tanto no haya sido plasmado claramente en la ley. En suma, sólo las cosas, no los derechos, pueden ser objeto de posesión (ver nota 3). Es la buena solución. Hablar de posesión de derechos o de cuasiposesión es introducir una confusión más en esta materia que tantas otras ha provocado.

1111/42

42. COSAS QUE PUEDEN SER OBJETO DE LA POSESIÓN.— Dilucidado este primer problema relativo a los derechos, veamos ahora cuáles son las cosas que pueden ser objeto de posesión. Recordemos que el art. 2311 Ver Texto define las cosas como los objetos

materiales susceptibles de tener un valor. La ley 17711 agregó a este texto un párrafo que establece que las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de apropiación; ejemplos importantes son la electricidad, la energía atómica, etc. Disposición que se justifica plenamente, no solamente porque esas energías tienen existencia física, corpórea, sino y principalmente, porque se comportan como cosas, desde que son susceptibles de apropiación, uso y goce (ver nota 4).

Pero el art. 2400 Ver Texto añade una condición importante para que las cosas puedan ser objeto de posesión: que estén en el comercio. ¿Qué debe entenderse por cosas que están en el comercio? Según el art. 2336 Ver Texto , están en el comercio todas las cosas cuya enajenación no fuere expresamente prohibida o dependiente de una autorización pública. Y el artículo siguiente precisa el concepto disponiendo que las cosas están fuera del comercio por su inenajenabilidad absoluta o relativa. Pero obviamente, no ha sido ésta la comprensión con que la expresión “cosas dentro del comercio” ha sido utilizada por el art. 2400 Ver Texto , pues no cabe duda alguna de que las cosas cuya enajenación se hubiera prohibido por actos entre vivos o de última voluntad o dependiere de una autorización pública, como por ejemplo, los bienes de los incapaces, son susceptibles de posesión. Para eliminar cualquier duda, el mismo Código, en diversas disposiciones, pero particularmente en el art. 2392 Ver Texto se refiere a la posesión por incapaces de hecho. Está claro que VÉLEZ siguiendo las fuentes romanísticas, ha aludido a los bienes públicos del Estado. Y conviene recordar que tales bienes no son de propiedad del Estado. Éste es apenas un administrador, que se limita a reglamentar su uso por los particulares; no puede usar exclusivamente de la cosa, puesto que su uso es común; no puede disponer de ella. Es más bien un dominio eminente de características propias (ver nota 5). Son inalienables e imprescriptibles y no pueden ser objeto de posesión ni generar acciones posesorias (ver nota 6).

1111/43

43. COSAS DETERMINADAS.— La posesión exige actos concretos con relación a una cosa; no puede, por consiguiente, ejercerse sobre cosas indeterminadas. Esta regla surge de disposiciones inequívocas: el art. 2402 Ver Texto , según el cual cuando una cosa se halla confundida con otras, es necesario separarla para poder adquirir la posesión sobre ella; el art. 2389 Ver Texto , que exige la individualización de la cosa; el art. 2410 Ver Texto , según el cual no se puede poseer la parte incierta de una cosa.

1111/44

44. COSAS FUTURAS.— Por iguales razones, es inimaginable la posesión de una cosa futura. La idea está implícita pero clara en el art. 2376 Ver Texto que refiriéndose a la posesión de cosas muebles futuras que deban separarse de inmuebles, dice que se entiende que el adquirente ha tomado posesión de ellas desde que comenzó a sacarlas, vale decir,

desde que han comenzado a existir como cosa independiente. Lo que significa claramente que mientras no existían no se las podía poseer. Tal es el caso de una cosecha futura.

1111/45

45. REGLAS LEGALES SOBRE EL ALCANCE Y EXTENSIÓN DE LA POSESIÓN.— El Código tiene una serie de disposiciones legales sobre el alcance y extensión de la posesión, que bien pudieron omitirse, pues se trata de preceptos doctrinarios impropios de un Código.

1111/46

46. a) Cosas accesorias.— Según el art. 2403 Ver Texto , la posesión de una cosa hace presumir la posesión de las cosas accesorias a ella. La razón es muy simple: lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

Esta regla se aplica en tanto la cosa accesoria no haya sido separada de la principal. Así, por ejemplo, si se saca la puerta o la ventana de un edificio, si se retiran de él los muebles de la casa, estas cosas pueden ser poseídas separadamente (ver nota 7).

1111/47

47. b) Cosas que forman un solo cuerpo.— Las cosas que forman un solo cuerpo, no pueden poseerse parcialmente: no se puede poseer una parte del cuerpo sin poseerlo todo (art. 2405 Ver Texto). No podría concebirse, en efecto, que una persona pudiera poseer una parte de una cosa y otra una parte distinta. Así, por ejemplo, Juan no podría poseer la parte delantera de un automóvil y Pedro la trasera.

El art. 2405 Ver Texto se refiere sólo a las cosas individuales o como lo dice el texto, a las cosas que forman un solo cuerpo. Porque las cosas divisibles pueden poseerse por partes (artículo 2410 Ver Texto).

Hasta aquí las soluciones legales resultan claras. Pero luego el art. 2407 Ver Texto establece: Para tomar la posesión de parte de una cosa indivisible, es necesario que esa parte haya sido idealmente determinada. Lo que en verdad se quiere decir con esta disposición no muy afortunada, es que es posible la coposesión de una cosa indivisa. Así, por ejemplo, los condóminos son coposedores de la cosa. Pero no es exacto que se pueda tomar posesión de una parte de la cosa; se posee toda la cosa (como expresamente lo

dispone el art. 2469 Ver Texto), bien que reconociendo el derecho análogo del coposeedor. Una cosa indivisible no es susceptible de una división en partes ideales; lo que se puede dividir de esa manera son los derechos sobre las cosas, pero no las cosas indivisibles.

Tampoco es exacto que para tomar la posesión de parte de las cosas indivisibles, sea necesario que las partes hayan sido idealmente determinadas. Aparte de la impropiedad ya señalada de hablar en este supuesto de la posesión de una parte de la cosa, la posesión puede tomarse por varias personas sin necesidad de que haya determinado la parte de cada persona. Así, por ejemplo, nada se opone a que dos personas tomen posesión simultánea de una unidad económica (como tal indivisible), trabajen conjuntamente la tierra, vivan de ella, aunque nunca hayan fijado entre ellas cuál es la parte que corresponde a cada una.

En suma, en materia de cosas indivisibles, el principio es que la posesión de una parte significa la posesión del todo, en otras palabras, que no se puede poseer parcialmente una cosa indivisa, sin perjuicio de la posibilidad de coposeerla entre varias personas.

1111/48

48. c) Cosas divisibles.— Ningún inconveniente hay en tomar posesión de parte de una cosa divisible, si esa parte ha sido materialmente determinada (art. 2410 Ver Texto). Cuando en efecto, la cosa se ha dividido materialmente no hay problema: desde que un campo ha sido dividido en dos fracciones, cada una de ellas puede ser poseída por personas distintas.

Pero incurriendo nuevamente en el error ya señalado en el art. 2407 Ver Texto , en esta norma se dice también que puede tomarse posesión de la parte de una cosa dividida intelectualmente. Ya hemos dicho (nº 47) que las cosas no son susceptibles de división intelectual y no volveremos sobre el tema. Como las cosas indivisibles, las divisibles no divididas no pueden poseerse por partes, sin perjuicio de la posibilidad de coposesión por dos o más personas.

1111/49

49. d) Cosas integrantes de universalidades de hecho.— Establece el art. 2404 Ver Texto que la posesión de una cosa compuesta por muchos cuerpos distintos pero unidos bajo un mismo nombre, como un rebaño, una piara, comprende sólo las partes individuales que comprende la cosa. La ley alude aquí a las llamadas universalidades de hecho, es decir, a cosas que están próximas o vecinas entre sí y que son conocidas por un nombre conjunto, pero carecen de todo vínculo jurídico, como, por ejemplo, un rebaño, una biblioteca, las piezas que forman un juego de muebles de comedor, dormitorio, etc. Aunque el art. 2404

Ver Texto refiriéndose a tales conjuntos los llama “la cosa”, es claro que no se trata de una cosa, sino de un conjunto de cuerpos distintos que pueden poseerse separadamente.

De donde surgen estas consecuencias: 1) En un rebaño o biblioteca puede haber animales o libros poseídos por distintas personas; el dueño de un libro que lo ha prestado a un amigo no pierde la posesión por la mera circunstancia de que el tenedor lo haya puesto en su biblioteca; 2) Si se vende un rebaño o tropa de hacienda y una parte queda sin entregar, los acreedores del vendedor pueden embargar la parte no entregada, porque se trata de cosas distintas (ver nota 8); 3) Si se vende una tropa en la cual había animales que eran propiedad del vendedor y otros robados, la regla del art. 2413 Ver Texto puede ser invocada respecto de los primeros pero no respecto de los segundos (ver nota 9).

1111/50

50. e) Cosas integrantes de una universalidad de derecho.— El art. 2406 Ver Texto establece que si la posesión hubiese de tomarse de cosas que forman una masa de bienes, no basta tener la posesión de una o alguna de ellas separadamente; es indispensable tomar la posesión de cada una de ellas, aunque la tradición se hubiese hecho conjuntamente. Es el mismo principio que ya conocemos respecto de las universalidades de hecho. De tal modo, que si se vende un fondo de comercio, las mercaderías que lo componen son reputadas, a los efectos de la posesión, como cosas separadas.

Es una aplicación más del principio de que la posesión no puede recaer sobre abstracciones, sean de hecho o de derecho, sino sobre cosas concretas, individualmente determinadas.

1111/51

51. f) Posesión adquirida conforme con un título.— El art. 2411 Ver Texto dice que la posesión fundada sobre un título, comprende sólo la extensión del título, sin perjuicio de las agregaciones que por otras causas hubiese hecho el poseedor.

Esta disposición exige una aclaración previa. Estrictamente, la posesión no requiere título; es una conducta independiente del derecho a la cosa o título. Por ello, la protección posesoria se concede sin requerir la exhibición de título alguno (art. 2490 Ver Texto). Pero ocurre que normalmente la toma de posesión es la consecuencia de la adquisición de otro derecho (de dominio, de usufructo, etc.) que se transmite conforme a título o bien de una tradición hecha sobre la base de un documento que expresa los límites de la cosa que se entrega. En tal caso, el título precisa la extensión de la posesión, que puede no resultar claramente de los simples hechos o conducta del poseedor. Así ocurre, por ejemplo, cuando se compra un campo de pastoreo no dividido por cercos o alambrados de los vecinos; si,

además, se trata de campos extensos suele suceder inclusive que los animales de un campo pasen ocasionalmente al vecino y viceversa. En tales casos, definir por los simples hechos, por la simple conducta de los dueños hasta dónde ha llegado la posesión, es muchas veces imposible. El art. 2411 Ver Texto viene a resolver la dificultad. Se presume que la posesión alcanza toda la extensión del título y sólo ella. Decimos que se presume, pues bien puede ocurrir que un tercero haya tomado la posesión de parte del predio delimitado por títulos; o bien que el que entra a poseer conforme a título haya extendido su posesión a campos vecinos.

Pero hay que destacar en esta última hipótesis, que se trataría de dos posesiones distintas, una legítima y otra de mala fe, con todas las consecuencias legales inherentes a esa diferencia (ver nota 10).

1111/52

52. EXCLUSIVIDAD DE LA POSESIÓN Y COPOSESIÓN.— El art. 2401 Ver Texto sienta el principio de que dos posesiones iguales y de la misma naturaleza no pueden concurrir sobre la misma cosa. Lo que se quiere significar es que no se concibe que dos personas puedan ejercer la posesión de una cosa simultáneamente, pretendiendo al mismo tiempo, que es exclusiva. De donde surgen estas consecuencias: 1) que si una posesión anterior continúa, la nueva no puede nacer; 2) que si una nueva posesión comienza, la anterior necesaria debe haber cesado (ver nota 11).

Pero es necesario precisar el alcance de esta regla. Ante todo, el principio de la exclusión rige solamente para las posesiones de la misma naturaleza; por consiguiente, pueden coexistir la posesión del propietario con la del usufructuario o la del usuario a la del titular de una servidumbre. Además, la ley alude a dos posesiones iguales, es decir, el caso de que dos personas pretendan poseer con exclusividad la misma cosa; pero no se opone la existencia de la coposesión, es decir, a la posesión que dos o más personas ejercen simultáneamente sobre la misma cosa, reconociendo que lo hacen conjuntamente, a nombre de todos. Bien entendido que cada uno de los coposeedores no posee una parte de la cosa, sino toda ella (art. 2409 Ver Texto).

1111/53

53.— Estas soluciones, claras en sí mismas, pueden complicarse en situaciones peculiares. Supongamos dos poseedores de campos vecinos y extensos, que carecen de título; en la zona limítrofe, pastan a veces los ganados de uno, otras los del vecino. La cuestión puede ser confusa en la práctica, pero no en los principios. Será cuestión de prueba determinar quién ha tenido la verdadera posesión, aunque permitiendo la “pasada” (ver nota 12) de los animales del vecino. Y si esto no se pudiera determinar, si los actos posesorios son

análogos, habrá que admitir la existencia de una coposesión, es decir, de una posesión tenida no a título exclusivo, sino reconociendo un derecho similar en el vecino.

Finalmente, hay que admitir una excepción a la regla del art. 2401 Ver Texto . El poseedor a quien se priva clandestinamente de la posesión, se conserva como tal por espacio de un año (art. 2456 Ver Texto), lo que no impide reconocer también la posesión del usurpador (ver nota 13).

(nota 1) Acerca de las distintas teorías sostenidas sobre esta debatida cuestión, véase LAFAILLE, t. 1, n° 170 y sig.; OVEJERO, p. 23 y sig.; SALVAT-ARGAÑARAZ, t. 1, n° 195 y s.; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, ed. La Ley, t. 6, n° 2283 y s., CORNIL, Traité de la possession, Paris, 1905; MONTEL, Il possesso, n° 43 y s.; GENTILE, Il possesso, n° 55 y s.

(nota 2) Véase GENTILE, Il possesso, n° 55. El Código italiano (art. 1140) y el alemán (art. 854) limitan claramente el objeto de la posesión a las cosas materiales.

(nota 3) De acuerdo: LAQUIS, Derechos reales, t. I, p. 271 y ss.; ALLENDE, Cuasi posesión; su existencia, p. 107 y ss.

(nota 4) Sobre este tema véase nuestro Tratado de parte general, 5ª ed., t. 2, n° 757.

(nota 5) Véase nuestro Tratado de parte general, t. 2, texto y autores citados en nota 1023.

(nota 6) En este sentido, C. S. N. 25/6/1927, Fallos t. 149, p. 71; id., 9/11/1927, Fallos, t. 149, p. 375; 27/6/1938, Fallos 181, p. 11 y L. L., t. 11, p. 211. Véase, empero, la opinión de LAFAILLE, t. 1, n° 173.

(nota 7) La doctrina es unánime.

(nota 8) Antigua C. Com. Cap. 19/12/1895, Fallos, t. 52, p. 286, cit. por SALVAT-ARGAÑARAZ, t. I, n° 205, nota 212.

(nota 9) SALVAT-ARGAÑARAZ, t. I, n° 205 y su cita de TROPLONG, Prescripción, t. I, n° 275.

(nota 10) De acuerdo: SALVAT-ARGAÑARAZ, t. I, n° 213; LAFAILLE, t. I, n° 181.

(nota 11) SALVAT-ARGAÑARAZ, t. 1, n° 215.

(nota 12) En los usos y costumbres de algunas provincias, se llama “derecho de pasada” al que se reconoce a uno de los propietarios vecinos para hacer pastar sus animales en el campo del otro de una manera no permanente. No es un arrendamiento, porque el dueño conserva la tenencia del predio y también hace pastar sus animales en él; no es tampoco un contrato de pastoreo típico, porque los animales no están permanentemente en el lugar de la “pasada”. Pastan generalmente en el campo del propio dueño, pero durante el día “se pasan” al campo vecino. Para evitarse el trabajo de contrariar la persistente porfía de los animales en pasarse al campo vecino y también para evitar las cuestiones de vecindad, suele pactarse una “pasada”, generalmente onerosa. Demás está decir que ella no hace perder la posesión a quien la concede.

(nota 13) LAFAILLE, t. 1, n° 182 in fine.

1111/10120

§ 5. Distintas clases de posesión

1111/54

54. CRITERIOS DE CLASIFICACIÓN.— Nuestro Código distingue la posesión según sea legítima o ilegítima, de buena o mala fe, viciosa o no viciosa. Nos ocuparemos de estas distintas clases de posesión en los números que siguen.

1111/10130

A.— POSESIÓN LEGÍTIMA E ILEGÍTIMA

1111/55

55. CONCEPTO.— Según el art. 2355 Ver Texto la posesión será legítima cuando sea el ejercicio de un derecho real constituido en conformidad a las disposiciones de este Código. Ilegítima, cuando se tenga sin título, o por un título nulo, o fuere adquirida por un modo insuficiente para adquirir derechos reales, o cuando se adquiriera del que no tenía derecho a poseer la cosa, o no la tenía para transmitirla.

Esta disposición ha sufrido el impacto de dos reformas introducidas por la ley 17711 :

a) El primero es un agregado al artículo transcrito, según el cual se considera legítima la posesión de inmuebles de buena fe, mediando boleto de compraventa. Este agregado ha puesto punto final a una divergencia doctrinaria y jurisprudencial. Si nos atenemos estrictamente a los términos del art. 2355 Ver Texto en su redacción originaria, resulta difícil sostener que pueda ser legítima la posesión adquirida por boleto de compraventa, ya que el segundo párrafo de este artículo dice que se considera ilegítima la posesión adquirida por un modo insuficiente para adquirir derechos reales, y el boleto de compraventa no basta para ello sino que es necesario la escritura pública. Pero esta solución contrariaba los requerimientos del tráfico y pasaba por alto la necesidad de proteger con la mayor energía posible a quien había adquirido un inmueble de buena fe, suscribiendo con el vendedor el respectivo contrato de venta y había recibido la posesión del inmueble. Un famoso plenario de la Cámara Civil de la Capital resolvió que el boleto de compraventa era título suficiente para adquirir la posesión legítima del inmueble (ver nota 1). Es la solución consagrada por el nuevo párrafo del art. 2355 Ver Texto . La lógica y la justicia de esta solución son palmarias. La persona que como consecuencia de la firma de un contrato de compraventa recibe la tradición de la cosa se siente dueño, la posee a título propio. Luego firmará la escritura traslativa de dominio; pero antes y después de firmarla se comporta exactamente de la misma manera respecto de la cosa de la cual se considera dueño. La posee, además, en virtud de un contrato oneroso y la recibe de buena fe. Su posesión está rodeada de todos los caracteres para merecer la protección legal. Sobre los efectos jurídicos de la posesión legítima adquirida por boleto de compraventa, véase n° 272.

b) El segundo impacto es la reforma del art. 1051 Ver Texto . Conforme con el art. 2355 Ver Texto , no es legítima la posesión cuando se tenga por un título nulo. Esta norma guardaba consonancia con el antiguo art. 1051 Ver Texto que hacía una aplicación rigurosa de la regla nemo plus juris: todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble por una persona que ha llegado a ser propietario en virtud del acto anulado, quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del poseedor actual. La ley 17711 agregó a este artículo el siguiente párrafo: salvo los derechos de los terceros adquirentes de buena fe a título oneroso, sea el acto nulo o anulable.

Esto significa que la posesión adquirida en virtud de un título nulo es legítima (no obstante lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 2355 Ver Texto) si el adquirente de ella lo fue de buena fe y a título oneroso.

Pero es necesario a título auténtico, aunque luego sea declarado nulo. Si en cambio, ha sido falsificado, la posesión adquirida en base a él no puede oponerse al verdadero dueño (ver nota 2). Esto se aplica a los títulos de propiedad y con mayor razón a los boletos de compraventa. En este último caso puede ocurrir que el enajenante sea un mero usurpador, sin derecho ni título alguno. Obvio es que en tales casos la posesión no es legítima.

1111/56

56.— Es necesario agregar que el concepto de posesión legítima se vincula normalmente pero no necesariamente con el de posesión de buena fe. Así, por ejemplo, puede ocurrir que un poseedor sin justo título ni buena fe haya usucapido sin saberlo (por ejemplo, si ignora cuándo empezó a poseer la persona a quien ha sucedido en la posesión o si cree que ella empezó a poseer después de la época en que realmente tomó la posesión); no obstante ello, cumplidos los veinte años su posesión será legítima y estará en condiciones de rechazar cualquier acción posesoria o petitoria.

1111/57

57. IMPORTANCIA DE ESTA DISTINCIÓN.— La distinción entre posesión legítima e ilegítima, tiene la mayor importancia dentro de nuestro sistema legal. Para comprender mejor el problema —que ha suscitado dudas (ver nota 3)— es necesario considerarlo en el sistema original del Código Civil y tal como ha quedado después de la reforma introducida por la ley 17711 .

El art. 2355 Ver Texto dice que la posesión es legítima cuando sea el ejercicio de un derecho real constituido en conformidad a las disposiciones de este Código. Y es ilegítima cuando se tenga sin título o por un título nulo o fuese adquirida por un modo insuficiente para adquirir derechos reales o cuando se adquiera del que no tenía derecho a poseer la cosa o no lo tenía para transmitirla.

La idea que preside la distinción es clara: la posesión legítima es aquella adquirida por justo título y que asegura el derecho del poseedor contra toda pretensión de un tercero a la posesión de la cosa. La ley le asegura que no podrá ser privado de la posesión por vías legítimas. Decimos por vías legítimas, porque cualquier poseedor, sea legítimo o ilegítimo, puede ser despojado de su posesión por vías de hecho. Pero los tribunales no pueden amparar una pretensión de privar de su posesión a quien la tiene con carácter legítimo. En suma, la posesión legítima coloca al poseedor en situación de poder repeler no sólo cualquier acción posesoria, sino también las petitorias. De modo que la posesión legítima, en el sistema del Código, trasciende del campo de la posesión: implica el reconocimiento

de un derecho inatacable a poseer (ver nota 4).

Estos principios no han sido alterados en su sustancia, pero sí modificados por la ley 17711

a) Por lo pronto, el art. 2505 Ver Texto establece que las adquisiciones o transmisiones de derechos reales no serán oponibles a terceros mientras no estén registradas. De modo que puede darse el caso de una posesión legítima, que no obstante serlo, sea atacable por los terceros ajenos al acto de transmisión o constitución, por no estar registrada.

b) Quien ha adquirido un inmueble de buena fe, mediante boleto de compraventa y ha recibido la posesión, es poseedor legítimo (art. 2355 Ver Texto in fine); su posesión es oponible al vendedor, quien no puede atacarla por vía de reivindicación (ver nota 5); es igualmente oponible a los terceros a quienes el vendedor haya firmado otro boleto de compraventa aunque sea anterior (art. 592 Ver Texto); y a los restantes acreedores si se tratare de un inmueble destinado a vivienda (art. 1185 bis Ver Texto modificado por el art. 150 Ver Texto , ley 19551), salvo, a nuestro juicio, los acreedores hipotecarios (ver nota 6).

En el sistema actual, por tanto, si bien la situación del poseedor legítimo se ha debilitado, desde que, como principio, su derecho es impugnabile por terceros si el acto de adquisición o transmisión no ha sido registrado, en cambio se ha extendido a otros supuestos antes no comprendidos dentro del concepto de posesión legítima.

1111/58

58. PRESUNCIÓN DE LEGITIMIDAD.— Como principio, la posesión se presume legítima. Es lo que surge claramente del art. 2363 Ver Texto , según el cual el poseedor no tiene obligación de producir su título a la posesión. Lo que significa que cuando se pretende desplazar al poseedor de la posesión, hay que probar que se tiene un mejor título sobre ella. Al poseedor actual le basta en este punto guardar una actitud pasiva: él posee porque posee (art. 2363 Ver Texto).

Sin embargo, la disposición que estamos comentando, hace la salvedad de que el poseedor deba exhibir el título como obligación inherente a la posesión. No es clara la redacción de esta disposición. Pero evidentemente, su sentido no puede ser otro que el siguiente: siempre que alguien invoque un título en que funde su derecho a la posesión detentada por otro, éste deberá defenderse produciendo o exhibiendo su propio título. Así ocurrirá si es demandado por reivindicación, deslinde y amojonamiento, etc. Todavía es necesario precisar este concepto. No siempre le será indispensable al poseedor oponer su propio título al del actor; podría bastarle con demostrar que el título invocado es falso o nulo. Pero si el título

esgrimido por la otra parte tiene todas las características del justo título, entonces no hay otra forma de hacer prevalecer su derecho a la posesión que exhibiendo un título mejor.

(nota 1) C. Civil Cap. en Pleno, 24/12/1940, J. A., t. 73, p. 31. De acuerdo: C. Fed. Cap., 29/11/1950, L. L., t. 61, p. 580. En contra dentro del régimen del Código Civil anterior a la ley 17711: S. C. Buenos Aires, 13/8/1947, J. A., 1947-III, p. 445; C. Apel. S. del Estero, 13/4/1951, L. L., t. 66, p. 504.

Aun después del agregado hecho al art. 2355 Ver Texto por la ley 17711, algunos autores sostienen que no es legítima la posesión adquirida por boleto de compraventa, sino sólo la adquisición de la posesión, como literalmente dice el nuevo párrafo (HIGHTON, Derecho Reales, t. 1, p. 64 y su cita de GATTI y ALTERINI). Esta es una de las expresiones más claras de la tendencia de ciertos juristas a partir un cabello en dos. Si el agregado hecho al art. 2355 Ver Texto no se refiere a la legitimidad de la posesión, esta norma carecería de todo significado, de todo valor normativo. Su espíritu claro es conferirle legitimidad a la posesión adquirida por boleto de compraventa, que era precisamente la cuestión que se debatía en la jurisprudencia. ¿Qué sentido tiene la referencia al boleto de compraventa si no es para legitimar la posesión? ¿Acaso podía dudarse de que quien recibe la tradición de la cosa por su dueño, la adquiriría legítimamente, exista o no boleto de compraventa?.

(nota 2) Sobre este punto véase BORDA, La Reforma de 1968 al Código Civil.

(nota 3) Los autores que se ocupan del tema antes de la ley 17711 consideraban que la distinción entre posesión legítima e ilegítima era puramente doctrinaria y desprovista de todo efecto práctico; SALVAT, t. 1, n° 49; LAFAILLE, t. 1, n° 109 in fine; SEGOVIA, t. 2, nota art. 2357 de su numeración; LEGÓN, t. 3, p. 281; MACHADO, t. 6, p. 247, nota. Después de la ley 17711 opina en el mismo sentido: MARIANI DE VIDAL, Curso de derechos reales, t. 1, p. 110. Es sorprendente que MACHADO diga en la nota al art. 2355 Ver Texto que la distinción entre posesión legítima e ilegítima es doctrinaria y no tiene importancia real, cuando en el texto de la p. 246 afirma que la posesión legítima produce todos los efectos del derecho de propiedad. Es la verdadera doctrina del art. 2355 Ver Texto, tal como lo sostenemos nosotros.

Mejor comprensión de nuestro sistema legal mostró la Cámara Civil de la Capital en el fallo citado en nota 38.

(nota 4) De acuerdo, voto del Dr. MUZIO que concitó la mayoría del Tribunal Plenario de la C. Fed. Cap. 18/3/1980, J. A. 1981-I, p. 475 (si bien la declaración del Tribunal no recayó sobre este punto).

(nota 5) C. Civil Cap., Sala A, 23/3/1955, J. A., 1955-II, p. 387; C. Civil 1ª Cap., 9/8/1946, J. A. 1946-III, p. 585; id., 1/3/1933, J. A., t. 42, p. 545; C. Apel. 2ª La Plata, 15/9/1944, J. A., 1944-IV, p. 11; C. Apel. 2ª Córdoba, 28/8/1936, L. L., t. 3, p. 1038; S. C.

Mendoza, 9/11/1954, J. A., 1955-II, p. 215.

(nota 6) SPOTA, por el contrario, lo considera oponible inclusive al acreedor hipotecario posterior: Sobre las reformas al Código Civil, p. 75.

1111/10140

B.— POSESIÓN DE BUENA Y MALA FE

1111/59

59. CONCEPTO.— Según la definición del art. 2356 Ver Texto , la posesión es de buena fe, cuando el poseedor, por ignorancia o error de hecho, se persuadiere de su legitimidad. No dándose estas condiciones, se la reputa de mala fe.

Conforme con este concepto, para que haya buena fe es necesario:

a) En primer lugar, que el poseedor ostente un justo título. La ley no lo dice expresamente; pero resulta obvio que el poseedor no puede estar persuadido de la legitimidad de su posesión si no tiene un justo título (ver nota 1). Por justo título debe entenderse aquel que es apto para transmitir el dominio, el usufructo, el uso o la anticresis; esto no excluye la posibilidad de que ese título, en definitiva resulta nulo y que un tercero demuestre su mejor derecho a la cosa. Se ha declarado que es de buena fe, en principio, el que adquiere un inmueble en subasta judicial (ver nota 2), o el que lo adquiere por una donación que luego se declara inoficiosa (ver nota 3). Y poniendo término a una controversia jurisprudencial, la ley 17711 agregó el art. 2355 Ver Texto un párrafo del que resulta que la posesión adquirida por boleto de compraventa y de buena fe, es legítima, (ver nota 4), lo que supone reconocerle al boleto de compraventa el carácter de justo título.

Es necesario advertir, finalmente, que por título no se entiende el documento, sino una causa-fuente suficiente, conforme con la ley, para transmitir válidamente la posesión. Para mayores desarrollos del concepto de justo título, véase el capítulo sobre “Prescripción Adquisitiva”. (ver nota 5)

En materia de muebles, el justo título consiste en la mera tradición, salvo que las leyes especiales requieran el cumplimiento de formalidades para la transferencia del dominio de

ciertos muebles.

b) En segundo lugar, es necesario que el poseedor, por ignorancia o error de hecho, se persuadiera de su legitimidad (art. 2356 Ver Texto). Siendo la buena fe un hecho puramente psicológico, le resulta imposible al poseedor producir la prueba positiva de que la tenía. La ley sale al cruce de esta dificultad presumiendo la buena fe a menos que se pruebe lo contrario o que, en determinadas circunstancias, la ley presume esa mala fe. En el primer caso, corresponde al que pretende privar al poseedor de su posesión, demostrar la existencia de la mala fe; por ejemplo, probando que el adquirente tenía conocimiento de la demencia del vendedor o que éste tenía cualquier otra incapacidad para transmitir el derecho a la posesión. Por excepción, la ley presume la mala fe del poseedor en ciertos casos especiales: por ejemplo, si se compró la cosa hurtada o perdida a persona sospechosa que no acostumbraba vender cosas semejantes o que no tenía capacidad o medios para adquirirla (art. 2771 Ver Texto), o si el título de adquisición tenía un vicio de forma (art. 4009 Ver Texto) o si tratándose de una cosa mueble, el comprador no ha podido o no ha debido ignorar que el que se la transmitió no tenía derecho a poseerla o enajenarla (ver nota 6).

La buena fe exige una convicción sobre la legitimidad que no admite dudas (art. 4006 Ver Texto). En otras palabras, no existe aquí el beneficio de la duda para el poseedor: si la tiene, posee de mala fe.

1111/60

60.— Para que la persuasión de que el título era legítimo pueda invocarse el error o la ignorancia deben ser de hecho (art. 2356 Ver Texto). VÉLEZ SARSFIELD aplicó el mismo criterio que siguiera en relación con el error como vicio de los actos jurídicos (art. 923 Ver Texto), sin advertir la profunda diferencia que existe entre el error como causa de nulidad y el que da fundamento a la buena fe del adquirente de un derecho. En el primer caso, está bien que nadie pueda invocar un error de derecho para desligarse de sus obligaciones, porque de lo contrario, el orden jurídico se convertiría en letra muerta: bastaría invocar el error de derecho (tan frecuente que ni los mismos juristas escapan a él), para que todos pudiéramos desentendernos de las obligaciones que hemos contraído (sobre este tema, véase nuestro Tratado de parte general, t. 2, n° 1128 y sig.). Pero aquí se trata de una cosa distinta: de la buena fe (fundada en un error) como generadora de una protección jurídica. Si el error de derecho es razonable, no grosero, verosímil ¿por qué considerar de mala fe al poseedor? ¿No es acaso una sanción excesivamente dura e injusta? Ello explica que los Proyectos de reforma admitan la buena fe, tanto en el caso de error de hecho como de derecho a los efectos de juzgar el carácter de la posesión (Anteproyecto de Babiloni, art. 2302; Proyecto de 1936, art. 1409; Anteproyecto de 1954, art. 1446 y su nota).

1111/61

61. LA CUESTIÓN DEL TÍTULO PUTATIVO.— El concepto de título putativo aparece confuso en el art. 2357 Ver Texto . Dispone que el título putativo equivale a un título realmente existente, cuando el poseedor tiene razones suficientes para creer en la existencia de un título a su favor o para extender su título a la cosa poseída.

¿Qué ha querido significar VÉLEZ cuando se ha referido al título putativo de quienes tienen razones suficientes para creer en la existencia de un título a su favor o para extender su título a la cosa poseída? Conforme con la opinión de los comentaristas (ver nota 7), las hipótesis previstas son las siguientes: 1) En el primer caso, el título falta totalmente, como ocurre si el mismo ha sido falsificado o si un heredero o legatario ha entrado en posesión de los bienes que le fueron dejados por el causante y luego ese testamento queda revocado por otro posterior que no se conocía a la época en que entró en posesión; son éstos, supuestos típicos de título putativo. 2) El segundo caso alude a supuestos en que falta el título, no obstante que el poseedor cree de buena fe que existe: por ejemplo, si entra en posesión de algunos bienes creyendo que forman parte del acervo sucesorio que se le ha deferido o si toma la posesión de lotes o inmuebles no comprendidos en su título, pero que él cree que lo están.

En este último caso no hay justo título ni título putativo: simplemente no hay título, no obstante haberlo creído el poseedor. No está mal que se le conceda en estos supuestos al poseedor el beneficio de reputarlo de buena fe; lo que es erróneo es decir que tiene un título putativo. Estos defectos de técnica legal obedecen al apego excesivo a la lógica y al rigor de los principios: se parte de que no puede concebirse la buena fe del poseedor si no tiene título; como en este segundo supuesto evidentemente no hay título, se dice que lo hay putativo, forzando a todas luces el concepto. Hubiera bastado contemplar algunas excepciones en que puede y debe admitirse la buena fe de la posesión aunque no tenga título.

Volveremos a aludir al título putativo al tratar de la usucapión (véase nº 374).

1111/62

62. TIEMPO EN QUE DEBE EXISTIR LA BUENA FE.— La buena fe del poseedor debe existir en el origen de la posesión y en cada hecho de la percepción de los frutos, cuando se trate de frutos percibidos (art. 2358 Ver Texto).

Este texto resuelve una vieja cuestión, aceptando la solución del Derecho Romano: para ser considerado poseedor de buena fe, basta que se la tenga en el momento de empezar a poseer, aunque luego se la pierda por tomar conocimiento de que hay otra persona con

mejor título. El derecho canónico, en cambio, impuso el principio de que para beneficiarse con la usucapión breve, era necesario mantener la buena fe durante todo el término legal.

Los argumentos en favor del sistema adoptado por el Código, parecen decisivos. Cuando una persona ha adquirido un inmueble por justo título y de buena fe ¿cómo no reputarlo poseedor de buena fe a los efectos de la usucapión? De lo contrario, quedaría gravemente desprotegido quien ha celebrado un negocio jurídico de plena buena fe y quizás a título oneroso (ver nota 8).

Distinto es el supuesto de la percepción de los frutos. Respecto de ellos, la buena fe debe existir en cada hecho de la percepción (art. 2358 Ver Texto , in fine). También aquí la solución es acertada. Cuando el poseedor sabe que no tiene derecho a seguir percibiendo los frutos, la percepción de ellos es de mala fe y como tal debe ser tratada. No se trata como en el caso de la posesión en sí misma, de una conducta continuada, que se funda en un justo título y que originariamente ha sido de buena fe; se trata de actos independientes y separables, que deben ser juzgados, cada uno de ellos, a la luz de la buena o mala fe, apreciada en el momento de cada acto, es decir, de cada percepción de frutos (ver nota 9).

1111/63

63. COPOSESIÓN.— Cuando dos o más personas poseyeren en común una cosa, cada una de ellas responderá de la buena o mala fe de su posesión (art. 2359 Ver Texto). Es la solución lógica. El derecho ampara la buena fe y no habría razón alguna para extender sus beneficios al poseedor de mala fe, por la sola razón de que el coposeedor era de buena fe.

La jurisprudencia ha hecho una interesante aplicación de este principio en materia de sociedad conyugal. La antigua Cámara Civil 1ª de la Capital resolvió que la circunstancia de que el marido haya poseído de mala fe las cosas muebles, no basta para calificar de igual forma la posesión de su esposa, dado que ésta no los adquiere como heredera de aquél, sino como socia de la comunidad conyugal (ver nota 10).

Ya veremos, empero, que el principio del art. 2359 Ver Texto crea un problema complejo en el caso de las sociedades y que los socios de mala fe, si son minoría, resultan beneficiados por la buena fe de los demás (véase nº 64, siguiente).

1111/64

64. CORPORACIONES Y SOCIEDADES.— El art. 2360 Ver Texto nos enfrenta con una disposición sorprendente dentro de la teoría de VÉLEZ SARSFIELD sobre las personas

jurídicas. Dispone que en la posesión de las corporaciones y sociedades, será la posesión de mala fe, cuando la mayoría de sus miembros sabía de la ilegitimidad de ella. Si el número de los miembros de buena fe fuere igual al número de los miembros de mala fe, la posesión es de mala fe. Los miembros de mala fe deben indemnizar a los de buena fe de la privación de la posesión.

¿Cómo se armoniza esto con el principio de que las personas jurídicas son consideradas como personas enteramente distintas de sus miembros? (art. 39 Ver Texto). Esta incongruencia ha inducido a algunos autores a sostener que el art. 2360 Ver Texto se refiere solamente a las entidades no reconocidas como personas jurídicas por un acto expreso del poder público (ver nota 11). Tal interpretación nos parece inadmisibles. En primer lugar, porque el hecho de la concesión por el Estado de la personería jurídica, no excluye que también la posean otras entidades por la sola aplicación del régimen legal que las gobierna. ¿Por qué, entonces, tratar con desigualdad, en lo que a este problema se refiere, a unas y otras? Si alguna duda pudiera haber existido sobre este punto, ella ha quedado disipada por la nueva redacción del art. 33 Ver Texto , que expresamente les reconoce carácter de personas jurídicas a las de carácter privado, inclusive las sociedades civiles y comerciales. En segundo lugar, la ley habla expresamente de corporaciones y sociedades, de tal modo que sería arbitrario excluir a éstas de las disposiciones del artículo. Por último, hay una razón práctica evidente, que fue la que indujo a VÉLEZ a adoptar esta solución. Puesto que en el sistema del Código, los actos ilícitos de los representantes no podían afectar a las personas jurídicas (art. 43 Ver Texto , hoy derogado por la ley 17711), era imposible hacer pesar sobre ellas la mala fe de sus representantes. De donde habría resultado un privilegio intolerable en su beneficio: hubiera sido necesario considerar siempre de buena fe su posesión (ver nota 12). VÉLEZ retrocedió ante una consecuencia tan absurda y dio al problema una solución realista, que importa una sorprendente aplicación de una de las más modernas ideas en torno a las personas jurídicas: la legitimidad y justicia de “descorrer el velo de la personería” para penetrar en la realidad escondida detrás de él, cada vez que se trate de evitar un fraude, una conducta abusiva, un resultado contrario a lo que la ley y la buena fe persiguen (ver nota 13).

Con lo cual no estamos aprobando la solución del Código en este supuesto. Parece evidente la conveniencia de juzgar la buena fe o mala fe de la posesión a través de la conducta de los representantes u órganos de la entidad. De lo contrario, la prueba se hará muchas veces infernal si no imposible, como, por ejemplo, ocurre en el caso de las sociedades anónimas. De cualquier modo, el art. 2360 Ver Texto es un interesante punto de apoyo legal a la teoría, hoy triunfante, que sostiene la posibilidad de descorrer el velo de la personería.

1111/65

65.— El art. 2360 Ver Texto habla de corporaciones y sociedades. Quedan por consiguiente excluidas de su campo de aplicación (y es razonable que así sea) las fundaciones (ver nota 14) y las personas de derecho público, en cuyo caso su buena o mala fe debe juzgarse por la

de su representante (ver nota 15).

1111/66

66.— Lo que decide la buena o mala fe de la posesión es la buena o mala fe de la mayoría. Se trata de la mayoría de personas según resulta del texto expreso del art. 2360 Ver Texto , que habla de los miembros de mala fe fuere igual a los de buena fe, la posesión es de mala fe (art. 2360 Ver Texto , 2º párrafo). Es una solución moralizadora.

Y si, siendo la mayoría de mala fe, la posesión se reputa tal, ellos deben indemnizar los daños y perjuicios que resultan a los miembros minoritarios de la privación de su carácter de poseedores de buena fe.

¿La responsabilidad de los poseedores de mala fe frente a los de buena fe es solidaria o simplemente mancomunada? La cuestión es delicada. Si se prueba que ha habido engaño por parte de los miembros de mala fe, no cabe duda que hay un hecho ilícito y que la responsabilidad debe ser solidaria (arts. 1081 Ver Texto y 1109 Ver Texto). Pero si no se prueba el engaño o el abuso de confianza, pensamos que la responsabilidad debe ser simplemente mancomunada, porque el hecho ilícito se cometió en perjuicio de las otras personas que tenían derecho a la posesión, pero no respecto de los otros miembros de la sociedad o corporación que tomó la posesión de mala fe.

1111/67

67. CASO DE REPRESENTACIÓN.— Conforme con el art. 2397 Ver Texto la buena fe del representante que adquirió la posesión, no salva la mala fe del representado; ni la mala fe del representante, excluye la buena fe del representado.

En principio, la solución es buena: lo esencial es la buena o mala fe del representado. Pero forzoso será admitir que la regla del art. 2397 Ver Texto no se aplica a personas que están bajo representación necesaria, porque ello significaría que la posesión de un demente o un menor debe reputarse siempre de buena fe, lo que no es admisible. Por consiguiente, en los casos en que actúe un representante necesario, el carácter de la posesión se juzgará por la buena o mala fe del representante, con la salvedad que haremos en seguida.

No nos parece admisible la opinión según la cual debe limitarse este apartamiento de la regla del art. 2397 Ver Texto al caso de personas que carecen de voluntad, tal como los dementes y los menores de diez años (ver nota 16). Un padre puede tomar posesión de un bien en nombre de un hijo que ha cumplido 14 o 16 años en la más completa ignorancia de

éste. El padre era de mala fe; el hijo de buena fe. ¿Habrá que calificar la posesión conforme a la buena fe del hijo? La solución no se sostiene. Pero supongamos el caso inverso. El menor que ha cumplido 10 años o el sordomudo son de mala fe y el representante necesario de buena fe. Nos parece que en tal caso recobra vigencia el art. 2397 Ver Texto y que la posesión debe ser calificada de mala fe.

1111/68

68. IMPORTANCIA DE ESTA DISTINCIÓN.— La distinción entre posesión de buena y mala fe, tiene gran trascendencia:

a) En materia de muebles, la posesión de buena fe y a título oneroso equivale al justo título y permite repeler cualquier acción de reivindicación, si la cosa no fuera robada o perdida (arts. 2412 Ver Texto y 2778 Ver Texto). Aun tratándose de cosas robadas o perdidas, la posesión de buena fe permite usucapir a los dos o tres años, según sea o no registrable la cosa (art. 4016 bis Ver Texto). El poseedor de mala fe de una cosa mueble no se beneficia nunca con la prescripción adquisitiva.

b) Tratándose de inmuebles, el subadquirente de buena fe y a título oneroso puede repeler la acción de reivindicación (art. 1051 Ver Texto), a menos que el título en virtud del cual se entró a poseer sea falsificado o simplemente inexistente. El poseedor de mala fe carece de esta protección legal.

c) Mediando justo título y buena fe, la prescripción adquisitiva se opera en el plazo de diez años (art. 3999 Ver Texto); en tanto que si fuere de mala fe, la usucapión se opera recién a los veinte años (arts. 4015 Ver Texto y 4016).

d) El poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos, no así el de mala fe, que no sólo debe restituir lo que haya percibido sino también lo que haya dejado de percibir por su culpa (arts. 2423 Ver Texto y 2438 Ver Texto).

e) Tanto el poseedor de buena como el de mala fe tienen derecho a que se les paguen las mejoras necesarias; en cuanto a las útiles, el de buena fe tiene derecho a que se le reintegren íntegramente, en tanto que el de mala fe sólo puede repetir las en la medida en que hayan aumentado el valor de la cosa (arts. 2427 Ver Texto , 2440 Ver Texto y 2441).

f) El poseedor de buena fe no responde por la destrucción total o parcial de la cosa, ni por sus deterioros, aunque fueren ocasionados por su culpa (art. 2431 Ver Texto); en cambio, el poseedor de mala fe responde por todos esos daños, aunque se hubieran causado por caso

fortuito, a menos que demuestre que los mismos se hubieran deteriorado o perdido en poder del dueño (art. 2435 Ver Texto).

g) Si la transformación de una cosa se hace de buena fe y no fuere posible volverla a su estado anterior, el dueño de la cosa sólo tiene derecho a la indemnización correspondiente, pero no a la cosa transformada (art. 2568 Ver Texto); si se hizo de mala fe, el dueño puede optar entre la cosa transformada (pagando al transformador el mayor valor que hubiere adquirido) y la indemnización del valor de la cosa transformada (art. 2569 Ver Texto).

1111/69

69.— Lo dicho en el número anterior, pone de manifiesto el favor con que la ley trata al poseedor de buena fe, en relación con el de mala fe. Es razonable y moralizador. Pero hay que notar que, si bien en forma atenuada, se protege también al poseedor de mala fe, a quien se le reconoce el derecho a percibir las mejoras necesarias y aun, dentro de ciertos límites, las mejoras útiles, así como también el derecho de reclamar el mayor valor de la cosa transformada; y, sobre todo, es especialmente importante que el poseedor de mala fe pueda, en virtud de esa posesión, adquirir el dominio de los inmuebles después de transcurridos veinte años. ¿Cómo se explica esta protección conferida al poseedor de mala fe? ¿No es ésta una solución inmoral, que contraría la concepción del Derecho como integrante de un orden ético?

La explicación es muy simple. No se protege la mala fe del poseedor; lo que se protege es una conducta, una manera de obrar del poseedor que es socialmente útil. Si éste apuntala y salva de la ruina a un edificio que está por desplomarse, lleva a cabo un acto no sólo benéfico para el dueño de la cosa, sino también útil desde el punto de vista social. Y cuando el poseedor, aun de mala fe, cultiva la tierra, la hace producir, le saca frutos, realiza actos que también son socialmente útiles. Es esa conducta útil la que la ley protege, no la mala fe.

(nota 1) C. S. N., 24/8/1925 (implícitamente); SALVAT-ARGAÑARAZ, t. 1, n° 62; LEGÓN, t. 3, p. 289; MACHADO, t. VI, p. 247, nota. En contra: LAFAILLE, t. 1, n° 115, que sostiene que la noción del justo título no entra en juego para apreciar la buena fe del poseedor.

(nota 2) C. Fed. Cap., 13/12/1930, J. A., t. 34, p. 1060; C. Apel. Rosario, 27/6/1935, J. A., t. 52, p. 311.

(nota 3) C. Apel. 2ª La Plata, 14/5/1948, L. L., t. 51, p. 339.

(nota 4) En el sentido que era de buena fe: C. Civil Cap. en Pleno, 24/12/1940, J. A., t. 73, p. 31/ C. Fed. Cap., 20/11/1950, L. L., t. 61, p. 580; C. Apel. 1ª La Plata, 23/12/1949f, J. A., 1950-I, p. 411; C. Apel. Mar del Plata, 23/6/1955, J. A., 1955-IV, p. 451. En contra: S. C. Buenos Aires, 13/8/1947, j. A., 1947-III, p. 445; C. Apel. Santiago del Estero, 13/4/1951, L. L., t. 66, p. 504.

Dice ARGAÑARAZ, con razón, que sería “inícuo” considerar que tal poseedor no es de buena fe (en SALVAT, t. 1, nota 79 a al nº 63).

(nota 5) Véase nota al art. 4010; LEGÓN, t. 3, p. 279; SALVAT, t. 1, nº 62.

(nota 6) S. C. Buenos Aires, 26/7/1949, L. L., t. 56, p. 413.

(nota 7) SALVAT-ARGAÑARAZ, t. 1, nº 66; LAFAILLE, t. 1, nº 117; MACHADO, t. 6, pág. 249.

(nota 8) Véase la interesante nota de ARGAÑARAZ, con especial referencia a la doctrina francesa en SALVAT-ARGAÑARAZ, t. 1, nota 85 a.

(nota 9) Véase SALVAT-ARGAÑARAZ, t. 1, nº 68 y nota 86; LAFAILLE, t. 1, nº 118.

(nota 10) C. Civil. 1ª Cap., 25/4/1934, J. A., t. 46, p. 230.

(nota 11) En este sentido: SALVAT-ARGAÑARAZ, t. 1, nº 75 y s., texto y nota 93 a; MACHADO, t. 6, p. 252, nota; LEGÓN, t. 3, p. 296 y s.

(nota 12) Así lo hace notar LAFAILLE, t. 1, nº 119.

(nota 13) Sobre este tema véase BORDA, El velo de la personería, L. L., t. 142, p. 1158; SERIK, Apariencia y realidad de las sociedades mercantiles, Barcelona, 1958; HOUIN, El abuso de la personalidad moral en las sociedades por acciones en el derecho francés, L. L., t. 109, p. 1053; PINEDO y WATERHOUSE, Sobre el abuso de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales, E. D., t. 10, p. 871.

(nota 14) LAFAILLE, t. 1, nº 119.

(nota 15) C. Civil 1ª Cap., 17/4/1942, J. A., 1942-II, p. 530; C. Apel. 2ª La Plata, 18/7/1925, J. A., t. 16, p. 867.

(nota 16) Así lo sostiene SALVAT, t. 1, nº 73.

1111/10150

C.— POSESIÓN VICIOSA

1111/70

70. CONCEPTO.— La posesión de mala fe puede o no ser viciosa; los vicios son pues, una connotación propia de algunas posesiones de mala fe. La buena fe nunca es viciosa.

Según el art. 2364 Ver Texto , la posesión será viciosa cuando fuere de cosas muebles adquiridas por hurto, estelionato, o abuso de confianza; y siendo de inmuebles, cuando sea adquirida por violencia, o clandestinamente; y siendo precaria, cuando se tuviere por un abuso de confianza.

Para un mejor desarrollo del tema trataremos por separado los vicios de la posesión de inmuebles y de muebles.

1111/10160

1.— Inmuebles

1111/71

71. VICIOS ENUMERADOS.— El Código enumera tres vicios relativos a la posesión de inmuebles: la violencia, la clandestinidad y el abuso de confianza.

1111/72

72. a) Violencia.— Según el art. 2365 Ver Texto , la posesión es violenta cuando es adquirida o tenida por vías de hecho, acompañadas de violencias materiales o morales o por amenazas de fuerza, sea por el mismo que causa la violencia, sea por sus agentes.

Violencias materiales o morales, dice el Código, con razón. Lo mismo da, a los efectos de calificar la violencia, que el anterior poseedor sea sacado del inmueble a empujones o bajo amenazas contra su integridad física o la de su familia. También el chantaje es una amenaza moral, como lo hemos puntualizado respecto del vicio de violencia propio de los actos jurídicos (véase Tratado de parte general, t. 2, n° 1163), cuyos principios son de plena aplicación para la violencia en la posesión. Pero con una importante aclaración: una cosa es la violencia, vicio del acto jurídico, y otra la relativa a la posesión. Así, por ejemplo, es perfectamente concebible que una persona haya suscripto un acto bajo amenazas, pero luego entregue voluntariamente la posesión (ver nota 1). Hay que reconocer, sin embargo, que la hipótesis no es normal. Cuando una persona vende a otra un inmueble bajo amenazas, y luego entrega la posesión, es elemental presumir que cumple con el contrato cediendo a las mismas amenazas que la obligación a firmarlo. Es decir, hay que presumir que también la posesión ha sido tomada con violencia, aunque no se pruebe concluyentemente la existencia de las amenazas referidas al hecho mismo de la tradición. Pero no es imposible concebir que una persona haya celebrado un contrato bajo amenazas, es decir, que haya celebrado un contrato que no hubiera otorgado de haber obrado libremente; pero luego se convence de que el contrato la favorece, y entrega voluntariamente la posesión. Es un ejemplo claro en el que ha existido violencia en el acto, pero no en la posesión.

1111/73

73.— La violencia puede ser cometida contra el poseedor mismo o contra quien la tenía a su nombre (apoderado, administrador, enviado, etc.; art. 2367 Ver Texto). Y, desde luego, es indiferente que esa violencia se haya hecho personalmente por el que tomó la posesión, o la hayan cometido sus representantes o agentes, o por una persona que obra con su consentimiento; o finalmente, que hecha sin su conocimiento o instrucciones, luego la ratificare expresa o tácitamente (art. 2366 Ver Texto).

1111/74

74.— Pero es necesario puntualizar este concepto: la violencia a la que el Código alude es la realizada contra las personas, es decir, contra el anterior poseedor, o sus representantes o empleados; pero no la hay, en el sentido del Código, cuando la violencia se ha ejercido simplemente contra las cosas. Así, por ejemplo, si para entrar en posesión de un terreno que

está cercado, rompo el candado o la cadena que cierra la puerta, o abro un boquete en la pared, o corto un alambrado. De todo el contexto del Código y, particularmente de los arts. 2366 Ver Texto y 2367, surge claramente que la violencia a la que alude es la referida a las personas y no a las cosas. Este principal general tiene una excepción en materia de robo de muebles, ya que la violencia ejercida respecto de la cosa robada califica como violenta la toma de posesión (véase n° 82).

1111/75

75.— Lo normal mediando violencia, es que ella se ejerza al tomar la posesión; pero igualmente debe calificarse como tal, la posesión que no fue adquirida por violencia, si fue mantenida por ella. Por ejemplo, una persona toma posesión de un inmueble en ausencia de su dueño, ocupándolo sin resistencias. Pero cuando regresa el propietario, se opone por la fuerza a que éste penetre en el inmueble. La posesión es violenta. Es la doctrina que surge del art. 2365 Ver Texto según el cual la posesión es violenta cuando es adquirida o tenida por vías de hecho (ver nota 2).

1111/76

76.— La violencia es un vicio relativo; solamente que de invocar ese carácter la persona que ha sido víctima de ella (art. 2368 Ver Texto), pero no por terceros. Así, por ejemplo, si una persona desposeyó a otra violentamente y luego una tercera inicia acción de reivindicación, no podrá invocar el carácter violento de la desposesión a los efectos de la restitución de los frutos.

Del mismo modo, la violencia o fuerza ejercida contra terceros que pretenden tomar de hecho la posesión, no le confiere a ésta carácter de violencia; en tanto que, como ya lo hemos dicho, la misma actitud referida al anterior poseedor califica la posesión como violenta.

1111/77

77. b) Clandestinidad.— Dispone el art. 2369 Ver Texto que la posesión es clandestina cuando los actos por los cuales se tomó o se continuó fueron ocultos o se tomó en ausencia del poseedor o con precauciones para sustraerla al conocimiento de los que tenían derecho a oponerse.

Aunque la técnica del art. 2369 Ver Texto no sea impecable está claro que lo que caracteriza la clandestinidad es el sigilo, el ocultamiento con que ha procedido el poseedor. Advertimos

que el artículo citado dice que hay clandestinidad también cuando la posesión se tomó en ausencia del poseedor; pero este texto debe entenderse como una simple presunción legal. Obviamente, no habría clandestinidad, si no obstante obrar el que tomó la posesión en ausencia del antiguo poseedor se lo comunicó por medios fehacientes antes o inmediatamente después de hacerlo; ni cuando por la difusión o carácter peculiarmente notable de la toma de posesión, no pudo razonablemente pasar inadvertida para el antiguo poseedor, particularmente si la ausencia de éste se refiere a una lejanía relativa, a una distancia que, por no ser excesiva, permite suponer que el anterior poseedor conoció inmediatamente el hecho producido. Pero la ausencia sigue siendo una presunción legal de clandestinidad que tiene vigencia aunque el que tomó la posesión no haya adoptado medidas para ocultar los hechos al anterior poseedor (ver nota 3).

Una observación merecen las afirmaciones contenidas en la nota puesta por el codificador al art. 2479 Ver Texto , en la que afirma que los actos posesorios ejecutados de noche y los trabajos subterráneos, son siempre clandestinos. Contendida en una nota, esta afirmación de VÉLEZ no tiene otra fuerza que una simple opinión doctrinaria. Pero es evidente que la palabra siempre ha traicionado el pensamiento de VÉLEZ SARSFIELD. Lo razonable hubiera sido decir normalmente. Pero si no obstante la oscuridad, de las circunstancias resulta claro que no hubo clandestinidad, no puede atribuírsele a la posesión aquel carácter. ¿Qué diferencia hay, en lo que atañe a la clandestinidad, entre tomar posesión de un terreno de la calle Corrientes a las 12 horas, o a las 20, siendo que la vida de esa arteria es tan intensa en uno u otro momento?

La nocturnidad es pues una presunción de clandestinidad en la medida en que confiera al acto un carácter de ocultamiento o sigilo. Y lo mismo puede decirse de los trabajos subterráneos.

Se ha decidido, con razón, que no puede hablarse de clandestinidad cuando la posesión se ha tomado en cumplimiento de resoluciones judiciales (ver nota 4).

1111/78

78.— Supongamos ahora que la posesión ha sido tomada públicamente pero luego el poseedor ha adoptado precauciones para ocultar que continúa poseyendo. ¿Hay clandestinidad? El art. 2370 Ver Texto resuelve expresamente el punto disponiendo que la hay. Pero bien entendido que una posesión pública en su origen no se convierte en clandestina por el solo hecho de que no se la haya continuado ejerciendo públicamente; tanto más si la naturaleza particular de la cosa no obligaba o imponía un goce público (ver nota 5). Para que en este supuesto se la repute clandestina es indispensable, como expresamente lo dice el mismo art. 2370 Ver Texto , que el poseedor haya tomado precauciones para ocultar su continuación.

1111/79

79.— Como en el caso de la violencia, el vicio de clandestinidad es relativo. Solamente puede ser opuesto por el anterior poseedor. Así lo dispone expresamente el art. 2371 Ver Texto ..

1111/80

80. c) Abuso de confianza.— Existe abuso de confianza cuando la persona que ha recibido una cosa a título de acreedor (arrendatario, comodatario, depositario, etc.), intervierte su título y pretende tener sobre la cosa un verdadero derecho de posesión. Es decir que no se trata de la negativa del tenedor a restituir la cosa, en tanto se limite a defender su derecho de tenedor precario de la cosa; el abuso de confianza consiste en pretenderse poseedor pleno de ella.

1111/10170

2.— Muebles

1111/81

81. VICIOS ENUMERADOS.— El Código enumera los siguientes vicios de la posesión de cosas muebles: el hurto, el estelionato y el abuso de confianza. Nos ocuparemos de ellos en los números que siguen.

1111/82

82. a) Hurto.— El hurto consiste en el apoderamiento ilegítimo de una cosa mueble total o parcialmente ajena (art. 162 Ver Texto , C. Penal). Si ha habido violencia en las personas o en las cosas entonces no hay propiamente hurto sino robo (164 Ver Texto , C. Penal). Pero cuando el art. 2364 Ver Texto menciona al hurto entre los vicios de la posesión de las cosas muebles obviamente comprende tanto al hurto como al robo (ver nota 6). Porque sería un contrasentido jurídico agravar la condición jurídica del que hurtó una cosa sin violencia, y eximir de esa sanción al que lo hizo con violencia en las personas o en las cosas.

1111/83

83. b) Estelionato.— La palabra estelionato fue tomada por VÉLEZ SANSFIELD de la vieja legislación española vigente a la época de la sanción del Código Civil, pero ha desaparecido de la terminología penal moderna, al menos de la de nuestro Código. Su significado está explicado en los arts. 1178 Ver Texto y 1179 del Código Civil. En el primero se dice que incurre en estelionato el que hubiese contratado sobre cosas ajenas como propias, si no hiciere tradición de ellas; en el segundo, que incurre en el mencionado delito quien contratase de mala fe sobre cosas litigiosas, pignoradas, hipotecadas, o embargadas, como si estuviesen libres, siempre que la otra parte hubiese aceptado la promesa de buena fe.

Ahora bien, quien incurre en estelionato, ha adquirido antes la posesión de la cosa, sea de buena o mala fe; por consiguiente, cuando el art. 2364 Ver Texto con evidente impropiedad habla de las cosas adquiridas por estelionato, es indudable que se refiere al cómplice del que ha cometido ese delito: es decir a la persona que sabiendo que la cosa que se le entregaba no pertenecía al deudor o estaba pignorada, o embargada, o era litigiosa, la compró como si estuviera libre (ver nota 7).

1111/84

84. c) Abuso de confianza.— Los conceptos expresados respecto de este vicio de la posesión en relación con los inmuebles es enteramente aplicable a las cosas muebles. Para que exista posesión con abuso de confianza, el detentador a nombre ajeno debe haber intervertido su título, convirtiéndose en poseedor.

Se trata del delito de defraudación previsto en el art. 173 Ver Texto , inc. 2º, del Código Penal, que califica así al que con perjuicio de otros se apropiare, no entregare o no restituyere a su debido tiempo cosas muebles, dinero o valores ajenos, que tuviera bajo su poder o custodia por un título que provoca obligación de entregar o devolver.

1111/10180

3.— Efectos legales

1111/85

85. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DE LA POSESIÓN VICIOSA.— La situación del poseedor de mala fe se agrava si su posesión es viciosa. El art. 2436 Ver Texto deja a cargo del poseedor vicioso todos los riesgos de las cosas en todos los casos; no le corresponde el derecho de retención (art. 2436 Ver Texto , 2ª parte y 2440 Ver Texto).

(nota 1) De acuerdo: VÉLEZ SANSFIELD, nota al art. 2664; LAFAILLE, t. 1, nº 123; SALVAT, t. 1, nº 85.

(nota 2) La doctrina es en nuestro país unánime: puede verse C. Apel. La Plata, 30/12/1947/ J. A.-IV, p. 749; LAFAILLE, t. 1, nº 123; SALVAT, t. 1, nº 86; OVEJERO, p. 175.

(nota 3) C. Civil 2ª Cap., 16/10/1931, J. A., t. 36, p. 1365; en contra: C. Apel. 1ª La Plata, 2/10/1961, J. A., 1952-I, p. 237; C. Apel. 2ª La Plata, 12/3/1948, L. L., t. 351, p. 780.

(nota 4) C. Civil 2ª Cap. 28/12/1926, J. A., t. 23, p. 907.

(nota 5) ARGAÑARAZ, en SALVAT, t. 1, nº 91, nota 119 a.

(nota 6) La doctrina es unánime.

(nota 7) SALVAT, t. 1, nº 96; LAFAILLE, t. 1, nº 122.

1111/10190

CAPÍTULO III - ADQUISICIÓN, CONSERVACIÓN Y PÉRDIDA DE LA POSESIÓN

1111/10200

I. ADQUISICIÓN DE LA POSESIÓN

1111/86

86. CONCEPTOS GENERALES.— Siguiendo fielmente la concepción saviniana, VÉLEZ SANSFIELD dice en el art. 2373 Ver Texto : la posesión se adquiere con la aprehensión de la cosa con la intención de tenerla como suya; salvo lo dispuesto sobre la adquisición de las cosas por sucesión. Y a continuación, siempre consecuente con la misma concepción, el art. 2374 Ver Texto dice que la aprehensión debe consistir en un acto que, cuando no sea un contacto personal, ponga a la persona en presencia de la cosa con la posibilidad física de tomarla.

Empecemos por desglosar un problema al que alude la primera de la dos normas citadas: la posesión hereditaria. Se trata de una institución que nada tiene que ver con la posesión derecho real, y que consiste simplemente en la investidura del carácter de heredero. Sobre esta materia remitimos a lo que hemos expresado en nuestro Tratado de sucesiones, t. 1, n° 440 y siguientes.

Hecha esta aclaración volvamos a nuestro tema. No insistiremos aquí en nuestra crítica a la doctrina saviniana de la posesión, que hemos desarrollado anteriormente (n° 25). Sólo añadiremos ahora que la adquisición de la posesión no requiere siempre la aprehensión de la cosa (aunque ésta sea su forma típica). Es poseedor quien se comporta respecto de la cosa como propietario o como titular de uno de los derechos reales cuyo ejercicio, según el Código, importa poseer. Desde el momento que una persona actúa respecto de la cosa como lo haría el propietario, el usufructuario, el usuario, el titular de una servidumbre, de un derecho de prenda o anticresis, empieza a poseer. Claro está que para admitir que esa conducta tiene el carácter de toma de posesión, debe tratarse de hechos que den al poseedor un derecho de señorío eficaz sobre la cosa (ver nota 1). Pero justamente porque se trata del cambio de la titularidad del derecho de posesión, porque tal acto implica el reconocimiento de derechos que antes se reconocían a otra persona, esos actos deben ser particularmente claros e inequívocos. No basta, dice STOLFI, para ello, que realice actos que, aun demostrando la voluntad de enseñorearse de la cosa, no atestiguan según la común opinión que se encuentra bajo su efectiva y exclusiva disposición: es necesario que esos actos sean de tal naturaleza que traduzcan el concepto de un estado estable de la posesión (ver nota 2).

1111/10210

§ 1. Distintos modos de adquisición

1111/87

87. ENUMERACIÓN Y CLASIFICACIÓN.— Conforme con los arts. 2375 Ver Texto y siguientes, C. Civil, la posesión se puede adquirir por ocupación, usurpación o tradición.

Los dos primeros se llaman modos originarios o unilaterales de adquirir la posesión; originarios porque no existe ninguna posesión anterior que se una a la siguiente; unilaterales porque se constituyen por un hecho propio y exclusivo del adquirente. La tradición, en cambio, es un modo derivado o bilateral de adquirirla. Derivado porque la nueva posesión deriva de la anterior, uniéndose a ella, y bilateral, porque la adquisición de la posesión es el resultado de un acuerdo de voluntades, traducido en la efectiva transferencia de la posesión.

En los párrafos que siguen nos ocuparemos de cada uno de estos medios de la adquisición de la posesión.

(nota 1) Con ligeras variantes es la opinión expresada por STOLFI, cit. por ARGAÑARAZ en SALVAT, t. 1, nº 100, nota 5, a.

(nota 2) Stolfi, cit. por ARGAÑARAZ, loc. cit. en nota anterior.

1111/10220

A.— OCUPACIÓN

1111/88

88. CONCEPTO Y CONDICIONES.— La ocupación consiste en la aprehensión material de una cosa sin dueño (art. 2375 Ver Texto), tal como ocurre con el animal cazado o pescado o la colmena de abejas tomada (arts. 2540 Ver Texto , 2545 Ver Texto y 2547 Ver Texto).

Conforme con el art. 2375 Ver Texto , para que haya adquisición de la posesión por ocupación se requieren dos condiciones:

a) la aprehensión de la cosa; naturalmente debe tratarse de una aprehensión que demuestre la voluntad o propósito del ocupante de apropiarse de la cosa.

b) que la cosa carezca de dueño y sea de aquellas cuyo dominio se adquiere por la ocupación según las disposiciones del Código. Conforme con los arts. 2343 Ver Texto y 2527 Ver Texto , son susceptibles de posesión privada por ocupación los animales de caza; los peces de los mares, río y lagos navegables; los enjambres de abejas, si el propietario de ellos no lo reclamare inmediatamente; las conchas, corales y otras sustancias que se encuentran en el fondo de los mares o que el mar arroje sin que presenten signo de un dominio anterior; los tesoros abandonados, monedas, joyas u objetos preciosos que se encuentren sepultados o escondidos, sin que haya indicios o memoria sobre quién sea su dueño; los animales bravíos o salvajes y los domesticados que recuperen su antigua libertad; y, de una manera general, cualquier otro objeto voluntariamente abandonado por su dueño para que se lo apropie el primer ocupante.

¿Puede adquirirse la posesión por ocupación de cosas inmuebles abandonadas por su dueño? La cuestión está discutida en nuestra doctrina. Algunos autores aducen que conforme con el art. 2454 Ver Texto , la posesión se pierde cuando el poseedor hace abandono voluntario de la cosa y que esta disposición se aplica tanto a los bienes muebles como a los inmuebles; otros hacen notar que los inmuebles que carecen de dueño pertenecen al Estado, por lo que ocupación unilateral importaría una verdadera usurpación y no una ocupación en sentido propio (ver nota 1). Adherimos a la segunda opinión. Si el inmueble es abandonado por su dueño con la intención de desprenderse del dominio, éste pasa al patrimonio del Estado; en consecuencia, no puede hablarse de cosa sin dueño, puesto que el inmueble abandonado por el anterior propietario tiene un dueño, que es el Estado. Por lo demás, la apropiación de las cosas sin dueño enumeradas en los arts. 2343 Ver Texto y 2527 Ver Texto , no sólo es legítima, sino que debe ser estimulada por la ley; más aún: el que procede de esa manera adquiere además de la posesión, la propiedad de la cosa, por el solo hecho de la ocupación. Muy distinto es el caso de los inmuebles; quien ocupa un inmueble abandonado por su anterior propietario lo hace en detrimento de los derechos del Fisco. Y para adquirir la propiedad, debe transcurrir todo el término correspondiente a la posesión de mala fe.

Son estos argumentos de suficiente peso, a nuestro entender, como para reputar que en este caso no hay ocupación propiamente dicha, sino usurpación, modo de adquisición de la posesión de que nos ocuparemos en seguida.

(nota 1) En el sentido de que también la posesión de los inmuebles es susceptible de ser adquirida por ocupación, salvat, t. 1, N° 112; LAFAILLE, t. 1, n° 217. Piensan en cambio que solamente las cosas muebles pueden ser susceptibles de posesión por ocupación; MARTÍNEZ, n° 229; LEGÓN, t. 3, p. 241; MACHADO, t. 6, nota al art. 2375, p. 270.

1111/10230

B.— USURPACIÓN

1111/89

89. CONCEPTO.— En el caso anterior hemos tratado de la posesión de las cosas que nunca han tenido dueño o que fueron abandonadas por él; va de suyo que el anterior dueño, si lo hubo, no tiene interés en recuperar la cosa. Pero puede ocurrir, también, que se tome la posesión de cosas no abandonadas y, más aún, en contra de la voluntad del anterior poseedor. Según el art. 2382 Ver Texto , ello ocurre cuando se ocupan las cosas muebles por hurto o estelionato y los inmuebles por la ocupación o ejercicio de actos posesorios, si fue violenta o clandestina.

En lo que atañe al comienzo de la nueva posesión, hay que distinguir si ella fue tomada por violencia o por clandestinidad. En el primer caso, la posesión nueva comienza en el mismo momento en que el acto de despojo ha tenido lugar. En el segundo caso, en cambio, la posesión antigua perdura durante un año y la nueva comienza recién cumplido este plazo, si durante él, el anterior poseedor no realiza ningún acto para restablecerse en la detención material de la cosa. Es la doctrina clara que surge de los arts. 2454 Ver Texto y 2456 Ver Texto (ver nota 1).

A veces la distinción entre toma violenta o clandestina en la posesión no es sencilla. Supongamos que una persona toma clandestinamente la posesión de un inmueble perteneciente a otra; ésta pretende entrar en el bien que le pertenece a los pocos días, y es repelida con violencia por el nuevo poseedor. ¿Hay clandestinidad o violencia? A nuestro juicio la buena doctrina ha sido sentada por VÉLEZ SANSFIELD en la nota al art. 2455 Ver Texto en la que dice: “Somos desposeídos y perdemos la posesión de una heredad cuando es echado de ella el que poseía por nosotros, aun antes de que tengamos noticias del hecho. Se juzga que somos arrojados de nuestra heredad no sólo cuando por fuerza se nos obliga a salir, sino también cuando estando ausentes, se nos impide por la fuerza entrar en ella. Y aun basta para juzgarnos arrojados de la heredad propia, saber que otros la ocupan con intención de usar de la violencia para impedirnos entrar y nos abstenemos por esto de volver a ella”.

(nota 1) De acuerdo: SALVAT, t. 1, n° 114; LAFAILLE, t. 1, n° 218; OVEJERO, n° 92.

1111/10240

C.— TRADICIÓN

1111/10250

1.— De la tradición en general

1111/90

90. CONCEPTO Y NATURALEZA.— Tradición significa entrega. Esta institución de cuya trascendencia en nuestro derecho nos ocuparemos en seguida, ha sido definida por el art. 2377 Ver Texto de la siguiente manera: Habrá tradición cuando una de las partes entregare voluntariamente una cosa y la otra voluntariamente la recibiese.

Se trata pues de un típico acto jurídico conforme a la definición del art. 944 Ver Texto : es un acto voluntario, lícito, destinado a producir efectos jurídicos entre las partes que lo celebran. Es además un acto de naturaleza real (ver nota 1): no basta la mera declaración de darse el tradente por desposeído o de que se ha entregado la cosa al adquirente, sino que es necesaria la entrega real de la cosa (arts. 2377 Ver Texto y 2378). Sin embargo, la declaración habitualmente contenida en la escritura traslativa de dominio, de que se ha entregado la posesión, no es inútil. Vale como prueba del hecho entre las partes (ver nota 2).

1111/91

91. IMPORTANCIA JURÍDICA.— La tradición tiene en nuestro derecho importantes efectos jurídicos: a) es uno de los medios, y, desde luego, el más importante de todos, de adquirir la posesión de una cosa; b) salvo excepciones, que en su momento se verán, es indispensable para constituir derechos reales sobre las cosas (art. 577 Ver Texto); c) es el elemento formal de los llamados contratos reales, que sólo se consideran concluidos mediante la entrega de la cosa (véase nuestro Tratado de obligaciones, t.2, p. 1185); d) es la forma natural y específica de cumplimiento de la obligación de dar; e) el recibo de la posesión sin reservas libera al vendedor de la responsabilidad por vicios aparentes, aunque no se haya otorgado la escritura de compraventa (ver nota 3).

1111/92

92. CAPACIDAD.— La tradición debe ser hecha entre personas capaces (arts. 2381 Ver Texto y 2392 Ver Texto).

Pero cabe preguntarse quiénes deben considerarse capaces para dar y recibir la tradición. En cuanto al que transmite o entrega la cosa, pensamos que debe tener la capacidad necesaria para disponer de ella (ver nota 4). En cuanto al que recibe la posesión o accipiens su capacidad está regida por el art. 2392 Ver Texto , que la reconoce a todos los que tienen el uso completo de su razón y a los menores que han cumplido diez años (ver nota 5). Sobre el significado de esta norma nos remitimos a lo que hemos dicho ya anteriormente (véase nº 32). De donde resulta que la ley exige una distinta capacidad para entregar o recibir la tradición de una cosa; lo que es lógico, porque una cosa es desprenderse de un derecho y otra incorporarlo a su patrimonio. Sin embargo, como tomar la posesión de cosa implica también asumir obligaciones, hubiera sido razonable exigir una edad mayor que la de 10 años, por ejemplo, 16 o 18.

Pero no hay que confundir la capacidad para dar o recibir la tradición, con la que se requiere para celebrar el acto en virtud del cual esa tradición se lleva a cabo.

Así, por ejemplo, para celebrar válidamente el contrato de compraventa, se aplican las reglas generales sobre capacidad tanto en el vendedor como en el comprador; de lo que aquí se trata es simplemente de la entrega de la cosa, con los efectos que dicha entrega o tradición tiene en nuestro Código (ver nota 6).

Finalmente, debemos poner de manifiesto los efectos de la tradición, cuando el que transmite o tradente, no tiene capacidad para hacerlo: si el que la recibe tiene capacidad para tomar la posesión de las cosas, se convertirá en poseedor, pero no ya a título de tradición, sino a título de ocupación o usurpación, según los casos. Y pensamos que habrá ocupación, si el que toma la posesión creía de buena fe y razonablemente, que el que se la transmitía tenía capacidad para hacerlo; en cambio, habrá usurpación, si conociendo la falta de capacidad del tradente, ha recibido, no obstante ello, la tradición.

1111/93

93. TRADICIÓN Y PUBLICIDAD.— Aunque volveremos sobre este tema al tratar de la tradición y el dominio, nos parece oportuno adelantar brevemente algunas ideas. Desde sus orígenes en el Derecho Romano, la tradición fue concebida sobre todo como un modo de

publicidad. Y, efectivamente, en sociedades pequeñas, en pueblos chicos, en donde prácticamente todos se conocen, la circunstancia de que una persona entregue a otra una cosa de modo público (sobre todo cuando la entrega va acompañada de una serie de ceremonias y solemnidades destinadas a hacer más ostensible la trasmisión) podía reputarse un medio apto para lograr el resultado de la publicidad. Pero también es claro que este resultado se pierde en las multitudinarias sociedades contemporáneas. Como medio de publicidad, la tradición ha sido sustituida ventajosamente por el Registro. Ha sido sustituida, pero no totalmente. Por lo pronto, es el único medio de publicidad aún vigente para las cosas muebles no registrables. El solo hecho de tener una de esas cosas, crea la apariencia de tener un derecho sobre ella.

Y con todas sus deficiencias e imperfecciones, con todo lo que la tenencia puede ser en sí misma engañosa acerca del verdadero derecho del tenedor, lo cierto es que la posesión desempeña también al menos rudimentaria y complementariamente, un papel de publicidad respecto de la trasmisión de los inmuebles. Cuando una persona compra a otra, por ejemplo, un departamento, lo primero que hará es visitarlo para conocer la cosa que compra. Si lo encuentra ocupado entrará en sospechas sobre la legitimidad de los derechos del contratante respecto de la cosa, y exigirá la documentación que pruebe que las personas que lo ocupan lo están haciendo a nombre del tradente y que ello no será obstáculo para la trasmisión de los derechos. Coincidiendo con estas ideas, dicen ENNECERUS-KIPP-WOLFF, que la posesión, aunque no vaya acompañada de un derecho sobre la cosa, establece sin embargo una apariencia de tal derecho; se puede en ciertas circunstancias confiar en la posesión. Por esto mismo incluso el poseedor sin derecho de disposición sobre la cosa está a veces (por ejemplo, en caso de tenerla en custodia) legitimado para transmitir a un tercero una posesión inatacable, una propiedad. Y esa virtud legitimadora de la posesión se ha conservado en el derecho sobre muebles (ver nota 7).

1111/94

94. FORMA DE LA TRADICIÓN.— La historia de las instituciones jurídicas muestra dos grandes sistemas respecto de la tradición; el primero, según el cual no basta la manifestación de voluntad hecha por el tradente al accipiens de entregarle la posesión, siendo indispensable la entrega material de la cosa; y el segundo, según el cual basta el simple acuerdo.

El primero fue el sistema del Derecho Romano primitivo. Justamente porque la tradición era un medio de publicidad, se requería la entrega pública de la cosa. Pero luego las exigencias del tráfico jurídico fueron haciendo perder vigor a esta regla y en numerosos casos se admitió que la trasmisión de la posesión podría hacerse por simple declaración de las partes (ver nota 8).

En el antiguo derecho francés y germánico, la tradición se consideraba realizada por la sola

circunstancia de que el tradente manifestara haberla transmitido al accipiens y éste declarara recibirla. Nuestro Código se atuvo, como principio, al viejo sistema romano. En el art. 2378 Ver Texto se dispone: la tradición se juzgará hecha, cuando se adquiere según alguna de las formas autorizadas por este Código. La sola declaración del tradente de darse por desposeído o de dar al adquirente la posesión de la cosa, no cumple las formas legales. Ya veremos, al estudiar las distintas formas de la tradición, que no siempre se requiere la entrega material de la cosa; pero éste es el principio. Sin entrega material no hay tradición. Muy particularmente, el Código ha dejado sentado que estos recaudos no se cumplen con la sola declaración de las partes de haberse realizado la tradición.

La jurisprudencia ha interpretado con flexibilidad y acierto esta norma. Se ha declarado reiteradamente que la cláusula de la escritura traslativa de dominio por la que el adquirente declara hallarse en posesión del dominio o se manifiesta que el transmitente la entrega antes del momento en que se firma la escritura la posesión efectiva de la cosa, es suficiente, para acreditar entre las partes el hecho de la tradición. Pues constituye la prueba, por confesión del propio interesado, del hecho de la tradición (ver nota 9). La solución es irreprochable, porque siendo la tradición un hecho, la confesión es la prueba máxima e incontrovertible, salvo que se demuestre que la declaración se obtuvo por dolo o violencia.

Distinta es la posición de los terceros. Respecto de ellos, la simple declaración de las partes de haber una dado y la otra recibido la posesión, no tiene efectos, pues es *res inter alios acta* (ver nota 10). Pero aun en este caso, pensamos que la declaración de las partes es un principio de prueba por escrito, que el juez valorará según las circunstancias, y que con ayuda de otras pruebas o indicios puede formar la convicción judicial de la existencia de la tradición, aun respecto de terceros.

1111/95

95.— De más está decir que la tradición no necesita ser hecha personalmente por el tradente y el accipiens; pueden actuar en su nombre sus mandatarios, representantes o empleados; y aunque no esté presente la persona a quien se hace, si el actual poseedor remite la cosa a un tercero designado por el adquirente o la pone en un lugar que esté a la exclusiva disposición de éste, hay tradición (art. 2386 Ver Texto).

(nota 1) De acuerdo: ALLENDE, *El acto jurídico real*, L.L., t. 110, p. 1062; MARIANI DE VIDAL, *Curso de derechos reales*, t. 1, p. 124.

(nota 2) C. Civil Cap., Sala A, J. A. 1962-V, p. 248; S. C. Buenos Aires, 8/4/1969, L.L., t. 136, p. 404.

(nota 3) C. Civil. Cap., en pleno, 10/12/1982, L. L. 1983-A, p. 338.

(nota 4) De acuerdo: SALVAT, t. 1, n° 117.

(nota 5) MARIANI DE VIDAL sostiene que se tiene capacidad desde los 10 años para tomar unilateralmente la posesión; pero que para recibirla por tradición se requiere la mayoría de edad (Curso de derechos reales, t. 1, p. 132). Nos parece una distinción injustificada. Quien recibe una cosa por tradición toma posesión de ella; para tomar la posesión es capaz. Y desde que tiene la cosa en su poder, la posee. Creemos que el conflicto entre el art. 2392 Ver Texto y las normas generales sobre capacidad se resuelve distinguiendo, como lo hacemos en el texto, entre la capacidad para celebrar el acto jurídico en virtud del cual se ha hecho la tradición y ésta en sí misma.

(nota 6) En un caso resuelto por la Sala F se puso de manifiesto la distinción entre capacidad para celebrar actos jurídicos y capacidad para tomar la posesión: 6/9/1960, J. A., 1961-III, p. 65.

(nota 7) ENNECERUS-KIPP-WOLFF, t. 3, vol. 1, § 4.

(nota 8) Véanse: MAYNZ, t. 1, § 170 y s.; SAVIGNY, Posesión, p. 195 y s.

(nota 9) C. S. N., 20/3/1902, Fallos, t. 94, p. 267; C. Fed. Cap., 14/4/1939, J. A., t. 66, p. 69/ C. Civil 2ª Cap., 20/12/1937, J. A. t. 60, p. 941; C. Apel. Roasrio, 4/11/1938, J. A., t. 64, p. 682; C. Apel. La Plata, 11/7/1952, L. L., t. 67, p. 319; S. C. Buenos Aires, 9/9/1941, Acuerdos y Sentencias, serie 17, t. 10, p. 242 (en este último caso se trataba de una confesión extrajudicial en la que el vendedor había reconocido haber dado al comprador la posesión de lo vendido y que había continuado el tenedor a nombre del adquirente). En contra: C. Apel. 2ª La Plata, 14/2/1950, J. A., 1950-II, p. 164.

(nota 10) C. S. N., 17/3/1922, Fallos, t. 136, p. 92; C. Apel. 2ª La Plata, 14/3/1947, L. ., t. 46, p. 169; SALVAT, t. 1, n° 123.

1111/10260

2.— Tradición de inmuebles

1111/96

96. MODO DE ADQUIRIR LA POSESIÓN.— Establece el art. 2379 Ver Texto que la posesión de los inmuebles sólo puede adquirirse por la tradición hecha por actos materiales de quien entrega la cosa con asentimiento del que la recibe o por actos materiales del que la recibe con asentimiento del que la entrega.

Destaquemos, ante todo, un simple error de redacción, que no altera el sentido de la disposición. En la primera parte del artículo transcrito se dice que la posesión de los inmuebles sólo puede adquirirse por la tradición... Sabemos ya que el Código ha legislado sobre otros modos de adquirir la posesión (la ocupación y la usurpación), de tal modo que aunque esta disposición hable de la posesión, es obvio que se refiere exclusivamente a la tradición.

El asentimiento puede ser expreso o tácito; pero generalmente habrá actos comunes: es decir, uno entregará y el otro recibirá la cosa.

No es indispensable que los actos materiales a que alude el art. 2379 Ver Texto se realicen en presencia de la cosa misma. El solo hecho de entregar las llaves al adquirente, basta para dejar realizada la tradición (ver nota 1). Agreguemos que ésta es una forma usual y generalmente admitida de hacer la tradición de inmuebles (sin perjuicio de lo dispuesto para los muebles por el art. 2385 Ver Texto).

También hay tradición cuando la posesión es entregada judicialmente. Al ordenar la entrega de la posesión de la cosa al adquirente, el juez actúa por el vendedor o transmitente y cumple, por tanto, con los requisitos del art. 2379 Ver Texto (ver nota 2).

1111/97

97.— Por su parte, el art. 2380 Ver Texto agrega que puede también hacerse la tradición de los inmuebles, desistiendo el poseedor de la posesión que tenía y ejerciendo el adquirente actos posesorios en el inmueble en presencia de él y sin oposición alguna. No se trata, como algún autor ha creído, de una forma distinta de efectuar la tradición (ver nota 3). La única diferencia entre el supuesto del art. 2379 Ver Texto y el de 2380 Ver Texto , es que en el primero hay una manifestación expresa de voluntad por parte del tradente; en tanto que en el segundo, hay una manifestación simplemente tácita, pues es obvio que si el anterior poseedor desiste de la posesión que tenía y presencia los actos posesorios del adquirente realizados en su presencia y sin oposición alguna, es porque está consintiendo tácitamente

la transferencia de la posesión. Bien destaca nuestro Código que éste es un caso de tradición propiamente dicha; no de ocupación, es decir de aquella posesión que toma el adquirente de una cosa por su dueño. Una cosa es abandonar el bien, desinteresándose el que lo abandona de que alguien tome o no posesión de aquél; y otra muy distinta, desistir de la posesión y presenciar los actos posesorios de un tercero sin manifestar oposición alguna. En este último caso es obvio que hay tradición propiamente dicha.

1111/98

98. POSESIÓN VACUA.— Para que pueda hacerse la tradición de una cosa es indispensable que el inmueble esté libre de toda otra posesión y sin contradictor que se oponga a que el adquirente la tome (art. 2383 Ver Texto). Y esto es así por el carácter exclusivo de la posesión. Carácter que no obsta en ciertos casos, a la coposesión, como lo hemos dicho anteriormente.

El Código habla de toda otra posesión, ¿se alude aquí a la posesión propiamente dicha? En principio, hay que convenir que el Código se refiere a toda tenencia u ocupación (ver nota 4), a condición de que el tenedor u ocupante pretenda ejercer sus derechos, con independencia del verdadero poseedor. En efecto, no habría ningún inconveniente en transmitir la posesión de un inmueble que el vendedor tiene alquilado a un tercero o en el cual tiene un dependiente, cuidador, etc. Por eso dice el Código que no podrá haber tradición si existe contradictor que se oponga a que el adquirente la tome. Porque en este caso, nos encontramos frente a un tercero que ocupa la cosa y que además se opone a que se transmita la posesión por el tradens; y en estas condiciones, es natural que la tradición no pueda hacerse, desde que no puede llevarse a cabo la transferencia efectiva de la cosa. Para ello, previamente, el tradens deberá dilucidar sus derechos con el tercero que pretende la posesión de la cosa, sea a nombre el propio o de su mandante; recién resuelto este problema, podrá transmitirla al accipiens.

Cuando la ley habla de contradictor que se oponga a que el adquirente la tome, se refiere claro está a una persona que añade a esa oposición la ocupación de la cosa. No bastaría desde luego, la oposición formulada por un tercero que no posee la cosa; como podría ocurrir, por ejemplo, en el caso de que una persona que pretende mejores derechos a la propiedad de una cosa y se propone reivindicarla, se opusiera a la transmisión de la posesión. Claro es que esta oposición no impide la tradición.

1111/99

99. ACTOS POSESORIOS.— ¿En qué consisten los actos materiales de que habla el art. 2379 Ver Texto y que son suficientes para la tradición? El art. 2384 Ver Texto nos aclara el concepto de la siguiente manera: son actos posesorios de cosas inmuebles: su cultura,

percepción de frutos, su deslinde, la construcción o reparación que en ella se haga, y en general su ocupación de cualquier modo que se tenga, bastando hacerla en alguna de sus partes.

Del propio texto transcripto resulta que la enumeración contenida en la ley es simplemente enunciativa; puesto que después de enumerar algunos actos posesorios concretos, agrega: y en general su ocupación de cualquier modo que se tenga. Así, se ha declarado que son actos posesorios la mensura judicial (ver nota 5), la construcción de alambrados (ver nota 6). También se ha resuelto que es acto posesorio la promoción del juicio informativo sobre la posesión adquisitiva (ver nota 7). Pero la doctrina que surge de este último fallo no puede generalizarse. La sola promoción de este juicio no podría tener el carácter de acto posesorio a menos que el ocupante del inmueble que la promueve, haya notificado a las otras personas que también pretenden tener derecho a la posesión; porque ello revelaría claramente la interversión del título del ocupante, que de tenedor precario, se convierte en poseedor. Sin la notificación a los otros pretendientes a la posesión, la promoción del juicio de información posesoria carece de todo valor como acto posesorio, aunque pueden tenerlo algunas medidas ordenadas en él como por ejemplo, la mensura y deslinde del campo. Pero en ese caso no es el juicio en sí, sino las medidas cumplidas sobre el terreno, las que tienen ese carácter. También se ha declarado que carecen del carácter de actos posesorios las visitas efectuadas a una bóveda (ver nota 8), a menos que concurren otros actos, tales como su cuidado y conservación, pago de los servicios prestados por los cuidadores, inhumaciones, etc. (ver nota 9). Y es natural que sea así, porque las simples visitas efectuadas a un bóveda no revelan otra cosa sino que los visitantes tienen un pariente o un amigo sepultado en ella, lo que con gran frecuencia permiten los propietarios de la bóveda, sin reconocer por eso a los allegados de las personas sepultadas, ningún derecho de posesión o propiedad sobre ella. También se ha declarado que el pago de los impuestos no constituye un acto posesorio, pero exterioriza el animus domini (ver nota 10). Independientemente de la reserva que hacemos respecto del concepto del animus domini, la solución es acertada. El mero pago de impuestos y tasas no constituye un acto posesorio si la restante conducta del que lo ha hecho no es la que corresponde a un verdadero poseedor. Si, por el contrario, quien tiene una cosa en su poder, añade a eso el pago de impuestos y tasas, está comportándose no como mero tenedor de la cosa, sino como verdadero poseedor, y aun más, como dueño. Es el conjunto de la conducta del poseedor lo que debe valorar el juez; dentro de ese conjunto, el pago de impuestos y tasas tiene su significado.

1111/100

100.— Refiriéndose en concreto a la ocupación, pero expresando un concepto que es aplicable a todos o casi todos los actos posesorios, el art. 2384 Ver Texto dice que basta hacerla en alguna de sus partes. Así, por ejemplo, si se ocupa un departamento, no importa que alguna de sus habitaciones o dependencias quede desocupada; si se ocupa un inmueble perfectamente deslindado, no es necesario que la ocupación se manifiesta en todo el inmueble, bastando que se refiere a una de sus partes. Lo mismo puede decirse de casi todos los actos posesorios; si se ara o siembra una parte de campo, debe reputarse ocupado

todo el campo. En cambio, si dentro de una fracción mayor, el poseedor deslinda una parte y ocupa solamente ella, es obvio que su posesión excluye la parte no deslindada. De igual modo, es claro que la ocupación parcial no da derecho a la posesión del todo, cuando el anterior poseedor se defiende y consigue mantenerse en una parte del inmueble (ver nota 11). A la misma conclusión hay que llegar si tratándose de un inmueble muy extenso, con partes muy disímiles (como por ejemplo, los que hay en la Patagonia) resulta claro que el poseedor ha limitado su posesión a un sector o parte. Agreguemos que la ocupación debe tener un carácter más o menos permanente y no puede consistir en un simple acto o hecho aislado (ver nota 12).

1111/101

101. ACTOS DE SIMPLE TOLERANCIA.— Es necesario distinguir los actos posesorios propiamente dichos y los llamados actos de simple tolerancia. Se denominan así los realizados sobre un inmueble por un tercero y que el propietario o poseedor permite por razones de tolerancia, amistad o buena vecindad, pero que él puede hacer cesar cuando le plazca (ver nota 13). Pueden citarse, como ejemplos, la tolerancia que sobre todo en campos no cercados o alambrados suele tener uno de los propietarios con su vecino, para que algunos animales de éste pasten en su propiedad; o para que su vecino saque para uso diario leña de algún monto o bosque perteneciente al propietario de un fundo; o la autorización para que el vecino pase por el campo ajeno para entrar a su propiedad, cuando el acceso normal y directo por el camino público está circunstancialmente bloqueado por las lluvias excesivas, la realización de un trabajo público, etc. Inclusive el art. 2348 Ver Texto da un ejemplo al disponer que los puentes o caminos y cualesquiera otras construcciones hechas a expensas de particulares en terrenos que les pertenezcan, son del dominio privado de los particulares aunque los dueños permitan su uso y goce a todos. Ya volveremos sobre esta disposición; pero ahora conviene agregar que si hay allí un servidumbre de paso, también los titulares de la servidumbre son poseedores.

La distinción entre actos posesivos y de simple tolerancia será casi siempre una cuestión de hecho sujeta a la apreciación judicial. Pero la pauta para la distinción es clara: si se está o no dentro de lo que es mera tolerancia debe decidirse teniendo en cuenta las relaciones de familia, amistad, o buena vecindad, las costumbres del lugar y finalmente, la poca o leve incomodidad que acarrea el acto para quien lo tolera (ver nota 14).

No debe confundirse el acto de tolerancia, con las concesiones precarias que tienen un cierto carácter de estabilidad, por más que ellas puedan ser revocadas en cualquier momento por quien ha hecho o dado la concesión (ver nota 15).

(nota 1) De acuerdo: SALVAT, t. 1, n° 126; LAFAILLE, t. 1, n° 225; MARTÍNEZ, p. 231.

(nota 2) De acuerdo: SALVAT, t. 1, n° 127; LAFAILLE, t. 1, n° 226; OVEJERO, pág. 192.

(nota 3) Así lo cree SALVAT, t. 1, n° 128; en contra y, por consiguiente, de acuerdo con nuestra opinión, ARGAÑARAZ, nota 54, a, al aludido texto de SALVAT; MACHADO, t. 6, nota al art. 2380, p. 278.

(nota 4) De acuerdo: SALVAT, t. 1, n° 130; MACHADO, t. 6, p. 278; LAFAILLE, t. 1, n° 227; OVEJERO, p. 195.

(nota 5) C.S. N., 9/8/1920, J. A., t. 5, p. 93; C. Apel. 2ª La Plata, 21/7/1939, L. L., t. 5, p. 639. Sin embargo, hay que tener presente un fallo en el que la Suprema Corte Nacional declaró que la mensura no es acto interruptivo de la prescripción si fue hecha sin citación de los vecinos y sin estar ocupado públicamente el terreno medido; 17/10/1938, Fallos, t. 182, p. 88 Ver Texto y L. L., t. 12, p. 489.

(nota 6) C. Apel. S. del Estero, 8/5/1952, J. A., 1954-II, p. 191.

(nota 7) C. Apel. Bahía Blanca, 7/8/1930, J. A., t. 53, p. 1245.

(nota 8) C. Civil 2ª Cap., 30/4/1948, L. L., t. 51, p. 315.

(nota 9) C. Civil Cap., Sala C, 24/9/1951, J. A., 1952-II, p.90.

(nota 10) C. S. N., 17/12/1928, J.A., t. 28, p. 980; C. Civil 2ª Cap., 25/11/1947, J. A., 1947-IV, p. 699; S. C. Buenos Aires, 3/10/1944, J. A. 1945-I, p. 94, C. Apel. Rosario, 18/5/1945, J. A., 1945-IV, p. 142.

(nota 11) SALVAT, t. 1, n° 136; MACHADO, t. 6, nota al art. 2384, págs. 279 y 280 en nota.

(nota 12) C. S. N., 4/5/1889, Fallos, t. 36, p. 129; SALVAT, t. 1, p. 132.

(nota 13) ARGAÑARAZ en SALVAT, t. 1, n° 136; a); GENTILE, Il possesso, n° 95; MONTEL, Il possesso, n° 106. El Código italiano ha previsto expresamente el supuesto de

los actos de simple tolerancia en el art. 1144.

(nota 14) GENTILE, *Il possesso*, nº 95, con cita de Pugliese y de la jurisprudencia italiana.

(nota 15) GENTILE, loc. cit. en nota anterior.

1111/10270

3.— Tradición de muebles

1111/102

102. PRINCIPIO GENERAL.— Dice el art. 2381 Ver Texto que la posesión de cosas muebles se toma únicamente por la tradición entre personas capaces, consintiendo el actual poseedor en la transmisión de la posesión. Debemos señalar, ante todo, un error de redacción similar al que incurre VELEZ SARSFIELD al referirse a la tradición de los inmuebles: dice que la posesión de cosas muebles se toma únicamente por la tradición, siendo así que existen otros medios de tomar la posesión (la ocupación, el hurto, el estelionato), a los que alude el art. 2382 Ver Texto . Es claro, pues, que la palabra únicamente está referida a la tradición y significa que sólo es posible en el caso de que el actual poseedor consienta en la transmisión de la posesión.

Si bien el principio es que la transmisión de la cosa se haga de mano a mano, no es ésta una exigencia rigurosa, como lo veremos en seguida al tratar de los requisitos indispensables de la tradición de cosas muebles.

De más está decir que aun la tradición hecha de mano a mano no requiere que se realice directamente entre tradente y accipiens y que basta que cualquiera de ellos actúe por medio de mandatario o representante (art. 2386 Ver Texto).

Por lo demás, la tradición debe reunir algunas de las condiciones ya estudiadas respecto de los inmuebles: debe consistir en actos materiales del que entrega la cosa con asentimiento del que la recibe, o en actos materiales del que la recibe con asentimiento del que la entrega (art. 2379 Ver Texto); debe tratarse de la posesión vacua, es decir, no debe mediar la

oposición de terceros (art. 2383 Ver Texto).

1111/103

103.— Veamos ahora algunos casos especiales de tradición de muebles previstos en el Código.

a) Tradición por entrega de llaves.— Si la cosa cuya posesión se trata de adquirir estuviere en caja, almacén o edificio cerrado, bastará que el poseedor actual entregue la llave de donde la cosa se halla guardada (art. 2385 Ver Texto). La solución es perfectamente lógica porque la entrega de la llave significa tanto como consentir en que el accipiens tome posesión de la cosa.

Dos condiciones son necesarias para que se realice la tradición por este modo: 1) que la llave entregada corresponda a la caja, almacén o edificio cerrado en que se encuentre la cosa, pues es obvio que si se entrega otra llave no se pone al accipiens en posibilidad de tomar posesión de ella; 2) que no medie oposición de un tercero. Si, por ejemplo, se hubiere entregado la llave de un depósito en el que se encuentra almacenado trigo, y al abrir el accipiens el depósito, se encuentra con que un tercero alega derechos sobre el trigo y le impide retirarlo, es claro que la mera entrega de la llave no ha podido tener como resultado la tradición de la cosa (ver nota 1).

1111/104

104. b) Tradición de muebles entre ausentes.— Puede ocurrir que las partes que se hacen entre sí la tradición, no se encuentren presentes. La tradición quedará igualmente hecha si el actual poseedor transmite la cosa a un tercero designado por el adquirente (art. 2386 Ver Texto); o si la posesión se entrega al adquirente por un apoderado del poseedor, ya que los actos del mandatario se reputan hechos como por el mandante (art. 1946 Ver Texto). De igual modo la tradición quedará consumada si el tradente la pone en un lugar en que esté a la exclusiva disposición del adquirente (art. 2386 Ver Texto).

Explicando esta disposición, dice VÉLEZ SARSFIELD citando a Savigny, que nosotros podemos adquirir la posesión de una cosa tan sólo porque haya sido puesta en nuestra casa, aun estando nosotros ausentes. Cada uno tiene sobre su casa un imperio más cierto que sobre cualquiera de sus bienes y ese imperio le da al mismo tiempo la custodia de todas las cosas conservadas en la casa. Esta adquisición de la posesión no depende de la posesión jurídica del edificio. Así, el que ha alquilado una casa o un almacén, aunque no tenga respecto del edificio ni la propiedad ni la posesión jurídica, adquiere la posesión de las cosas que se introducen en ella, porque tiene la custodia de todo lo que se encuentra en el

edificio. Y a la inversa, concluye, la adquisición de la posesión se hace imposible para quien no tiene el uso propio de la casa, aunque tenga la propiedad y la posesión jurídica de ella (nota al art. 2386 Ver Texto), como ocurriría si se envía una cosa mueble a una casa alquilada a un tercero.

Todas éstas son consecuencias que se desprenden naturalmente del art. 2386 Ver Texto .

Se ha declarado que existe tradición cuando el donante de una suma de dinero la deposite en forma recíproca a la orden de él y del donatario (ver nota 2). La doctrina del fallo es discutible, porque si bien es cierto que el depósito en una cuenta a la orden recíproca pone la suma de dinero a disposición del donatario, el depositante no se ha desprendido de la posesión desde que también él puede disponer del dinero.

1111/105

105. c) Cosas muebles no presentes.— En el caso anterior nos hemos referido al supuesto de que el transmitente y el adquirente de la posesión, estén alejados entre sí. Ahora nos ocuparemos del caso en que sea la cosa la que está alejada, en tanto que el transmitente y el adquirente pueden estar presentes o alejados entre sí. para este supuesto el art. 2388 Ver Texto dice: la tradición de cosas muebles que no estén presentes se entiende hecha por la entrega de los conocimientos, facturas, etc., en los términos en que lo dispone el Código de Comercio, o cuando fuesen remitidas por cuenta y orden de otro, desde que la persona que las remite las entrega al agente que deba transportarlas, con tal que el comitente hubiese determinado o aprobado el modo de la remisión.

Esta disposición, como se desprende de sus propios términos, tiene particular interés en el caso de ventas comerciales. El comercio entre lugares alejados y particularmente el comercio internacional sería prácticamente imposible si no se permitieran estos medios de tradición simbólica. Por eso es que en concordancia con el artículo ya citado del Código Civil, el Código de Comercio establece: se considerará tradición simbólica, salvo la prueba en contrario en los casos de error, fraude o dolo: 1º) la entrega de las llaves del almacén, tienda o caja en que se hallare el objeto vendido; 2º) el hecho de poner el comprador su marca en los efectos comprados en presencia del vendedor o con su consentimiento; 3º) la entrega or recibo de la factura sin oposición inmediata del comprador; 4º) la cláusula por cuenta, puesta en el conocimiento o carta de porte, no siendo reclamada por el comprador dentro de las veinticuatro horas o por el segundo correo; 5º) la declaración o asiento en el libro o despacho de las oficinas públicas a favor del comprador de acuerdo ambas partes. (artículo 463 Ver Texto).

La primera hipótesis encuadra dentro de lo previsto por el art. 2385 Ver Texto ; la segunda, dentro de lo legislado por el art. 2379 Ver Texto , que referido ‘a inmuebles, obviamente se

aplica también a los bienes muebles. Las tres restantes hipótesis se refieren a la tradición simbólica propiamente dicha que es la que ahora nos interesa.

Se llama conocimiento al instrumento donde consta el embarque de las cosas, hecho por vía marítima; la carta de porte es el mismo instrumento referido al transporte terrestre. Estos instrumentos son endosables y quien los tiene en su poder es el titular de la posesión; de tal modo que el simple traspaso del instrumento basta para cumplir la tradición.

1111/106

106.— La segunda forma de la transmisión de la tradición de cosas muebles que no están presentes a que alude el art. 2388 Ver Texto es la remisión por cuenta y orden de otros, desde que la persona que las remite las entrega al agente que debe transportarlas, con tal que el remitente hubiese determinado o aprobado el modo de la transmisión. En este caso se presume que el agente como representante del adquirente, quedando así la cosa a disposición de éste.

Es de advertir que la tradición se produce conforme con lo establecido expresamente por el art. 2388 Ver Texto desde que la persona que las remite entrega al agente que debe transportarlas; ese es el momento de la tradición, no el de la entrega de las cosas por el transportista al adquirente. Y es lógico que así sea, porque la ley reputa que el transportista actúa como representante del adquirente.

1111/107

107.— Concluyamos diciendo que conforme a lo expresado en el art. 2388 Ver Texto in fine, la tradición se opera con tal que el comitente hubiese determinado o aprobado el modo de transmisión, disposición lógica, porque sólo así se lo puede considerar la transportista como representante del adquirente.

1111/108

108. d) Rentas nacionales y provinciales.— Según el art. 2390 Ver Texto , la tradición de rentas nacionales o provinciales se juzgará hecha por la transferencia de ellas, según la legislación que las rija. Vale decir que el Código deja librado el modo de transferencia de las rentas a la legislación administrativa peculiar que las rija.

1111/109

109. e) Acciones.— Respecto de las acciones el art. 2390 Ver Texto distingue entre las nominativas, las endosables y las al portador. Dice así el art. 2390 Ver Texto : la tradición de acciones nominativas de Compañías o Sociedades se juzgará hecha, cuando lo fuese conforme a los estatutos de la sociedad o de los contratos sociales. La tradición de acciones endosables, se juzgará hecha, cuando lo fuese conforme a los estatutos de la sociedad o de los contratos sociales. La tradición de acciones endosables, se juzgará hecha por el solo endoso, sin ser necesaria la notificación al deudor. Las acciones al portador se juzgarán transmitidas por la sola tradición efectiva de los títulos.

Se trata de una disposición impropia de un Código Civil. Toda ésta es materia del Código de Comercio y de las leyes mercantiles especiales.

1111/110

110. f) Instrumentos de créditos.— Dispone el art. 2391 Ver Texto que la tradición de instrumentos de crédito sólo se juzgará hecha cuando fuese notificada al deudor o aceptada por él.

Esta disposición se refiere a los instrumentos de crédito nominativo, vale decir, a la cesión de créditos, que se rige por lo determinado en el art. 1459 Ver Texto (véase nuestro Tratado de contratos, t. 1, nº 535). En cuanto a los instrumentos de crédito a la orden o al portador, ellos se rigen por lo dispuesto en el Código de Comercio, bastando en el primer caso el endoso del documento y en el segundo su simple entrega manual (arts. 600 Ver Texto , 626 Ver Texto y 627 del Código de Comercio).

1111/111

111. g) Cosas pendientes de individualización.— Dispone el art. 2389 Ver Texto que cuando se hubiesen recibido las cosas expresadas en una obligación, se supone que si era cantidad o cosa incierta, ha sido individualizada; si la obligación era alternativa, que la elección ha tenido lugar; y que ha sido gustada, contada, pesada o medida, si la cosa dependía de estas operaciones.

Como puede apreciarse, este artículo no alude ni a la forma como debe hacerse la tradición, ni al momento en que ella debe operarse; sino simplemente a los efectos jurídicos de la tradición. Por lo tanto, su ubicación más acertada hubiera sido en el título referente a la forma de tenerse por cumplida la obligación de entregar cosas pendientes de individualización. Remitimos, en consecuencia, a lo dicho en otro lugar (Tratado de

obligaciones, t. 1, n° 452).

1111/112

112. h) Cosas futuras.— Respecto de las cosas futuras dice el art. 2376 Ver Texto que tratándose de cosas muebles futuras que deban separarse de los inmuebles, como tierra, madera, frutos pendientes, etc., se entiende que el adquirente ha tomado posesión de ellas desde que comenzó a sacarlas con permiso del poseedor del inmueble.

Una vez más el codificador usa la palabra posesión en lugar de tradición. Para tomar posesión de una cosa mueble separada del inmueble, no es necesario contar con el permiso del poseedor de éste; lo mismo se tomaría posesión de ella hurtándola o robándola. Desde el momento en que la disposición alude al permiso del poseedor del inmueble, es claro que se está refiriendo a la tradición.

Esta norma se refiere a cosas que deben separarse del inmueble; lo que significa que hasta el momento que permanecen unidas a él son inmuebles por accesión, y sólo pueden considerarse muebles desde que han sido separadas.

La última parte de esta norma, tiene una redacción equívoca. Dice que el accipiens, adquiere la posesión desde que comenzó a sacarlas con permiso del poseedor del inmueble. Supongamos que el dueño de una cantera autorice a un tercero a sacar determinada cantidad de mineral; ¿significa esto que a partir del momento que empezó a retirar la primera partida del material, debe considerárselo poseedor del resto? Así lo entiende LAFAILLE (ver nota 3). Pero parece imposible coincidir con su punto de vista. Mientras el mineral, la madera, etc., no haya sido separada del inmueble, continúa formando parte de él y sigue siendo un inmueble por accesión. De tal modo que no resulta posible considerarlo poseedor a quien tiene derecho a separar las cosas, pero todavía no las ha separado (ver nota 4).

Problema distinto es el del consentimiento del poseedor del inmueble. Hecha la primera extracción con su consentimiento expreso o tácito, debe presumirse que quien separa las restantes cosas lo hace con su aprobación. El problema es importante porque en este caso habría tradición, es decir posesión de buena y no de mala fe, como sería si la cosa se hubiera extraído sin el consentimiento del dueño.

(nota 1) MACHADO, t. 6, nota al art. 2385, p. 285; LAFAILLE, t. 1, n° 229; ARGANARAZ, en SALVAT, t. 1, n° 139, nota 81 a, in fine.

(nota 2) S. C. Mendoza 30/10/1951, J. A., 1952-I, p. 613.

(nota 3) LAFAILLE, t. 1, n° 234.

(nota 4) De acuerdo: ARGAÑARAZ, en SALVAT, t. 1, n° 154, nota 108; SEGOVIA, t. 2, p. 25, nota 43; MACHADO, t. 6, nota al art. 2376, p. 271.

1111/10280

4.— Tradición brevi manu

1111/113

113. CONCEPTO Y RÉGIMEN LEGAL.— Puede ocurrir que el dueño de una casa alquilada a un tercero se la venda a éste. ¿Es necesaria la tradición propiamente dicha, para que el nuevo propietario adquiera la posesión? Encontrándose la cosa ya en poder del adquirente, no sería posible efectuar la tradición sino mediante formalidades y ceremonias puramente simbólicas, lo que repugna al buen sentido; prueba de ello es que ya en el Derecho Romano se admitió lo que se llamó la traditio brevi manu, es decir una tradición resultante del solo consentimiento del enajenante de transmitir el dominio de la cosa al actual poseedor.

Esa solución tan lógica pasó a nuestro derecho. El art. 2387 Ver Texto en su primera parte establece que no es necesaria la tradición de la cosa sea mueble o inmueble, para adquirir la posesión, cuando la cosa es tenida a nombre del propietario, y éste por un acto jurídico pasa el dominio de ella al que la poseía en su nombre. Advertamos que el codificador ha empleado en su primer párrafo un lenguaje particularmente acertado: dice que no es necesaria la tradición. No se trata de una tradición simbólica o ligada al mero consentimiento. Se trata de que no hay tradición. Y no la hay por la muy simple razón de que la tradición significa la entrega de la cosa por una persona a otra; en este caso, el transmitente de la cosa nada entrega, desde que ella se encuentra ya en poder del adquirente. Lo que hay es una transformación de la tenencia en posesión. Antes se tenía una cosa en nombre de otro, en tanto que ahora se la tiene o posee en nombre propio. Y para ello basta con el consentimiento prestado por las partes al acto de enajenación de esa cosa al anterior tenedor.

Pero a decir verdad, la transformación de la tenencia en posesión, no se opera por voluntad

del vendedor; sino por un cambio de conducta del comprador respecto de la cosa: el que antes se comportaba respecto de ella como inquilino, lo hace ahora como dueño. El contrato de venta no hará otra cosa que demostrar la legitimidad y buena fe de esa posesión.

1111/114

114.— Hasta aquí nos hemos referido al supuesto típico de la llamada traditio brevi manu; pero el art. 2387 Ver Texto en su última parte se refiere también a otro supuesto en que se aplica la misma idea. Supongamos que un persona vende un departamento alquilado a un tercero; el contrato subsiste; no siendo posible desalojar al inquilino, la entrega material del departamento resulta imposible. Pero si el que hasta ese momento poseía la cosa a nombre del vendedor, reconoce en adelante ser inquilino del comprador, basta con ello para perfeccionar el derecho a la propiedad del adquirente, sin necesidad de que se haga efectiva la tradición.

1111/115

115.— Para que se opere la traditio brevi manu no es indispensable la escritura traslativa de dominio, siendo suficiente el boleto de compraventa. Es la solución que surge del agregado hecho por la ley 17711 , al art. 2355 Ver Texto .

Se ha declarado, con razón, que no se produce la traditio brevi manu cuando el comprador es arrendatario de un número de chacras superior a las que adquiere, habiéndose determinado el precio a tanto la medida (art. 1344 Ver Texto , inc. 3º), pues en tal caso es necesaria la mensura para individualizar la cosa objeto del contrato y poder adquirir la posesión (ver nota 1).

(nota 1) S. C. Buenos Aires, 15/5/1951, J. A. 1951-IV, p. 28.

1111/10290

5.— Constituto posesorio

1111/116

116. CONCEPTO.— Como en la traditio breve manu, tampoco en el constituto posesorio hay tradición efectiva de la cosa. Se trata de la situación inversa. La traditio breve manu supone que el actual tenedor a título precario, se convierte en poseedor por haber adquirido la propiedad de la cosa. En el constituto posesorio, en cambio, el propietario y poseedor de un bien, transmite la propiedad de él a un tercero, conservando, sin embargo, la tenencia de la cosa a título de locatario, comodatario, etc. Desde el momento en que transfiere la propiedad, queda convertido de poseedor en simple tenedor de la cosa, es decir empieza a detentarla o poseerla a nombre de otro, que es el adquirente.

Como la traditio brevi manu, el constituto posesorio nació en el derecho romano por razones prácticas. Se prescindía de la tradición efectiva, simplemente porque ésta se convertía en una formalidad inútil y hasta inexplicable, desde que de todas maneras, el vendedor continuaría en la tenencia real y efectiva del bien.

1111/117

117. LA CUESTIÓN EN NUESTRO CÓDIGO CIVIL.— En los primeros tiempos de vigencia de nuestro Código, se discutía si el constituto posesorio había sido o no admitido por él; el fundamental argumento que se hacía contra su admisión, era que se oponía de modo claro al sistema de tradición establecido en el Código (ver nota 1). Pero esta opinión no se sostiene en nuestro derecho positivo. El art. 2462 Ver Texto en sus incisos 3º y 6º consagra con toda claridad el constituto posesorio. Así se admite hoy sin vacilaciones en nuestra jurisprudencia y doctrina (ver nota 2).

1111/118

118.— Se discute si para tener por operada la adquisición de la posesión por el adquirente, basta con que en el contrato de venta o donación se manifieste que el anterior propietario continúa la posesión a nombre del adquirente; o si, además de la enajenación de la cosa en sí misma, es necesario otro acto jurídico independiente por el cual el vendedor o donante adquiere el derecho a continuar en la tenencia como locatario, comodatario, usufructuario, etc. (ver nota 3).

Por nuestra parte, no tenemos la menor duda de que basta que en la escritura de enajenación se reconozca por el transmitente que continúa a título precario y a nombre del adquirente, para que éste la adquiera legítimamente. Más aun, nos parece indudable que basta el simple contrato de compraventa, con la declaración de la fecha en la cual el contrato empieza a hacerse efectivo entre las partes, para que en esa fecha se tenga por transmitida la posesión (ver nota 4).

Realizada la venta, no tiene sentido exigir la prueba de la formalización de otro contrato (usufructo, locación, comodato, etc.); es una exigencia que no está en la ley ni en la lógica. Puede ocurrir inclusive, que no se celebre ningún contrato, por lo menos formal, entre el adquirente y el enajenante; por ejemplo, que éste permanezca a título de cuidador, tenedor precario, etc. No por ello deja de cumplirse con las exigencias del art. 2462 Ver Texto , incs. 3º y 6º: que haya una transmisión de la propiedad de la cosa y que el vendedor se constituya en poseedor a nombre del adquirente.

Finalmente, hay que tener en cuenta que si lo que se procura con la exigencia de la prueba del segundo contrato es proteger a terceros, ese contrato resulta inocuo porque dado que no se registra, no tiene efecto como publicidad respecto de terceros además de ser fácilmente simulable.

1111/119

119.— Claro está que es necesario evitar que las partes adopten la forma de constituto posesorio para simular actos en perjuicio de terceros. Este peligro se ha puesto de manifiesto particularmente en relación con cosas muebles y en especial con el ganado. Por ser sospechosa de simulación, la Cámara 2ª de Apelaciones de Córdoba, declaró que no configura constituto posesorio la simple declaración en el contrato de compraventa de ganado, de que los animales quedan a pastoreo a disposición del comprador sin establecerse las condiciones a que se someta este nuevo contrato (ver nota 5).

(nota 1) LLERENA, t. 7, art. 2378, nº 2.

(nota 2) C. Civil 1ª Cap., 29/9/1931, J. A., t. 36, p. 981; S. C. Bs. As., 15/5/1951, L. L., t. 62, p. 814; C. Fed. Bahía Blanca, 29/5/1942, L. L., t. 27, p. 312; C. Fed. Paraná, 20/8/1938, J. A., t. 63, p. 432; C. Apel. 2ª Córdoba, 27/8/1937, L. L., t. 8, p. 11; S. C. Tucumán, 19/9/1932, J. T., t. 15, p. 14; SALVAT, t. 1, p. 161; MACHADO, t. 6, p. 389 y 390; SPOTA, J. A., t. 52, p. 620; LAFAILLE, t. 1, nº 243. Sorprende por tanto, que LEGÓN, t. 3, p. 302 y siguientes, haya retomado la tesis negativa de LLERENA.

(nota 3) En el sentido de que es necesario el doble acto: SALVAT, t. 1, nº 161 (en donde este autor recuerda que ya la polémica se trató entre SAVIGNY e IHERING, que fue quien sostuvo la opinión adoptada por SALVAT); y su anotador ARGAÑARAZ, nota 115 a; S. C. Buenos Aires, 2/12/1968, Revista del Notariado, 1969, p. 1199; C. Apel. 3ª Córdoba, C. J., t. 8, p. 232. En sentido contrario, o sea que de la escritura de enajenación resulta que el vendedor queda en posesión de la cosa a título precario o sea a nombre del adquirente: C. Civil 1ª Cap., 29/9/1931, J. A., t. 36, p. 981; C. Fed. Paraná, 20/8/1938, J. A., t. 63, p. 432,

con nota aprobatoria de SPOTA.

(nota 4) Sin embargo, un fallo de la C. Apel. 1ª de La Plata, 30/11/1954, L. L., t. 377, p. 339, declaró que no basta el simple contrato de compraventa para constituir al comprador en simple tenedor sin animus domini. La tesis nos parece exacta siempre que el contrato no haya establecido la fecha en que se concreta la transmisión; pero no si ésta ha quedado precisada en el contrato.

(nota 5) C. 2ª Apel. Córdoba, 27/8/1937, L. L., t. 8, p. 11. En sentido concordante: C. Fed. Bahía Blanca, 23/5/1942, L. L., t. 27, p. 312. De acuerdo con las precauciones que es necesario adoptar para evitar que el constituto posesorio se convierta en un instrumento fácil de simulación de los actos jurídicos en perjuicio de terceros, LAFAILLE, t. 1, n° 243; aunque su posición es expresada en términos, a nuestro juicio, excesivamente rigurosos.

1111/10300

6.— Adquisición por representante

1111/120

120. REMISIÓN.— Hemos tratado este tema en los números 34 y siguientes, a los que remitimos.

1111/10310

II. CONSERVACIÓN Y PÉRDIDA DE LA POSESIÓN

1111/10320

§ 1. Conservación de la posesión

1111/121

121. EL PROBLEMA DESDE EL PUNTO DE VISTA CONCEPTUAL.— Embarcado plenamente en la concepción saviniana de la posesión, el art. 2445 Ver Texto dice que la posesión se retiene y se conserva por la sola voluntad de continuar en ella aunque el poseedor no tenga la cosa por sí o por otro. La voluntad de conservar la posesión se juzga que continúa mientras no se haya manifestado una voluntad contraria.

No por ajustarse fielmente a las enseñanzas de Savigny, esta disposición deja de ser menos inexplicable. ¿No era que la posesión requería el corpus y el animus? Ahora resulta que sólo es necesario el animus. Pero no se trata solamente de contradicción conceptual; hay también otras contradicciones:

a) La aplicación estricta de esa idea de que la posesión se conserva sólo animus, debería llevar a la conclusión de que pueden coexistir dos posesiones: la de quien perdió la tenencia efectiva de la cosa pero conserva el animus de continuar poseyéndola y la de quien ha tomado posesión efectiva de la cosa. Sin embargo, tal interpretación es imposible porque de acuerdo con el art. 2401 Ver Texto , dos posesiones iguales y de la misma naturaleza no pueden concurrir sobre la misma cosa; y, en concordancia con esa misma disposición, el art. 2455 Ver Texto establece que la posesión se pierde cuando por el hecho de un tercero sea desposeído el poseedor. Debe entenderse, en consecuencia, que el art. 2445 Ver Texto se aplica solamente al caso de que ningún tercero haya tomado posesión de la cosa cuya tenencia ha escapado al anterior poseedor. Esto, felizmente, reduce notablemente el campo de aplicación de esta norma.

b) Puede ocurrir que el poseedor haya enloquecido. No puede hablarse en este caso de animus de retener la posesión; sin embargo, sería muy injusto hacérsela perder; por ello, el art. 2447 Ver Texto dispone que en este caso no se pierde la posesión. La contradicción con el art. 2445 Ver Texto resulta flagrante, sobre todo cuando el demente no tiene todavía designado un representante legal que pueda conservar la posesión a su nombre.

c) Todavía cabe recordar la observación de MACHADO. Dice este autor que la norma del art. 2445 Ver Texto sólo puede aplicarse a la posesión de los inmuebles que se conservan por un título traslativo de dominio pero no cuando se toman sin título; de lo contrario, bastaría entrar sin título a poseer un campo o una casa aunque después se los abandonara para que la posesión continuara y diera el resultado después de prescribirla: un solo acto haría adquirir por 30 años (ahora 20) la propiedad desocupada (ver nota 1).

De todo lo dicho resulta que el art. 2445 Ver Texto no obstante aparecer como la regla general en materia de la posesión, tiene una aplicación práctica mínima. Felizmente es así. Consecuencia de la falsa doctrina de Savigny sobre el corpus y el animus, la regla del art. 2445 Ver Texto es también falsa. En verdad, esta teoría confunde todos los conceptos e ideas.

A nuestro juicio, la buena doctrina sobre el punto ha sido sentada por IHERING. Dice este autor que la posesión debe considerarse perdida cuando la cosa se encuentra en una posición en desacuerdo con la manera y la forma regular bajo la cual el propietario tiene el hábito de valerse de ella. En otros términos, la posesión debe considerarse subsistente cuando la cosa poseída se encuentre en las condiciones en que normalmente la tiene el propietario. Es el caso de los materiales depositados para una obra, los cuales estando puestos en el lugar destinado para ella, deben reputarse como poseídos por el dueño o constructor. Por el contrario, cuando la cosa se encuentra fuera de la condición en que regularmente se ejerce el derecho de propiedad, la posesión debe reputarse perdida, como ocurriría en el caso de una cartera abandonada en el campo (ver nota 2).

En otras palabras: no se trata de corpus ni animus; se trata de que la conducta del poseedor corresponda a la que normalmente se sigue para reputar como conservado el derecho de posesión. Así, por ejemplo, hay campos en algunas regiones de nuestro país, que sólo se ocupan para pastoreo de animales en verano o en invierno. El resto del año quedan libres de ocupación efectiva. Pero a nadie se le podría ocurrir que el dueño o poseedor ha perdido por esa circunstancia la posesión. No se trata de que mantenga el animus de poseer; se trata de que su manera de proceder es la corriente respecto de esa cosa.

1111/122

122.— Por consiguiente, tanto cuando se trata de adquirir la posesión, como cuando se trata de conservarla, la pregunta que debemos formularnos es la siguiente: ¿se ha comportado esa persona como acostumbra hacerlo el propietario de una cosa? Sin embargo, es razonable establecer entre ambas situaciones una diferencia. A los efectos de apreciar si la conducta de una persona ha sido la que corresponde al adquirente de la posesión, la prueba debe apreciarse con mayor rigor que cuando se trata simplemente de demostrar si subsiste una posesión anteriormente constituida (ver nota 3). Y esto por una razón muy sencilla: la toma de posesión significa alterar un estado de cosas; por consiguiente, los jueces deben ser muy precavidos y exigentes en la determinación de la prueba de que tal hecho existió. A esta consideración de orden general se une, en el caso de la posesión, la circunstancia de que la toma de posesión importa una forma, todo lo imperfecta que se quiera, pero al fin y al cabo una forma, de publicidad respecto de terceros. Es bueno, pues, que la toma de posesión se establezca de una manera clara, que permita a los terceros saber quién es el titular del derecho y que ese titular existe; así se verán obligados a respetarlo. Distinto es el caso de la conservación. El poseedor no necesita exteriorizar de modo permanente y continuo la relación de señorío que lo une a la cosa; por eso, demostrado que fue poseedor, la prueba de la posesión, puede apreciarse con un criterio más laxo, menos riguroso.

1111/123

123. RÉGIMEN LEGAL.— Luego de sentar el principio cuyo significado y alcance hemos analizado en los números anteriores, el Código establece algunas reglas que estudiaremos a continuación:

a) Modos de conservar la posesión.— El art. 2445 Ver Texto , luego de disponer, que la posesión se conserva por la sola voluntad, agrega: la voluntad de conservar la posesión se juzga que continúa mientras no se haya manifestado una voluntad contraria.

Si por voluntad entendemos el animus, esta disposición se hace pasible de todas las objeciones que hemos hecho anteriormente. En cambio, si por voluntad de conservar la posesión se juzga aquella que se traduce en hechos, es decir en una conducta del poseedor, la disposición es admisible; y más aun, partiendo del supuesto obvio de que la voluntad puede manifestarse de manera expresa o tácita.

Así, por ejemplo, si un objeto mueble que cualquiera puede tomar para sí es abandonado en la vía pública, debe reputarse que hay manifestación de voluntad de no conservar la posesión. Será cuestión de prueba, a veces muy difícil, la de si la cosa se ha dejado por simple descuido u olvido o por un acto deliberado.

La disposición del Código lleva a la conclusión de dudoso acierto, de que el abandono de la cosa por un demente, no le hace perder la posesión. Solución que luego veremos, ratifica el art. 2447 Ver Texto . De cualquier modo la importancia práctica del problema disminuye considerablemente si se piensa que esa posesión subsiste solamente mientras un tercero no la adquiera para sí.

1111/124

124. b) Cosas perdidas.— Establece el art. 2450 Ver Texto que mientras haya esperanza probable de encontrar una cosa perdida, la posesión se conserva por la simple voluntad. Concordante con esta disposición, el art. 2457 Ver Texto , 2ª parte, expresa que la posesión no se pierde mientras la cosa no haya sido sacada del lugar en que el poseedor la guardó, aunque él no recuerde dónde la puso, sea en heredad ajena o en lugar propio.

El fundamento de esta disposición es que la imposibilidad de ejercer actos posesorios es en estos casos de carácter transitorio y accidental (ver nota 4).

Finalmente, advirtamos la disposición con la que se encabeza el art. 2450 Ver Texto , que expresa que la posesión se conserva mientras haya esperanza probable de encontrar la cosa. Es ésta una cuestión de hecho que queda librada a la prudente apreciación judicial.

Sin embargo, como dos posesiones iguales no pueden coexistir sobre la misma cosa, si otro la ha encontrado y tomado para sí, empezando a poseerla, la posesión del dueño anterior cesa aunque subsista su esperanza probable de encontrarla (ver nota 5).

1111/125

125. c) Conservación por representante.— La posesión se conserva no solamente por el poseedor mismo, sino también por intermedio de un representante convencional o legal (art. 2446 Ver Texto), regla perfectamente lógica desde que la misma adquisición puede hacerse por intermedio de ellos. Esta disposición se completa y refirma con el art. 2448 Ver Texto , que establece que la posesión de una cosa se conserva por medio de los que la tienen a nombre del poseedor, no sólo cuando la tienen por sí mismos, sino también cuando la tienen por otros que los creían verdaderos poseedores y tenían la intención de tener la posesión para ellos. La hipótesis legal es la siguiente: un representante legal o convencional del propietario, la posee a nombre de su mandante; luego entrega la tenencia de la cosa a un cuidador sin manifestarle que la cosa pertenece a un tercero. El cuidador cree tenerla a nombre del representante; no obstante ello, con razón, la ley juzga que esa intención del cuidador es jurídicamente irrelevante y que la posesión continúa en cabeza del verdadero titular del derecho, es decir del representado.

1111/126

126.— El art. 2447 Ver Texto establece que la posesión subsiste aun cuando el que poseía a nombre del poseedor manifestare la voluntad de poseer a nombre suyo; pero el art. 2458 Ver Texto dispone que se pierde la posesión cuando el que tiene la cosa a nombre del poseedor manifiesta por actos exteriores la intención de privar al poseedor de disponer de la cosa y cuando sus actos producen ese efecto.

Estas disposiciones aparentemente contradictorias, pueden conciliarse sin mayor dificultad: la mera manifestación de poseer a nombre propio, no hace perder la posesión al mandante por quien se estaba poseyendo, pero si esa manifestación de voluntad se acompaña con actos efectivos que demuestran la intención de poseer a nombre propio, entonces el mandante o representado pierde la posesión. Más aun, no es necesario que haya la manifestación de una voluntad expresa, sino que basta con la realización de actos que hagan inequívoco el propósito de poseer para sí y no para el anterior poseedor. Esta solución es perfectamente congruente con nuestra tesis de que la posesión está caracterizada fundamentalmente por una conducta del poseedor respecto de la cosa; para considerar de que se tiene tal carácter, sino que es necesario conducirse efectivamente como poseedor. Por ello el representante, que declara la voluntad de poseer a nombre propio, pero que al mismo tiempo, se conduce como representante, entregando a su

mandante el importe de los alquileres de la cosa o pagando con dinero del mandante los impuestos o tasas que gravan el inmueble, etc., no actúa como poseedor. Su mera declaración no basta para intervertir su título.

1111/127

127.— Tampoco pierde la posesión el representado en caso de que el representante abandonare la cosa o falleciere o se tornare incapaz (art. 2447 Ver Texto).

Mientras el abandono por el titular, hace perder la posesión (art. 2454 Ver Texto), el abandono hecho por el representante no produce igual efecto. La solución es lógica, porque no teniendo el representante atribuciones para abandonar la cosa, su acto no puede perjudicar al mandante; es claro que si el mandato previese expresamente esta atribución, el abandono hecho por el mandatario produce efectos respecto del mandante, conforme con lo dispuesto en el art. 1946 Ver Texto , según el cual los actos ejecutados por el mandatario en los límites de sus poderes son considerados como hechos por el mandante personalmente.

En cuanto al fallecimiento o incapacidad del representante, obvio es que ellos no pueden influir sobre el derecho de posesión del mandante.

1111/128

128.— Finalmente, el art. 2449 Ver Texto establece que cuando aquel por medio del cual se tiene la posesión, muere, la posesión se continúa por medio del heredero aunque éste creyese que la posesión y la propiedad pertenecían a su autor. Esta norma es coherente con el art. 2448 Ver Texto , aunque el caso es distinto; en este último, el tenedor de la cosa no pretende poseerla para sí sino para el representante; en cambio, en el supuesto del art. 2449 Ver Texto , el heredero, creyendo que la cosa era del causante, a la muerte de éste empieza a poseerla con ánimo de dueño. La solución escapa a la ortodoxia de la teoría saviniana, porque el heredero detenta la cosa y además la posee con ánimo de dueño, no obstante lo cual no es poseedor. La solución se explica, sin embargo, porque el heredero continúa la posesión de su autor o causante con la calidad que ella tenía (ver nota 6).

Es claro que el art. 2449 Ver Texto debe considerarse aplicable sólo en el caso en que el heredero guarde una conducta en cierta forma pasiva respecto de la cosa; si, por el contrario, se comporta como verdadero dueño, desconociendo expresa o implícitamente la posesión del dueño, entonces ésta se pierde para el anterior poseedor conforme con lo dispuesto en el art. 2458 Ver Texto .

(nota 1) MACHADO, t. 6, nota al art. 2445, p. 364.

(nota 2) IHERING, *Interdits Possessoires*, p. 185 y siguientes, cit. por SALVAT, t. 1, n° 220.

(nota 3) De acuerdo: ENNECERUS-KIPP-WOLFF, t. 3, vol. 1, § 5°.

(nota 4) Así lo dice SALVAT, t. 1, n° 225.

(nota 5) En ese sentido, LAFAILLE, t.1, n° 278.

(nota 6) SALVAT, t. 1, n° 229.

1111/10330

§ 2. Pérdida de la posesión

1111/129

129. CONCEPTO GENERAL.— Adquisición y pérdida de la posesión van generalmente unidas. Como principio general, una posesión concluye cuando otra nace. Pero hay hipótesis en que puede perderse sin que nadie la adquiera (por ejemplo, la extinción de la cosa, el abandono de una cosa que nadie ocupa, la pérdida de ella en el mar).

Mucho más estrecha aún —y aquí sí indisoluble— es la relación que existe entre conservación y pérdida. Si la posesión no se conserva, se pierde. No tiene sentido, pues, tratar estos temas separadamente. Si lo hacemos, es sólo para ajustarnos al método de nuestro Código y para precisar el análisis de algunas de sus disposiciones.

Igualmente carece de sentido distinguir entre pérdida solo animus, solo corpore y animus y corpore, como suele hacerlo la doctrina clásica (ver nota 1). Ya hemos hecho la crítica de esta falsa distinción entre corpore y animus, que tanta confusión ha traído en esta materia. De lo que se trata, en definitiva, es de saber si una persona se sigue comportando respecto

de una cosa como lo hace habitualmente su dueño (o el titular de un derecho al que la ley atribuye el carácter de poseedor). Si deja de comportarse como tal, pierde la posesión.

1111/130

130. DISPOSICIONES LEGALES.— Según nuestro Código, la posesión se pierde en los siguientes casos:

a) Cosas extinguidas.— Según el art. 2451 Ver Texto la posesión se pierde cuando el objeto que se posee deja de existir sea por la muerte si fuese cosa animada, sea por la destrucción total si fuese de otra naturaleza o cuando haya transformación de una especie en otra. La solución legal es obvia. Desaparecida la cosa, no puede ejercerse sobre ella ningún derecho. Claro está que si de la cosa extinguida quedan restos (por ejemplo, del animal muerto, el cuero), o si se ha transformado de una especie en otra distinta, la posesión continúa bien sea sobre los restos de la cosa anterior, bien sea sobre la nueva cosa (ver nota 2).

1111/131

131. b) Cosas colocadas fuera de comercio.— Conceptualmente vecino al supuesto anterior, es el de la cosa que antes era dominio privado y pasa a ser dominio público, es decir, que la cosa quede colocada fuera de comercio. También en este supuesto hay pérdida de la posesión (art. 2459 Ver Texto).

Así puede ocurrir, por ejemplo, cuando un terreno particular ha sido invadido por un río o el mar de manera permanente; o cuando el Estado convierte, por un acto de expropiación, un dominio privado en uno público, tal como puede ser una plaza, una calle.

1111/132

132. c) Tradición.— La posesión se pierde también por la tradición que el poseedor hiciera a otro de la cosa (art. 2453 Ver Texto). Nada queda por agregar a lo dicho anteriormente sobre este punto.

Debe asimilarse a este supuesto la traditio brevi manu y el constituto posesorio, en los cuales si bien no hay tradición propiamente dicha, el tradens transmite voluntariamente todos sus derechos al adquirente; deja de conducirse como dueño y poseedor y permite que otro asuma esos derechos.

1111/133

133. d) Imposibilidad de ejercer actos posesorios.— También se pierde la posesión, cuando por un acontecimiento cualquiera, el poseedor se encuentra en la imposibilidad física, de ejercer actos posesorios en la cosa (art. 2452 Ver Texto). En la nota respectiva, el codificador pone el ejemplo de la cosa caída en el mar. Naturalmente debe tratarse de una imposibilidad de carácter permanente o duradera; por el contrario, la que es simplemente transitoria no provoca la pérdida de la posesión (ver nota 3).

Un supuesto análogo es el previsto por el art. 2457 Ver Texto : la posesión se pierde por el extravío de la cosa sin esperanza probable de encontrarla. Sin embargo, la posesión no se pierde mientras la cosa no haya sido sacada del lugar en el que el poseedor la guardó, aunque él no recuerde en qué lugar la puso, sea éste heredad ajena o heredad propia. Esta disposición es correlativa del art. 2450 Ver Texto , que hemos comentado con anterioridad (nº 124) por lo que no es necesario insistir en el tema.

1111/134

134. e) Abandono.— Dispone el art. 2454 Ver Texto que se pierde también la posesión cuando el poseedor, siendo persona capaz, haga abandono voluntario de la cosa con intención de no poseerla en adelante.

Para que el abandono produzca el efecto jurídico de la pérdida de la posesión, debe ser hecho por persona capaz. Y desde luego esa capacidad debe ser la que requiere la ley para poder disponer de los derechos. Que el incapaz no puede hacer abandono de la posesión, es una solución obvia; porque en este caso la posesión se ejercita por intermedio del representante legal. y aquí cabe preguntarse si el representante legal tiene capacidad (usada esta expresión en su sentido lato, pues lo apropiado es hablar de legitimación) para hacer abandono de una cosa. Ninguna duda de que pueda hacerlo el mandatario convencional, que ha recibido instrucciones en ese sentido. El problema es más complejo tratándose del representante legal. Hemos dicho anteriormente que éste ejerce la posesión a nombre de su representado y como tal tiene inclusive facultades para hacer la tradición de la cosa. Pero se entiende que para que este acto tenga validez jurídica, debe haber obrado con la correspondiente autorización judicial, si ella es requerida por la ley. ¿Pero puede hacer el representante abandono de una cosa, que significa la pérdida líquida de un derecho, sin autorización judicial? La cuestión es dudosa, pero la doctrina se inclina a reconocer que el representante puede hacer abandono sin distinguir si ha mediado o no autorización judicial (ver nota 4). Esto parece ser la consecuencia lógica de que en el substrato de la posesión hay una relación de hecho con la cosa (o, como nosotros preferimos decir, una conducta respecto de la cosa); desaparecida esa relación de hecho o conducta, desaparece consiguientemente la posesión.

1111/135

135. f) Hecho de un tercero.— Según el art. 2455 Ver Texto la posesión se pierde cuando por el hecho de un tercero sea desposeído el poseedor o el que tiene la cosa por él, siempre que el que lo hubiese arrojado de la posesión, la tome con ánimo de poseer. Es el caso de desposesión violenta.

El artículo siguiente agrega que se pierde también la posesión cuando se deja que alguno la usurpe, entre en posesión de la cosa y goce de ella durante un año, sin que el anterior poseedor haga durante ese tiempo acto alguno de posesión o haya turbado la del que la usurpó. Tanto este caso de usurpación, como el anterior, de violencia, han sido tratados anteriormente (nº 89).

1111/136

136. g) Intervención del título.— Conforme con el art. 2458 Ver Texto se pierde la posesión cuando el que tiene la cosa a nombre del poseedor, manifiesta por actos exteriores la intención de privar al poseedor de disponer de la cosa y cuando sus actos producen ese efecto.

Para intervertir el título, es decir, para transformarse de mero tenedor en poseedor, es indispensable producir actos exteriores que indiquen la voluntad de asumir la posesión plena de la cosa. Pero no basta que el tenedor haya manifestado su voluntad de privar al poseedor de disponer de la cosa por meras expresiones verbales, hechas quizás ante amigos o extraños, pero que no se han concretado en actos exteriores que revelen que él se comporta respecto de la cosa como poseedor, es decir como pretendiendo y ejerciendo personalmente el derecho de señorío sobre la cosa. Como la conducta del ocupante de la cosa por intermedio de otro es exteriormente parecida a la del mismo poseedor, la intervención exige actos inequívocos, de tal manera que no quede la más mínima duda sobre la intención de privar al anterior poseedor de sus derechos sobre la cosa (ver nota 5).

La jurisprudencia ha hecho de estas ideas algunas aplicaciones interesantes. Se ha juzgado que media intervención, cuando el ocupante desconoce formalmente el carácter de inquilino que le atribuía el dueño, afirma no ser propietario del inmueble y lo ofrece en embargo en un juicio que se le sigue (ver nota 6); cuando el condómino celebra contrato de locación de la cosa común a su exclusivo nombre, ejecuta reparaciones por su cuenta y obtiene la inscripción en los registros fiscales también a su solo nombre (ver nota 7). En cambio, se ha declarado que es ineficaz el juicio informativo sobre posesión treintañal promovido por uno de los coherederos si no se dio intervención a los demás coherederos (ver nota 8); tampoco

hay interverción si no se priva al poseedor de su poder de disposición de la cosa, como cuando quien pretende haber intervertido el título tiene conocimiento de que el poseedor ha promovido una información sobre posesión treintañal (ahora veinteñal) y no formula protesta ni oposición alguna (ver nota 9).

(nota 1) Así por ejemplo siguen este método expositivo, SALVAT, t. 1, n° 231 y siguientes; LAFAILLE, t. 1, n° 277 y siguientes.

(nota 2) La doctrina es unánime.

(nota 3) La doctrina es unánime; puede verse SALVAT, t. 1, n° 235; LAFAILLE, t. 1, n° 277; LEGÓN, t. 3, p. 241; MACHADO, t. 6, nota al art. 2452, p. 374.

(nota 4) LAFAILLE, t. 1, n° 282; MONTIEL, Il possesso, n° 100; ENNECERUS-KIPP-WOLFF, t.3, vol. 1, 15 y sus anotadores PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER. Ésta también parece ser la opinión de SALVAT dada la generalidad con que está tratada la pérdida de la posesión por intermedio de un representante en su n° 256 (t. 1), aunque no trata específicamente el caso del abandono.

(nota 5) C. Apel. 1ª La Plata, 31/8/1945, D. J.B. A., 1946, p. 33.

(nota 6) C.Civil. 1ª Cap., 29/9/1931, J. A., t. 36, p. 981.

(nota 7) C. Apl. 2ª La Plata, 19/7/1940, J. A. t. 73, p. 398.

(nota 8) C. Apel. 1ª La Plata, 30/10/1951, L. L., t. 66, p. 667.

(nota 9) C. Civil 1ª Cap., 2/3/1942, J. A., 1942-II, p. 12.

1111/10340

CAPÍTULO IV - EFECTOS DE LA POSESIÓN

1111/10350

I. DERECHOS Y OBLIGACIONES EMERGENTES DE LA POSESIÓN

1111/137

137. ACLARACIÓN PREVIA.— El tema de los derechos y obligaciones emergentes de la posesión, ha sido motivo de animadas disputas doctrinarias. Algunos autores, querrían limitar los efectos de la posesión, a la usucapión y las acciones posesorias; otros, por el contrario, los extienden hasta comprender muchos de los que en realidad son derechos inherentes al dominio.

Por nuestra parte nos atenemos al criterio sustentado por nuestro Código en los capítulos III y IV, del título II, libro tercero (arts. 2416 Ver Texto y siguientes). Pues nos parece que los que allí se mencionan como derechos y obligaciones emergentes de la posesión, lo son realmente; es el poseedor a quien se le adjudican los derechos e imputan las obligaciones que allí se mencionan. Es en razón de la posesión que se reconocen esos efectos, con independencia de cualquier otro derecho que tenga o pretenda tener el poseedor.

1111/10360

§ 1. Influencia en la adquisición del dominio

1111/138

138. CONCEPTO Y REMISIÓN.— En materia de muebles el principio general sentado por el art. 2412 Ver Texto , es que la posesión de buena fe confiere la propiedad de la cosa. Sobre este tema remitimos a los nros. 167 y siguientes.

Con respecto a los inmuebles hay que hacer una distinción: si el poseedor fuera de buena fe y con justo título, prescribe la propiedad por la posesión continua de diez años (art. 3999 Ver Texto , ref. por ley 17711); si la posesión fuera de mala fe, la propiedad se adquiere por veinte años (art. 4015 Ver Texto , ref. por ley 17711).

Como puede apreciarse, tanto respecto de cosas muebles como de inmuebles, la posesión da derecho al dominio, algunas veces instantáneamente (caso del art. 2412 Ver Texto), en otros casos con la ayuda del transcurso del tiempo.

De estos efectos tan importantes de la posesión, trataremos al ocuparnos de los modos de adquisición del dominio.

1111/10370

§ 2. De las obligaciones y derechos en general

1111/10380

A.— CARGAS DE LA POSESIÓN

1111/139

139. ENUMERACIÓN LEGAL.— En los artículos 2416 Ver Texto y siguientes, el Código Civil enumera una serie de cargas de la posesión, es decir de obligaciones que pesan sobre el poseedor, por el solo hecho de serlo y con prescindencia de su buena o mala fe.

a) Dice el art. 2416 Ver Texto que son obligaciones inherentes a la posesión, las concernientes a los bienes, y que no gravan a una o más personas determinadas, sino indeterminadamente al poseedor de una cosa determinada.

Son las obligaciones llamadas *propter rem*, de las que nos hemos ocupado en otro lugar (véase Tratado de obligaciones, t. 1, nº 7 y s.). Como ejemplo típico podemos citar la medianería, cuyo pago es una obligación inherente a la posesión (ver nota 1).

b) Dispone el art. 2417 Ver Texto , que es obligación inherente a la posesión de cosas muebles, la exhibición de ellas ante el juez en la forma que lo dispongan las leyes de los procedimientos judiciales, cuando fuese pedida por alguien que tenga un interés en la cosa fundado sobre un derecho. Los gastos de la exhibición corresponden a quien la tuviere.

Por cosas muebles no sólo deben entenderse los muebles por naturaleza, sino también los que lo son por su carácter representativo, es decir los instrumentos de los cuales resulte la existencia de derechos reales o personales sobre cosas muebles (arts. 2317 Ver Texto y 2319 Ver Texto). Y aunque los instrumentos políticos destinados a probar la existencia de derecho reales sobre bienes inmuebles, son inmuebles por su carácter representativo (art. 2317 Ver Texto), es indudable que la obligación de exhibirlos pesa también sobre su poseedor, ya que el art. 2363 Ver Texto , sin distinguir entre la posesión de bienes muebles o inmuebles, dice que el poseedor tiene obligación de exhibir sus títulos cuando deba exhibirlos como obligación inherente a la posesión (ver nota 2).

Esta obligación de exhibición de documentos, que en verdad hace al derecho procesal y no al de fondo, está específicamente consagrada en los arts. 387 Ver Texto y 388 del Código Procesal para la Justicia Nacional, así como también en las disposiciones concordantes de los Códigos de Procedimientos provinciales. Deseamos recalcar este concepto: la obligación de exhibir en juicio los documentos relativos a la posesión, interesan al derecho procesal, no al derecho de fondo. Porque la posesión es un título en sí misma (art. 2363 Ver Texto), es una conducta, una forma de comportarse respecto de una cosa, que no necesita apoyarse en ningún título. Claro está que si al poseedor le interesara probar su buena fe, la exhibición del título es de capital importancia; pero hay que advertir que el interesado en la exhibición del título es el propio poseedor y no su contrincante en el juicio; la falta de exhibición del título no afectará la posesión en sí misma, pero, como principio, generará una presunción de mala fe en la posesión. Decimos como principio, porque claro está, no siempre la falta de título permite inducir la mala fe del poseedor cuando se trata de cosas muebles; en cambio, la presunción es rigurosa tratándose de cosas inmuebles. Esto está claro en el art. 3999 Ver Texto , en que los conceptos de justo título y buena fe están indisolublemente unidos.

c) El art. 2418 Ver Texto impone al poseedor de cosas inmuebles las obligaciones establecidas en el título VI del libro III respecto a sus vecinos o terceros. Se trata del título referente a las restricciones y límites del dominio del que nos ocuparemos más adelante (nº 475 y sig.).

d) Según el art. 2419 Ver Texto son también obligaciones inherentes a la posesión de las cosas inmuebles, las servidumbres pasivas, la hipoteca, y la restitución de la cosa cuando el poseedor fuese acreedor anticresista. También las cargas de dar, hacer o no hacer, impuestas por el poseedor precedente, al nuevo poseedor. El análisis de este artículo exige formular algunas distinciones:

1º) En cuanto a las servidumbres pasivas y la hipoteca, son evidentemente cargas de la posesión en el sentido de que el poseedor tiene que tolerar las primeras y no puede impedir la ejecución del bien gravado por la hipoteca (a menos, claro está, que él asuma el pago).

2º) La obligación de restituir la cosa, cuando el poseedor fuere acreedor anticresista, no deriva de la posesión sino del contrato de anticresis. No es, pues, una carga de la posesión.

3º) Es confuso el último apartado de este artículo que se refiere a las cargas de dar, hacer o no hacer. Predomina la opinión de que se trata de los cargos impuestos en ciertos actos jurídicos (ver nota 3). Pero cabe observar que tratándose de obligaciones surgidas de actos jurídicos, ellas no nacen de la posesión en sí misma, sino del acto celebrado entre las partes; por lo tanto, sólo sucederá en esas obligaciones el nuevo poseedor, si ha recibido la tradición del precedente; pero no si fuera poseedor originario. En otras palabras, esta disposición parece de todo inútil, porque o bien se trata de obligaciones propter rem, incluidas en el art. 2416 Ver Texto , o bien se trata de obligaciones personales que no afectan al poseedor como tal.

1111/10390

B.— DERECHOS INHERENTES A LA POSESIÓN

1111/140

140. DISPOSICIONES LEGALES.— De acuerdo al art. 2420 Ver Texto , son derechos inherentes a la posesión, sean reales o personales, los que no competen a una o más personas determinadas, sino indeterminadamente al poseedor de una cosa determinada. Vale decir que son derechos que surgen de la posesión misma, de los cuales son un ejemplo las servidumbres activas, conforme expresamente lo prevé el art. 2421 Ver Texto . Los restantes derechos inherentes a la posesión serán tratados en los párrafos siguientes cuando hablemos de los efectos de la posesión de buena y mala fe.

(nota 1) C. Civil 2ª Cap., 21/12/1938, L. L., t. 13, p. 253; C. Paz Let., 10/7/1937, L. L., t. 3, p. 247.

(nota 2) De acuerdo: SALVAT, t. 1, nº 310; SEGOVIA, t. 2, p. 40, nº 109.

(nota 3) LAFAILLE, t. 1, nº 264; SALVAT, t. 1, p. 318. Compárese, en cambio, la explicación poco clara de MACHADO, t. 6, nota al art. 2419, p. 327.

1111/10400

§ 3. Posesión de buena fe

1111/10410

A.— PRECIO PAGADO POR LA COSA

1111/141

141. EL ART. 2422 Ver Texto .— Dispone este artículo que sucediendo la reivindicación de la cosa, el poseedor de buena fe no puede reclamar lo que haya pagado a su cedente por la adquisición de ella; pero el que por título oneroso y de buena fe ha adquirido una cosa perteneciente a otro, que el propietario la hubiera difícilmente recuperado sin esta circunstancia, puede reclamar una indemnización proporcionada.

Al disponer esta norma que el poseedor de buena fe no puede reclamar lo que haya pagado a su cedente, se refiere naturalmente a que no puede reclamarlo del reivindicante; en cambio, conserva pleno derecho contra quien le ha transmitido la cosa sin derecho a hacerlo.

El art. 2422 Ver Texto se aplica tanto a las cosas muebles como a los inmuebles. Con respecto a las primeras, el campo de aplicación de dicha norma se reduce considerablemente por efecto de lo dispuesto en el art. 2412 Ver Texto , que autoriza al poseedor de buena fe y por título oneroso a rechazar la acción reivindicatoria, salvo que la cosa fuere robada o perdida. En cambio, dentro del sistema del Código Civil, el adquirente de un inmueble aunque fuera por título oneroso y de buena fe, podía ser privado del bien si el reivindicante demostraba tener un mejor derecho. Esta solución, sufrió una importante modificación en la ley 17711 en virtud del agregado dispuesto al art. 1051 Ver Texto . Disponía éste que todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble por una persona que ha llegado a ser propietaria en virtud del acto anulado, quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del poseedor actual. Aquí terminaba la norma. Pero la ley 17711 le introdujo un importantísimo agregado: salvo los derechos de los terceros adquirentes de buena fe a título oneroso sea el acto nulo o anulable. Lo que significa que el tercero adquirente de buena fe y a título oneroso no está expuesto a una acción reivindicatoria. Es una solución fundada en una razón de seguridad

del comercio jurídico. Era muy injusto que el tercero que había adquirido un bien de buena fe y a título oneroso, quedara indefinidamente expuesto a los efectos de una acción reivindicatoria. En consecuencia, el art. 1051 Ver Texto ha venido a limitar sustancialmente la aplicación del art. 2422 Ver Texto en materia de inmuebles, ya que el adquirente por título oneroso y de buena fe puede repeler la acción reivindicatoria.

En lo que atañe a los inmuebles, el art. 2422 Ver Texto mantiene su interés en los siguientes casos:

a) Si el adquirente lo ha sido por título gratuito. No mencionaremos la hipótesis de mala fe, porque el art. 2422 Ver Texto supone la buena fe del adquirente de la posesión y sólo en ese caso tiene aplicación.

b) El último apartado del artículo 1051 Ver Texto no es aplicable a las nulidades originadas en un título materialmente falsificado, en el cual no ha tenido ninguna intervención el titular del derecho, como ocurre si se falsifica una escritura de venta y luego el titular o comprador vende al tercero de buena fe. Aquí no estamos en presencia de un acto nulo o anulable, a los que se refiere el art. 1051 Ver Texto, sino de un acto inexistente (ver nota 1). Y como el último párrafo del art. 1051 Ver Texto sólo se refiere a los actos nulos o anulables, no a los inexistentes, esta hipótesis no cae bajo el imperio de esa norma, y al declararlo no ocurrido ni celebrado, es obvio que tal declaración repercute sobre las transmisiones sucesivas, privándolas de efectos (ver nota 2). Ésta es, pues, una hipótesis en la que el art. 2422 Ver Texto sigue vigente.

c) De igual modo pensamos que el art. 1051 Ver Texto no impide los efectos reipersecutorios de la acción de reducción. Hemos desarrollado este tema en otro lugar al que nos remitimos (véase nuestro libro *La Reforma al Código Civil*, nº 109; y *Tratado de sucesiones*, 3ª ed., t. 2, p. 998).

1111/142

142.— Hechas estas aclaraciones respecto del campo de aplicación del art. 2422 Ver Texto, volvemos a su contenido normativo: en los casos en que procede la acción de reivindicación, el poseedor aunque fuera de buena fe, no puede reclamar del reivindicante el precio de la cosa. Pero si es por título oneroso y de buena fe y se demuestra que el reivindicante difícilmente la hubiera recuperado de no estar en poder del adquirente, éste puede reclamar una indemnización proporcionada. El monto de esta queda librado a la prudencia judicial; es equitativo tener en cuenta el precio pagado y el valor de la cosa (ver nota 3).

1111/10420

B.— FRUTOS Y PRODUCTOS

1111/143

143. PRINCIPIO GENERAL EN MATERIA DE FRUTOS.— El principio general es el de que el poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos mientras duró su buena fe (art. 2423 Ver Texto).

Adviértase bien que la ley dice frutos percibidos. No importa que hayan sido consumidos o no. Puede ocurrir, por ejemplo, que el poseedor de un predio agrícola, haya cosechado su trigo y lo tenga almacenado en sus galpones. Basta el hecho de la percepción para que el poseedor los haga suyos. Esta solución se explica por una mera aplicación del art. 2412 Ver Texto : una vez separados, los frutos son cosas muebles adquiridas por el poseedor de buena fe; basta con ello, conforme con la norma citada para atribuirle la propiedad. Es, además, una solución justa. El agricultor que ha recogido su cosecha cuenta con ella, hace planes, contrae compromisos. Sería injusto privarlo del fruto de sus esfuerzos y trabajos y colocarlo quizá en una situación comprometida al verse privado de esta fuente de ingresos.

1111/144

144. CUÁNDO SE REPUTAN PERCIBIDOS LOS FRUTOS.— A los efectos de precisar el momento en que los frutos se consideran percibidos, los artículos 2424 Ver Texto y 2425 distinguen entre frutos naturales, industriales y civiles (sobre el concepto de lo que son unos y otros, véase nuestro Tratado, Parte general, t.2, p. 793). Respecto de los frutos naturales o industriales, el art. 2425 Ver Texto establece que ellos se entienden percibidos desde que se alzan y separan. Así, por ejemplo, tratándose de productos de la tierra, haya intervenido o no la mano del hombre para percibirlos, ellos se entienden percibidos desde que han sido separados de la planta. Si se trata de animales, desde que la cría ha salido del vientre materno: la leche desde el ordeño; la lana desde la esquila; la crin desde la tusa, etc.

En cuanto a los frutos civiles, ellos se juzgarán percibidos solamente desde que fuesen cobrados y recibidos y no por día (art. 2425 Ver Texto), vale decir, que no se entiende por frutos civiles los devengados hasta el momento de posesión de buena fe sino los efectivamente percibidos por el poseedor. Así, por ejemplo, si al momento de perderse la posesión de buena fe, el inquilino de la casa poseída adeudaba dos mensualidades, esas mensualidades corresponderán al nuevo poseedor, desde que la ley no lo reputa percibido.

La solución se ajusta perfectamente al concepto de frutos percibidos; pero cabe preguntarse si es justa. Hasta el momento de cesar su buena fe, el poseedor ha podido contar legítimamente con esos frutos ya devengados. No obstante que esta consideración pone en duda el acierto de la norma, también hay que tener en cuenta que el poseedor ha podido no percibir los frutos por desidia, falta de actividad, etc., que tal vez se ha prolongado por un largo tiempo. Luego vendrá el nuevo poseedor; a su actividad y diligencia se deberá que el inquilino se ponga al día en sus alquileres y (de no adoptarse la solución de nuestro Código) resultará favorecido por ella el anterior poseedor. Por eso la ley ha querido cortar con todos esos problemas y ha establecido una solución clara que evita un sinfín de dificultades prácticas.

1111/145

145. MOMENTO EN QUE DEBE EXISTIR BUENA FE.— Para que el poseedor de buena fe haga suyos los frutos percibidos, esa buena fe debe existir en el momento de la percepción de los frutos (arts. 2358 Ver Texto y 2423 Ver Texto). Esta disposición es coherente con el fundamento que hemos dado de la regla general según la cual el poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos: se trata, ya lo dijimos, de una mera aplicación de la regla general, según la cual el poseedor de buena fe de una cosa muebles adquiere su propiedad (art. 2412 Ver Texto). Si al separar los frutos, el poseedor carecía ya de buena fe, falta uno de los requisitos esenciales para que funcione la regla liminar del art. 2412 Ver Texto .

Esto mismo explica la regla sentada en el art. 2432 Ver Texto : el heredero del poseedor de mala fe, hará suyos los frutos correspondientes a su posesión de buena fe. Pues a los efectos de la aplicación de la regla del art. 2412 Ver Texto , no interesa la buena o mala fe del transmitente del derecho sino la del adquirente.

Ya veremos, sin embargo, que el legislador aplica un criterio distinto cuando se trata de la prescripción: respecto de ésta, no interesa la buena fe del sucesor en la posesión si el causante era de mala fe; la posesión se reputa de mala fe respecto de ambos. En su momento volveremos sobre este punto.

1111/146

146. FRUTOS PENDIENTES.— Puesto que sólo los frutos percibidos corresponden al poseedor, obvio es que los pendientes pertenecen al propietario que ha reivindicado la cosa. Pero no sería justo no pagar al poseedor de buena fe los gastos hechos para producirlos. Es precisamente lo que dispone el art. 2426 Ver Texto . De tal modo, que si la posesión de buena fe cesa cuando se había realizado ya la siembra, todos los gastos de cultura de la tierra, semillas, etc., deberán abonarse al poseedor de buena fe; en lo que atañe a los frutos

civiles, debe aplicarse la misma solución; y así, si para percibirlos de un inquilino moroso, hubiera sido necesario iniciar juicio, pagar honorarios profesionales, etc., todos estos gastos serán debidos al poseedor de buena fe. De lo contrario habría un enriquecimiento sin causa, absolutamente injustificado, del propietario.

1111/147

147. PRODUCTOS.— A diferencia de lo que ocurre con los frutos, el poseedor, aunque tenga buena fe, no hace suyos los productos, y está obligado a restituir todo lo que obtuviere de la cosa (art. 2444 Ver Texto).

Con respecto a la diferencia, muchas veces sutil, entre frutos y productos, remitimos a lo que hemos dicho en otro lugar (Parte general, t. 2, n° 791 y sig.).

El fundamento de esta norma es que los productos forman parte de la cosa misma, la integran, de tal modo que si ella es reivindicada, esa reivindicación debe abarcar a todas las partes. Es el fundamento que se desprende de la nota puesta por VÉLEZ SANSFIELD al art. 2444 Ver Texto , particularmente de su cita a DEMOLOMBE.

Es una lógica discutible. La aplicación de la regla del art. 2412 Ver Texto , debería haber conducido a otra solución; porque desde que el producto ha sido retirado de la cantera, mina, etc., se ha convertido en una cosa mueble adquirida de buena fe; y, por lo tanto, debería bastar con ello para hacerle adquirida la propiedad al poseedor.

En el conflicto entre estos dos derechos, el Código se ha inclinado por el propietario. Nos parece injusto. De ello puede resultar que el propietario, que ha dejado abandonadas sus canteras, se vendría a beneficiar por el trabajo, la industria, el esfuerzo, el capital, puesto por el poseedor de buena fe. Es verdad que la injusticia de la solución del art. 2444 Ver Texto no resultaba tanto en la época en que el Código fue aprobado. Entonces, la minería se hacía en forma bastante rudimentaria y no requería, salvo excepciones, ni esfuerzos ni capitales demasiado grandes. Hoy es una verdadera y compleja empresa con un margen de alea muy importante. Ello explica que en el Código italiano el producto de la minería sea considerado como fruto (art. 820).

Hay que decir, sin embargo, que los inconvenientes de la solución del art. 2444 Ver Texto se ven atenuados porque hoy pertenecen al propietario del suelo sólo unos pocos minerales y los menos valiosos desde el punto de vista económico.

Algunos autores, fundados en la aplicación analógica del art. 2866 Ver Texto y en la nota

del art. 2444 Ver Texto , sostienen que a los efectos de la aplicación del art. 2444 Ver Texto , deben reputarse frutos los minerales extraídos de una cantera que estaba ya en explotación al tiempo de entrar en la posesión el poseedor reivindicado. El art. 2866 Ver Texto establece que corresponden al usufructuario los productos de canteras y minas de toda clase que estén en explotación al tiempo de comenzar el usufructo, pero no tiene derecho a abrir minas o canteras. En la nota al art. 2444 Ver Texto se cita a ABRY y RAU, quienes ponen como ejemplo de productos la piedra que hubiesen venido de la heredad, lo que hubiesen obtenido de minas, canteras, etc., que no estaban abiertas cuando entraron en posesión (lo que a contrario sensu significa que si estaban abiertas son frutos y no productos) (ver nota 4).

Esta interpretación es un interesante esfuerzo por limitar la injusticia de la solución del art. 2444 Ver Texto . Pero no puede dejarse de notar que la aplicación analógica del art. 2866 Ver Texto , es extremadamente forzada. La solución de esta norma es perfectamente razonable aplicada al usufructuario; él suscribe un contrato con el dueño, sabe bien que no es propietario, y que no puede pretender más derechos que aquellos que surgen del contrato o de la ley. Está bien que la ley le impida abrir minas o canteras nuevas, y que, salvo estipulación en contrario, pueda seguir trabajando las canteras y minas que tengan en explotación al tiempo de comenzar el usufructo. Muy distinta es la situación del poseedor de buena fe. Él se cree dueño; luego resultará vencido en el juicio de reivindicación, pero entretanto, ha actuado como dueño. Y no se justifica de ninguna manera que si se le reconoce el derecho a retener para sí los productos de una mina o cantera que ya estaba en explotación al tiempo de entrar en la posesión no se le reconozca igual derecho cuando él ha iniciado la explotación, lo que supone un esfuerzo mayor, una mayor inversión de capitales, un mayor riesgo.

En suma: o bien se aplica el art. 2444 Ver Texto en todo su rigor (sin que pueda afectarlo la referencia a una expresión incidental de AUBRY Y RAU, contenida en la nota respectiva) o bien se considera excluido del concepto de producto, a los efectos de este artículo, las extracciones hechas de una mina o cantera, trátese de una cantera abierta por el poseedor o de la continuación de una que ya estaba en explotación cuando él entró en la posesión. Nos inclinamos decididamente por esta solución, por más que ella importe forzar lo dispuesto por el art. 2444 Ver Texto , cuyo campo de acción quedaría reducido a aquellos productos de muy fácil extracción, que no significasen grandes esfuerzos ni grandes inversiones de capitales como podría ser la tala de un bosque.

Un fallo de la antigua Cámara Civil 2ª de la Capital consideró producto la tierra extraída de un predio, para hacer ladrillos (ver nota 5).

C.— GASTOS Y MEJORAS

1111/148

148. PRINCIPIOS GENERALES.— El art. 2427 Ver Texto sienta como principio general que los gastos y las mejoras tanto necesarias como útiles son debidas por el reivindicante al poseedor de buena fe; en cambio el poseedor de buena fe no puede pretender el reintegro de los gastos de simple conservación (art. 2430 Ver Texto), ni de las mejoras llamadas voluntarias o voluptuarias. Respecto de estas últimas no hay ninguna disposición legal que lo disponga expresamente, pero ésta es la solución que surge claramente a contrario sensu del art. 2427 Ver Texto . En los números que siguen precisaremos estos conceptos, así como también el alcance de nuestro régimen legal.

1111/149

149. GASTOS Y MEJORAS NECESARIAS.— La distinción entre gastos necesarios y útiles no surge con claridad del art. 2427 Ver Texto , que, por el contrario, parece involucrarlos en un concepto común. Dice que son gastos necesarios o útiles: los impuestos extraordinarios del inmueble, las hipotecas que lo gravaban cuando entró en la posesión, los dineros y materiales invertidos en mejoras necesarias o útiles que existiesen al tiempo de la restitución de la cosa. Sin embargo, se trata de conceptos distintos, que deben ser diferenciados necesariamente —como lo hace el art. 591 Ver Texto — porque no se aplica a los dos el mismo régimen legal.

Mejoras necesarias son aquellas sin las cuales la cosa no podría ser conservada (art. 591 Ver Texto), es decir, las que se hacen para impedir la pérdida o grave deterioro de una cosa, como sería reforzar las columnas de un edificio que amenaza ruina, o reparar un agrietamiento, o poner una casa en condiciones de habitabilidad. Mejoras útiles son, en cambio, aquellas de manifiesto provecho para cualquier poseedor de ellas (art. 591 Ver Texto), es decir, que no siendo indispensables, aumentan la rentabilidad de un inmueble, le introducen una modernización conveniente, etc. (ver nota 6). Como se ve, se trata de conceptos fluidos, elásticos, en los que muchas veces la apreciación judicial decidirá si estamos en presencia de una mejora necesaria o útil.

1111/150

150.— El art. 2427 Ver Texto alude concretamente a los impuestos extraordinarios al inmueble y a las hipotecas que lo gravaban cuando se entró en la posesión. ¿Qué debe entenderse por impuestos extraordinarios? Por lo pronto, parece indudable que debe tratarse de impuestos no permanentes, pues éstos adquieren el carácter de ordinarios. Tal sería, por

ejemplo, el pago de la contribución de pavimentos (ver nota 7). En opinión de algunos fallos y autores (ver nota 8) debe tratarse también de impuestos que tengan por fin dar mayor valor al inmueble. Este concepto nos parece discutible. Es frecuente que el Estado, en vista de una situación financiera crítica, imponga un impuesto de carácter extraordinario y por una sola vez a los inmuebles. A nuestro juicio, aunque este impuesto en nada contribuye a valorizar a los inmuebles, cae dentro del concepto de impuesto extraordinario, cuya restitución debe el reivindicante al poseedor de buena fe. En cambio, los gravámenes municipales y la contribución territorial (ver nota 9), así como el impuesto de Obras Sanitarias, tienen carácter ordinario y permanente y como tales están a cargo del poseedor de buena fe. La solución es lógica, pues si él gozó del inmueble durante el tiempo de la posesión, es justo que pague los impuestos normales u ordinarios que este inmueble ha devengado.

Pero supongamos que el poseedor haya pagado impuestos ordinarios que ya adeudaba el dueño cuando aquél inició su posesión; en tal caso, parece indudablemente justo reconocerle al poseedor de buena fe el derecho de recibir del propietario lo pagado, porque esos impuestos no correspondían al tiempo de su posesión, y pagándolos evitó el riesgo de que pudiera hacerse ejecución del inmueble (ver nota 10).

1111/151

151.— Alude también el art. 2427 Ver Texto a las hipotecas que gravaban el inmueble cuando entró en la posesión. Es obvio que se trata de un gasto necesario, porque de lo contrario el bien hubiera sido ejecutado por el acreedor. La ley es clara en cuanto se refiere, no a las hipotecas contraídas por el poseedor, sino a las que gravaban ya el bien cuando él entró en posesión. Las primeras deben ser afrontadas por el poseedor; sólo las segundas son a cargo del propietario reivindicante. Obvio es también que si el poseedor de buena fe, previo a la entrada en la posesión y como garantía del pago del saldo de precio gravó el inmueble con una hipoteca, el pago de ésta está a su cargo y no del reivindicante (ver nota 11).

1111/152

152.— Finalmente, el art. 2427 Ver Texto se refiere a los dineros y materiales invertidos en mejoras necesarias o útiles que existiesen al tiempo de la restitución de la cosa. Según opinión unánime esta restricción (que existiesen al tiempo de la restitución de la cosa) sólo alude a las mejoras útiles pero no a las necesarias (ver nota 12). En efecto, éste es el sistema que surge claramente de los arts. 2440 Ver Texto y 2441 respecto del poseedor de mala fe; y sería inconcebible que el poseedor de mala fe tuviese derecho a reintegrarse en los gastos hechos en mejoras necesarias aunque no existiesen al tiempo de la restitución de la cosa y que, en cambio, no tuviese ese derecho de poseedor de buena fe.

Por consiguiente, si después de realizada la mejora o el gasto necesario, ellos se perdiesen por caso fortuito, de todas maneras el poseedor de buena fe tiene derecho a reclamar su importe del reivindicante.

1111/153

153.— Debemos agregar finalmente que la enumeración del art. 2427 Ver Texto tiene un carácter simplemente enunciativo y que, por consiguiente, no excluye en forma alguna que puedan considerarse mejoras necesarias o útiles otras que no estén comprendidas en ella (ver nota 13).

1111/154

154. MEJORAS ÚTILES.— Las mejoras útiles, o sea aquellas que sean de manifiesto provecho para cualquier poseedor (art. 591 Ver Texto), sólo son debidas al poseedor de buena fe por el reivindicante si ellas existiesen al tiempo de la restitución de la cosa. Puesto que el motivo por el cual se obliga a indemnizar al poseedor es la utilidad de la mejora, desde que ella no existe, deja de tenerla para el reivindicante, por lo cual la ley no le impone la obligación de pagarla.

1111/155

155. MEJORAS VOLUPTUARIAS.— Las mejoras voluntarias o voluptuarias, o sea aquellas de mero lujo o recreo (art. 591 Ver Texto), no son debidas nunca por el reivindicante. Es la solución que surge a contrario sensu del art. 2427 Ver Texto que impone al reivindicante solamente el pago de los gastos y mejoras necesarias o útiles. Es también la solución lógica. El reivindicante no tiene porqué hacerse cargo de las fantasías o lujos del poseedor, por más que sea de buena fe. Sin embargo, éste tiene derecho a llevarse las mejoras voluntarias si al hacerlo no causare perjuicio a la cosa. Este derecho se lo reconoce el art. 2441 Ver Texto al poseedor de mala fe y, con mayor razón, debe tenerlo el de buena fe.

1111/156

156. GASTOS DE SIMPLE CONSERVACIÓN.— El poseedor de buena fe no tiene derecho al reintegro de los gastos hechos para la simple conservación de la cosa (art. 2430 Ver Texto). Deben reputarse tales aquellos que se refieren al mero mantenimiento del inmueble, y que generalmente importan erogaciones de poco monto, como puede ser la

compostura de un caño roto, pequeños trabajos de pintura, etc. Decimos pequeños trabajos de pintura, porque en la actualidad la pintura de una casa supone una erogación muy importante; por consiguiente, si la pintura de una casa se hubiese hecho poco tiempo antes de la reivindicación y fuera un beneficio apreciable para el reivindicante, nos parece justo reconocerle al poseedor el derecho al reintegro del gasto. De igual manera la pintura de los techos de zinc o ciertas pinturas exteriores que evitan la humedad suelen ser indispensables para la conservación del material y como tal entrarían dentro de los gastos llamados necesarios. Como puede apreciarse, se trata de una cuestión de hecho que el juez debe resolver conforme a las circunstancias del caso.

Tampoco tiene derecho al reintegro de las expensas comunes, los impuestos ordinarios, tales como los municipales, de contribución territorial y obras sanitarias (ver nota 14) correspondientes al tiempo que duró la posesión.

1111/157

157. VALUACIÓN DE GASTOS Y MEJORAS.— ¿Cuál es el valor que debe tomarse encuentra para fijar la indemnización que debe pagar el reivindicante al poseedor de buena fe? ¿El de la inversión realizada o el subsistente a la época de la reivindicación? Nuestro sistema legal es confuso y ha dado lugar a que se sostengan dos puntos de vista opuestos:

a) De acuerdo a una primera teoría el valor de las mejoras debe calcularse al día de la restitución del bien (ver nota 15). Esta doctrina se funda en que el último párrafo del art. 2427 Ver Texto habla de las mejoras que existiesen al tiempo de la restitución de la cosa; y es concordante con el art. 589 Ver Texto , según el cual el poseedor de buena fe tendrá derecho a ser indemnizado del justo valor de las mejoras necesarias según la evaluación que se hiciera al tiempo de la restitución.

b) Según una segunda teoría, debe tenerse en cuenta el valor de inversión, puesto que el art. 2427 Ver Texto habla de los dineros y materiales invertidos en mejoras afirmando que ellos serán pagados al poseedor de buena fe (ver nota 16).

Es necesario hacer notar que el argumento fundado en el art. 589 Ver Texto es débil, porque se trata de una definición general relativa a la obligación de repetir cosas ciertas, y, más aun, la derivada de un contrato, como resulta claramente de su ubicación metodológica, y de su propio texto. En cambio, el art. 2427 Ver Texto es la disposición específica que rige la obligación de indemnizar los gastos necesarios o útiles hechos por el poseedor de buena fe y debidos por el reivindicante. Y esta norma da sustento a las dos posiciones, porque por una parte habla de la obligación de pagar los dineros y materiales invertidos en mejoras necesarias o útiles y, por otra, agrega que existiesen al tiempo de la restitución de la cosa.

Hemos dicho ya que en materia de mejoras necesarias, la última parte del artículo es inaplicable (véase nº 152); en consecuencia, respecto de ellas lo que debe tomarse encuentra son los recursos y materiales invertidos, es decir el costo de la mejora, aunque ella se haya luego deteriorado, perdido o disminuido de valor (ver nota 17). Y por cierto, habrá que computar la desvalorización monetaria, pues de lo contrario, no habría verdadera indemnización (ver nota 18).

Queda el problema de las mejoras útiles. Pensamos que ante la notoria contradicción del texto legal, el intérprete debe aplicar al caso la solución más equitativa. Y ésta es, a nuestro juicio, la que permite indemnizar de la manera más cabal posible al poseedor de buena fe, que realizó una mejora que por ser necesaria o útil no sólo beneficia al propietario adquirente, sino que también incorpora un valor de contenido económico y de importancia, por consiguiente, social. En otras palabras, pensamos que esa actividad, individual y socialmente provechosa que es hacer sobre los inmuebles mejoras necesarias o útiles, debe tener una compensación lo más completa posible. Por ello nos inclinamos por el valor de inversión, a condición, claro está, de que se tenga en cuenta la desvalorización monetaria. De lo que se trata en definitiva, es que el poseedor de buena fe reciba al restituir la cosa, un valor equivalente al que invirtió en dichas mejoras, calculando ese valor al momento en que recibe el pago o se dicte la sentencia.

1111/158

158. DERECHO DE RETENCIÓN.— El derecho del poseedor de buena fe a que se reintegren los gastos necesarios o útiles, está enérgicamente protegido por el art. 2428 Ver Texto que le reconoce el derecho de retención, con lo que no se hace sino una aplicación de los principios generales que rigen este derecho (arts. 3939 Ver Texto y 3940).

De cualquier modo, la entrega de la cosa al reivindicante no puede ser interpretada como una renuncia al derecho de percibir los gastos necesarios o útiles. Así lo dice expresamente el art. 2428 Ver Texto , que en rigor es una disposición redundante, porque la intención de renunciar no se presume y la interpretación de los actos encaminados a probar esa intención debe ser restrictiva (art. 874 Ver Texto).

1111/159

159. COMPENSACIÓN.— Establece el art. 2429 Ver Texto , en su primer párrafo, que el dueño de la cosa no puede compensar los gastos útiles o necesarios con los frutos percibidos por el poseedor de buena fe. La disposición es obvia, desde que el poseedor de buena fe tiene derecho a los frutos percibidos, de tal forma que sería inconcebible compensar un derecho con otro derecho.

La segunda parte del mismo artículo agrega que en cambio, puede compensarlos con el valor del provecho que el poseedor hubiera obtenido de destrucciones parciales de la cosa y con las deudas inherentes a los inmuebles correspondientes al tiempo de la posesión, si el propietario justificare que las había pagado.

Es importante advertir que en este supuesto, no hay deudas líquidas, y que, por consiguiente, no es aplicable al caso el régimen de la compensación como modo típico de extinción de las obligaciones (arts. 818 Ver Texto y 819). Se trata, por lo tanto, de una compensación atípica, dispuesta por la ley por razones de equidad.

Dos son las hipótesis previstas por la ley: a) la compensación entre los gastos necesarios y útiles y el valor del provecho que el poseedor hubiese obtenido de ventas parciales de la cosa, por ejemplo, de una demolición; b) la compensación entre los gastos necesarios y útiles y las deudas inherentes al inmueble, correspondientes al tiempo de la posesión y que el propietario justificare que las había pagado. Al hablar de las deudas inherentes al inmueble, se alude a aquellas cargas de la propiedad cuyo pago correspondía al poseedor, y que, sin embargo, fueron pagados por el propietario como ocurre con las cargas de los impuestos municipales, territoriales, de Obras Sanitarias, etc.

1111/160

160.— Por último el art. 2430 Ver Texto establece que los gastos hechos por el poseedor de buena fe para la simple conservación de la cosa en buen esEstado, son compensables con los frutos percibidos y no puede cobrarlos.

En verdad, la idea está deficientemente expresada. El principio es que los gastos hechos por el poseedor de buena fe para la simple conservación de la cosa no son debidos por el reivindicante. No se trata de compensarlos con los frutos percibidos. Inclusive la cosa puede no haber dado ningún fruto y hasta ocasionado pérdida. Aun así, el poseedor de buena fe no puede cobrar esos gastos del reivindicante. Hablar de compensación es evidentemente impropio. Lo que indudablemente el codificador ha querido con esta disposición es explicar el fundamento por el cual los gastos de simple conservación no son cobrables por el poseedor de buena fe: se estima que son una suerte de contrapartida del disfrute de la cosa. Pero, repetimos, no hay ni compensación, ni cuestión de frutos percibidos, aun no habiéndolos, el poseedor de buena fe no puede cobrar los gastos de conservación del propietario reivindicante.

1111/10440

D.— DESTRUCCIÓN O DETERIORO DE LA COSA

1111/161

161. RÉGIMEN LEGAL.— Establece el art. 2431 Ver Texto que el poseedor de buena fe no responde de la destrucción parcial o total de la cosa ni por los deterioros de ella aunque fuesen causados por hecho suyo, sino hasta la concurrencia del provecho que hubiese obtenido, y sólo está obligado a entregar la cosa en el estado en que se halla. El principio es en sí mismo, justo. Pero cabe preguntarse qué sentido debe darse a las palabras aunque fuesen causados por hecho suyo.

SALVAT opina que esta disposición se funda en que el propietario tiene el derecho de usar o abusar de la cosa (art. 2513 Ver Texto) y, en consecuencia, el poseedor de buena fe no incurre en responsabilidad ninguna por el hecho de haber dejado parecer o deteriorarse la cosa que creía suya (ver nota 19). Tal fundamento no puede admitirse después de la reforma introducida al art. 2513 Ver Texto por la ley 17711 , que no sólo ha eliminado el derecho de abusar de la propiedad, sino que establece que el propietario debe usar y gozar la cosa conforme a un ejercicio regular de sus derechos; agregando en el artículo siguiente que el ejercicio de estas facultades no debe ser abusivo.

Interpretado a la luz de esta reforma, el art. 2431 Ver Texto adquiere un sentido nuevo. Si la cosa se ha destruido total o parcialmente por una simple negligencia del poseedor de buena fe, o éste lo ha hecho porque así convenía a planes razonables que se había trazado sobre el uso y goce de la cosa, la aplicación del art. 2431 Ver Texto es de rigor. Pero si la destrucción ha sido el producto de un capricho, de un acto evidentemente abusivo y antisocial, la aplicación de los nuevos arts. 2513 Ver Texto y 2514 conduce inexorablemente a reputarlo responsable frente al reivindicante. Debemos hacer notar que la irresponsabilidad establecida en el art. 2431 Ver Texto no es total, puesto que el poseedor de buena fe está obligado a responder hasta la concurrencia del provecho que hubiese obtenido de la destrucción total o parcial de la cosa. Así, por ejemplo, si dispone la demolición de un edificio, deberá el valor obtenido por la venta de la demolición.

1111/162

162.— El art. 2431 Ver Texto , en su segunda parte agrega que en cuanto a los objetos muebles de que hubiese dispuesto, sólo está obligado a la restitución del precio que hubiera recibido. La restitución del precio no tendrá lugar si el dueño de la cosa la reivindica del tercero adquirente, lo que puede hacer si éste la adquirió de mala fe.

1111/10450

E.— CONTRATO DE LOCACIÓN

1111/163

163. EL PROBLEMA, REMISIÓN.— Un problema de gran interés social es el de si el poseedor sea de buena o mala fe, tiene derecho a celebrar contrato de locación y, particularmente, cuál es el alcance que este derecho tiene frente al reivindicante de la cosa. Hemos tratado este problema en otro lugar (Tratado de contratos, t. 1, nº 633), al que remitimos.

1111/10460

F.— ADQUISICIÓN DE INMUEBLES

1111/12100

163 bis. INMUEBLE VENDIDO A DISTINTAS PERSONAS.— Puede ocurrir que el propietario haya vendido el mismo inmueble a dos o más personas: en ese caso tiene derecho a la transmisión del dominio la que ha recibido la posesión (art. 594 Ver Texto y 3269 Ver Texto). Esta solución se aplica aun en el caso de que otro de los adquirentes haya escriturado el inmueble (véase nº 272, texto y nota 271 bis 1).

1111/10470

G.— CUÁNDO CESA LA BUENA FE

1111/164

164. LA SOLUCIÓN LEGAL.— El problema del momento en que cesa la buena fe del

poseedor ha sido tratado por nuestro Código en tres textos un tanto confusos, que es necesario transcribir para poder formular su interpretación y crítica. El art. 2433 Ver Texto establece que el poseedor de buena fe que ha sido condenado por sentencia a restituir la cosa, es responsable de los frutos percibidos desde el día en que se le hizo saber la demanda, y de los que por su negligencia hubiese dejado de percibir; pero no de los que el demandante hubiera podido percibir. El no responde de la pérdida y deterioro de la cosa causados por caso fortuito. El artículo siguiente agrega que cesa también la buena fe del poseedor para los efectos del artículo anterior cuando tuvo conocimiento del vicio de su posesión. Y el art. 2443 Ver Texto dispone que no siendo posible determinar el tiempo en que comenzó la mala fe, se estará al día de la citación al juicio.

Si se lee con prolijidad la primera norma citada, se advertirá que en ningún momento se dice en ella que el poseedor de buena fe se convierte en poseedor de mala fe a partir de la notificación de la demanda; más aún, se disponen algunos efectos que no son los que corresponden a la posesión de buena fe: el reivindicante no tiene derecho a los frutos que hubiera podido percibir y el poseedor no responde de la pérdida y deterioro de la cosa causados por caso fortuito. La nota puesta al pie del artículo pone de manifiesto la duda de VÉLEZ respecto de si debía o no considerarse de mala fe al poseedor desde la fecha de la notificación de la demanda. En el artículo siguiente se dice cesa también la buena fe del poseedor; con lo que se indicaría que en el artículo anterior se reputa que ha cesado la buena fe del poseedor; y esta idea aparece corroborada por el art. 2443 Ver Texto , cuyo texto hemos citado más arriba.

Si bien este tema de si la notificación de la demanda pone fin o no a la buena fe del poseedor ha sido empeñosamente discutido, la doctrina moderna se inclina definitivamente a considerar que no es así. Y los argumentos a favor de esta teoría parecen irrefutables. El poseedor de buena fe puede estar plenamente convencido de que la demanda que se le entabla es injusta; vale decir, su buena fe, su convencimiento de que es legítimo poseedor, no cesa con la traba del pleito. Es cierto que algún peligro se cierne sobre sus derechos; pero ello no altera la circunstancia esencial de que siga convencido de la bondad de su título. En consecuencia, si se lo obliga a restituir los frutos a partir del momento de la notificación de la demanda, ello no se debe a que se lo repute de mala fe, sino a los efectos retroactivos de la sentencia (ver nota 20).

1111/165

165.— Esto sentado, veremos ahora cuáles son los efectos de la interposición de la demanda de reivindicación.

a) Ante todo, a partir de ese momento el poseedor de buena fe es responsable de los frutos percibidos y de los que por su negligencia hubiese dejado de percibir; pero no de los que el demandante hubiera podido percibir (art. 2433 Ver Texto). Es razonable que se obligue a la

restitución aun de los frutos que por negligencia no hubiera podido percibir el poseedor, porque, de lo contrario, en presencia de una demanda, podría guardar una actitud pasiva, con la consiguiente pérdida de bienes, en perjuicio no sólo del reivindicante sino también de la sociedad. En cambio, no hubiera sido posible exigirle al poseedor de buena fe la misma diligencia y capacidad del demandante; es la diligencia y aptitud de producción de un hombre medio, la que debe tenerse en cuenta. Y aquí hay que marcar una diferencia con la situación del poseedor de mala fe que, como veremos, está obligado a indemnizar al propietario de los frutos civiles que habría podido producir la cosa no fructífera, si el propietario hubiese podido sacar un beneficio de ella (art. 2439 Ver Texto).

b) Tampoco responde el poseedor de buena fe aun después de notificada la demanda de reivindicación, de la pérdida o deterioro de la cosa causados por caso fortuito (art. 2433 Ver Texto) lo que marca una importante diferencia con el poseedor de mala fe (art. 2435 Ver Texto).

c) ¿Qué ocurre con las mejoras hechas por el poseedor de buena fe después de la iniciación de la demanda?

No existe problema respecto de los gastos o mejoras necesarios, porque ellos tienen el mismo régimen legal, sea el poseedor de buena o mala fe. Pero según nuestra interpretación (véase nº 157) con respecto a las mejoras útiles hay que hacer una distinción: mientras el poseedor de buena fe tiene derecho a reclamar el valor actualizado de las mejoras y gastos realizados, a condición de que esas mejoras existiesen a la época de la restitución, el poseedor de mala fe sólo tiene derecho a reclamar el mayor valor existente en la época de la restitución de la cosa (art. 2441 Ver Texto).

Pensamos que luego de iniciada la demanda de reivindicación, la posición del poseedor de buena fe debe ser juzgada con rigor, en lo que atañe a las mejoras útiles. Las mejoras necesarias son impostergables, deben hacerse siempre e inmediatamente; pero las útiles no están en la misma situación y parece abusivo obligar al reivindicante a pagar más allá del beneficio líquido que él ha recibido de tales reformas, pago que se justifica sólo para impedir que haya de su parte un enriquecimiento sin causa. Es decir, pensamos que en este caso deben aplicarse al poseedor las normas relativas a la posesión de mala fe (ver nota 21).

1111/166

166.— Según el art. 2434 Ver Texto cesa también la buena fe del poseedor para los efectos del artículo anterior cuando tuvo conocimiento del vicio de su posesión. Este artículo tiene una redacción equívoca. ¿Qué quiere decir cuando tuvo conocimiento del vicio de su posesión? ¿Se alude al simple conocimiento de que alguien pretende que su posesión es viciosa o a la prueba concluyente de que lo es?

Una simple denuncia o información, no traducida en una demanda judicial de que la posesión pueda tener algún antecedente vicioso, no basta para transformar la buena fe del poseedor en mala fe. La misma demanda no lo convierte en poseedor de mala fe, aunque produce los efectos que hemos visto en los párrafos anteriores. Sólo lo convierte en tal la prueba inequívoca de que el poseedor tuvo conocimiento cierto del vicio de su posesión. De lo contrario, impera el principio de que la buena fe se presume.

1111/10480

H.— ADQUISICIÓN DE MUEBLES (ver nota 22)

1111/167

167. EL PRINCIPIO.— En materia de muebles, rige el principio de que la posesión confiere el derecho de propiedad sobre la cosa poseída. Es un principio de vastísima trascendencia práctica, que ha sido incorporado a nuestro derecho en los siguientes términos: la posesión de buena fe de una cosa mueble crea a favor del poseedor la presunción de tener la propiedad de ella y el poder de repeler cualquier acción de reivindicación, si la cosa no hubiese sido robada o perdida (art. 2412 Ver Texto).

Esta norma emplea una expresión criticable al decir que la posesión crea la presunción de tener la propiedad de la cosa. No se trata en verdad de una presunción legal, sino de que la ley reconoce al poseedor los derechos de propietario. En el derecho francés del cual se tomó la norma, se emplea la expresión la posesión vale título (art. 2279, C. Civil francés). Es una manera enérgica de subrayar que la posesión equivale a la propiedad en materia de cosas muebles.

Esta regla ha tenido sus vicisitudes históricas, que conviene conocer siquiera sea muy brevemente, para comprender su significado e importancia práctica. En el Derecho Romano, las cosas muebles eran reivindicables, si bien el plazo de reivindicación era breve (un año en el derecho antiguo y tres años desde la época de la reforma de Justiniano). En el derecho germánico la solución era distinta. El propietario de una cosa mueble tenía acción contra el tenedor derivada del contrato en virtud del cual la había entregado; pero, en cambio, carecía de acción reivindicatoria. Regía el adagio “los muebles son imperseguibles”. En el siglo XIII en Francia, bajo la influencia del Derecho Romano, comenzó a reaparecer la reivindicación de los muebles, y a partir del siglo XVI este sistema imperaba sin discusión en aquel país. No tardaron en sentirse los inconvenientes de esta regla, sobre todo cuando el incremento del comercio los puso más claramente en

manifiesto. En la práctica, la posibilidad de reivindicar cosas muebles significaba gravísimos problemas para el comercio. Fue así que en el siglo XVII comenzaron a hacerse esfuerzos por retacear la reivindicación de las cosas muebles, hasta que a mediados del siglo XVIII se introduce en las costumbres francesas el principio “la posesión vale título”. Se cree que la primera aplicación de este principio surgió de la jurisprudencia del Châtelet de Paris. Y hay pruebas de que estaba incorporada ya a la Costumbre de La Rochela antes de 1756 (ver nota 23).

Fueron las exigencias del comercio las que impusieron este principio elemental de que la posesión vale título. Del derecho francés pasó a la mayor parte de los códigos del siglo pasado y fue incorporada al nuestro en los términos del artículo 2412 Ver Texto .

1111/168

168. CONDICIONES DE APLICACIÓN.— Para que la posesión confiera por sí sola la propiedad de la cosa mueble se requiere:

a) Posesión en sentido propio.— Es preciso que la posesión se tenga para sí. No basta la simple tenencia de la cosa; el poseedor debe hacerlo a título de dueño. Por consiguiente, la presunción de propiedad no puede ser invocada por las personas que se encuentren en la tenencia de la cosa en virtud de un contrato o un acto jurídico que los obliga a restituir (art. 2414 Ver Texto).

En la duda debe admitirse que la posesión es a título de dueño, ya que en esta materia la regla capital es proteger al que detenta una cosa mueble; más aun, quien pretende que esa posesión es a título precario, debe probarlo (ver nota 24).

1111/169

169. b) Buena fe.— No basta la posesión; es necesario además que ella sea de buena fe (art. 2412 Ver Texto). Ahora bien, la buena fe del poseedor se presume (art. 2362 Ver Texto) (ver nota 25). Claro está que esa presunción admite prueba en contrario, que puede ser producida por cualquier medio, inclusive simples presunciones. En consonancia con este principio, se ha declarado que a efectos de probar la mala fe del poseedor basta la circunstancia de que los hechos comprobados demuestren que el interesado no pudo o no debió ignorar la ilegitimidad de su posesión (ver nota 26). Inclusive hay que considerar de mala fe al poseedor que incurre en culpa al no adoptar las precauciones elementales que le son dictadas por las condiciones del contrato (ver nota 27).

Basta que la buena fe exista en el momento de la adquisición de la posesión. Es la solución que se desprende de la aplicación analógica del art. 4008 Ver Texto referente a la prescripción (ver nota 28).

1111/170

170. c) Título oneroso.— Por último, para que el poseedor adquiriera instantáneamente el dominio de la cosa mueble, debe haber adquirido la posesión por título oneroso. Esta condición no se desprende del artículo 2412 Ver Texto , pero sí del art. 2778 Ver Texto , según el cual la acción reivindicatoria procede contra el actual poseedor aunque sea de buena fe, que la hubiese de una enajenante de buena fe si la hubo por título gratuito y el enajenante estaba obligado a restituirla al reivindicante (ver nota 29).

Sin embargo, hay que tener presente una regla muy importante: como la presunción de propiedad resulta del solo hecho de poseer la cosa de buena fe, quien pretenda que fue adquirida a título gratuito por el poseedor, deberá probarlo. En la mayor parte de los casos esa prueba será muy difícil o imposible, porque la transmisión del dominio de una cosa mueble no exige documento escrito ni registro. Y consideramos que los jueces deben ser severos en la apreciación de esa prueba, ya que en materia de muebles la regla capital es proteger al poseedor (ver nota 30).

1111/171

171.— Ninguna otra condición se requiere. No es necesario el requisito de la posesión continua, porque el efecto legal de la adquisición del dominio se produce instantáneamente con la posesión (ver nota 31). En cuanto al vicio de violencia, si ella existió en el momento de la adquisición de la posesión, califica a ésta como de mala fe, por lo que no basta para adquirir el dominio; pero si la violencia es posterior y enderazada sólo a mantener la posesión, ella no perjudica el derecho del poseedor, desde que éste tiene por ley la facultad de repeler la violencia con la fuerza equivalente (art. 2470 Ver Texto).

Queda por considerar el vicio de clandestinidad. El hecho de tener una cosa mueble guardada y, por lo tanto, oculta a la vista de terceras personas, no priva al poseedor de los derechos que emergen de su posesión. Es decir, por sí solo el tener oculta o guardada una cosa no basta para reputar la posesión de mala fe, aun cuando éste puede ser un elemento que, unido a otros forme la convicción del juez de que el poseedor era de mala fe (ver nota 32).

No es necesario el justo título por la muy simple razón de que en materia de muebles la posesión equivale a título (ver nota 33).

172. COSAS EXCLUIDAS DE LA REGLA DEL ART. 2412.— El principio liminar del art. 2412 Ver Texto se aplica a todas las cosas muebles, con las siguientes excepciones:

a) Por lo pronto, el propio art. 2412 Ver Texto hace la excepción de las cosas robadas o perdidas. Es decir, la regla del art. 2412 Ver Texto juega solamente en el caso en que el propietario se ha desprendido voluntariamente de la tenencia de la cosa, corriendo el riesgo de que el tercero, en quien él ha confiado, pueda disponer de ella. Si el propietario asume ese riesgo, es justo que después cargue con las consecuencias y que su conducta imprudente de confiar la cosa a quien no merecía esa confianza no resulta luego en perjuicio de terceros de buena fe. Pero si el dueño no se ha desprendido voluntariamente de la cosa, si ésta se ha perdido o le ha sido hurtada o robada, entonces la ley lo protege. El poseedor de buena fe sólo adquirirá el dominio por prescripción de dos o tres años según sea una cosa mueble registrable o no (art. 4016 bis Ver Texto).

b) Tampoco se aplica a las cosas que forman parte del dominio público del Estado. El art. 2415 Ver Texto habla de las cosas muebles del Estado general o de los Estados particulares sin distinguir entre el dominio público o el privado. pero como no tiene sentido que el art. 2412 Ver Texto no se aplique al dominio privado del Estado, cabe entender que esta norma queda referida solamente al dominio público (ver nota 34).

c) No se aplica a las cosas muebles que son accesorias de un inmueble reivindicado (art. 2415 Ver Texto); en este caso, producida la reivindicación, esas cosas siguen la suerte del inmueble.

d) Tampoco están comprendidas en la regla del art. 2412 Ver Texto las cosas muebles registrables, es decir, aquellas cuyo dominio nos se puede transferir sin inscripción en registros públicos, tales como los automotores, las aeronaves y los buques (C. de Comercio, art. 857 Ver Texto , 859 Ver Texto , 866 Ver Texto y 867).

e) Con respecto a los semovientes, es sabido que los códigos rurales exigen la marca o señal según se trate de ganado mayor o menor. Si bien alguna vez se discutió la constitucionalidad de estas normas provinciales que vienen a exigir un requisito para la transmisión de la propiedad que no está en el C. Civil, lo cierto es que se han podido compatibilizar las normas locales con las nacionales de una manera muy simple: dado que tanto las costumbres inveteradas de nuestro campo así como los códigos rurales locales exigen las marcas o señales, quien toma la posesión de un semoviente que no tiene su marca, no puede invocar su buena fe. Y por cierto, la contramarca importa un delito si el

que la hizo no tenía los certificados de transferencia correspondientes.

f) En cuanto a los títulos de créditos nominales o a la orden, no se aplica la presunción del art. 2412 Ver Texto porque la transmisión de la propiedad de dichos títulos sólo puede hacerse por endoso. En cambio, el art. 2412 Ver Texto rige respecto de los títulos al portador, porque quien los posee puede ejercer todos los derechos inherentes a la propiedad (ver nota 35).

1111/173

173.— Obviamente el art. 2412 Ver Texto no es aplicable a las universalidades del derecho, porque éstas no son susceptibles de posesión; lo que se posee son cada una de las cosas que las forman. Por igual motivo la presunción de la propiedad tampoco debe aplicarse a los fondos de comercio. La razón es siempre la misma: el art. 2412 Ver Texto exige la posesión de una cosa mueble concreta y un fondo de comercio no lo es (ver nota 36).

1111/10490

§ 4. Posesión de mala fe

1111/10500

A.— PRECIO PAGADO POR LA COSA

1111/174

174. RÉGIMEN LEGAL.— Hemos dicho ya que conforme con el art. 2422 Ver Texto , ni siquiera el poseedor de buena fe de la cosa mueble reivindicada tiene derecho a reclamar el precio que hubiere pagado por su adquisición (véase nº 141); tanto menos tendrá este derecho el poseedor de mala fe. Pero hay que recordar que el artículo citado reconoce al adquirente de buena fe a título oneroso el derecho a reclamar una indemnización proporcionada si el propietario la hubiera difícilmente recuperado sin la circunstancia de haberla adquirido el poseedor. Esta atribución excepcional, no es desde luego aplicable al poseedor de mala fe, que en ningún caso tiene derecho a reclamar nada por lo que hubiese pagado por la cosa.

1111/10510

B.— FRUTOS Y PRODUCTOS

1111/175

175. FRUTOS.— A diferencia del poseedor de buena fe, el de mala fe está obligado a devolver los frutos percibidos de la cosa y los que por su culpa hubiera dejado de percibir. La única atenuación a este principio establecido por el art. 2438 Ver Texto , es reconocerle el derecho de sacar los gastos de cultivo, cosecha o extracción de los frutos. Lo que es lógico, pues el verdadero beneficio que obtiene el poseedor o propietario de los frutos, es aquel que resulta de la diferencia entre su valor y los gastos de siembra, cosecha y venta.

Pero el Código es todavía más riguroso respecto del poseedor de mala fe en este punto: dispone que igualmente está obligado a indemnizar al propietario de los frutos civiles que habría podido producir una cosa no fructífera si el propietario hubiese podido sacar un beneficio de ella (art. 2439 Ver Texto). La redacción de esta norma deja bastante que desear: ¿cómo hablar de los frutos de una cosa no fructífera? La que evidentemente ha querido decir el legislador es que una cosa puede no ser fructífera en manos del poseedor, sea porque éste no poseía la capacidad o el capital necesario para hacerla producir; en cambio en manos del propietario, pudo dar frutos. La ley condena al poseedor de mala fe a indemnizar al propietario por esos frutos que no pudo percibir en razón de estar privado de la posesión.

Es también objetable que la ley hable solamente de frutos civiles. Pero es claro que aquí no podría hacerse valer el argumento a contrario sensu: no hay ninguna razón para aplicar a los frutos naturales o industriales una solución legal distinta. Es necesario concluir que la norma del art. 2439 Ver Texto abarca a todos y que el poseedor de mala fe es deudor de todos los frutos naturales, industriales o civiles que el propietario hubiera podido obtener de la cosa (ver nota 37).

1111/176

176. PRODUCTOS.— Ya hemos dicho anteriormente (nº 147) que conforme con el art. 2444 Ver Texto , tanto el poseedor de mala fe como el de buena fe deben restituir los productos que hubieren obtenido de la cosa. Sin embargo, al hablar del poseedor de buena fe, nos inclinamos por una comprensión extensiva del concepto de frutos de tal manera que, por ejemplo, el producido de una explotación minera, percibido por el poseedor de buena

fe, escaparía a la reclamación del reivindicante. Nada de eso ocurre respecto del poseedor de mala fe, que careciendo de todo derecho a los frutos, no puede pretender tampoco derecho a ningún producto.

1111/10520

C.— MEJORAS

1111/177

177. GASTOS Y MEJORAS NECESARIAS.— Respecto de los gastos y mejoras necesarias, el poseedor de mala fe se encuentra en igual situación al de buena fe: tiene derecho a ser indemnizado y puede retener la cosa hasta haber sido pagado (art. 2440 Ver Texto). Es lógico que sea así, porque de no haberse realizado los gastos necesarios, la cosa se hubiese deteriorado o perdido: ha sido pues en beneficio directo del propietario y para salvar sus bienes, que tales gastos se han hecho. Por consiguiente, es justo indemnizar a quien los hizo sin tener en cuenta su buena o mala fe.

Dentro del concepto de gastos y mejoras necesarias se incluyen el pago de hipoteca que gravase el inmueble, las mejoras necesarias para conservarlo en condiciones de habitabilidad, las expensas extraordinarias para pagar los gastos de finalización de las partes comunes del edificio, pero no las expensas ordinarias, ni los impuestos ordinarios tales como los municipales de contribución territorial o los de obras sanitarias (ver nota 38).

Esa indemnización se rige, ya lo hemos dicho, por los mismos principios aplicables al poseedor de buena fe; en consecuencia, debe computarse la desvalorización monetaria (véase nº 157).

No solamente se reconoce al poseedor de mala fe el derecho a percibir los gastos hechos en la cosa, sino también la facultad de retenerla hasta ser pagado de ellos. Sin embargo, el último de los párrafos del art. 2440 Ver Texto dice: de este beneficio no goza el que hubiese hurtado la cosa.

¿A qué se refiere la ley cuando habla de este beneficio? ¿Al derecho de ser indemnizado de los gastos o al de retener la cosa hasta ser pagado de ellos?

Prevalece con razón el criterio de que la ley se ha referido solamente al derecho de

retención (ver nota 39). Es la solución justa. El reintegro de los gastos hechos en mejoras necesarias, no es un beneficio que se reconoce a quien lo hizo; es elemental que quien salvó la cosa de su destrucción o grave deterioro, sea compensado por los gastos realizados, sea poseedor de buena o mala fe, desde que su proceder, además de socialmente útil, ha sido beneficioso para el reivindicante. En cambio, el derecho de retención puede reputarse en beneficio; y la ley se lo desconoce a quien ha hurtado la cosa, cometiendo un grave hecho ilícito.

1111/178

178.— Supongamos ahora que las mejoras necesarias hayan desaparecido por un caso fortuito. ¿Las debe el reivindicante al poseedor de mala fe? La tesis que le niega ese derecho parece tener un importante apoyo en el art. 2435 Ver Texto , según el cual aquél responde por la ruina o deterioro de la cosa aunque hubiese ocurrido por caso fortuito (lo que significa que la ley pone el caso fortuito a cargo del poseedor de mala fe). Pero en verdad se trata de problemas diferentes: si en este caso la ley pone a cargo del poseedor de mala fe el caso fortuito, es porque de haber estado la cosa en posesión del verdadero dueño, ella no se hubiera perdido (art. 2435 Ver Texto , último apartado). Hay pues una culpa del poseedor de mala fe, porque es en razón de su conducta culpable (haber tomado la posesión ilegítimamente) que la cosa se ha perdido. Nada de ello ocurre en nuestro caso. La cosa no se ha perdido, sino solamente las mejoras necesarias. No resulta equitativo privar al poseedor, aun de mala fe, de los gastos que hizo para salvar a la cosa de su ruina o grave deterioro (ver nota 40).

Pero supongamos ahora que no solamente las mejoras necesarias sino también toda la cosa haya perecido por caso fortuito, y que ella no hubiera perecido de encontrarse en poder del propietario; en este caso pensamos que el poseedor de mala fe carece de todo derecho aun a las mejoras que en su momento fueron necesarias, pero que la pérdida total de la cosa convirtió luego en inútiles. En este caso el art. 2435 Ver Texto recobra toda su vigencia.

1111/179

179. MEJORAS ÚTILES.— Según el art. 2441 Ver Texto , el poseedor de mala fe puede repetir las mejoras útiles que hayan aumentado el valor de la cosa hasta la concurrencia del mayor valor existente.

La ley dice hasta la concurrencia del mayor valor existente. Ésta, pues, es la pauta legal para la fijación de la indemnización. Sin embargo, se sostiene que existen dos topes: los gastos realizados por el poseedor y el mayor valor existente al tiempo de la restitución; de tal modo que si aquellos gastos fueron inferiores a ese mayor valor, sólo se deberán esos gastos (ver nota 41). Esta teoría sólo puede admitirse en épocas de inflación, a condición de

que los gastos se actualicen, teniendo en cuenta la desvalorización monetaria. Pero en verdad, esto complica todas las cosas. Lo simple y lógico es aplicar lisa y llanamente la ley; es decir, tener en cuenta el mayor valor existente al tiempo de la restitución de la cosa.

Agrega el art. 2441 Ver Texto que estas mejoras (vale decir, tanto las necesarias como las útiles) son compensables con los frutos percibidos o que hubiese podido percibir. En efecto, el poseedor de mala fe debe al reivindicante dichos frutos; por consiguiente, la ley autoriza la compensación de ambos valores. No se trata de una compensación propiamente dicha, pues no existen sumas líquidas; pero la ley autoriza que también en este caso se la pueda invocar por evidentes razones de equidad.

1111/180

180.— Según MACHADO, la ley concede al poseedor de mala fe el derecho de sacar las mejoras útiles si no perjudica la cosa, es decir, si la deja como la tomó (ver nota 42).

A primera vista esta disposición parecería tener un fundamento lógico en el último apartado del art. 2441 Ver Texto que como veremos, autoriza al poseedor de mala fe a llevar las mejoras voluntarias si al hacerlo no causare perjuicio a la cosa. Parece que, a fortiori, igual derecho debe reconocérsele respecto de las mejoras útiles. Sin embargo, no lo creemos así. Por lo pronto, si la mejora es verdaderamente útil no se concibe que el poseedor de mala fe pueda llevársela sin perjuicio de la cosa. Si no hay perjuicio, es porque la mejora no fue útil. A esta consideración de por sí suficiente, cabría añadir otra de carácter social: interesa impedir la destrucción de una mejora, que por ser útil, interesa a toda la comunidad. En consecuencia, hay que concluir que respecto de las mejoras útiles, el poseedor sólo tiene el derecho de ser indemnizado de acuerdo al criterio que hemos estudiado en el número anterior.

1111/181

181. MEJORAS VOLUNTARIAS.— Conforme con el último párrafo del art. 2441 Ver Texto , el poseedor de mala fe pierde las mejoras voluntarias, pero puede llevarlas si al hacerlo no causare perjuicio a la cosa.

Puesto que se trata de mejoras simplemente superfluas o de lujo, el reivindicante no tiene porqué pagarlas; pero sería excesivo no reconocer al menos el derecho del poseedor de mala fe de retirarlas de la cosa si al hacerlo no provocase perjuicio ninguno al inmueble. Pero supongamos que para retirar las mejoras voluntarias el poseedor de mala fe deba destruirlas. En tal caso debe desconocerse su derecho a retirarlas del inmueble porque su conducta sería típicamente abusiva y contraria por consiguiente al art. 1071 Ver Texto (ref.

por ley 17711) (ver nota 43).

1111/182

182. RUINA O DETERIORO DE LA COSA.— El poseedor de mala fe responde de la ruina o deterioro de la cosa, aunque hubiera ocurrido por caso fortuito, si la cosa no hubiese de haber perecido o deteriorándose igualmente estando en poder del propietario (art. 2435 Ver Texto).

Vale decir, la ley pone a cargo del poseedor de mala fe el caso fortuito; sólo hace la excepción del supuesto de que la cosa igualmente hubiera perecido o se hubiera deteriorado estando en poder del propietario. Sería extremadamente riguroso poner el caso fortuito a cargo del poseedor de mala fe aun en esta hipótesis. Si, en cambio, la cosa no se hubiese perdido o deteriorado estando en poder de su verdadero dueño, es justo que sea responsable el poseedor de mala fe, pues es debido al hecho de que la cosa fue sustraída a la posesión de su dueño, que el daño se produjo.

1111/183

183.— El poseedor vicioso tiene una condición aun más rigurosa: tiene que pagar la destrucción o deterioro de la cosa aun en el caso en que ésta se hubiera deteriorado estando en poder de su dueño (art. 2436 Ver Texto). Aquí ya no se trata de una indemnización del daño propiamente dicha. No hay daño porque igualmente la cosa se hubiera deteriorado o perdido en poder del dueño. Se trata de una sanción que la ley impone al que ha adquirido con violencia, usurpado o hurtado la cosa.

1111/184

184. ENAJENACIÓN DE LA COSA POR EL POSEEDOR DE MALA FE.— ¿Qué ocurre cuando el poseedor de mala fe ha enajenado la cosa? La hipótesis es vecina al caso de pérdida o ruina de la cosa, que hemos tratado en números anteriores porque frecuentemente —no siempre— la cosa quedará perdida para su dueño, ya que éste no tendrá acción contra el tercer adquirente. Para tratar este tema distinguiremos entre cosas muebles e inmuebles.

a) Respecto de las cosas muebles, el art. 2437 Ver Texto establece que cuando el poseedor de mala fe ha dispuesto de objetos muebles sujetos a la restitución como accesorios del inmueble, está obligado a bonificar al propietario el valor íntegro, aunque él no hubiese obtenido sino un precio inferior.

Es necesario considerar la incidencia de esta norma en relación a dos hipótesis posibles: que el propietario anterior tenga o no acción reivindicatoria contra el actual poseedor. Aclaremos el punto. La hipótesis legal supone un triángulo de personas interesadas: el propietario de la cosa (que llamaremos A), el que la poseyó de mala fe y la enajenó (al que denominaremos B) y el tercero que la adquirió (que llamaremos C).

Hay supuestos en que A no tiene acción de reivindicación contra C, como ocurre cuando éste es adquirente de buena fe y a título oneroso y no se trata de una cosa robada o perdida (arts. 2412 Ver Texto y 2778 Ver Texto). En ese supuesto, el único derecho que tiene A es de reclamar de B el valor íntegro de la cosa, tal como lo dispone el art. 2437 Ver Texto .

Pero supongamos ahora que A conserva su acción reivindicatoria contra C. ¿Tiene, no obstante ello, acción por cobro del valor de la cosa contra B? ¿Se aplica también en esta hipótesis el art. 2437 Ver Texto ? La ley no establece ninguna distinción y es razonable que así sea. Es verdad que el propietario conserva el derecho de reivindicar la cosa; pero la existencia de este derecho está sujeta a un nuevo juicio en el que deberá probar la mala fe del tercero contra quien dirige la acción o que la adquirió por título gratuito o que la cosa era robada o perdida. Es un juicio complicado de prueba difícil. A su vez, puede haber un segundo o tercer subadquirente. No es lógico que el derecho del propietario a reclamar la indemnización debida por el poseedor de mala fe, esté supeditada al resultado de las acciones que eventualmente pueda tener contra los sucesivos adquirentes de la cosa. Por eso la ley no permite al poseedor de mala fe que enajenó la cosa, excepcionarse sosteniendo que el propietario pueda reivindicarla del tercero que la tiene en su poder. Claro está que el propietario no puede pretender acumular ambas acciones. Pagado el precio por el poseedor de mala fe enajenante, caduca su acción de reivindicación contra el tercero adquirente, aunque éste fuera de mala fe; y viceversa, reivindicada la cosa, pierde el derecho de reclamar su precio del poseedor enajenante (art. 2779 Ver Texto). De lo contrario, habría un inadmisibles enriquecimiento sin causa.

Dispone el art. 2437 Ver Texto que el poseedor de mala fe está obligado a pagar al propietario el valor íntegro de la cosa aunque él no hubiese obtenido sino un precio inferior. Es una solución justa. De lo contrario se podría prestar a un concierto doloso entre el poseedor y el adquirente para fijar un precio menor que el que la cosa vale, con lo cual saldría perjudicado el dueño. Sin contar con que éste no tiene por qué perjudicarse por un mal negocio hecho por un poseedor de mala fe. Por último, es evidente que el valor de la cosa debe juzgarse no en el momento de la enajenación sino en el momento de la reivindicación: éste es el valor perdido por el dueño y de él debe ser indemnizado. El precio pagado por la enajenación y el momento en que ella se hizo, son indiferentes a los efectos de fijar la indemnización equitativa.

Una observación final. El art. 2437 Ver Texto habla de las cosas muebles sujetas a restitución como accesorios del inmueble. Pero en realidad la solución es aplicable a toda

clase de cosas muebles, sean o no accesorias de un inmueble, como resulta del art. 2779 Ver Texto y es natural que así sea, pues no hay razones para distinguir.

b) El Código nada ha previsto respecto de los inmuebles. Seguramente esta omisión se debe a que en el régimen del Código, el propietario tenía casi siempre acción por reivindicación contra el adquirente, a la inversa de lo que ocurría y ocurre con las cosas muebles. Esta situación ha variado después de la sanción de la ley 17711 , que cubre al subadquirente de buena fe y por título oneroso (art. 1051 Ver Texto). Pero no hay razón ninguna para resolver el problema de los inmuebles con un criterio distinto al de los muebles: pensamos, por consiguiente, que el art. 2437 Ver Texto es de plena aplicación también a ellos.

(nota 1) LLAMBÍAS, Diferencia específica entre la nulidad y la inexistencia de los actos jurídicos, L. L., t. 50, pág. 878, n° 12 y 13; LÓPEZ OLACIREGUI, Adiciones a Salvat, Parte General, n° 2641; CORDEIRO ÁLVAREZ, El acto jurídico inexistente, Boletín del Instituto de Derecho Civil de Córdoba, 1942, p. 243.

(nota 2) Véase nuestra obra La Reforma de 1968 al Código Civil, n° 107; de acuerdo, ALTERINI, El artículo 1051 del Código Civil y el acto inoponible, J. A., Doctrina 1971, p. 640; PÉREZ LOZADA, La fe pública registral, L. L., t. 148, p. 1129, n° 5 in fine.

(nota 3) De acuerdo: SALVAT, t. 1, n° 323.

(nota 4) De acuerdo con esta interpretación: SALVAT, t. 1, n° 335; LAFAILLE, t. 1, n° 657; MACHADO, t. 6, nota al art. 2444, p. 362.

(nota 5) C. Civil 2ª Cap., 8/3/1933, J.A., t. 41, p. 379.

(nota 6) Sobre estas pautas generales hay unanimidad en la doctrina.

(nota 7) De acuerdo en que esta contribución para afirmados es un impuesto extraordinario: C. Civil 1ª Cap., 11/5/1938, L. L., t. 10, p. 713; C. Civil 2ª Cap., 8/8/1939, J. A., t. 67, p. 409; Machado, t. 6, nota al art. 2427, p. 334. Este autor considera también extraordinaria la contribución por “cloacas”; pero en nuestros días el impuesto por Obras Sanitarias ha tomado un carácter permanente que obliga a considerarlo ordinario.

(nota 8) Fallos y autores citados en nota anterior.

(nota 9) C. Civil 1ª Cap., 11/5/1938, L. L., t.10, p. 713.

(nota 10) De acuerdo: LAFAILLE, t. 3, nº 2128; ARGAÑARAZ en SALVAT, t. 1, nota 3139, nº 339, nota 39 a.

(nota 11) SALVAT, t. 1, nº 339.

(nota 12) SALVAT, t. 1, nº 341; su anotador ARGAÑARAZ, loc. cit., nota 42 a; MACHADO, t. 6, p. 333; SEGOVIA, t. 2, p. 44, nº 134.

(nota 13) La doctrina es unánime; puede verse SALVAT, t. 1, nº 337 y su anotador ARGAÑARAZ, loc. cit., nota 39 a; LAFAILLE, t. 3, nº 2128.

(nota 14) C. Civil. Cap., Sala A, 5/5/1988, L. L. 1988-D, p. 278.

(nota 15) En este sentido, SALVAT, t. 1, nº 343; su anotador ARGAÑARAZ, loc.cit., nota 45; MACHADO, t. 6, nota al art. 24.

(nota 16) Fallo de la antigua Cámara Civil, Fallos, t. 29, p. 342, cit. por SALVAT, loc. cit. en nota anterior.

(nota 17) Llama la atención que los mismos autores que sostienen la teoría de que la indemnización debe hacerse al valor de la mejora que existiere al tiempo de la restitución de la cosa, trátense de mejoras necesarias o útiles, sostengan simultáneamente que la frase “que existieren al tiempo de la restitución de la cosa” no se refiere a las mejoras necesarias. En esta posición están MACHADO, SALVAT y ARGAÑARAZ (véase nº 152, nota 133).

(nota 18) De acuerdo: C. Civil. Cap., Sala A, 5/5/1988, L. L. 1988-D, p. 278; GENTILE, Il possesso, nº 185 y jurisprudencia italiana allí citada. Pero curiosamente, este autor distingue entre gastos y mejoras necesarias, admitiendo la adecuación monetaria respecto de las últimas, pero rechazándolas respecto de los gastos (nº 178).

(nota 19) SALVAT, t. 1, nº 341.

(nota 20) En este sentido: PLANIOL-RIPERT, t. 3, nº 180; JOSSERAND, t. 1, nº 1406;

GENTILE, *Il possesso*, n° 166; MONTEL, *Il possesso*, n° 119.

(nota 21) La jurisprudencia italiana es vacilante sobre este punto. Mientras la Casación Civil ha resuelto que nada se debe al poseedor por las mejoras aportadas después de la notificación de la demanda de reivindicación, la Cámara de apelaciones de Génova ha reconocido al poseedor de buena fe una indemnización que resulta de la suma menor entre los gastos hechos y las mejoras subsistentes a la época de la retrocesión (véase GENTILE, *Il possesso*, n° 187).

(nota 22) BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: LAFIANDRA, Efectos de la posesión de cosas muebles, Buenos Aires, 1960; GSCHWIND, Efectos de la posesión de cosas muebles, en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Santa Fe, 1949, nros. 29 y 30; VALDÉS, Efectos de la posesión: cosas muebles, derechos y deberes inherentes a la posesión, *Boletín del Instituto de Derecho Civil de la Universidad Nacional de Córdoba*, julio-diciembre 1949, nros. 3 y 4, p. 254.

(nota 23) Hemos tomado esta referencia principalmente de PLANIOL-RIPERT-PICARD, t. 3, n° 368 y 369.

(nota 24) BAUDRY LACANTINERIE y TISSIER, De la prescripción, n° 853. La mera tenencia de la cosa hace presumir la posesión de buena fe de ella, ha declarado la Sala C de la C. Civil Cap., 21/3/1956, L. L., t. 82, p. 472 y J. A., 1956-II, p. 304.

(nota 25) La doctrina y la jurisprudencia es unánime: puede verse C. Civil Cap., Sala C, 21/3/1956, L. L., t. 82, p. 472 y J. A., 1956-II, p. 304.

(nota 26) S. C. Buenos Aires, 27/7/1949, l. L., t. 56, p. 418 y J. A., 1949-III, p. 636. En la jurisprudencia francesa se admite también cualquier medio de prueba, véase la citada por PLANIOL-RIPERT-PICARD, t. 3, n° 381.

(nota 27) PLANIOL-RIPERT-PICARD, t. 3, n° 381 y jurisprudencia allí citada.

(nota 28) De acuerdo: SEGOVIA, t. 2, p. 38, n° 100; ARGAÑARAZ adhiere tácitamente a la opinión de Segovia al citarla en SALVAT, t. 1, n° 285, nota 39. En el mismo sentido: PLANIOL-RIPERT-PICARD, t. 3, n° 381; BAUDRY LACANTINERIE y TISSIER, De la prescripción, n° 874.

(nota 29) De acuerdo en la exigencia del título oneroso (elemento que no siempre fue

destacado por nuestra doctrina clásica); LAFAILLE, t. 1, nº 384; ALSINA ATIENZA, Efectos jurídicos de la buena fe; nº 540; ALLENDE, Panorama de los derechos reales, p. 55; MOLINARIO, nota en E. D., t. 7, p. 192; ALTERINI, nota en J. A. Doctrina, 1971, p. 640; MARIANI DE VIDAL, Régimen jurídico de las cosas muebles, p. 33 y siguientes.

(nota 30) En sentido concordante, MARIANI DE VIDAL, Régimen jurídico de las cosas muebles, p. 34.

(nota 31) PLANIOL-RIPERT-PICARD, t. 3, nº 381; BAUDRY LACANTINERIE y TISSIER, De la prescription, nº 850.

(nota 32) De acuerdo: PLANIOL-RIPERT-PICARD, t. 3, nº 381. En contra: SALVAT, t. 1, nº 286; LAFAILLE, t. 1, nº 674, texto y nota 48.

(nota 33) BAUDRY LACANTINERIE y TISSIER, De la prescription, nº 877; AUBRY y RAU, § 183, nota 3.

(nota 34) SALVAT, t. 1, nº 290; SEGOVIA, t. 2, p. 40, nota 106; LLERENA, t. 7, art. 2415, nº 2.

(nota 35) La doctrina es uniforme en este punto.

(nota 36) La doctrina es unánime a este respecto.

(nota 37) De acuerdo: ARGAÑÁRAZ en SALVAT, t. 1, nº 358, nota 68; LAFAILLE, t. 3, nº 2224.

(nota 38) C. Civil Cap., Sala A, 5/5/1988, L. L. 1988-D, p. 278.

(nota 39) SALVAT, t. 1, nº 361; LLERENA, t. 7, art. 2440, nº 3; MACHADO, t. 6, nota al art. 2440, p. 358.

(nota 40) De acuerdo: SALVAT, t. 1, nº 362; LAFAILLE, t. 3, nº 2135; MACHADO, t. 6, nota al art. 2441, p. 359.

(nota 41) C. Civil, 1ª Cap., 22/5/1944, J. A., 1944-II, p. 570; ARGAÑARAZ, en SALVAT, t. 1, nº 365, nota 76 a; MACHADO, t. 6, nota al art. 2441, p. 359.

(nota 42) MACHADO, t. 6, nota al art. 2441, p. 360.

(nota 43) De acuerdo: SALVAT, t. 1, nº 364.

1111/10530

CAPÍTULO V - PROTECCIÓN DE LA POSESIÓN

1111/10540

§ 1. Defensa extrajudicial de la posesión

1111/185

185. PRINCIPIO.— Quien ve atacada su posesión, tiene derecho a repeler la agresión de hecho con una fuerza proporcionada. El principio está sentado en el art. 2470 Ver Texto que dice: El hecho de la posesión da el derecho a protegerse en la posesión propia y repulsar la fuerza con el empleo de una fuerza suficiente, en los casos en que los auxilios de la justicia llegarían demasiado tarde; y el que fuese desposeído, podrá recobrarla de propia autoridad sin intervalo del tiempo, con tal que no exceda los límites de la propia defensa.

Esta regla no es sino una expresión del principio de la legítima defensa. Del mismo modo que una persona atacada en su integridad física tiene derecho a defenderse con todos los recursos de hecho que sean proporcionados al ataque, también puede hacer lo propio si es atacada su posesión. Lo contrario significaría legitimar —aunque no fuera más que transitoriamente— el uso por la fuerza del usurpador, pues mientras el atacado tendría que someterse dócilmente al uso de la injusta fuerza, apelando sólo al recurso generalmente lento de la actuación judicial, el atacante mientras la justicia llega, estaría gozando de la cosa que ha usurpado.

1111/186

186.— Vemos ahora cuáles son las condiciones del ejercicio de este derecho:

a) Ante todo, basta el hecho de la posesión. Es decir, se protege el hecho mismo de la posesión, sin consideración a su naturaleza o carácter. Puede tratarse de la mera tenencia o aun ser viciosa. De lo que se trata es de que una persona tiene en su poder o tenencia un bien; si otra pretende mejores derechos a la propiedad, posesión o tenencia, debe hacerlos valer por vía judicial, pues lo contrario sería autorizar a que los hombres se hicieran justicia por su propia mano.

b) En segundo lugar, es necesario que las circunstancias sean tales que los auxilios de la justicia llegarían demasiado tarde. Al hablar de justicia, la ley entiende referirse a los órganos públicos competentes para la protección de los derechos, inclusive los policiales. Y desde luego, ante la amenaza de un ataque o ante un ataque ya perpetrado, lo razonable y pertinente es acudir a los órganos policiales, porque de lo contrario es casi seguro que el auxilio llegaría después que el despojo se ha consumado.

Y, claro está, nunca o casi nunca la policía llegaría con la inmediatez necesaria si ya antes y simultáneamente con el ataque, la propia víctima no ha opuesto la resistencia necesaria.

c) Debe oponerse a la fuerza, un fuerza suficiente, es decir una que sea idónea para repeler la agresión. Pero sin exceso. La idea de que la fuerza a emplear no debe ser excesiva está mejor expresada en la última parte del art. 2470 Ver Texto , en el que se dice que no debe excederse los límites de la propia defensa. Así, por ejemplo, si el que pretende apoderarse de la cosa poseída por otro, es un hombre de débil contextura que se presenta desarmado, sería excesivo e ilícito, repeler la agresión a balazos.

La apreciación de si el medio empleado es suficiente y no excesivo, queda librada al prudente arbitrio judicial.

d) La ley no sólo autoriza a defender la posesión atacada, sino también a recuperarla, siempre que sea sin intervalo de tiempo. Y es que entre la defensa de la posesión propiamente dicha y la recuperación de ella sin intervalo de tiempo, la diferencia es tan sutil, que muchas veces será imposible trazar una línea divisoria entre una y otra situación. La distinción es más conceptual que práctica.

Pero si el despojo se hubiera completado, por breve que fuera el intervalo de tiempo entre la desposesión y el intento de recuperación, el uso de la fuerza privada está vedado. La posesión aun violenta, está protegida en el sentido de que el despojo no puede usar las vías

de hecho y tiene necesariamente que recurrir a la Justicia para hacer valer sus derechos.

1111/10550

§ 2. De las acciones posesorias en general (ver nota 1)

1111/10560

A.— ACCIONES POSESORIAS E INTERDICTOS: SU RELACIÓN

1111/187

187. EL PROBLEMA EN EL CÓDIGO CIVIL.— Una de las clásicas controversias en nuestra vieja doctrina, era la relativa a la identidad o dualidad de las acciones en interdictos posesorios. Prestigiosos maestros sostuvieron que en realidad, los interdictos no eran sino la reglamentación procesal de las acciones posesorias legisladas en el Código Civil (ver nota 2). Pero a despecho de todos los argumentos invocados en apoyo de ese punto de vista y de la autoridad de quienes lo sostenían, en la jurisprudencia terminó por predominar definitivamente el criterio de que acciones posesorias e interdictos eran remedios distintos; las primeras exigían la anualidad y la ausencia de vicios (art. 2473 Ver Texto , C. Civil), en tanto que los segundos protegían la posesión actual, aun viciosa (ver nota 3).

Siendo así, no es de extrañar que las acciones posesorias propiamente dichas, fueran cayendo poco a poco en desuso. Aun cuando se contara con el requisito de la anualidad, aun cuando la posesión estuviera exenta de vicios, era más cómodo y práctico el interdicto, que no obligaba a probar esos extremos y con el cual se obtenía el mismo resultado. Si se recorren los repertorios de jurisprudencia, fácil será advertir el reducidísimo número de casos de acciones posesorias propiamente dichas, al lado de una nutridísima casuística de interdictos y de acciones de despojo (acción ésta que tampoco exigía probar la anualidad ni la falta de vicios, art. 2490 Ver Texto , antigua redacción).

Pero cualquiera fuera su utilidad práctica, las acciones posesorias mantenían una caracterización jurídica perfectamente diferenciada de los interdictos. Más aún, la jurisprudencia había declarado que luego del interdicto, era posible intentar la acción posesoria (ver nota 4), independientemente, por cierto, de la petitoria.

Veamos ahora el impacto que sobre ese sistema han tenido el nuevo Código Procesal y la ley 17711 .

1111/188

188.— El Código Procesal comenzó por poner orden en aquella vieja controversia. Legisló por separado sobre interdictos (arts. 603 Ver Texto a 622) y acciones posesorias (art. 623 Ver Texto) disponiendo que los primeros tramiten por juicio sumarísimo y los segundos por propio sumario. Con esto, la tesis de que los interdictos no eran otra cosa que la regulación procesal de las acciones posesorias quedó definitivamente ajusticiada.

El art. 623 Ver Texto contiene una disposición de gran interés práctico: deducida la acción posesoria o el interdicto, posteriormente sólo podrá promoverse acción real. Ya no será posible, como algunos fallos lo habían admitido, deducir primero el interdicto, luego la acción posesoria, más tarde la reivindicatoria. Se ha querido, con loable criterio práctico, concluir con una acumulación innecesaria de juicios. Conforme con el Código Procesal, quien vea atacada su posesión o su tenencia, deberá elegir entre el interdicto o la acción posesoria. Si la vía elegida fracasa, sólo podrá intentar el petitorio.

Esto sentado, es evidente que el papel de las acciones posesorias propiamente dichas (excluimos la de despojo, que casi se identifica con los interdictos) será necesariamente muy modesto. ¿Quién recurrirá a ellas si puede valerse de un procedimiento más simple, más rápido y que exige la demostración de menos recaudos que la acción posesoria? Claro está que puede decirse que el proceso sumario ofrece mayores garantías y mejoras posibilidades de probar el derecho invocado que el sumarísimo; pero como lo que hay que probar en el interdicto es tan simple (la simple tenencia y su turbación o despojo) no es casi concebible que se utilice una vía más complicada y larga.

En otras palabras: la sanción del Código Procesal acentuó la agonía de las acciones posesorias. Y si no las suprimió fue simplemente porque estando legisladas ellas en el Código Civil, la legislación de forma no podía hacerlo.

1111/189

189. EL PROBLEMA EN LA REFORMA DE 1968. — Veamos ahora las consecuencias que sobre todo este problema tuvo la reforma introducida por la ley 17711 .

Ante todo es necesario pasar una ligera revista sobre los textos originarios del Código. Disponía el art. 2469 Ver Texto que cualquiera sea la naturaleza de la posesión, nadie puede turbarla arbitrariamente. Sin embargo, en los arts. 2473 Ver Texto y siguientes el Código no se satisface con la mera posesión cualquiera fuera su naturaleza, sino que exige de modo expreso para hacer viables las acciones posesorias, que aquélla sea anual y no viciosa. La única manera lógica de conciliar estas disposiciones es admitir que el art. 2469 Ver Texto tiene su campo de aplicación específica en la defensa extrajudicial de la posesión a que alude el artículo siguiente; en tanto que los arts. 2473 Ver Texto y siguientes se refieren al ejercicio de las acciones (ver nota 5).

Hasta ahí el sistema de VÉLEZ parece claro. Pero luego viene el art. 2490 Ver Texto a introducir dudas. Dice que corresponde la acción de despojo a todo poseedor despojado y sus herederos, de la posesión de inmuebles, aunque su posesión sea viciosa, sin obligación de producir título alguno contra el despojante, sus herederos y cómplices, aunque sea el dueño del inmueble. Los interrogantes surgen de inmediato. ¿No era que se requería una posesión anual y no viciosa, para ejercer las acciones posesorias? ¿Qué sentido tiene reconocer una acción de restituir o recobrar la posesión (art. 2487 Ver Texto), que exige posesión anual y no viciosa, si al propio tiempo se concede una acción que tiene exactamente el mismo objeto (art. 2490 Ver Texto) y se concede a todo poseedor aun vicioso y no anual?

Este sistema confuso tiene origen en las diversas fuentes de que se sirvió VÉLEZ. Así, en la nota al art. 2470 Ver Texto , el codificador hace suyo un párrafo de SAVIGNY en el que éste sostiene que la protección de la posesión no tiene su origen en la presunción de propiedad: y poco más adelante, en apoyo de la solución del art. 2473 Ver Texto que exige el requisito de la anualidad y la falta de vicios cita a TROPLONG, quien dice que la ley ve un cierto número de hechos de goce públicos, no interrumpidos y pacíficos, ella los ve continuar durante un año; “y de esos actos reiterados y patentes, deduce que el que los ejerce es propietario. Asimilado el poseedor anual al propietario, quiere que no sea turbado hasta que se pruebe que el poseedor no es propietario” (nota al art. 2473 Ver Texto).

En medio de esta maraña de textos contradictorios, la jurisprudencia no tardó mucho en orientarse firmemente hacia las soluciones que mejor consultaban los intereses de la seguridad jurídica. La acción de despojo se concedió no ya sólo al poseedor propiamente dicho, sino también al simple tenedor, y no se exigió ni el requisito de la anualidad ni de la falta de vicios. Con lo cual, la acción de recobrar la posesión del art. 2487 Ver Texto quedó muerta.

Veamos ahora la Reforma de 1968.

El art. 2469 Ver Texto , que ya hemos transcritto en su texto originario, fue reemplazado por el siguiente: La posesión, cualquiera sea su naturaleza, y la tenencia, no pueden ser

turbadas arbitrariamente. Si ello ocurriere, el afectado tendrá acción judicial para ser mantenido en ellas, la que tramitará sumariamente en la forma que determinen las leyes procesales. Las diferencias son palmarias: no sólo se protege la posesión sino también la tenencia; y, muy importante, ya no se puede sostener que el art. 2469 Ver Texto estaba dirigido exclusivamente al derecho de repulsar por la fuerza el intento de terceros de turbar la posesión, sino que alude expresamente al derecho de intentar acciones posesorias.

A su vez, el art. 2490 Ver Texto fue reemplazado por el siguiente: Corresponde la acción de despojo a todo poseedor o tenedor, aun vicioso, sin obligación de producir título alguno contra el despojante, sucesores y cómplices, aunque fuere dueño del bien. Exceptúase de esta disposición a quien es tenedor en interés ajeno o en razón de una relación de dependencia, hospedaje u hospitalidad. Nuevamente vemos aparecer en el texto reformado al tenedor, con lo cual la ley 17711 no hizo sino consagrar una solución jurisprudencial unánime.

1111/190

190.— No obstante prescindir del requisito de la anualidad en los arts. 2469 Ver Texto y 2490 Ver Texto , la Reforma de 1968 no derogó las normas que requieren la posesión anual y no viciosa como fundamento de las acciones posesorias. Cabe preguntarse si estas normas se mantienen en vigencia. Por nuestra parte, no dudamos que ellas han quedado tácitamente derogadas por la ley 17711 .

Nos hacemos cargo de las objeciones a que esta opinión se presta:

a) Los textos no derogados por la ley 17711 subsisten a menos que exista una contradicción palmaria e insanable entre los textos nuevos y los viejos.

b) En el fondo, la ley 17711 no ha hecho otra cosa que consagrar legislativamente lo que era una jurisprudencia constante. Y hasta el momento de la Reforma, a nadie se le ocurrió sostener que el requisito de la anualidad y falta de vicios exigidos por los arts. 2473 Ver Texto y siguientes no tuviera plena vigencia.

c) En caso de contradicción aparente entre dos textos vigentes, el intérprete debe esforzarse en conciliarlos. En nuestro caso, esa conciliación sería posible manteniendo la regla de la anualidad y falta de vicios como regla general para las acciones posesorias, con la excepción de la acción de despojo que protege la posesión o tenencia simplemente actual, aún viciosa.

Estamos de acuerdo en que sólo una contradicción irreductible entre los textos de la ley 17711 y los textos no suprimidos del Código, permite tener a estos por derogados. También lo estamos en que al modificar estos textos, la ley 17711 ha hecho poco más que consagrar soluciones jurisprudenciales. Pero ese poco más es importante. Hemos dicho ya que en el espíritu del Código, el art. 2469 Ver Texto se refería exclusivamente al derecho de oponer la fuerza al uso de la fuerza; ahora está claro que se refiere también a las acciones posesorias. Y las concede a todo poseedor o tenedor, cualquiera sea su naturaleza. No se exige la anualidad ni la falta de vicios. Se alude expresamente a las acciones posesorias. ¿Cómo sostener entonces que no están derogados los requisitos de la anualidad y falta de vicios con requisitos sine qua non de las acciones posesorias?

Pero demos un paso más. Supongamos que con la preocupación de respetar los textos no derogados expresamente, admitamos la existencia de las siguientes acciones: a) las posesorias propiamente dichas, que exigirían la anualidad y falta de vicios; b) la de despojo, que protege la posesión actual aún viciosa; c) los interdictos.

Aun admitiendo esta interpretación debemos aceptar que las acciones posesorias propiamente dichas si no derogadas, están muertas. ¿Quién sería tan irrazonable de intentar una acción de recobrar la posesión si tiene a su disposición la de despojo? ¿Quién intentaría las acciones de manutención o de obra nueva si tiene a su disposición los interdictos de retener y de obra nueva?

Se ha producido así un hecho curioso. Mientras algunos autores y fallos (ver nota 6) sostenían una doctrina monista de las acciones y los interdictos, fundados en la absorción de estos por aquéllas, de los nuevos textos legales y de la jurisprudencia interpretativa ha surgido un nuevo monismo, pero de signo contrario: las acciones posesorias han quedado absorbidas por los interdictos (admitiendo, como es evidente, que la acción de despojo tiene todas las características de un interdicto y no de una acción posesoria propiamente dicha).

Es una consecuencia feliz. El verdadero fundamento de los remedios posesorios es la necesidad de evitar que nadie se haga justicia por su propia mano. Si alguien tiene la posesión o la tenencia de una cosa, no es posible que se admita que otra persona pueda despojarlo o turbarlo prevaliéndose de su fuerza. Quien pretende derechos a esa cosa, debe recurrir a la justicia. De ahí que se proteja la simple tenencia. En suma, se trata de la paz social, de la seguridad, del buen orden de las relaciones jurídicas. Una vez más, la buena senda fue señalada por la jurisprudencia que ante textos contradictorios y aun adversos, impuso la solución más práctica y útil.

1111/191

191.— De lo dicho hasta aquí parecería desprenderse la inutilidad de todo ulterior estudio

sobre las acciones posesorias, desde que ellas han quedado absorbidas por los interdictos. Pero no es así, porque el Código contiene disposiciones que son aplicables genéricamente a cualquiera de las vías judiciales de protección de la posesión, porque la acción de despojo mantiene toda su vigencia y actualidad y, finalmente, porque es necesario analizar las disposiciones que el Código dedica a las acciones posesorias para establecer cuáles mantienen su vigencia y cuáles han quedado derogadas como consecuencia de la ley 17711

1111/10570

B.— FUNDAMENTO DE LA PROTECCIÓN POSESORIA

1111/192

192. EL PROBLEMA.— Uno de los temas más discutidos en torno a la posesión, es el fundamento de las acciones e interdictos posesorios (ver nota 7). De las múltiples teorías sostenidas por los autores, cabe destacar dos, que son las que concitan la mayor parte de las opiniones:

a) Para algunos, las acciones posesorias se brindan como un medio indirecto, si se quiere, pero muy eficaz, de defensa de la propiedad. Es verdad que a veces las acciones posesorias se vuelven contra el dueño (como ocurre en el caso de que el dueño turbe la posesión detentada por un tercero o lo despoje), pero esto viene a ser algo así como una consecuencia no querida por la ley. Lo cierto es que generalmente la propiedad coincide con la posesión, de donde resulta que el propietario tendrá a su disposición un medio rápido y eficaz de defender sus derechos, sin necesidad de recurrir al petitorio.

Esta teoría no resulta convincente. Si las acciones posesorias pueden hacerse valer contra el dueño, no se ve cómo puede sostenerse que ellas tienen por objeto protegerlo. Tampoco es exacto que la defensa del poseedor o tenedor contra el dueño sea excepcional; en la práctica se da con bastante frecuencia.

b) Para una opinión que hoy puede considerarse predominante, el fundamento de las acciones posesorias no es otro que una razón de orden público o, si se quiere, policial. De lo que se trata es de evitar que las personas se hagan justicia por su propia mano; de impedir que se perturbe o prive al poseedor o tenedor del goce y posesión de la cosa por las vías de hecho. En suma, se trata de proteger el orden y la seguridad jurídica.

Por nuestra parte pensamos que además de este fundamento de orden público, hay otros que justifican la protección posesoria: a veces, brinda al propietario una acción rápida y eficaz contra el agresor de su derecho; otras, protege a quien como simple poseedor o tenedor ha tenido una conducta socialmente valiosa (cultura de la tierra, conservación de la casa, etc.). En suma, el fundamento de la protección posesoria no es único, sino múltiple (véase nº 30).

1111/10580

C.— NATURALEZA JURÍDICA

1111/193

193. ¿SON ACCIONES REALES O PERSONALES?— Esta es una vieja cuestión derivada de la imprecisión de los conceptos de acciones reales y personales (véase nº 1477).

La calificación como personal parece deducirse indubitadamente de los textos legales. El art. 2757 Ver Texto enumera las acciones reales, callando las posesorias; el art. 2482 Ver Texto dispone que el que tuviere derecho de poseer y fuere turbado o despojado en su posesión, puede intentar la acción real que le competa o servirse de las acciones posesorias. En sentido coincidente, el art. 623 Ver Texto , C. Procesal, establece que deducida la acción posesoria o el interdicto, posteriormente sólo podrá promoverse acción real. Implícitamente, estos textos niegan el carácter de real a las acciones posesorias e interdictos.

Sin embargo, es indudable que las acciones posesorias reúnen de modo inequívoco todas las notas que tipifican la acción real (véase nº 1477). Veamos: 1) se dan en protección de un derecho real, la posesión; 2) su objeto es mantener al poseedor en el goce de su derecho y no de extinguir el derecho por el ejercicio de la acción; 3) se dan no contra determinada persona, el deudor, sino contra cualquiera que turba el derecho y cuantas veces éste sea turbado; 4) se dan no sólo contra el despojante sino también contra sus sucesores a título particular (art. 2490 Ver Texto , ref. por ley 17711), es decir, confieren el jus persecuendi; 5) finalmente, tramitan ante el juez del lugar en que está situado el inmueble (art. 5 Ver Texto , inc. 1º, C. Procesal), es decir, se le aplican las reglas de competencia de las acciones reales.

Es necesario admitir, por lo tanto, que nos encontramos en presencia de típicas acciones reales (ver nota 8). De no ser así, el concepto de acción real queda totalmente desdibujado y, lo que es más grave, sin contenido normativo. ¿Qué sentido tiene decir que se trata de acciones personales, si se le aplica el régimen de las acciones reales? Los conceptos

jurídicos tienen significado sólo en cuanto se les pueda imputar ciertas consecuencias jurídicas. Y si a las acciones posesorias se les imputa el régimen jurídico de las acciones reales, son acciones reales. Sin embargo, debe hacerse la excepción de la acción de despojo, que parece encuadrar mejor dentro del concepto de acción personal (véase nº 232).

1111/194

194. OBJETO.— Dispone el art. 2487 Ver Texto que las acciones posesorias tienen por objeto obtener la restitución o manutención de la cosa. Es, por consiguiente, ajena a ellas toda otra acción, tal como podría ser la de daños y perjuicios derivados de la desposesión o la turbación de la posesión.

1111/195

195. COSAS CUYA POSESIÓN DA LUGAR A ESTAS ACCIONES.— En el sistema del Código Civil solamente la posesión de cosas inmuebles daba lugar a las acciones posesorias (arts. 2487 Ver Texto y 2488).

VÉLEZ SANSFIELD había excluido las acciones posesorias respecto de los muebles con el inconveniente argumento de que en relación con ellos la posesión vale título, de tal modo que siempre será necesario entablar la acción de dominio (nota al art. 2488 Ver Texto). El codificador omitió considerar que las cosas muebles pueden detentarse sin animus domini y que aun teniéndolo respecto de las cosas robadas o perdidas, no hay porqué obligar al dueño a seguir un largo pleito de reivindicación cuando puede tener a su disposición la vía más expeditiva y suficiente de las acciones posesorias.

Por ello el nuevo art. 2488 Ver Texto (ref. por ley 17711) dispone expresamente que las cosas muebles pueden ser objeto de acciones posesorias, haciendo la salvedad de que ellas no corresponden contra el sucesor particular poseedor de buena fe de cosas que no sean robadas o perdidas. Es natural que así sea, porque el sucesor particular poseedor de buena fe y a título oneroso de cosas que no son robadas ni perdidas, es propietario conforme con la regla liminar del art. 2412 Ver Texto y puede rechazar cualquier acción no ya solamente posesoria sino también reivindicatoria.

Agreguemos que casi todos los códigos modernos conceden las acciones posesorias también en defensa de los bienes muebles (Código Civil alemán, arts. 861 y 1271 y sig.; suizo, art. 929; italiano, arts. 1168 y sig.; portugués, arts. 1275 y sig.; brasileño, arts. 499 y sig.; mexicano, art. 803). Era también la solución propiciada por nuestros proyectos de reformas (Anteproyecto de BIBILONI, arts. 2335 y sig.; Proyecto de 1936, arts. 1430 y sig.; Anteproyecto de 1954, arts. 1460 y sig.).

196. QUIÉNES PUEDEN ENTABLARLAS: SUPRESIÓN DE LOS REQUISITOS DE ANUALIDAD Y FALTA DE VICIOS.— El art. 2469 Ver Texto (ref. por ley 17711) dispone que la posesión, cualquiera sea su naturaleza, y la tenencia, no pueden ser turbadas arbitrariamente. Si ello ocurriere el afectado tendrá acción judicial para ser mantenido en ellas, la que tramitará sumariamente en la forma que determinen las leyes procesales.

Esta disposición, al decir cualquiera sea su naturaleza, alude claramente a la posesión aun viciosa; además y de manera expresa, se conceden las acciones al simple tenedor. Está claro, pues, que los requisitos de anualidad y falta de vicios exigidos en los artículos 2473 Ver Texto y siguientes han quedado tácitamente derogados por la reforma introducida por la ley 17711 al art. 2469 Ver Texto . Igualmente clara es la derogación tácita del art. 2480 Ver Texto según el cual sólo la posesión a título de propietario daba acciones posesorias. Esta interpretación se reafirma por al nueva redacción dada al art. 2490 Ver Texto sobre acción de despojo, a la cual aludiremos más adelante.

Cabe señalar, sin embargo, que la reforma es menos trascendente de lo que parece ser. Ya en el sistema del código los requisitos de la anualidad y falta de vicios tenían un campo de aplicación extraordinariamente reducido. El poseedor aún vicioso tenía acción de despojo (art. 2490 Ver Texto , redacción originaria); además, la posesión no tenía necesidad de ser anual cuando era turbada por el que no es un poseedor anual ni tiene sobre la cosa ningún derecho de posesión (art. 2477 Ver Texto); finalmente, los interdictos protegían la posesión actual, no anual, de donde resultaba que estos requisitos de la anualidad y falta de vicio no eran un obstáculo para que el poseedor no anual y vicioso pudiese defenderse contra los ataques de terceros a su posesión.

Como consecuencia de la reforma del art. 2469 Ver Texto han quedado tácitamente derogados el art. 2473 Ver Texto , que establece el requisito de la anualidad y falta de vicios; el 2474 Ver Texto , 2475 y 2476 que establecen la forma como pueden unirse las posesiones de dos poseedores sucesivos; el art. 2477 Ver Texto , que liberaba del requisito de la anualidad, cuando la turbación provenía de quien no era poseedor anual; el art. 2478 Ver Texto , que privaba de acciones posesorias a quien había adquirido la posesión con violencia; el art. 2480 Ver Texto , que sólo concedía las acciones posesorias a quien poseyera a título de propietario; y, finalmente, el art. 2481 Ver Texto que establecía que la posesión anual para dar derecho a las acciones posesorias debía ser continua y no interrumpida.

Advertimos que ninguna de estas disposiciones ha sido derogada expresamente por la ley 17711 ; pero es obvia su derogación tácita por resultar incompatible con el nuevo art. 2469

Ver Texto que expresamente confiere las acciones posesorias a todo poseedor o tenedor, cualquiera sea la naturaleza del derecho que ostentare.

1111/197

197.— Hemos dicho ya que las acciones corresponden a todo poseedor o tenedor; en consecuencia, gozan de ellas los copropietarios sin necesidad del concurso de los otros copropietarios (art. 2489 Ver Texto); el usufructuario (art. 2876 Ver Texto); el usuario y el titular del derecho de habitación (art. 2950 Ver Texto); el acreedor anticresista (art. 3239 Ver Texto) y el prendario (art. 3205 Ver Texto); el titular de heredades dominantes (art. 3030 Ver Texto); el titular del derecho de retención (art. 3944 Ver Texto). Como después de la reforma del art. 2469 Ver Texto , las acciones posesorias corresponden a todo poseedor, aun vicioso, y a todo tenedor, es aplicable a todas estas acciones la jurisprudencia elaborada en torno a la acción de despojo. Puesto que el despojado no está obligado a producir título alguno contra el despojante, aunque sea dueño del inmueble, cualquier tenedor puede ejercer las acciones posesorias, sea que su tenencia deriva de una situación de hecho, o de un contrato, como, por ejemplo, el locatario (ver nota 9), el comodatario (ver nota 10), el depositario; el contrato de garage ha dado lugar a jurisprudencia contradictoria, pues mientras algunos fallos se inclinan por negarle al dueño del automóvil una acción posesoria contra el garagista (ver nota 11), otros, por el contrario, le han reconocidos dichas acciones aun en el caso en que el automóvil no tenga una ubicación fija en el garage (ver nota 12); se ha declarado, asimismo, que es viable el interdicto de recobrar deducido contra el socio gerente de una sociedad industrial a quien otro socio y gerente impide mediante clausura el acceso al local donde aquélla desarrolla sus actividades (ver nota 13).

1111/198

198.— En cambio carecen de acciones posesorias los llamados sirvientes de la posesión; el art. 2490 Ver Texto en su actual redacción excluye expresamente de la titularidad de estas acciones a quien es tenedor en interés ajeno o en razón de una relación de dependencia, hospedaje u hospitalidad. Esta solución prevista para la acción de despojo es obviamente extensible a cualquier otra acción o interdicto posesorio. De lo que se trata es de negar las acciones posesorias a los servidores de la posesión. Ésta es una solución que consulta graves razones de interés práctico. Suele ocurrir que el encargado de una casa de rentas, la sirvienta de una familia, una vez despedidos, se niegan a abandonar la habitación que se les cedió en razón del servicio que prestaban. Si el empleador (sea propietario, inquilino, usufructuario, etc.) consigue sacarlos de la habitación y luego impide su entrada, está en su derecho: el dependiente o huésped carece de acciones posesorias (ver nota 14). Esta norma reconoce su fuente directa en el art. 1168 del Código Civil italiano según el cual la acción se reconoce al detentador de la cosa, “salvo el caso de que la tenga por razones de servicio u hospitalidad”. Y concuerda con la jurisprudencia anterior a la reforma que había decidido que quien habitaba una dependencia del inmueble y al prescindir de sus servicios se niega a entregarla, comete delito de usurpación (ver nota 15).

En cuanto al constructor, le corresponden las acciones posesorias en ejercicio de su derecho de retención (art. 3944 Ver Texto); pero el constructor de la obra no puede deducir el interdicto de despojo cuando no tiene a su cargo la totalidad de ella, sino que su trabajo se desarrolla paralelamente al de otros contratistas (ver nota 16). Tampoco se le ha reconocido tal derecho cuando las obras son simples ampliaciones que no han requerido la tenencia exclusiva de la totalidad del inmueble (ver nota 17), aunque sería procedente si se acreditara la realización de tales ampliaciones en una parte independiente de la finca, sobre la cual se ha tenido la tenencia exclusiva (ver nota 18).

También se ha declarado el derecho de interponer acciones posesorias al inquilino que desde hace quince años ocupaba una habitación en un hotel, de la que fue privado contra su voluntad sustituyéndosela por otra (ver nota 19).

1111/199

199. CONTRA QUIÉN SE DA LA ACCIÓN.— Las acciones posesorias se dan contra toda persona que turbare o despojare de su posesión al accionante. Con relación a la acción de despojo, el art. 2490 Ver Texto dice que la acción corresponde contra el despojante, sus sucesores y cómplices, aunque fuera dueño del bien. En relación a los sucesores, el artículo siguiente agrega que el desposeído tendrá acción para exigir el reintegro contra el autor de la desposesión y sus sucesores universales y contra los sucesores particulares de mala fe. Lo que significa que el sucesor particular de buena fe, sea a título oneroso o gratuito, no puede ser demandado.

Aunque estas normas se refieren concretamente a la acción de despojo, es evidente que deben aplicarse a todas las acciones posesorias. Estas normas no confieren propiamente una acción reipersecutoria, desde que los sucesores particulares de buena fe están protegidos contra ellas. Es la mala fe del sucesor particular lo que permite que se accione contra él; la ley confiere acción a todos los que han sido cómplices en el despojo, sea por haber facilitado el hecho mismo, sea porque por maniobras posteriores se pretende dificultar la acción del despojado para recuperar la posesión.

Sin embargo, hay verdaderos efectos reipersecutorios en los siguientes casos: que se trate de los sucesores universales de un poseedor de mala fe y que se trate de un poseedor de buena fe (y sus sucesores universales) de cosas robadas o perdidas (art. 2488 Ver Texto y 2490 Ver Texto).

La acción de despojo puede dirigirse contra el despojante, aunque afirme actuar a nombre o en interés de terceros (ver nota 20).

1111/200

200. ¿PROCEDEN CONTRA RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS?— Los decretos y resoluciones administrativas, en tanto no importen vías de hecho que turben la posesión o lo priven de ella al poseedor, no son impugnables por vías de acciones posesorias (ver nota 21). Tampoco proceden las acciones posesorias contra las resoluciones administrativas que disponen la clausura de un negocio por falta de pago de patentes o por funcionar en contravención a las ordenanzas municipales o dictadas en ejercicio de su poder de policía en materia de higiene, moralidad y seguridad (ver nota 22). En cambio, procede contra los actos de autoridad administrativa, cuando ellos se cumplen en forma irregular, vulnerando los derechos consagrados por las leyes (ver nota 23). Así, por ejemplo, se ha declarado que procede el interdicto de recobrar contra la Municipalidad, que con la excusa de higienizar la zona realiza sobre terrenos del actor trabajos que importan una turbación efectiva de la posesión (ver nota 24); contra la autoridad que con destino a un uso público, consumó la ocupación de una propiedad privada, sin las formalidades legales, pues ello vulnera el principio de la inviolabilidad de la propiedad que consagra la Constitución Nacional (ver nota 25); contra la Municipalidad que mediante el uso de la fuerza pública y sin intervención de la justicia, toma posesión de los bienes de un concesionario de un servicio de tranvías, fundándose en que éste se negó a continuar prestándolo por haber expirado mucho tiempo antes su concesión, sin que aquélla procediera a expropiarlos o concertara otra concesión (ver nota 26); contra la provincia que, sin cumplir los requisitos legales, abrió por la fuerza un camino y lo libró al uso público no obstante la oposición de los poseedores (ver nota 27); contra la provincia que sin el juicio correspondiente y sin haber depositado judicialmente el precio en que estimaba el inmueble ha desposeído al dueño, sin que sea un óbice el derecho de expropiación derivado de leyes especiales y las razones de urgencia que invoca la demandada (ver nota 28).

1111/201

201. ¿PROCEDEN CONTRA ACTOS JUDICIALES?— Un problema muchas veces planteado es el de si los actos y sentencias judiciales que importan la turbación o despojo de la posesión pueden ser atacadas por vía de acciones posesorias o interdictos. El principio es el de que tales acciones no son viables en contra de resoluciones judiciales dictadas en juicio que haya tramitado en forma regular con audiencia del interesado (ver nota 29). En cambio, si las medidas judiciales se han adoptado sin forma de juicio o siguiendo un procedimiento irregular y sin audiencia del interesado, abren la procedencia de las acciones posesorias (ver nota 30).

1111/202

202. JUEZ COMPETENTE.— Para entender en las acciones posesorias e interdictos relativos a bienes inmuebles es competente el juez del lugar en que está situada la cosa; tratándose de acciones relativas a bienes muebles es competente el del lugar en donde se encuentra la cosa o el del domicilio del demandado a elección del actor; y si la acción versare sobre bienes inmuebles y muebles conjuntamente, el lugar donde estuvieran situados los inmuebles (art. 5 Ver Texto , incisos 1º y 2º, C. Procesal).

1111/203

203. PROCEDIMIENTO.— Las acciones posesorias tramitan por juicio sumario (art. 623 Ver Texto , C. Procesal) y los interdictos por vía sumarísima (arts. 607 Ver Texto , 611 Ver Texto , 615 Ver Texto y 619 Ver Texto , C. Procesal).

1111/204

204. PRUEBA DE LA POSESIÓN; CASOS DE DUDA.— La posesión es esencialmente una situación de hecho de la que surge el derecho del titular; justamente por tratarse de una situación de hecho puede probarse por cualquier medio, incluso testigos. Es necesario destacar que nada tiene que ver la prueba de la posesión en sí misma con la prueba del derecho a poseer, o sea el título; aunque en situaciones dudosas como las que veremos en seguida, el título recobra importancia en lo que se refiere a la prueba de la posesión misma.

Precisamente refiriéndose al supuesto de duda, dice el artículo 2471 Ver Texto que siendo dudoso el último estado de la posesión entre el que se dice poseedor y el que pretende despojarlo o turbarlo en la posesión, se juzga que la tiene el que probare una posesión más antigua. Si no constase cuál fue la más antigua, júzgase que poseía el que tuviese derecho de poseer o mejor derecho de poseer.

Es una solución lógica. La ley supone un estado de posesión dudoso; hay dos personas que han presentado pruebas acerca de su posesión; no se puede determinar ni siquiera quién ejerció antes la posesión; en ese caso, la ley se inclina por considerar poseedor a quien tiene título para poseer o mejor derecho de poseer, es decir a quien prueba su dominio, usufructo, derecho de servidumbre, anticresis, etc. Es la buena solución, porque tiende a la consolidación de los derechos del propietario o titular de un derecho real.

Bien entendido que esta prueba del derecho a poseer sólo tiene importancia en caso de verdadera duda; el art. 2472 Ver Texto lo dice muy claramente; fuera del caso del artículo anterior, la posesión nada tiene de común con el derecho de poseer y será inútil la prueba en las acciones posesorias del derecho de poseer por parte del demandante o demandado.

En otras palabras, una cosa es la posesión en sí misma y otra el derecho a poseer; de lo que se trata en las acciones posesorias y los interdictos es de la posesión en sí misma; el derecho a poseer es materia del petitorio que constituye un problema independiente como hemos de verlo a continuación.

1111/205

205. PRESCRIPCIÓN.— Las acciones posesorias prescriben el año contado desde la turbación o desposesión (arts. 2493 Ver Texto y 4038 Ver Texto).Este plazo es desde luego aplicable a los interdictos que son también acciones posesorias en sentido lato (ver nota 31).

El término, sin embargo, no empieza a correr si los actos de turbación o despojo no son públicos (ver nota 32). Claro está que aun los actos clandestinos o no públicos hacen correr el término si se prueba que el poseedor turbado o despojado tuvo conocimiento de ellos.

1111/206

206. RELACIÓN ENTRE LOS INTERDICTOS, LAS ACCIONES POSESORIAS Y LA PETITORIA.— Antes de las reformas introducidas por la ley 17711 al Código Civil y de dictado el nuevo Código Procesal para la Justicia Nacional, se concebían tres grados de defensa de la posesión; primero los interdictos, luego las acciones posesorias, finalmente la acción reivindicatoria. De tal manera que intentado y resuelto el interdicto podían luego instaurarse las acciones posesorias (ver nota 33) y todavía después era posible intentar el petitorio.

Este sistema tenía el inconveniente de generar la posibilidad de tres litigios en torno a una misma posesión; el nuevo Código Procesal estableció que deducida la acción posesoria o el interdicto, posteriormente sólo podrá promoverse acción real (art. 623 Ver Texto). Vale decir, no se conciben ya estas tres etapas sino solamente dos: los interdictos o las acciones posesorias y la petitoria.

1111/207

207.— En lo que hace a la relación entre las acciones posesorias (incluidos los interdictos) y la acción reivindicatoria, el art. 2482 Ver Texto dice: el que tuviere derecho de poseer y fuere turbado o despojado en su posesión, puede intentar la acción real que le compete o servirse de las acciones posesorias; pero no podrá acumular el petitorio y el posesorio. Si

intentase acción real, perderá el derecho a intentar las acciones posesorias, pero si usase de las acciones posesorias podrá usar después de la acción real.

La solución legal es perfectamente lógica. No se permite acumular el petitorio y el posesorio, porque teniendo el primero efecto más vastos, que incluyen la posesión, sería inútil la acumulación.

Es igualmente lógico que si se intentare previamente la acción real, se pierda luego el derecho a intentar las acciones posesorias desde que, ya se ha dicho, éstas están comprendidas en aquéllas. En cambio, si se usase de las acciones posesorias, podrá después usarse de la acción real. Esto es así porque las acciones posesorias y los interdictos son remedios sumarios que permiten resolver rápidamente el conflicto originado en la turbación o desposesión. Por ello se reconoce al dueño el derecho de intentar esta vía sumaria, independientemente de la prueba de su derecho de propiedad. Pero puede ocurrir que la acción sumaria le sea desfavorable, lo que no lo priva de ejercer la acción petitoria pues una cosa es la posesión y otra el derecho de poseer (art. 2472 Ver Texto).

Cuando el propietario opta por seguir la vía sumaria de las acciones posesorias, no podrá intentar el petitorio antes de que la instancia posesoria haya terminado (art. 2484 Ver Texto). Ésta es una regla que hace al mero ordenamiento del proceso y que, por consiguiente, era más propia de un Código Procesal que del Código Civil.

1111/208

208.— De conformidad con los principios antes señalados, el fallo recaído en las acciones posesorias no hace cosa juzgada sobre el petitorio; ello no impide, sin embargo, que el juez del petitorio pueda y deba tener en cuenta las conclusiones del primero en cuanto a hechos y situaciones jurídicas propias de la posesión (ver nota 34).

1111/209

209.— En sentido concordante con el art. 2482 Ver Texto , el art. 2485 Ver Texto dice que el demandante en el juicio petitorio no puede usar de acciones posesorias por turbaciones en la posesión anteriores a la introducción de la demanda. Y agrega: pero el demandado puede usar de acciones por perturbaciones en la posesión anteriores a la demanda (art. 2485 Ver Texto , in fine). La disposición es lógica, porque la circunstancia de haber sido demandado por acciones petitorias no le puede privar a quien fuere turbado o desposeído del derecho de utilizar los remedios sumarios que la ley le concede.

En otras palabras: si bien la iniciación del juicio petitorio importa para el actor la renuncia a las acciones posesorias, la circunstancia de contestar la demanda no lo priva al demandado de intentar a su vez las acciones posesorias en virtud de turbaciones anteriores o posteriores a la fecha de la traba de la litis.

1111/210

210.— Finalmente, el Código contiene en esta materia algunas reglas de naturaleza puramente procesal. Así, el art. 2483 Ver Texto establece que el juez del petitorio puede sin embargo y sin acumular el petitorio y posesorio tomar en el curso de la instancia, medidas provisorias relativas a la guardia y conservación de la cosa litigiosa; disposición evidentemente sobreabundante e inútil por referirse a las medidas precautorias que son propias de cualquier juicio. El art. 2484 Ver Texto establece que iniciado el juicio posesorio, el petitorio no puede tener lugar antes que la instancia posesoria haya terminado; y el art. 2486 Ver Texto dispone que el demandado vencido en el posesorio no puede comenzar el juicio petitorio sino después de haber satisfecho plenamente las condenaciones pronunciadas contra él.

(nota 1) Bibliografía: Además de la indicada en nota 11, véase: ALSINA ATIENA, Acciones posesorias, Buenos Aires, 1945; FLEITAS, Acciones posesorias e interdictos, Buenos Aires; VALDÉS, Sistemas de protección posesoria en el Código Civil. Boletín del Instituto de Derecho Civil de Córdoba, año XVI. En-Dic. 1951, p. 271; FARÉ, Los interdictos del Código de Procedimientos de la Capital Federal, L. L., t. 110, p. 994; GAMBINO, Acciones posesorias, Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santa Fe, Año XIII, n° 68-69; LOIACONO, Interdictos posesorios, J. A., Reseñas, 1972, p. 401; REIMUNDÍN, Acciones posesorias e interdictos, J. A. Doctrina, 1973, p. 291.

(nota 2) En este sentido, SALVAT, t. 1, n° 403; LEGÓN, Tratado de los Derechos Reales, t. 4, p. 291 y sig.; JOFRÉ, t. 5, p. 45; IBARGUREN; Acciones posesorias, p. 67. Esta tesis fue seguida en algunos fallos: S. C. Buenos Aires, 18/8/1954, L. L., t. 76, p. 688; C. Apel. Rosario, 28/7/1942, J. A., 1942-IV, p. 56; C. Fed. Córdoba, 24/10/1956, L. L., t. 85, p. 623.

(nota 3) C. Civil Cap., Sala A, 23/3/1956, L. L., t. 84, p. 161; íd., 21/2/1958, L. L., t. 92, p. 498; Sala A, 21/2/1958, L. L., t. 92, p. 498; Sala A, 21/2/1958, L. L., t. 92, p. 498; Sala C, 13/5/1952, L. L., t. 66, p. 556; Sala D, 18/4/1958, L. L., t.93, p. 263; Sala E, 21/5/1958, L.L., t. 99, p. 763; 4722-S; Sala F, 28/4/1960, L. L., t. 99, p. 779, 4886-S; C. Apel. La Plata, 8/3/1955, J. A., 1955-II, p. 402; íd., 26/9/194, J. A. 1947-IV, p. 215; T. S. Entre Ríos, 11/5/1944, J. E. R. 1944, p. 342. La tesis está también implícita en los fallos que se citan en la nota siguiente.

(nota 4) C. 1ª Apel. La Plata, 16/5/1941, J. A., t. 74, p. 987; C. Apel. 2ª San Juan, 29/3/1962, L. L., t. 107, p. 749.

(nota 5) A este argumento, de por sí suficiente, se añade otro tomado de la fuente indicada al pie del art. 2470, el Código de Austria. El art. 339 de este Código dice: “Cualquiera sea el carácter de la posesión, nadie está autorizado a turbarla de propia autoridad. El lesionado tiene el derecho de reclamar ante la justicia la prohibición de turbar y la reparación del daño ocasionado”.

VÉLEZ reprodujo con ligeras variantes el primer párrafo, pero suprimió el segundo, lo que indica su intención de que esta norma se aplicase sólo a la defensa extrajudicial de la posesión y no a la judicial. De lo contrario, hubiera reproducido también el segundo párrafo.

Curiosamente, ALSINA ATIENZA extrae, de la consideración de esa fuente, la conclusión precisamente contraria, sosteniendo que el espíritu de la norma está expresado con mayor autenticidad en la fuente que en el Código de VÉLEZ (La acción policial innominada de manutención en la tenencia, Aequitas, n° 6, p. 41). Argumento que no compartimos, porque si nuestro codificador hubiera querido seguir íntegramente el sistema del art. 339, C. austríaco, lo hubiera reproducido todo; al suprimir el segundo apartado indicó que él no era aplicable.

Pero queremos destacar que nuestra divergencia con ALSINA ATIENZA se refiere al “espíritu” o “intención” de VÉLEZ al redactar el art. 2469 Ver Texto . Pero como, según nuestro punto de vista, la intención del legislador-hombre tiene muy poca importancia, en lo que atañe a la interpretación de la ley, frente a las consideraciones de orden práctico y económico, como pensamos que entre dos interpretaciones posibles debemos elegir sin vacilación la que mejor consulte la Justicia y los intereses en juego, no hubiéramos vacilado, antes de la Reforma, en adherir a la interpretación de ALSINA ATIENZA, que permitió alcanzar resultados valiosos. Ahora la discusión está superada por la nueva redacción dada al art. 2469 Ver Texto por la Reforma de 1968, que no sólo lleva implícita la solución de ALSINA ATIENZA, sino que la supera, ya que la nueva norma alude a todas las acciones posesorias y no sólo a la de manutención en la tenencia.

(nota 6) Véase nota 163.

(nota 7) Puede verse una muy completa reseña de todas estas teorías en SALVAT-ARGAÑARAZ, t. 1, n° 404 y s. Además, véase nuestro n° 30.

(nota 8) De acuerdo: FLEITAS, acciones posesorias e interdictos, n° 91 y 92; CASTRO, Manual de Procedimientos Civiles, t. 3, n° 281.

(nota 9) C. Civil Cap., sala D, 29/4/1959, L. L., t. 95, 2103-S; Sala B, 5/8/1953, L. L., t. 73, p. 676; J. A., 1954-I, p. 618; Sala C, 1/8/1951, L. L., t. 63, p. 545; Sala D, 30/6/1958, L. L., t. 91, p. 289 y J. A., 1958-III, p. 372; C. Apel. 1ª Rosario, 30/4/1957, J. A., 1957-IV, p.

235; C. Apel. 1ª La Plata, 27/6/1950, J. A., 1950-IV, p. 325. Está superada la jurisprudencia según la cual las acciones posesorias eran improcedentes cuando entre las partes mediaba una relación contractual: C. Civil 2ª Cap., 23/12/1949, L. L., t. 57, p. 665; C. Apel. 1ª La Plata, 14/12/1949, J. A., 1950-I, p. 515.

(nota 10) C. Civil Cap., Sala D, 16/10/1961, L. L., t. 107, p. 969, 8022-S.

(nota 11) C. Civil Cap., Sala B, 23/10/1951, L. L., t. 65, p. 90.

(nota 12) C. Apel. 2ª La Plata, 28/10/1952, L.L., t. 68, p. 728, y J. A., 1952-IV, p. 307; íd., 18/10/1960, L. L., t. 101, p. 970.

(nota 13) C. Apel. 2ª La Plata, 29/4/1958, D. J. B. A., t. 55, p. 25; en contra, C. Apel. Dolores, 17/2/1948, J. A., 1948-I, p. 600.

(nota 14) MARIANI DE VIDAL sostiene que el último apartado del art. 2490 Ver Texto es aplicable sólo en las relaciones entre un tercero y el detentador, afirma que el fundamento de esta norma es que no siendo el detentador o servidor de la posesión un verdadero poseedor es a éste a quien competen las acciones de manutención o despojo. En cambio, juzga que no es aplicable en la relación entre el principal y el dependiente o huésped, porque si el ataque proviene de aquél el detentador no tiene a quién recurrir para que se defienda lo que está atacado; porque reconocer al principal el derecho de tomar por sí la posesión, contraviene el art. 2468 Ver Texto según el cual el que tiene derecho a la posesión no puede en caso de oposición tomar la posesión de la cosa, debiendo demandarla por las vías legales y finalmente, reconocer al principal ese derecho importaría contradecir la finalidad de las acciones posesorias (MARIANI DE VIDAL, Defensa de los Servidores de la Posesión, L. L., t. 137, p. 615). No compartimos esta opinión. No estamos de acuerdo en que la norma mentada tenga el fundamento que se pretende. Su verdadero fundamento es otro. Se trata de evitar que el dependiente despedido conserve su derecho a la tenencia de la habitación, con lo cual impide que el principal pueda sustituirlo en una tarea por lo común esencial; se procura evitar los roces, incidentes y violencias inevitables en esas circunstancias y que se prolongarán durante todo el tiempo del proceso de desalojo que puede durar largos meses sino años. Es una solución de sentido común. La razón se revela ante el mantenimiento en la propia casa de un sirviente, un dependiente o un huésped despedido. No es convincente tampoco el argumento fundado en el art. 2468 Ver Texto , que evidentemente se refiere a la posesión propiamente dicha y no a la detentación que ostentan los servidores de la posesión. Ni, por último, hay contradicción con el fundamento de las acciones posesorias. Aunque MARIANI DE VIDAL no expresa cuál es ese fundamento, parece claro que alude a la necesidad de evitar que las personas se hagan justicia por su propia mano y puedan recurrir al uso de la violencia. Pero adviértase que la utilización de la violencia (prohibida, como principio, en todo Estado de Derecho) no está excluida totalmente de nuestro régimen legal; la ley la autoriza en ciertos casos extremos.

Así el art. 2470 Ver Texto permite repulsar la fuerza con empleo de una fuerza suficiente. Si bien sólo casos extremos autorizan el uso de la violencia, aquí estamos precisamente en presencia de uno de ellos.

(nota 15) C. Penal Cap., 6/8/1954, L. L., t. 76, p. 183 y J. A., 1954-IV, p. 334; íd., 13/9/1957, L. L., t. 91, p. 657; C. Crim. y Correccional, Sala VI, 24/5/1963, E. D., t. 5, p. 612 y J. A., 1963-IV, p. 472; íd. Sala V, 6/5/1962, J. A., 1963-III, p. 189; C. Crim. Tucumán, 6/11/1958, L. L., t. 95, p. 374; y concordantemente se ha resuelto que no configura delito de usurpación el despojo de una habitación cuya tenencia obedece a una locación de servicios; C. Penal Cap., 23/7/1954, J. A., 1954-III, p. 507.

(nota 16) C. Civil. Cap., Sala A, 3/4.1959, J. A., 1959-III, p. 535.

(nota 17) C. Civil 2ª Cap., 20/4/1937, L. L., t. 6, p. 300.

(nota 18) C. Civil 2ª Cap., 15/11/1937, L. L., t. 8, p. 781; C. Civil 1ª Cap., 21/12/1945, L. L., t. 41, p. 310.

(nota 19) C. Civil Cap., Sala C, 28/12/1953, L. L., t. 73, p. 530.

(nota 20) C. 1ª Apel. Tucumán, 19/10/1972, J. A., fallo nº 3422, Diario del 19/6/1973.

(nota 21) C. S. N., 14/10/1936, J. A., t. 56, p. 12; C. Fed. Cap., 2/10/1948, L. L., t. 52, p. 662; C. Fed. Cap., 4/12/1925, J. A., t. 18, p. 908.

(nota 22) C. Civil 2ª Cap., 16/3/1938, L. L., t. 9, p. 894; íd., 13/4/1931, J. A., t. 35, p. 668; íd. 6/7/1934, J. A., t. 47, p. 174; íd. 6/10/1930, J. A., t. 34, p. 449; C. Civil 1ª Cap., 11/4/1934, J. A., t. 46, p. 133.

(nota 23) C. Fed. Paraná, 25/4/1951, L. L., t. 66, p. 229 y J. A., 1952-II, p. 25.

(nota 24) C. Civil Cap., Sala B, 17/6/1957, L. L., t. 88, p. 176.

(nota 25) C. Apel. 4ª Córdoba, 3/8/1954, C. J., t. 7, p. 649.

(nota 26) C. S. N., 5/5/1946, J. A., 1946-II, p. 285.

(nota 27) C. S. N., 7/10/1946, Fallos, t. 206, p. 54 Ver Texto ; íd., 29/12/1942, Fallos, t. 194, p. 474 Ver Texto ; J. A., 1942-IV, p. 828; C. Apel. Rosario, 14/5/1948, L. L., t. 51, p. 895; C. Apel. Dolores, 24/9/1940, J. A., t. 2, p. 1002; C. Civil La Plata, 25/7/1941, L. L., t. 24, p. 170, J. A., t. 75, p. 881.

(nota 28) C. S. N., 8/9/1939, Fallos, t. 184, p. 516 Ver Texto , J.A., t. 67, p. 814; C. Fed. La Plata, 8/9/1944, L. L., t. 37, p. 247, J. A., 1944-IV, p. 509; C. Civil 2ª Cap. 7/8/1939, J. A., t. 67, p. 368. La circunstancia de que con posterioridad a la interposición del interdicto de despojo contra la provincia, ésta haya promovido el correspondiente juicio de expropiación, no obsta a la procedencia del primero si aquélla no depositó el precio en que estima el valor del inmueble ni ha obtenido posesión judicial de éste: C. S. N., 8/9/1939, Fallos, t. 184, p. 516 Ver Texto ; J. A., t. 67, p. 814.

(nota 29) C. Civil Cap., Sala A, 24/11/1959, L. L., t. 97,Fallo 4096-S; íd., 22/7/1954, L. L., t. 76, p. 545; Sala D, 23/8/1961, L. L., t. 106, p. 1001, 7937-S; Sala G, 28/5/1982, E. D., t. 100, p. 202; S. T. Santa Fe, 5/9/1949, R. S.F., t. 7, p. 196; S. C. Tucumán, 30/10/1951, L. L., t. 65, p. 482; S. T. Entre Ríos, 26/10/1942, J. E. R., 942-908; C. Apel. 2ª La Plata, 29/4/1947, L. L., t. 46, p. 549.

(nota 30) C. S. N., 25/11/1938, L. L., t. 12, p. 1020; íd. 15/5/1939, L. L., t. 14, p. 732; íd. 21/10/1942, L.L., t. 28, p. 535; c. Civil Cap., Sala G, 28/5/1982,E. D., t. 100, p. 202; C. Civil 1ª Cap., 14/10/1942, L. L., t. 29, p. 491; C. Civil 2ª Cap., 10/5/1937, L. L., t. 6, p. 587; íd. 24/9/1946, L. L., t. 44, p. 189; S. C. Catamarca, 10/8/1944, L. L., t. 37, p. 439; C. Apel. Rosario, 14/5/1939, L. L., t. 15, p. 419; C. Apel. 2ª La Plata, 29/4/1947, L. L., t. 46, p. 549; S. T. Misiones, 28/10/1968, Repertorio L. L., t. 29, p. 45, sum. 4; etc.

(nota 31) C. Civil Cap., Sala C, 19/5/1958, L. L., t. 91, p. 383.

(nota 32) C. Civil 1ª Cap., 16/10/1931, J. A., t. 36, p. 1365.

(nota 33) C. S. N. 17/8/1874, Fallos, t. 15, p. 274; íd., 17/10/1934, t. 171, p. 259; C. 1ª Apel. La Plata, 16/5/1941, J. A., t. 74, p. 987; C. Apel. 2ª San Juan, 29/3/1962, L. L., t. 107, p. 749.

(nota 34) C. S. N., 22/10/1938, J.A., t. 28, p. 540.

1111/10590

§ 3. Acción e interdicto de mantener la posesión (ver nota 1)

1111/211

211. UNIFICACIÓN DE ESTAS DEFENSAS POSESORIAS.— Hemos dicho anteriormente que la ley 17711 ha producido una práctica refundición de acciones e interdictos posesorios (ver. n° 189). En el caso concreto que ahora consideramos (acción e interdicto de mantener la posesión), esa unificación es particularmente clara. En el Código, la distinción consistía en lo siguiente: a) la acción protegía la posesión anual, el interdicto, la actual; b) la acción protegía la posesión no viciosa, el interdicto inclusive la viciosa; c) la acción amparaba sólo los inmuebles, en tanto que el interdicto cubría también los muebles; d) la acción no amparaba la tenencia, el interdicto sí. Por efecto de lo dispuesto en el art. 2469 Ver Texto , la acción de manutención de la posesión cubre también la posesión no anual, viciosa, e inclusive, la simple tenencia; de acuerdo con el art. 2488 Ver Texto , protege también los muebles.

Como puede apreciarse no hay diferencias en lo que atañe a los recaudos de fondo entre acción e interdicto. Sin embargo, el Código Procesal dispone que la primera tramita por vía sumaria y el segundo, por vía sumarísima. Esta diferencia se explica porque el Código Procesal se dictó antes que la ley 17711 , y cuando todavía se conservaban diferencias sustanciales entre acciones e interdictos. Desaparecidas esas diferencias, no se justifica ya la diversidad de procedimiento. Pero lo cierto es que la doble vía está consagrada en el Código Procesal, lo que significa que las partes pueden optar por una u otra.

Cualquiera de estas vías que se adopte, el actor vencido no tendrá ya otro recurso que el petitorio (art. 623 Ver Texto , C. Procesal). La escalada interdicto, acción posesoria, acción reivindicatoria, antes posible, ha sido formalmente excluida y con razón, porque significaría una inútil multiplicación de litigios. Conforme con el sistema que hoy nos rige, entablado y decidido el interdicto, no se puede intentar ya la acción posesoria, quedando solamente la petitoria.

1111/212

212. CONCEPTO DE TURBACIÓN.— El art. 2496 Ver Texto define la turbación de la siguiente manera: sólo habrá turbación en la posesión, cuando contra la voluntad del poseedor del inmueble, alguien ejerciere, con intención de poseer, actos de posesión de los

que no resulte una exclusión absoluta del poseedor.

Conforme con este texto, para que haya turbación es necesario: a) que un tercero realice actos de posesión; b) que estos actos se realicen en contra de la voluntad del poseedor del inmueble; c) que se ejecuten con intención de poseer; d) por último que de ellos no resulte una exclusión absoluta o total del poseedor.

Estudiaremos por su orden estas condiciones de la turbación de la posesión.

1111/213

213. a) Actos posesorios.— Para que haya turbación es indispensable, conforme con nuestra ley, que el turbador realice actos materiales de posesión. Al decidirlo así, nuestro codificador se apartó de las fuentes francesas que admiten el carácter turbatorio no solamente de los actos posesorios de hecho, sino también de las turbaciones de derecho, consistentes en actos judiciales o extrajudiciales que afecten la posesión. Con buen criterio, nuestro codificador limitó la órbita de las acciones posesorias a los actos materiales, es decir, a los ataques de hecho contra la posesión (ver nota 2). Por ello, se ha declarado que la iniciación de una demanda de deslinde por el propietario de un campo contra sus vecinos, no es un acto de turbación de la posesión (ver nota 3); tampoco lo es la iniciación de una demanda por cobro de un crédito hipotecario que grava la finca poseída por el que intenta el interdicto de retener (ver nota 4). Con igual criterio se ha declarado que las resoluciones, declaraciones u órdenes contenidas en un decreto administrativo, aun en el caso en que involucren una pretensión al dominio o a la posesión, no importan actos de turbación mientras no medien vías de hecho (ver nota 5). Pero si las resoluciones administrativas o judiciales se transforman en hechos prácticos y concretos de turbación, entonces es procedente la acción o el interdicto de mantener la posesión; así ocurre, por ejemplo, con la mensura practicada por orden de autoridades administrativas o judiciales como acto preliminar para la atribución de derechos posesorios (ver nota 6) o con la colocación de carteles de remate en el inmueble, la realización de la subasta y el diligenciamiento del mandamiento judicial de toma de posesión (ver nota 7).

Se ha declarado que importan actos turbatorios de la posesión la introducción de ganado al campo del poseedor actual (ver nota 8); la instalación de un puesto en campo del poseedor (ver nota 9); la extracción de pedregullos en terrenos del poseedor (ver nota 10); el retiro de tranqueras (ver nota 11); la destrucción de cercos y alambrados (ver nota 12).

En cambio no constituyen actos de turbación la construcción de ventanas a una distancia inferior a la prevista en el art. 2658 Ver Texto , Código Civil (ver nota 13); ni el embargo de las rentas de un inmueble (ver nota 14).

El mismo principio de que se requiere para que exista turbación la realización práctica de actos materiales de posesión, ha fundado la decisión de que las simples amenazas o la posibilidad de una perturbación no bastan y que es necesaria una turbación efectiva en la posesión o tenencia (ver nota 15).

1111/214

214. b) Actos realizados contra la voluntad del poseedor del inmueble.— Conforme con el art. 2496 Ver Texto , es indispensable que el acto turbatorio se haya realizado en contra de la voluntad del poseedor del inmueble. De donde surge que si la posesión ha sido entregada voluntariamente por el actor, es improcedente la acción o el interdicto posesorio (ver nota 16); y un Tribunal ha llegado a decidir que el mismo principio se aplica aun cuando la posesión se haya entregado bajo presiones de orden moral (ver nota 17). La doctrina que surge del fallo citado en último término, nos parece inaceptable; las presiones de orden moral importan una verdadera intimidación y no es admisible que la conducta ilícita de quien ha logrado la posesión por tales medios se encuentre a cubierto de las acciones posesorias. Las presiones morales son una forma de violencia y debe medírselas con el mismo criterio que la violencia física.

Por igual razón deben excluirse del concepto de turbación los actos celebrados como consecuencia de un contrato entre el poseedor y el que realiza los actos (ver nota 18); pero es indudable que si el que ha contratado con el poseedor excediera notoriamente las facultades que le concedía el contrato, entonces puede haber una verdadera turbación de la posesión.

1111/215

215. c) Actos realizados con intención de poseer.— El requisito de que el turbador proceda con intención de poseer no solamente ha sido enunciado en el art. 2496 Ver Texto , sino que en el artículo siguiente se insiste en la idea, disponiéndose que si el acto de la turbación no tuviese por objeto el hacerse poseedor el que lo ejecuta, la acción del poseedor será juzgada como indemnización del daño y no como acción posesoria.

Una advertencia importante hay que formular en este punto.

En el Código lo que se requería para la procedencia de la acción de manutención era la intención de poseer, en el sentido propio y estricto; pero como después de la reforma de la ley 17711 , las acciones posesorias cubren no sólo la posesión sino también la tenencia, es evidente que de lo que se trata actualmente es de la intención del turbador de tomar la

posesión o la tenencia del bien.

1111/216

216.— De lo dicho surge que puede haber actos que importen una verdadera molestia o turbación para el poseedor y que, sin embargo, no sean turbación en sentido técnico porque el que los ejecuta no tiene intención de tomar la posesión o la tenencia del bien. Por ello se ha declarado que no constituye acto de turbación la construcción de una ventana a una distancia inferior a la prevista en el art. 2658 Ver Texto del Código Civil (ver nota 19). Tampoco constituyen actos turbatorios de la posesión las llamadas “inmisiones” lumínicas, sonoras, etc., como son las luces, ruidos, olores, humaredas, etc., que penetran en propiedades vecinas, las que dan derecho a una acción para que cesen las molestias o para la reparación de los daños, tal como lo prevé el nuevo art. 2618 Ver Texto , pero no a una acción o interdicto de manutención de la posesión o tenencia.

Es de advertir que cuando el Código exige el requisito de la intención de poseer para abrir la acción o el interdicto de mantener en la posesión, no se alude a la intención íntima del turbador, sino a aquella que se trasunta objetivamente de su conducta. Y esto es así por la muy simple razón de que el Derecho juzga las intenciones de los hombres a través de su conducta extrema; de tal manera que si esa conducta extrema, valorada con un criterio medio, permite razonablemente inferir la existencia de una voluntad de poseer, aunque esa voluntad o intención no haya estado en el ánimo verdadero del turbador, la acción es igualmente procedente (ver nota 20).

1111/217

217.— El art. 2497 Ver Texto contiene una disposición singular. Establece que si el que ejecuta el acto de molestia o turbación, no tiene por objeto hacerse poseedor, la acción del poseedor será juzgada como de indemnización de daños y no como posesoria. De tal modo que si los actos no importan una pretensión a la posesión o tenencia del bien, pero ha existido y significado molestias para el poseedor, el juez debe rechazar la acción posesoria y, en cambio, puede disponer la reparación de los daños y perjuicios, aunque estos no se hubiesen reclamado.

El propósito del legislador ha sido, sin duda, evitar un nuevo pleito, y desde ese punto de vista, la solución es plausible. Pero en la práctica, si los daños no se hubieran reclamado, la sentencia deberá limitarse a reconocer al actor el derecho a pedirlos. Cabe preguntarse si la fijación de su monto ha de tramitar por juicio aparte o si puede hacerse en el procedimiento de ejecución de sentencia. Por nuestra parte, nos inclinamos por la primera solución, única que permite una consideración seria del problema frecuentemente delicado de la prueba y valuación de los daños. De este modo, en la práctica se ve frustrado el propósito del

legislador de evitar un nuevo pleito. Y es que si no se ha accionado por daños y perjuicios (siendo que esta acción puede acumularse con la posesoria, art. 2494 Ver Texto), fijarlos resulta contrario al debido proceso y al principio procesal de que el juez debe ceñirse a las cuestiones planteadas en la litis contestatio.

1111/218

218. d) Falta de exclusión absoluta del poseedor.— La turbación supone que el poseedor se mantiene en la posesión en el cual ha sido turbado y molestado; si, por el contrario, los actos del tercero hubieran tenido como resultado excluirlo totalmente de la posesión, entonces no habría turbación sino despojo (art. 2497 Ver Texto).

Aunque la idea es en sí misma clara, en la práctica puede ser dudoso si la persona ha quedado totalmente excluida de la posesión o no. Ésta es una cuestión de hecho, que el juez resolverá en cada caso. Pero si se ha intentado la acción de despojo y el juez encuentra que sólo ha habido turbación o viceversa, no por ello cabe el rechazo de la demanda. El problema se resuelve simplemente por aplicación del principio procesal de que las partes exponen los hechos y el juez aplica el derecho correspondiente; de tal manera que si el actor ha llamado turbación a lo que ha sido, en verdad, despojo o viceversa, el juez aplicará el derecho que corresponda al caso, porque de lo que en definitiva se trata es de una acción tendiente a impedir que un tercero ejerza ilegítimamente actos de posesión sobre el bien perteneciente al demandante (ver nota 21).

(nota 1) Bibliografía: Además de la indicada en la nota 162, véase MARIANI DE VIDAL, Las defensas contra la turbación o exclusión de la posesión y la tenencia en el Código Civil y las leyes 17711 y 17454, L. ., t. 134, p. 1270 y la nota jurisprudencial Interdicto de retener y acciones posesorias, E. D., t. 3, p. 508.

(nota 2) De acuerdo: SALVAT, t. 1, nº 493; LAFAILLE, t. 1, nº 394; SEGOVIA, t. 2, p. 70, nota 84; C.Civil 2ª Cap., 29/12/1950, G. F., t. 201, p. 345 y jurisprudencia citada en notas siguientes.

(nota 3) C. S. N., 26/9/1903, Fallos, t. 98, p. 107.

(nota 4) C. Civil 1ª Cap., 16/7/1923, G. F., t. 45, p. 252.

(nota 5) C. S. N., 14/10/1936, J. A., t. 56, p. 12; C.Fed. Cap., 2/10/1948, L. L., t. 52, p. 662; C. Fed. La Plata, 4/12/1925, J. A. t. 18, p. 908.

- (nota 6) C. S. N., 12/10/1942, L. L., t. 18, p. 535.
- (nota 7) C. Apel. 1ª La Plata, 25/9/1953, L. L., t. 73, p. 124 y J. A., 1953-IV, p. 454.
- (nota 8) C. S. N., 8/11/1884, Fallos, t. 27, p. 260.
- (nota 9) C. S. N., 14/4/1881, Fallos, t. 43, p. 277.
- (nota 10) C. S. N., 23/11/1899, Fallos, t. 82, p. 296.
- (nota 11) C. S. N., 3/7/1940, J. A., t. 73, p. 135; C. Apel. Dolores, 24/9/1940, J. A., t. 72, p. 1001.
- (nota 12) C. S. N., 27/12/1937, J.A., t. 60, p. 738; C. Civil 2ª Cap., 7/8/1939, . A., t. 67, p. 368.
- (nota 13) C. Apel. Dolores, 24/9/1946, J. A. 1946-IV, p. 118.
- (nota 14) C. Civil 1ª Cap., 14/11/1934, J. A., t. 48, p. 449.
- (nota 15) C. Civil Cap., Sala D, 16/7/1957, L. L., t. 88, p. 685. En contra: S. T. Santa Fe, que ha decidido que aunque la amenaza contra el derecho de posesión no se haya convertido en realidad, es igualmente procedente el interdicto de retener entablado: 19/10/1956, Juris., t. 10, p. 317.
- (nota 16) C. Civil 1ª Cap., 7/7/1937, L. L., t. 7, p. 306.
- (nota 17) C. Fed.Mendoza, 8/8/1949, L. L., t. 58, p. 724.
- (nota 18) De acuerdo: SALVAT,t. 1, nº 496; LAFAILLE, t. 1, nº 397.
- (nota 19) C. Apel. Dolores, 24/9/1946, J. A., 1946-IV, p. 118.

(nota 20) Véase sobre este punto la crítica formulada por ARGAÑARAZ a la opinión de BIBILONI, en SALVAT, t. 1, nº 501, nota 258 a.

(nota 21) De acuerdo con esta solución, SALVAT, t. 1, nº 502 bis.

1111/10600

§ 4. Acción e interdicto de obra nueva (ver nota 1)

1111/219

219. ACLARACIÓN PREVIA.— Lo que hemos dicho sobre la unificación de la acción e interdicto de mantener la posesión (véase nº 211), es enteramente aplicable a nuestro caso. Los presupuestos de fondo de la acción e interdicto de obra nueva son hoy idénticos en nuestro derecho. Y como el Código Procesal establece el juicio sumario para la primera (art. 623 Ver Texto) y el sumarísimo para el segundo (art. 619 Ver Texto), ello no tiene otro significado sino que el actor puede elegir una u otra vía.

1111/220

220. CONCEPTO.— Tanto la acción como el interdicto de obra nueva tienden a poner remedio a las turbaciones o despojo de que es víctima el poseedor de una cosa, como consecuencia de la obra nueva realizada por el turbador. Según el art. 2498 Ver Texto si la obra nueva se comenzara a hacer en inmuebles del poseedor, la acción será juzgada como de despojo; y según el art. 2499 Ver Texto será juzgada sólo como turbación si la obra nueva se hiciera en inmuebles que no son del poseedor, pero que no obstante ello produjeran un menoscabo en su posesión.

Como puede apreciarse, según que la obra nueva se realice o no en inmuebles del poseedor, será juzgada la acción como de despojo o de manutención en la tenencia. Y entonces cabe preguntarse si éste es realmente un remedio distinto de las otras acciones posesorias y si se justifica que haya sido legislado separadamente. Es que la acción de obra nueva ha sido concebida como una medida cautelar tendiente a evitar que se continúen las obras empezadas y de las que resulta un perjuicio actual o puede resultar un perjuicio futuro para el poseedor (ver nota 2). Por ello es que la jurisprudencia rechaza la acción o el interdicto

de obra nueva cuando la obra está terminada o por terminarse; lo que entonces corresponde es interponer derechamente la acción de despojo o la de manutención en la tenencia, según los casos (ver nota 3).

Es verdad que el art. 2500 Ver Texto no sólo establece que interpuesta la acción de obra nueva el juez deba mandar suspender la obra durante el juicio, sino también que terminado éste se mandará deshacer lo hecho. Aquí no funciona ya como medida cautelar sino como remedio exactamente equivalente a la acción de despojo o a la manutención. Es que no obstante su naturaleza esencialmente vinculada con la idea de la medida cautelar, la acción o interdicto de obra nueva tramita con las mismas garantías e igual procedimiento que las otras acciones e interdictos; y, por ello, demostrado que el que estaba haciendo la obra nueva procedía contra derecho, es natural dictar allí mismo la sentencia que manda deshacer lo hecho, pues de lo contrario se lo obligaría al damnificado a seguir un nuevo juicio para obtener este resultado.

De donde resulta lo siguiente: que el objeto propio de la acción e interdicto de obra nueva es funcionar como medida cautelar destinada a impedir la prosecución de la obra; pero luego, si el juez hace lugar a la acción, ordenará también destruir lo hecho.

De más está decir que la destrucción de lo hecho está a cargo del turbador. Si él no lo hiciera como se le ordena, el actor podrá hacerlo a su costa, conforme con la regla general del art. 630 Ver Texto , C. Civil.

1111/221

221. REQUISITOS LEGALES.— Para que proceda la acción y el interdicto de obra nueva es necesario:

a) Que la obra esté en ejecución; si en cambio, está terminada o prácticamente terminada, la acción no es procedente (ver nota 4). En el número anterior hemos explicado los fundamentos de esta solución.

b) Que el accionante sufra un daño presente o futuro (ver nota 5). No es absolutamente indispensable el daño actual; basta el futuro o eventual si es evidente que de la obra resultará un perjuicio para el accionante; como, por ejemplo, ocurriría si el vecino que está aguas arriba comienza la construcción de una represa destinada a desviar el curso de las aguas. Pero no basta un peligro meramente hipotético, no traducido en el comienzo de las obras (ver nota 6).

1111/222

222. APLICACIONES JURISPRUDENCIALES.— Se ha declarado procedente la acción o el interdicto de obra nueva si la pared medianera se ha desplazado hacia el terreno del actor, más allá de lo que la ley permite (ver nota 7); si el vecino rebaja en siete centímetros un muro medianero de 45 centímetros (ver nota 8) o si se pretende realizar en el muro medianero cualquier innovación que no esté permitida por la ley o las ordenanzas municipales (ver nota 9); si se pretende realizar obras en las partes comunes de un edificio dividido en propiedad horizontal sin contar con la unanimidad requerida en el reglamento de copropiedad (ver nota 10), si se pretende alterar la fachada del edificio, que debe considerarse parte común aunque corresponda a la unidad del demandado (ver nota 11); si el propietario del fundo inferior trabara el libre escurrimiento de las aguas con diques u otros trabajos (ver nota 12); si se realiza una excavación que interrumpe el ejercicio pacífico de una servidumbre de tránsito (ver nota 13).

1111/223

223.— Por el contrario, se ha desestimado el interdicto si se trata de obras de reparación, conservación e higiene que no alteran la forma o capacidad del edificio (ver nota 14); si sólo se trata de la reconstrucción de la medianera (ver nota 15); si no se trata de un verdadero cambio de la fachada de un edificio dividido en propiedad horizontal, sino sólo de una pequeñísima variación, como es el cambio de vidrios de un paramiradas, pero no altera la simetría de la fachada ni afecta la armonía del conjunto (ver nota 16), si se trata de obras de apoyo a las que el vecino tiene derecho, sin que preste asidero a la acción la circunstancia de que el vecino no haya pagado al accionante lo que correspondía (ver nota 17). A veces, aunque estrictamente el interdicto aparecería como procedente, se lo ha negado por razones vinculadas con el concepto de la función social del derecho de propiedad. Así, por ejemplo, se ha desestimado el interdicto intentado por el propietario contra el inquilino que sin pretender otro derecho que su calidad de tal, construyó una pequeña habitación aunque fuera excediendo los límites del permiso obtenido (ver nota 18) o el intentado contra el copropietario que construyó una habitación en la terraza de propiedad común pero afectada a su uso exclusivo, si la actitud del demandado obedeció a la necesidad de un ámbito habitable para una persona que siempre ha vivido en la casa y que por razones de edad y sexo no puede seguir conviviendo en la misma habitación con la persona que hasta entonces lo hacía (ver nota 19). Estos dos pronunciamientos son un interesante ejemplo de cómo los jueces suelen apartarse del rigor de los principios para aplicar soluciones humanitarias fundadas en el bien común.

1111/224

224. QUIÉNES TIENEN LA ACCIÓN Y CONTRA QUIÉNES.— En cuanto a quiénes son titulares de la acción e interdicto de obra nueva, nos remitimos a lo dicho en el n° 196.

Respecto del demandado, el art. 619 Ver Texto del Código Procesal establece que la acción se dirigirá contra el dueño de la obra, y si fuere desconocido, contra el director o encargado de ella.

El verdadero responsable de la turbación originada en la obra nueva, es indudablemente el dueño de la obra o comitente. Pero puede ocurrir que al turbado le sea muy difícil o imposible establecer quién es esa persona; en ese caso la demanda puede dirigirse contra el director o encargado de la obra, solución justa porque es el único modo de lograr que el interdicto cumpla efectivamente su papel de medida precautoria urgente que tiene y porque, además, al director o encargado le resulta muy simple desviar de sí el proceso manifestando el nombre del comitente o dueño de la obra.

1111/225

225. SUSPENSIÓN DE LA OBRA.— Hemos dicho ya que la acción e interdicto de obra nueva tienen dos objetivos: primero, la suspensión de la obra; segundo, la destrucción de ella. La destrucción de la obra no ofrece mayores problemas: ella se decreta luego de terminado el juicio y cuando ha quedado probado no sólo el perjuicio sufrido, sino también que el demandado ha obrado ilegítimamente al hacer la obra.

Más delicado es el problema de si, interpuesta la acción, el juez debe decretar de inmediato la suspensión o si puede no hacerlo. La cuestión es grave, por los perjuicios que la paralización de una obra trae aparejados. Pensamos que, demostrados prima facie los requisitos de la acción (posesión o tenencia del actor, obra en ejecución que no esté a punto de terminarse, perjuicio actual o futuro para el actor), la medida debe ser decretada por el juez (ver nota 20); y en previsión de los perjuicios que puede sufrir el demandado por una suspensión decretada como consecuencia de una acción que en definitiva resulta rechazada debe exigirse contracautela (ver nota 21), como corresponde a toda medida precautoria (art. 199 Ver Texto , C. Procesal). Dada la gravedad de la medida que se adopta, pensamos que la cautela debe ser real.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: Además de la indicada en nota 162, véase: SPOTA, La acción posesoria de obra nueva como medida cautelar, J. A., 1946-IV, p. 118; y nota de jurisprudencia en L. L., t. 55, p. 699; REIMUNDÍN, La posesión posesoria de obra nueva, J. A., Diario del 15/3/1974.

(nota 2) Véase en este sentido: SPOTA, La acción posesoria de obra nueva como medida cautelar, J. A., 1946-IV, p. 118; y C. Civil Cap., Sala D, 15/3/1960, L. ., t. 98, p. 126 y J. A.,

1960-IV, p. 654.

(nota 3) C. S. N., 21/2/1935, J. A., t. 49, p. 162; C. Civil Cap., Sala E, 24/12/1948, L. L., 2158-S; Sala F, L. L., t. 99, p. 779, 4886-S; C. Fed., Mendoza, 19/8/1943, J. A., 1943-III, p. 749; C. Apel. 1ª La Plata, 31/3/1960, J. A., 1961-II, p. 127; C. Apel. 2ª La Plata, 9/12/1960, D. J. B. A., t. 63, p. 85; C. Apel. Dolores, 24/9/1946, J. A., 1946-IV, p. 118, con nota de SPOTA; C. Apel. 1ª San Juan, 20/2/1961, J. S. J., 1962-II, p. 67.

(nota 4) Véase jurisprudencia citada en notas anteriores; además, C. Civil Cap., Sala A, 28/9/1971, L. L., t. 146, p. 196; Sala C, 14/3/1979, L. L., 1979-C, p. 150.

(nota 5) De acuerdo: SPOTA, J. A., 1946-IV, p. 118.

(nota 6) C. Civil Cap., Sala D, 30/5/1956, L. L., t. 83, p. 267 y J. A., 1956-III, p. 562.

(nota 7) C. Civil Cap., Sala D, 4/12/1953, L. L., t. 74, p. 263; C. Apel. B. Blanca, 29/12/1938, L. L., t. 14, p. 959.

(nota 8) 1ª Instancia Cap., 24/12/1938, L. L., t. 13, p. 878 y J. A., t. 65, p. 150.

(nota 9) C. Civil Cap., Sala D, 15/10/1957, L. L., t. 89, p. 547 y J. A., 1958-III, p. 456.

(nota 10) C. Civil Cap., Sala F, 20/8/1963, L. L., t. 112, p. 55.

(nota 11) Fallo citado en nota anterior.

(nota 12) C. Apel. Azul, 14/4/1936, J. A., t. 56, p. 1000.

(nota 13) C. Fed. Cap., 6/12/1944, L. L., t. 37, p. 379.

(nota 14) C. Civil 2ª Cap., 10/6/1949, J. A., 1949-III, p. 302.

(nota 15) S. C. Tucumán, 6/12/1938, L. L., t. 12, p. 1079.

(nota 16) C. Civil Cap., Sala B, 14/8/1962, L. L., t. 109, p. 635.

(nota 17) C. Civil 2ª Cap., 9/4/1943, L.L., t. 30, p. 305; C.Fed. B. Blanca, 17/11/1938, L. L., t. 15, p. 310; a. Apel. 1ª La Plata, 16/5/1958, D. J. B. A., t. 54, p. 214.

(nota 18) C. Civil Cap., Sala D, 22/3/1960, L. L., t. 99, p. 755.

(nota 19) C. Civil Cap., Sala C, 30/5/1956, L. L., t. 83, p. 267 y J. A., 1956-III, p. 562.

(nota 20) C. Fed., La Plata, 25/4/1941, L. L., t. 22, p. 565 y J. A., t. 74, p.393; SALVAT, t. 1, nº 528; SPOTA, nota en J. A., 1946-IV, p. 118. En contra: LAFAILLE, t. 1, nº 409.

(nota 21) SPOTA, loc. cit., en nota anterior.

1111/10610

§ 5. Acción de despojo e interdicto de recobrar la posesión (ver nota 1)

1111/226

226. LAS ACCIONES DE RECOBRAR LA POSESIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL.— Una de las controversias clásicas en nuestro derecho civil, antes de la sanción de la ley 17711 era la de si nuestro Código legisla una o dos acciones de recobrar la posesión (independientemente del interdicto, previsto en el Código Procesal). Para una opinión que podía considerarse predominante, las acciones eran dos: una legislada en el art. 2487 Ver Texto que como todas las acciones propiamente posesorias, exigía en el actor una posesión anual no viciosa; y otra, la acción de despojo, prevista en el art. 2490 Ver Texto , concedida al simple tenedor y al poseedor aun vicioso (ver nota 2). Para otra corriente doctrinaria y jurisprudencia, el Código sólo preveía una acción de recuperar la posesión: la de despojo; el art. 2490 Ver Texto no sería, según este punto de vista, sino la reglamentación legal de la acción a la que de una manera incidental hace referencia el art. 2487 Ver Texto (ver nota 3).

Todas las disquisiciones jurídicas trabadas en torno a este problema interpretativo,

quedaron superadas por los hechos. Porque habiendo una acción que permitía recuperar la posesión sin tener que probar ni el animus domini, ni la anualidad ni la falta de vicios, ¿quién habría de ser tan carente de sentido común para elegir el camino que exigía probar todos esos requisitos? La acción de restitución de la posesión (si es que realmente fue concebida como distinta de la del art. 2490 Ver Texto) desapareció de la práctica judicial, borrada por la acción de despojo.

Después de la sanción de la ley 17711 , aquella discusión ha perdido el poco sentido que tenía. El nuevo art. 2469 Ver Texto confiere las acciones posesorias no sólo al poseedor propiamente dicho, sino también al tenedor, cualquiera fuere la naturaleza de su posesión, es decir, aunque fuere no anual o viciosa. De esta manera, todo vestigio de distinción entre la acción de restitución, del art. 2487 Ver Texto , y la acción de despojo, legislada en el art. 2490 Ver Texto , ha desaparecido.

En cuanto al interdicto de recobrar la posesión, legislado en el Código Procesal, ninguna diferencia tiene con la acción de despojo, como no sea que ésta debe tramitar por juicio sumario en tanto que el primero tramite por el procedimiento sumarísimo. Ya se ha explicado en otro lugar, el porqué de esta dualidad procesal (véase nº 188), que hoy no se justifica considerando la total identidad legal de una y otra acción conferida al simple tenedor.

1111/227

227. CONCEPTO DE DESPOJO.— Despojo significa privación total o parcial de una cosa. Si un tercero realiza actos posesorios sin impedir que el poseedor también los realice simultáneamente, hay turbación y no despojo. Sin embargo, esto no requiere necesariamente la exclusión del anterior poseedor de toda la cosa; basta que lo excluya de una de sus partes, como puede ser una habitación de un inmueble.

Si sobre esta idea no hay divergencias, sí las ha, en cambio, respecto de los medios que deben emplearse para que quede configurado el despojo:

a) Para algunos autores, el despojo exige el ejercicio de la violencia (ver nota 4); la privación de la posesión por medios clandestinos o por abuso de confianza no permitiría el ejercicio de esta acción. Fácil es apreciar que esta doctrina se vincula con el problema, que hemos examinado en el número anterior, de la unidad o dualidad de las acciones de recobrar la posesión en nuestro derecho. La teoría que limita el despojo al supuesto de la violencia, abre el campo para admitir la autonomía de una acción posesoria de restitución, independiente del despojo propiamente dicho, que cabría en los supuestos de clandestinidad o abuso de confianza. Pero es una distinción arbitraria, no fundada en ningún texto legal y que no tiene justificación razonable. Lo que en definitiva interesa es que una persona haya

sido privada de la tenencia que tenía de una cosa y que esa privación se haya consumado por medio ilegítimo. ¿Por qué distinguir entre violencia, por una parte, y clandestinidad o abuso de confianza, por la otra? ¿Acaso el poseedor no ha sido en cualquier caso privado de la cosa por medio ilegítimo?

b) La jurisprudencia, luego de algunas vacilaciones, no tardó en decidirse por la buena tesis: hay despojo siempre que una persona ha sido privada de la cosa por violencia o clandestinidad (ver nota 5) o abuso de confianza (ver nota 6). Como lo acabamos de ver, toda distinción entre esas situaciones o causas de privación de la tenencia es arbitraria. Es propia de los juristas que no resisten la tentación de partir un pelo en dos, sin cuidarse mayormente de las consecuencias beneficiosas o perjudiciales de sus teorías. Pero los jueces difícilmente caen en ese error. Ante ellos se presenta la vida real y tratan de que las instituciones jurídicas sirvan a esa realidad viviente.

1111/228

228. La posesión es clandestina cuando los actos de toma de posesión fueron ocultos o se tomaron en ausencia del poseedor o adoptando precauciones para sustraerla al conocimiento de la persona que tenía derecho a oponerse (art. 2369 Ver Texto). Aunque la nocturnidad de los actos posesorios contribuye a configurar más claramente la clandestinidad en modo alguno es suficiente haber actuado a la luz del día para excluirla (ver nota 7). Así, por ejemplo, se ha declarado que existe clandestinidad cuando el demandado, actuando en forma oculta y sorpresiva, aprovechándose que obraba en su poder una llave del departamento, instaló en él una oficina en horas de la mañana, cuando no había nadie en el lugar (ver nota 8).

Existe abuso de confianza si el demandado ha utilizado recursos engañosos o fraudulentos para tomar la posesión o se pretende transformar en posesión o tenencia la condición de servidor de la posesión. Así ocurre si el sirviente o huésped se niega a abandonar la tenencia de la habitación que le ha proporcionado el poseedor (ver nota 9). Buen ejemplo de despojo obtenido por engaños o maniobras fraudulentas es un caso resuelto por los tribunales de la Capital: el locador pidió al locatario que le dejase el inmueble por unos pocos días para realizar una refacción y luego de hecha ésta se negó a restituirlo (ver nota 10); la Cámara Civil hizo lugar a la acción, juzgando que ha mediado abuso de confianza.

1111/229

229. EL ART. 2490 Y SU REFORMA.— En su anterior redacción, el art. 2490 Ver Texto disponía que corresponde la acción de despojo a todo poseedor despojado y sus herederos, de la posesión de inmuebles, aunque su posesión sea viciosa, sin obligación de producir título alguno contra el despojante, sus herederos y cómplices, aunque sea el dueño del

inmueble.

El texto se prestaba a dudas. ¿Se protegía sólo al poseedor, no al tenedor? ¿Era necesaria la posesión anual? La jurisprudencia no tardó en interpretarlo con máxima amplitud. Declaró que la acción de despojo, más que una acción posesoria propiamente dicha, era una medida de carácter policial cuya finalidad inmediata es impedir que se altere el orden establecido, y la concedió aun al simple tenedor no anual (ver nota 11). Esta jurisprudencia fue recogida por la ley 17711 , que dio a dicho artículo la siguiente redacción: corresponde la acción de despojo a todo poseedor o tenedor, aun vicioso, sin obligación de producir título alguno contra el despojante, sucesores y cómplices, aunque fuera dueño del bien. Exceptúase de esta disposición a quien es tenedor en interés ajeno o en razón de una relación de dependencia, hospedaje u hospitalidad.

Las diferencias más notables entre los dos textos son las siguientes:

a) Se incluye expresamente entre las personas a quienes se concede la acción a los simples tenedores, con lo cual no se hizo recoger la jurisprudencia imperante.

b) Se dispuso excluir de la protección posesoria a los servidores de la posesión (véase n° 198), con lo cual se precisó una solución que había originado dudas.

c) Se eliminó la referencia a los inmuebles, porque hoy la protección posesoria se extiende también a los muebles (art. 2488 Ver Texto).

1111/230

230.— Hemos dicho en el párrafo anterior que con el loable propósito de extender el ámbito de la acción de despojo también a la simple tenencia, la jurisprudencia declaró reiteradamente que no se trataba de una acción posesoria propiamente dicha, sino más bien de una medida de carácter policial. De esta manera se salvaba el escollo que era la exigencia de la posesión anual a título de dueño que caracteriza en el Código a las acciones posesorias. Pero se ha dicho ya que hoy todas las acciones posesorias se conceden aun al simple tenedor sea o no anual (véase n° 196), de modo que quedan eliminadas las diferencias que distinguían a la acción de despojo de las otras posesorias. En el régimen actual, no cabe ya decir que la acción de despojo no es una acción posesoria propiamente dicha.

1111/231

231. QUIÉNES TIENEN LA ACCIÓN Y CONTRA QUIÉNES: REMISIÓN.— Hemos tratado estos temas en los números 196 y siguientes, a los cuales remitimos.

1111/232

232. EXTREMOS QUE DEBEN PROBARSE.— Conforme con el art. 2494 Ver Texto , el actor debe probar los siguientes extremos: a) su posesión, entendiendo por tal inclusive la mera tenencia, sea o no viciosa (art. 2494 Ver Texto); b) el despojo; c) el tiempo en que el demandado lo cometió.

Los dos primeros requisitos son esenciales. Sin posesión o tenencia, no hay acción; sin la prueba del despojo, el actor carecería de causa para accionar. En rigor, la acción de despojo tiene dos aspectos: en cuanto tiende a la recuperación de la cosa es real y son demandables el despojante y sus sucesores—sea a título universal o particular— sean de buena o mala fe; en cuanto acción de daños y perjuicios son demandables el despojante, sus cómplices, sus sucesores universales y los sucesores particulares de mala fe.

En cuanto al tiempo en que el demandado lo cometió, esta exigencia se vincula con el plazo de prescripción de la acción, que es de un año (art. 2493 Ver Texto). Pensamos que hay un error de técnica jurídica en esta exigencia. La prescripción es una excepción, cuya alegación y prueba corresponde al demandado. Y por ello creemos que en rigor, al actor le basta con probar la posesión y el despojo, ya que mientras el demandado no oponga la prescripción, la acción del despojado es igualmente procedente, cualquiera sea el tiempo en que él se produjo.

1111/233

233. ALCANCE DE LA CONDENA.— Establece el art. 2494 Ver Texto : Juzgada la acción, el demandado debe ser condenado a restituir el inmueble con todos sus accesorios, con indemnización al poseedor de todas las pérdidas e intereses y de los gastos causados en el juicio, hasta la total ejecución de las sentencias.

Anotamos que el texto se refiere exclusivamente a los inmuebles, porque en el sistema del Código los muebles no estaban protegidos por las acciones posesorias; después de la reforma de la ley 17711 , ellos también están cubiertos por estas acciones.

En cuanto a los daños y perjuicios, si no se hubieran probado, la sentencia debe limitarse a establecer el derecho a percibirlos por parte del actor en la medida en que los prueba en

juicio sumario ulterior.

(nota 1) Bibliografía: Además de la citada en nota 162, véase PIZARRO, La acción de despojo: sus fuentes en el derecho canónico, Revista de la Universidad Nacional de Córdoba, set.-oct. 1943, p. 843; DASSEN, Acción posesoria de recobrar, L. L., t. 82, p. 876; SITLER, Sobre un caso de desposesión: el intruso en la locación, J. A., 1958-III, p. 543; notas de jurisprudencia en E. D., t. 3, p. 594 y t. 4, p. 68.

(nota 2) En este sentido: C.S. N., 17/8/1874, Fallos, t. 15, p. 274; íd., 17/10/1934, Fallos, t. 171, p. 259 Ver Texto ; C. Civil Cap., Sala A, 23/3/1956, L. L., t. 84, p. 161; Sala E, 25/9/1958, L. L., 322-S; C. Civil 1ª La Plata, 26/9/1947, J. A., 1947-IV, p. 214; SALVAT, t.1, nº 529 y sig. y su anotador ARGAÑARAZ, nota 346 a; LAFAILLE, t. 1, nº 412; FLEITAS, Acciones posesorias, p. 159 y s., MACHADO, t. 6, p. 432 y s.

(nota 3) C. Apel. 2ª La Plata, 4/12/1951, L. L., t. 65, p. 278; S. C. Catamarca, 20/11/1947, J. A., 1947-IV, p. 678; FORNIELES, nota en J. A., 1942-I, sec. doct. pág. 1.

(nota 4) SALVAT, Derechos Reales, t. 1, nº 347 y s.; LAFAILLE, Derechos Reales, t. 1, nº 423; MACHADO, t. VI, p. 423; LEGÓN, Derechos reales, t. IV, p. 253. En cambio, opinan que el despojo incluye también la desposesión clandestina o por abuso de confianza. FORNIELES, Cuestiones de derecho civil, 1er. cuaderno, p. 7 y s.; ALLENDE, La Posesión, p. 91 y s.: ARGAÑARAZ en SALVAT, Derechos Reales, t. 1, nº 434, nota 383 a; MARIANI DE VIDAL, Interdicto de adquirir, p. 23.

(nota 5) C. S. N., 6/9/1944, J. A., 1944-IV, p. 209; C. Civil Cap., Sala B, 25/8/1954, L. L., t. 77, p. 20; Sala C, 4/3/1954, L. L., t. 74, p. 265; Sala D, 18/4/1958, L. L., t. 93, p. 263; C. Fed. Cap., 9/12/1932, J. A., t. 40, p. 337; C. Fed. B. Blanca, 11/8/1937, L. L., p. 283; C. Apel. 2ª La Plata, 23/4/1963, D. J. B. A., t. 69, p. 62.

(nota 6) C. Civil Cap., Sala C, 10/6/1959, L. L., t. 95, p. 351, con nota de BENDERSKY; íd., 25/3/1960, L.L., t. 100, p. 788, 5971-S; Sala E, 25/3/1960, L.L., t. 100, p. 788, 5971-S; C. Fed. B. Blanca, 11/8/1937, L. L., t. 11, p. 283.

(nota 7) C. Civil Cap., Sala C, 27/2/1958, L. L., t.92, p. 110; C. Apel. 1ª La Plata, 22/12/1955; D. J. B.A., 1956-XLVII, p. 29; C. Civil Cap., Sala D, 18/4/1958, L.L., t. 93, p. 263.

(nota 8) C. Civil Cap., Sala D, 18/4/1958, L. L., t. 93, p. 263.

(nota 9) C. Civil Cap., Sala A, 4/11/1954, L. L., t. 77, p. 702. Véase también C. Civil. Cap., Sala C, 9/7/1951, L. L., t. 64, p. 25 (vivienda facilitada precariamente a un pariente que luego pretende convertirse en inquilino).

(nota 10) C. Civil Cap., Sala C, 10/6/1959, L. L., t. 95, p. 351, con nota de BENDERSKY.

(nota 11) C. S. N., 6/9/1944, J. A. 1944-IV, p. 209; C. Civil Cap., Sala A, 15/9/1954, L. L., t. 77, p. 404; *id.*, 21/2/1958, L.L., t. 92, p. 498; C. Civil Cap., Sala C, 28/6/1954, L. L., t.75, p. 379; S. C. Tucumán, 20/7/1954, L. L., t. 79, p. 205; S. T. Entre Ríos, 23/9/1952, J. A., 1953-III, p. 35.

1111/10620

§ 6. Interdicto de adquirir (ver nota 1)

1111/234

234. CONCEPTO Y CAMPO DE APLICACIÓN.— El interdicto de adquirir es una figura anómala dentro de las acciones posesorias. Mejor dicho, no es acción posesoria, en sentido propio, porque no tiende a defender la posesión ni se basa en el solo hecho de poseer sino que a diferencia de todas las otras acciones o interdictos posesorios, hace falta demostrar el título o derecho a la posesión.

Ello explica que VÉLEZ SANSFIELD no incluyera ninguna acción correspondiente a este interdicto, por más que él conocía muy bien el derecho español, en el que estaba legislado. En ese derecho, el interdicto de adquirir era un medio de lograr la posesión de una herencia yacente (ver nota 2). Pero este papel del interdicto de adquirir, muy importante dentro del sistema sucesorio español, no lo es en el nuestro, ya que el heredero sucede al causante en forma instantánea no sólo en el dominio de la cosa sino también en la posesión; de tal modo que puede ejercer las acciones posesorias del difunto, aun antes de haber tomado de hecho la posesión de los objetos hereditarios, sin estar obligado a dar otras pruebas que las que podrían exigir al difunto (art. 3418 Ver Texto).

¿Cuál es entonces el campo de acción y el significado práctico de este interdicto? Veamos ante todo los textos legales.

El interdicto de adquirir está previsto en el Código procesal, que dice: Para que proceda el interdicto de adquirir se requerirá: 1) que se presente título suficiente para adquirir la posesión con arreglo a derecho; 2) que nadie tenga título de dueño o de usufructuario o posea los bienes que constituyen el objeto del interdicto. Si otro también tuviere título poseyere el bien, la cuestión deberá sustanciarse en juicio ordinario (art. 607 Ver Texto).

La disposición es categórica: si otro tuviere título o poseyere el bien, el interdicto es improcedente; el bien deberá reclamarse por la vía ordinaria correspondiente. Frente a este texto legal, resulta ya inaplicable la jurisprudencia que había reconocido al comprador el derecho de obtener del vendedor la entrega de la posesión mediante interdicto de adquirir (ver nota 3), pues el vendedor, por hipótesis, está en la posesión de la cosa.

Esto sentado, es obvio que el papel del interdicto de adquirir en nuestro derecho es muy modesto (ver nota 4). Apenas se puede citar como ejemplo el supuesto de que la cosa esté en manos de un simple tenedor, que se niega a entregarla a quien es su dueño, no porque pretenda derecho de posesión o dominio, sino simplemente porque no sabe si el que le reclama la posesión tiene o no derecho a ella. Pues desde el momento en que el demandado posea para sí, el interdicto es improcedente, como expresamente lo establece el art. 607 Ver Texto , inc. 2º, C. Procesal. De tal modo que esta hipótesis de la tenencia de la cosa por un tercero, que el último apartado del art. 607 Ver Texto , C. Procesal, prevé como un simple supuesto de procedencia del interdicto, es en realidad la única posibilidad de aplicarlo.

1111/235

235.— El último apartado del art. 607 Ver Texto , C. Procesal, dice que cuando alguien ejerciese la tenencia de los bienes, la demandada deberá dirigirse contra él. Nos parece una disposición del todo inútil. ¿Contra quién sino contra el mero tenedor podría dirigirse la acción? Porque recordemos que si el que tiene la cosa lo hace a título de poseedor propiamente dicho, entonces el interdicto es improcedente. Y si no hay nadie que pretenda la cosa, ni alegue derechos sobre ella, ni la tenga en su poder, entonces el que ostenta un título legítimo puede tomarla por sí, sin necesidad de recurrir a los tribunales, pues nadie se opondrá al ejercicio de su legítimo derecho.

1111/236

236. PROCEDIMIENTO.— Como todos los interdictos, también el de adquirir tramita por juicio sumarísimo (art. 607 Ver Texto , C. Procesal).

(nota 1) Bibliografía: Además de la citada en nota 162, véase MARIANI DE VIDAL, Interdicto de adquirir, Buenos aires, 1971.

(nota 2) Véase MARIANI DE VIDAL, Interdicto de adquirir, p. 30.

(nota 3) C. Civil Cap., Sala C, 22/5/1964, J. A., 1964-IV, p. 511; C. Civil 1ª Cap., 3/3/1936, J. A., t. 53, p. 595; C. Civil 2ª Cap., 29/12/1949, L. L., t. 57, p. 649 y J. A., 1950-III, p. 172; C. Fed. La Plata, 19/7/1940, L. L., t. 20, p.949 y J. A. T. 73, p. 190.

(nota 4) MARIANI DE VIDAL sostiene que el interdicto no tiene campo de aplicación posible en nuestra actual legislación, Interdicto de adquirir, p. 83 y s.

1111/10630

CAPÍTULO VI - LA TENENCIA

1111/10640

§ 1. Conceptos generales

1111/237

237. CONCEPTO.— Nuestro Código caracteriza al tenedor diciendo que es aquella persona que tiene en su poder una cosa, pero reconociendo en otro el derecho de posesión (arts. 2352 Ver Texto y 2461 Ver Texto). Es decir, mientras el poseedor tiene el corpus y el animus, el tenedor tiene sólo el corpus. Es una aplicación más de la teoría de Savigny. Ya antes hemos demostrado la falsedad de esta distinción entre al animus y el corpus y hemos expuesto nuestra opinión sobre lo que es, en esencia, la posesión (nº 25). Debemos ahora volver sobre el tema para clarificar las ideas.

La teoría clásica, adoptada por nuestro codificador, simplifica el problema: si hay animus

de propietario (o de titular de los otros derechos reales al que se le reconoce el carácter de poseedor), hay posesión; si no existe tal animus, si sólo se tiene el corpus, hay simple tenencia.

Es necesario reconocer que esta idea, adoptada por nuestro Codificador, es atrayente por lo simple y aparentemente clara.

Pero es clara sólo en apariencia. Por lo pronto, este animus aparece como un elemento subjetivo: es la intención de poseer como propietario, usuario, usufructuario, titular de una servidumbre activa. Pero esta intención es un estado de ánimo que como tal no puede tener relevancia jurídica en tanto no se traduzca en hechos. Es pues la conducta del tenedor o poseedor, la que develará si se posee a uno u otro título. Por esta vía, dice Gentile, el animus possidendi elemento subjetivo, se transforma en elemento objetivo (ver nota 1).

Avancemos un paso más. A menudo el tenedor se comporta exactamente, por lo menos para quien aprecia su conducta sin conocer las condiciones de la tenencia, exactamente como lo haría el poseedor o dueño. Por ejemplo, el comodatario vive en el campo que se le ha cedido, lo cultiva, quizá para los impuestos, si así se ha acordado en el contrato. ¿Cómo distinguirlo del poseedor? Simplemente por la prueba negativa producida por el dueño o poseedor: el contrato de comodato o de locación, o de depósito, etc. (ver nota 2)

Está claro, pues, que el poseedor para ser considerado tal, no necesita probar su ánimo. Basta que se comporte exteriormente respecto de la cosa como lo hace normalmente el propietario. Pero ésta es también frecuentemente —no siempre— la conducta del simple tenedor. De donde resulta que la demostración de que es simple tenedor y no un poseedor debe hacerla el propietario (o poseedor) exhibiendo el contrato de arrendamiento, comodato, depósito, etc. Para los terceros que no tienen en su poder este instrumento y esta prueba, el tenedor será tenido y considerado poseedor. Y podrá actuar como tal. Aunque ya veremos que, en el fondo, el problema es poco relevante respecto de terceros, pues la tenencia está casi tan protegida como la posesión respecto de ellos, de modo que no se ganará mucho presentándose como poseedor y no como tenedor.

Hemos dicho que exteriormente el tenedor se comporta frecuentemente respecto de la cosa como el propio poseedor o dueño. Esto es rigurosamente exacto respecto de terceros, pero no de quien es el propietario poseedor. Quién firma con él un contrato de locación, comodato, depósito, y tal carácter, y reconociendo la titularidad del dominio de la cosa en otro, entra a ejercer la tenencia, no se comporta como quien pretende tener un derecho de dominio; a menos, claro está, que intervenga su título.

Como si esto fuera poco, hay supuestos de verdaderos poseedores sin animus, es decir de poseedores que lo son, a pesar de creer que están poseyendo a nombre de otro, como ocurre

con el arrendatario que no sabe que el dueño del campo arrendado ha muerto, instituyéndolo heredero.

Esto prueba que no hay entre poseedor y tenedor de una cosa, una diferencia de sustancia o naturaleza, universalmente válida, es decir, aplicable a cualquier legislación o país. De ahí que no hay inconveniente alguno en que la ley repute poseedor al arrendatario o al depositario (aunque ese no sea el caso de nuestro derecho positivo). En suma, será poseedor aquel a quien la ley califique de tal y le confiera el status y la protección correspondiente a ese encuadre legal; será tenedor aquel a quien la ley repute tal y a quien dispense una protección menos intensa.

1111/238

238.— Debemos decir, sin embargo, que el régimen legal de protección del poseedor y del tenedor tiende a aproximarse en el derecho moderno. Este fenómeno es notable entre nosotros. Las acciones posesorias se reconocen tanto al tenedor como al poseedor (art. 2490 Ver Texto). Lo mismo ocurre con los interdictos de retener, de recobrar y de obra nueva (arts. 610 Ver Texto -620, C. Procesal). Esta evolución se aplica por la necesidad de evitar que las personas se hagan justicia por su propia mano, apoderándose por fuerza de las cosas que con derecho o sin él otras personas tienen en su poder, o bien perturbándolos en el ejercicio de esa detentación material.

Al decir que la situación de poseedores y tenedores tiende a aproximarse en el derecho moderno, no queremos significar que se esté operando una suerte de identificación entre ambas situaciones.

El poseedor tiene una posesión a título propio, no derivada de la cesión temporaria que le ha hecho un tercero. Por ello puede adquirir el dominio por usucapión, lo que no puede hacer el tenedor. La posesión produce efecto por sí misma, que la ley reglamenta y que tiene su origen en ese sólo hecho de la posesión; en tanto que los derechos y los deberes de los tenedores están casi siempre regulados por el contrato que los liga al poseedor o propietario o por la ley que reglamenta dicho contrato. Esto marca diferencias netas entre las dos situaciones legales; la aproximación se ha producido sólo en el campo de la defensa de los derechos del poseedor y tenedor contra los ataques de hecho de que su derecho puede ser objeto; o, para decirlo más claramente, en orden a las acciones que la ley les concede para defender la tenencia de la cosa contra los ataques de hecho.

1111/239

239. POSEEDOR MEDIATO E INMEDIATO.— La distinción entre posesión y tenencia

guarda paralelismo, aunque no se identifica, con la distinción entre la posesión mediata a inmediata puesta en boga a partir de la sanción del Código Civil alemán (art. 868); y que el Anteproyecto de BIBILONI (art. 2298) y el Proyecto de 1936 (art. 1403) propusieron incorporar a nuestro derecho. Poseedor mediato es aquel que tiene la cosa por intermedio de otro (usufructuario, locatario, comodatario, etc.); el que detenta efectivamente la cosa, es el poseedor inmediato, quien lo hace ejerciendo poderes recibidos de otro.

Decimos que esta clasificación guarda paralelismo, pero no se identifica con la clasificación de nuestro Código entre poseedor y tenedor. El poseedor puede detentar la posesión inmediata de la cosa, y normalmente ocurrirá así. Es decir, el poseedor inmediato puede no ser tenedor sino poseedor propiamente dicho. Pero también puede el llamado poseedor mediato, no ser el poseedor en sentido propio, de acuerdo a nuestra legislación; así, por ejemplo, el arrendatario que subarrienda, es poseedor mediato, y mero tenedor conforme a nuestro derecho.

Esta distinción entre posesión mediata e inmediata tiende a sustituir a la vieja distinción entre posesión y tenencia y es al propio tiempo una expresión de la tenencia a aproximar la protección de la posesión y la tenencia.

1111/240

240. LOS SERVIDORES DE LA POSESIÓN.— Es necesario distinguir el tenedor y el servidor de la posesión.

El tenedor ejerce su derecho en forma autónoma; es verdad que tiene que ajustarse a los términos de su relación contractual con el poseedor (contrato de arrendamiento, depósito, etc.), pero no tiene que obedecer órdenes del poseedor. Lo que caracteriza al servidor de la posesión es precisamente esa relación de subordinación respecto del poseedor; es decir hay entre ambos una relación de dependencia (ver nota 3).

En esa situación se encuentran los administradores de los bienes de un tercero, los dependientes, las personas de servicio, los huéspedes.

Esta categoría de servidor de la posesión, ha sido claramente incorporada a nuestra legislación por la reforma de 1968, que al modificar el art. 2490 Ver Texto , excluye de la protección posesoria, al que es tenedor en interés ajeno o en razón de una relación de dependencia, de hospedaje u hospitalidad. Pero no ha de creerse que el servidor de la posesión está exactamente en la misma posesión que un tercero cualquiera respecto de la cosa, porque él tiene derecho a defender la cosa por la fuerza, tal como le sería lícito al poseedor mismo, lo que en cambio no puede hacer otro tercero (ver nota 4). En otras

palabras: carece de las acciones posesorias, pero puede repeler la fuerza con una fuerza análoga.

1111/241

241. ENUMERACIÓN LEGAL DE CASOS DE TENENCIA.— El art. 2462 Ver Texto enumera los siguiente supuestos de tenencia:

1º Los que poseyeren en nombre de otro, aunque con derecho personal a tener la cosa, como el locatario o comodatario. Pueden mencionarse también al depositario (véase lo que decimos al comentar el inc. 2º), el transportista, el locador de obra que tiene en su poder cosas del dueño, etc. Se trata de un derecho a tener la cosa, que casi siempre surgirá en una relación contractual con el poseedor.

2º Los que poseyeren en nombre de otro sin derecho a tener la cosa, como el depositario, el mandatario, el representante. Esta disposición se hace pasible de diversas observaciones. Ante todo, es impropio decir que el depositario tiene la cosa sin derecho a detentarla. Él la tiene en virtud de una relación contractual, que le confiere la tenencia. No es un mandatario del depositante. Está ligado a él por un contrato de carácter precario, pero de todas maneras, un contrato que le confiere derecho a la tenencia y le permite defenderla contra cualquier tercero que pretenda turbarla.

En cuanto al mandatario u otro representante, no son tenedores sino servidores de la posesión; la diferencia ha sido marcada netamente en el nuevo artículo 2490 Ver Texto . Por consiguiente, en la medida en que el inciso 2º del art. 2462 Ver Texto se opone al nuevo art. 2490 Ver Texto , ha quedado derogado. Muy particularmente ha quedado derogado en cuanto a las acciones posesorias, que la nueva disposición legal le niega expresamente a los servidores de la posesión.

3º El que transmitió la propiedad de la cosa y se constituyó poseedor a nombre del adquirente. La ley se refiere al constituto posesorio del que hemos hablado anteriormente.

4º El que continuó en poseer la cosa después de haber cesado el derecho de poseerla, como el usufructuario, acabado el usufructo, o el acreedor anticresista. Esto significa que la ley reconoce el carácter de poseedor al usufructuario o al acreedor anticresista; sólo en la estricta medida de la vigencia del contrato; y que vencido el plazo en el cual debía devolver la cosa, no le reconoce ya el carácter de poseedor sino de simple tenedor. Claro está que si vencido el plazo, el usufructuario o acreedor anticresista se resiste a devolver la cosa desconociendo el derecho del propietario e intervierte su título, entonces empezará a poseer por derecho propio y en razón de la interversión.

5° El que continúa en poseer la cosa después de la sentencia que le anulase su título o que le negase el derecho de poseerla. Son aplicables en ese caso análogas reflexiones que hemos hecho respecto del caso anterior, particularmente en lo que atañe a la interversión del título.

6° El que continuase en poseer la cosa después de reconocer que la posesión o el derecho de poseerla pertenece a otro. A partir de ese momento ya no se comporta como quien pretende la posesión exclusiva de la cosa, sino como quien la detenta o tiene a nombre de otro. Es decir, se trata de una situación que guarda estrecha analogía con la del inciso 1°.

1111/242

242.— La enumeración del art. 2462 Ver Texto es meramente enunciativa; no excluye otros supuestos de tenencia. Es verdad, la ley debería limitarse a establecer el concepto de lo que es posesión y de lo que es tenencia, sin entrar a una casuística que siempre corre el riesgo de errores o insuficiencias. El codificador se dejó guiar, sin duda, deliberadamente, por la misma intención didáctica de que están inspiradas muchas de las normas del Código.

1111/10650

§ 2. Adquisición, conservación y pérdida de la tenencia

1111/243

243. ADQUISICIÓN.— Según el art. 2460 Ver Texto , la simple tenencia de las cosas por voluntad del poseedor o del simple tenedor, sólo se adquiere por la tradición, bastando la entrega de la cosa sin formalidad alguna.

Esta disposición es objetable e inexacta, en cuanto afirma que la tenencia sólo se adquiere por la tradición; es verdad que éste es el modo normal y más frecuente de adquisición de la tenencia, pero no es el único. Es perfectamente posible que una persona entre a ocupar un inmueble de otra, porque ésta lo ha abandonado o desocupado, pero reconociendo en todo momento que la propiedad le pertenece a su verdadero dueño; o bien que la persona que transmitió la propiedad de la cosa se constituya en tenedor a nombre del adquirente (art. 2462 Ver Texto , inc. 3°); o bien puede ocurrir que luego de poseer la cosa a nombre propio, reconociese que el derecho de poseerla pertenece a otro, permaneciendo, sin embargo, en la tenencia (art. 2462 Ver Texto , inc. 6°). En todos estos casos hay tenencia, no posesión,

adquirida sin tradición; y en el primero y tercero de los ejemplos dados, sin intervención ni consentimiento por parte del propietario.

Dice la ley que en el caso de la tradición basta con la entrega de la cosa sin necesidad de formalidad alguna. También era necesario decirlo porque la tradición es simplemente un hecho: la entrega de la cosa.

1111/244

244. CONSERVACIÓN Y PÉRDIDA.— El Código no contiene normas acerca de la conservación y la pérdida de la tenencia. Por consiguiente deben, como principio, aplicarse por analogía las normas establecidas para la conservación y la pérdida de la posesión en los arts. 2446 Ver Texto y siguientes. Decimos como principio, pues algunos modos de conservación de la posesión propiamente dicha, se fundan en la naturaleza misma de ese derecho y no son aplicables a la tenencia.

En consecuencia, serán aplicables a ellas las siguientes normas: 1º) El art. 2446 Ver Texto que dice que la posesión se conserva no sólo por el poseedor mismo sino también por medio de otra persona que obra como representante o mandatario. Así, por ejemplo, el vendedor puede tener en el inmueble un cuidador, un administrador, sin que ello le haga perder la tenencia. En otras palabras, ésta se conserva también por intermedio de los llamados servidores de la posesión; 2º) El art. 2447 Ver Texto , según el cual la posesión subsiste aun cuando el que poseía a nombre del poseedor manifestare la voluntad de poseer a nombre suyo o aunque el representante del poseedor abandonare la cosa o falleciere o éste o su representante llegase a ser incapaz de adquirir la posesión; sólo cabe agregar que la primera parte del art. 2447 Ver Texto , se refiere a una manifestación de voluntad de poseer a nombre propio no abonada con hechos o con una conducta que permitan inferir la existencia de una verdadera interversión del título, pues en esta hipótesis la tenencia se transforma en posesión; 3º) El art. 2448 Ver Texto , según el cual la posesión de una cosa se conserva por medio de los que la tienen a nombre del poseedor no sólo cuando la tienen por sí mismos sino también cuando la tienen por otros que los creían verdaderos poseedores y tenían la intención de tener la posesión para ellos; así, por ejemplo, el subarrendatario puede creer que su arrendador es el dueño y verdadero poseedor de la cosa, siendo así que sólo es arrendatario del dueño. En ese caso, el dueño conserva la posesión; pero el arrendatario-subarrendador conserva la tenencia por intermedio del subarrendador; 4º) El art. 2449 Ver Texto , según el cual la posesión se continúa por medio del heredero, aunque éste creyese que la propiedad y la posesión pertenecen a su autor. Veamos un ejemplo: A da en arrendamiento un inmueble a B; muere B y su heredero C cree que B era propietario y poseedor. Puesto que C así lo cree, su animus es poseer como dueño; no obstante ello, la ley dispone que A no pierde la posesión y que la continúa ejerciendo por intermedio de C. 5º) El art. 2451 Ver Texto según el cual la posesión se pierde cuando el objeto que se posee deja de existir, sea por la muerte si fuese cosa animada, o cuando haya transformación de una especie en otra; 6º) El art. 2452 Ver Texto según el cual la posesión se pierde cuando

por un acontecimiento cualquiera el poseedor se encuentre en la imposibilidad física de ejercer actos posesorios en la cosa; 7º) El art. 2454 Ver Texto según el cual la posesión se pierde cuando el poseedor siendo persona capaz haga abandono voluntario de la cosa con intención de no poseerla en adelante; 8º) El art. 2458 Ver Texto según el cual se pierde la posesión cuando el que tiene la cosa a nombre del poseedor manifiesta por actos exteriores la intención de privar al poseedor de disponer de la cosa y cuando sus actos producen ese efecto; 9º) El art. 2459 Ver Texto según el cual se pierde la posesión cuando la cosa sufre un cambio que la hace legalmente no ser susceptible de ser poseída por estar fuera de comercio.

1111/245

245.— En cambio, no son aplicables a la simple tenencia:

1º) El art. 2445 Ver Texto , según el cual la posesión se retiene por la mera voluntad de permanecer en ella, aunque el poseedor no tenga la cosa por sí o por otro. En otro lugar hemos expresado los reparos que nos merece esta norma, pero cualquiera sea el acierto de esta disposición, es obvio que el tenedor que no ostenta la cosa por sí o por otro, pierde la tenencia, dado el carácter eminentemente precario, y por decirlo así, activo que está en la naturaleza de la mera tenencia. 2º) El art. 2450 Ver Texto (y su correlativo, el art. 2457 Ver Texto) según el cual la posesión se conserva por la simple voluntad mientras haya esperanza probable de encontrar una cosa perdida. Como en el caso anterior, la precariedad que es propia de la tenencia, la hace perder desde el mismo momento en que la cosa se ha extraviado; 3º) El art. 2453 Ver Texto , según el cual la posesión se pierde por la tradición que el poseedor hiciera a otro de la cosa, no siendo sólo con el objeto de transmitirle la simple tenencia de ella; es obvio que si se transmite la tenencia, ésta se pierde para el poseedor, que viene así a adquirir la ubicación jurídica de poseedor mediato; 4º) El art. 2455 Ver Texto , según el cual la posesión se pierde cuando por el hecho de un tercero sea desposeído el poseedor o el que tiene la cosa por él, siempre que el que lo hubiese arrojado de la posesión la tome con ánimo de poseer. Respecto de la tenencia no es necesario el llamado “ánimo de poseer” (que en nuestra opinión no es una cuestión anímica o intencional, sino una conducta que demuestra una relación con la cosa propia del dueño); basta con que el tenedor haya sido arrojado de la cosa, para que pierda la tenencia; 5º) El art. 2456 Ver Texto , conforme con el cual se pierde también la posesión de la cosa y goce de ella durante un año, sin que el anterior poseedor haga durante ese tiempo acto alguno de posesión o haya turbado la del que la usurpó. El tenedor pierde la tenencia si no reacciona inmediatamente contra el usurpador, y no goza del término de un año establecido en este artículo (ver nota 5). La diferencia se explica porque la posesión, aun siendo una situación provisoria, tiene una cierta estabilidad legal, en tanto que la tenencia es de carácter precario. De tal modo que si tenedor no resiste por la fuerza la usurpación o si no reacciona de inmediato contra ella, pierde su tenencia.

Sobre qué debe considerarse inmediatez que justifique la pretensión del mantenimiento del

derecho a la tenencia, es cuestión que queda librada a la apreciación judicial y que depende de las circunstancias del caso.

1111/10660

§ 3. Efectos de la tenencia

1111/10670

A.— DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL TENEDOR

1111/246

246. PRINCIPIO GENERAL.— Los derechos y obligaciones del tenedor dependen del título en virtud del cual detenta la cosa. Serán diferentes para el locatario, el depositario, el comodatario, etc. Es decir, esos efectos y obligaciones están regidos, en primer lugar por el contrato que liga al poseedor con el tenedor y luego por las leyes que rigen esos contratos, a menos que se trate de disposiciones de orden público, en cuyo caso esas disposiciones prevalecen aun respecto de lo convenido entre las partes.

No obstante ello, los arts. 2463 Ver Texto y siguientes, establecen algunas normas relativas a los derechos y obligaciones de los tenedores en general. Casi todas estas normas son de aplicación subsidiaria y en defecto de estipulación contraria contenida en el contrato; pero se aplican en todos aquellos casos —que son excepcionales— en que la tenencia no tiene su origen en la tradición hecha por el propietario o poseedor al tenedor sino en un acto propio del tenedor.

1111/247

247. OBLIGACIÓN DE CONSERVAR LA COSA.— Establece el art. 2463 Ver Texto que el simple tenedor de la cosa está obligado a conservarla respondiendo de su culpa, conforme fuese la causa que le dio la tenencia de la cosa. Como puede apreciarse, en definitiva la norma se remite a la causa que dio origen a la tenencia, como corresponde, porque es distinta la responsabilidad del arrendatario, el depositario, el locatario, etc.

1111/248

248. OBLIGACIÓN DE RESTITUIR.— El artículo 2465 Ver Texto dispone que el tenedor debe restituir la cosa al poseedor a cuyo nombre posee o a su representante luego que la restitución le sea exigida conforme a la causa que lo hizo tenedor de la cosa. Nuevamente, podemos apreciar aquí la remisión a las reglas relativas a los contratos en los cuales se originó la tenencia. Así, por ejemplo, el depositario está obligado a restituir el depósito en cualquier momento que se lo reclame el depositante, aunque haya término fijado en el contrato (art. 2217 Ver Texto); en tanto que el arrendatario o locatario tienen derecho a retener la tenencia de la cosa hasta el término del contrato.

1111/249

249. MEJORAS.— Conforme con el art. 2466 Ver Texto , el tenedor tiene derecho a que se le reintegren los gastos o mejoras necesarias. Quedan excluidas por consiguiente las mejoras útiles y, demás está decirlo, las meramente voluntarias. También aquí se ve un distinto tratamiento con respecto al poseedor, que según ya lo hemos dicho, tiene derecho a que se le reintegren las mejoras útiles; esta diferencia proviene también del carácter precario que la ley asigna a la tenencia.

Pero el ámbito de aplicación de esta norma es también limitado al caso excepcional de que la tenencia tenga origen en un acto propio del tenedor, sin tradición del propietario o poseedor. De lo contrario, los derechos del tenedor a las mejoras se rigen por el contrato y por las disposiciones legales que lo reglamentan. Así, por ejemplo, el derecho de percibir los gastos hechos por el comodatario está limitado por el art. 2287 Ver Texto , según el cual sólo tiene ese derecho si el comodatario pone al comodante en conocimiento de las mejoras que hay que hacer antes de hacerlas, salvo que fuesen tan urgentes que no pueda anticipar el aviso sin grave peligro. Además, nada se opone a que el comodatario asuma en el contrato del comodato el compromiso de pagar inclusive las mejoras necesarias. A la inversa, en el contrato de arrendamientos rurales, el propietario no solamente está obligado a pagar las mejoras necesarias, sino también las mejoras útiles establecidas en el art. 11 Ver Texto , de la ley 13246.

Agrega el art. 2466 Ver Texto que el tenedor puede retener la cosa hasta ser indemnizado por el poseedor de las mejoras necesarias que hubiese hecho. Es una mera aplicación de los principios generales relativos al derecho de retención. Pero también aquí hay que tener en cuenta la causa de la obligación; porque si se tratare de un contrato de comodato, el comodatario carece del derecho de retención (art. 2278 Ver Texto).

1111/250

250. RESTITUCIÓN DE LA COSA Y TERCEROS QUE LA PRETENDEN.— El tenedor está obligado a restituir la cosa al poseedor de quien él la recibió, aunque haya otros que la pretendan; sin embargo, la ley lo obliga en caso de que esa pretensión se haya formalizado, a citar a esos pretendientes (art. 2467 Ver Texto).

Esta solución tiene por objeto salvaguardar los derechos de esos terceros que pueden ser legítimos; pero la oposición de estos, no puede impedir que el tenedor cumpla sus obligaciones con el poseedor de quien él recibió la cosa. Sin embargo, al citación de los terceros les da oportunidad para pedir el embargo de la cosa, si fuera legalmente procedente. Lo que significa que si bien el tenedor devolverá siempre la cosa a la persona de quien la recibió, no obstante la eventual oposición de terceros, la citación de estos no está desprovista de interés para ellos.

Hay que agregar que aunque la ley establece que la restitución debe ser hecha con citación de los terceros que pretendan la cosa, no establece sanción para el caso de que esa citación se haya omitido. Sin embargo, pensamos que si como consecuencia de esa devolución el tercero sufriese algún perjuicio (por ejemplo porque la cosa se haya perdido en poder del poseedor) el tenedor deberá los daños y perjuicios correspondientes al tercero que demostrase tener un legítimo derecho sobre la cosa. A condición, claro está, de que el tercero hubiere notificado de forma fehaciente al tenedor de la pretensión que tiene sobre la cosa. No bastaría el simple conocimiento más o menos directo o indirecto que el tenedor pudiera tener en esa pretensión, mientras ésta no se traduzca en hechos positivos del pretensor destinados a evitar la entrega lisa y llana de la cosa, sin conocimiento suyo.

Sin embargo, esta regla general tiene sus modificaciones en las regulaciones especiales de los distintos contratos que confieren la tenencia; así, por ejemplo, el locatario que sabe que la cosa no pertenece al locador porque ha sido hurtada o su dueño la perdiera, debe hacer depósito judicial de ella con intervención de la persona a quien la cosa pertenece o del locador (art. 1612 Ver Texto); el depositario que llega a descubrir que la cosa ha sido hurtada, y quién es su dueño, debe hacer saber a éste el depósito para que lo reclame en un corto tiempo, y sólo en el caso de que el dueño no la reclamare en un corto tiempo, el depositario debe entregar el depósito al depositante (art. 2215 Ver Texto); análoga es la obligación impuesta al comodatario (art. 2279 Ver Texto)

1111/251

251. CASO DE DEMANDA POR UN TERCERO.— En caso de que el tenedor fuera demandado por un tercero en razón de la cosa, debe nombrar al poseedor a cuyo nombre posee, bajo pena de no poder hacer responsable por la evicción al poseedor a cuyo nombre posee (art. 2464 Ver Texto).

La sanción que impone este artículo es la pérdida del derecho de hacer responsable por la evicción al poseedor de quién recibió la tenencia; ello, sin perjuicio de la acción de daños y perjuicios que tiene contra el demandante, y que surge del art. 2784 Ver Texto que hace pasible de daños y perjuicios a quien de mala fe se hace poseedor sin serlo (ver nota 6).

1111/252

252. RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS OCASIONADOS POR LA COSA.— El tenedor debe reputarse guardián de la cosa y, por consiguiente, es responsable a tenor del art. 1113 Ver Texto por los daños ocasionados con ella; vale decir, el principio es la responsabilidad, a menos que demuestre que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiese sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder (art. 1113 Ver Texto ; véase Tratado de Obligaciones, t. 2, nº 1467 y sig.).

1111/253

253. RELACIONES DE VECINDAD.— El tenedor de un inmueble está también obligado a someterse a todas las restricciones y límites del dominio que se refieren particularmente a las molestias ocasionadas a los vecinos como, por ejemplo, las derivadas de los arts. 2618 Ver Texto , 2621 Ver Texto y sigs. (ver nota 7). Lo que se explica muy simplemente porque como se trata de evitar molestias a los vecinos tanto puede ocasionarlas el dueño como el simple tenedor.

1111/10680

§ 4. Defensa de la tenencia

1111/254

254. DEFENSA DE HECHO.— Según el art. 2470 Ver Texto basta el hecho de la posesión para conferir el derecho de protegerse por sí mismo y repulsar la fuerza con el empleo de una fuerza suficiente en el caso en que los auxilios de la justicia llegaran demasiado tarde. La doctrina es unánime en considerar que al hablar del hecho de la posesión el Código incluye asimismo a la mera tenencia (ver nota 8); lo que es lógico, pues en definitiva de lo que se trata es de poner un obstáculo más a la pretensión de los terceros de hacerse justicia por su propia mano. Más aún: no ya lo tenedores, sino también los simples servidores de la

posesión, tienen este derecho. Remitimos en este punto a lo que dijimos en su oportunidad (n° 240).

1111/255

255. ACCIONES E INTERDICTOS POSESORIOS.— Después de la reforma introducida por la ley 17711, las acciones e interdictos posesorios son comunes a la posesión propiamente dicha y a la mera tenencia. Nos remitimos sobre este punto, a lo dicho anteriormente (n° 189 y sig.).

(nota 1) GENTILE, *Il Possesso*, n° 15.

(nota 2) Así lo dijo el Tribunal de Milán, 27/7/1956, cit. por GENTILE, *Il possesso*, n° 15, quien adhiere a la doctrina del Tribunal y agrega que conforme a esta tesis, para que se pueda atribuir importancia al *animus possidendi*, es necesario que no subsista la preclusión derivada de un título de condición precaria: la condición de inquilino, comodatario, representante, etc., más que excluir el *animus possidendi*, lo vuelve irrelevante.

(nota 3) Véase ENNECERUS-KIPP-WOLFF, t. 3, vol. 1, § 6, p. 35.

(nota 4) ENNECERUS-KIPP-WOLFF, loc. cit. en nota anterior; era también al solución propiciada por el proyecto de 1936, art. 1430. Véase en igual sentido LAFAILLE, t. 1, n° 209.

La expresión “servidor de la posesión” la acuñó BEKKER (ENNECERUS-KIPP-WOLFF, loc. cit.).

(nota 5) De acuerdo: SALVAT, t. 1, n° 380.

(nota 6) MACHADO, t. 6, nota. al art. 2464, p. 392; LAFAILLE, t. 1, n° 205; ARGANARAZ, en SALVAT, t. 1, n° 388, nota 27 a); LEGÓN, t. 2, p. 103.

(nota 7) LAFAILLE, t. 6, n° 205 in fine.

(nota 8) MACHADO, t. 6, p. 3099, texto y nota al art. 2470; SALVAT, t. 1, n° 381; LAFAILLE, t. 1, n° 203; etc.

1111/10690

DOMINIO

1111/10700

CAPÍTULO VII - DOMINIO

1111/10710

§ 1. Conceptos generales

1111/256

256. LA PROPIEDAD Y LA CUESTIÓN SOCIAL.— En las páginas iniciales de este Tratado de Derecho Reales, hemos aludido a uno de los temas dominantes del siglo XX: la propiedad y la cuestión social. Remitimos ahora a lo que entonces dijéramos. Sólo deseamos recordar nuestra conclusión, válida al menos en nuestro país, inserto en la civilización cristiana: la propiedad es el derecho más completo y pleno que se pueda tener sobre una cosa; pero no es absoluto. Tiene una función social que lo legitima y lo dignifica. Y el gran problema de nuestro tiempo es cómo conciliar el derecho del dueño con los intereses sociales, cuál será la medida de la socialización hacia la cual tiende el mundo occidental; cuáles, en fin, los límites de ese proceso de socialización, pasados los cuales el derecho de propiedad queda afectado en sus esencias y pierde el gran papel de estímulo de la economía, de incentivo en la actividad humana y queda destruido como derecho natural. Estos son problemas propios de la política y la economía y exceden del marco propio de un Tratado de Derecho Civil. Lo que no quiere decir que los civilistas debamos permanecer ajenos e indiferentes ante el problema. Por el contrario, los juristas deben ser particularmente sensibles a los requerimientos de su tiempo; como dice Josserand, deben vivir en su época, si no quieren que ésta viva sin ellos (ver nota 1).

En el gran tema de la propiedad, la nueva concepción de ese derecho debe despertar la inquietud de los civilistas para promover las indispensables reformas y para interpretar la ley del modo que mejor se adecue a la sensibilidad de nuestro tiempo; lo cual no significa,

por cierto, que los juristas deban plegarse a la última teoría de moda. Por el contrario, su conocimiento de la historia del derecho y del derecho comparado, su alejamiento de la lucha política, debe darles la serenidad suficiente para discernir entre lo trascendental y lo efímero de las nuevas ideas.

1111/257

257. CONCEPTO DEL DERECHO DE PROPIEDAD EN EL C. CIVIL Y EN LA LEY 17711.— Ninguna legislación ha afirmado de modo tan enfático como lo hiciera nuestro C. Civil, el carácter absoluto del derecho de propiedad. Después de definirlo como el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona (art. 2506 Ver Texto), se decía en el art. 2513 Ver Texto : es inherente a la propiedad el derecho de poseer la cosa, de disponer o de servirse de ella, de usarla y gozarla según la voluntad del propietario. Él puede desnaturalizarla, degradarla o destruirla. Y todavía en el artículo siguiente se agregaba que el ejercicio de estas facultades no puede serle restringido porque tuviera por resultado privar a un tercero de alguna ventaja, comodidad o placer, o traerle algunos inconvenientes con tal que no ataque su derecho de propiedad. La nota al art. 2513 Ver Texto refirma todavía estos conceptos. Luego de recordar que en el Derecho Romano el *ius abutendi* expresaba solamente la idea de la disposición y no de la destrucción de la cosa, agrega que, empero, es preciso reconocer que siendo la propiedad absoluta, confiere el derecho de destruir la cosa. “Toda restricción preventiva tendría más peligros que ventajas. Si el gobierno se constituye juez del abuso, ha dicho un filósofo, no tardaría en constituirse juez del uso, y toda verdadera idea de propiedad y libertad sería perdida”.

Son términos que hoy nos resultan sorprendentes e intolerables. Pero no hay que ser demasiado severo en el juicio respecto de nuestro codificador. Él expresó las ideas de su tiempo, sin duda, con un rigor excesivo, pero al hacerlo persiguió un propósito político. Se propuso afirmar enérgicamente el derecho de propiedad, para estimular la inmigración europea y la población y explotación de la inmensa pampa desierta. Por ello, Estanislao Zeballos ha podido decir, no sin razón, que nuestro código fue un código colonizador. Pero concluida lo que podríamos llamar la “conquista pacífica del desierto” por ganaderos y agricultores, una tal concepción del derecho de propiedad resultaba antisocial, anárquica, anticristiana (véase lo que decimos en el n° 2 y sig.).

La idea de que el propietario pueda destruir caprichosamente las cosas que le pertenecen, es hoy inadmisibles; ni siquiera puede considerarse legítimo el derecho de mantener improductiva la propiedad, de no hacerle rendir los frutos que razonablemente debe producir, si se la explota adecuadamente. En el derecho moderno nadie discute la legitimidad del impuesto sobre la renta potencial de la tierra, que es una forma de obligar al propietario a mantenerla en un buen pie de producción, para poder hacer frente a las cargas impositivas. Y donde por dificultades técnicas o de otro orden, no ha podido implantarse este impuesto, es sustituido por contribuciones directas cada vez más gravosas, cuyo

propósito, en el fondo, es el mismo. Todo lo cual se explica perfectamente, porque la propiedad, particularmente la propiedad de los bienes que sirven para producir otros, tienen una función social que cumplir. Por ello es que la propia Encíclica *Populorum Progressio* reconoce el derecho de expropiar una cosa deficientemente explotada.

1111/258

258.— La Constitución de 1949 fue el primer intento de limitar el carácter absoluto del derecho de propiedad, expresado en los arts. 2513 Ver Texto y 2514 del C. Civil. Dispuso que la propiedad tiene una función social. Derogada aquella reforma constitucional, esas disposiciones recobraron pleno vigor, aunque la jurisprudencia se había encargado ya de atenuar las consecuencias que podían surgir de la aplicación rigurosa de estos textos.

Finalmente, la ley 17711 sustituyó los antiguos arts. 2513 Ver Texto y 2514 por dos nuevos textos que alteran fundamentalmente el concepto de la propiedad, introduciendo una reforma que, quizás más que cualquier otra, pone claramente de relieve el cambio de filosofía que supuso la reforma introducida al Código por la ley 17711 .

El nuevo art. 2513 Ver Texto dice así: Es inherente a la propiedad el derecho de poseer la cosa, disponer o servirse de ella, usarla y gozarla conforme a un ejercicio regular. Y el siguiente agrega: El ejercicio de estas facultades no puede ser restringido, en tanto no fuere abusivo, aunque privare a terceros de ventajas o comodidades.

Como puede apreciarse se mantiene el derecho de servirse de la cosa, usarla, gozarla y disponer de ella, pero se suprime el derecho de desnaturalizarla, degradarla o destruirla. Se suprime también la frase “según la voluntad del propietario” para indicar que no se trata de un derecho absoluto que depende del mero arbitrio de éste; y para que no quede ninguna duda de que éste es el significado de la reforma, se agrega que todos los derechos inherentes a la propiedad (uso, goce y disposición) deben conformarse a un “ejercicio regular”, es decir normal, no abusivo. En el artículo siguiente se insiste en este concepto al afirmar que el ejercicio de estas facultades no puede ser restringido en tanto no fuere abusivo.

La idea es clara. La cosa puede ser usada, gozada y dispuesta por su propietario de una manera regular, no abusiva, y conforme con el art. 1071 Ver Texto (ref. por ley 17711) se entenderá por ejercicio abusivo del derecho el que contraría los fines que la ley tuvo en cuenta al reconocerlo o el que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

Se ha dicho ya que en el derecho moderno, la propiedad tiene una función social que

cumplir. Por consiguiente, cada vez que el derecho de propiedad sea ejercido de una manera antisocial, es decir contraria a los derechos de la comunidad, ese ejercicio será abusivo y no tendrá el amparo de la ley.

La gran cuestión en lo que atañe a la reglamentación del derecho de propiedad es conciliar de modo satisfactorio el interés individual y el social. Para lograr, PUGLIATTI propone las siguientes bases: a) Eliminar el virtual conflicto entre interés público e interés privado, haciendo que éste no constituya un obstáculo para la vigencia del primero; b) Encontrar el justo equilibrio entre la tutela acordada al interés privado y al público, de modo que el logro de éste pueda obtenerse mediante el logro del primero; c) Dosar exactamente el medio empleado respecto de los fines que se procura conseguir, de modo que el sacrificio del individuo sea el perfecto equivalente de la ventaja colectiva, y no sólo por la consideración de un principio económico, sino, sobre todo, por la realización de un ideal ético. En síntesis, agrega, los principios que deben presidir la configuración jurídica entre el ciudadano y el Estado moderno se resumen en la obligación de todos los ciudadanos de contribuir con todos los medios, patrimoniales y personales, al logro del interés público, sacrificando todo lo necesario, pero no más de lo necesario, de modo que pueda valorar el significado ético del sacrificio en la correspondencia del resultado y de modo que se eviten inútiles dispersiones o destrucciones de valores o de riquezas (ver nota 2).

1111/259

259. CARACTERES.— El derecho de propiedad tiene los siguientes caracteres:

a) Es un derecho real, puesto que implica un relación directa entre el dueño y la cosa;

b) Es el más amplio y completo derecho de señorío que se pueda tener sobre una cosa. Lo que no significa decir que sea absoluto e ilimitado, sino sólo que es el más extenso derecho que se pueda tener sobre una cosa conforme con el régimen legal vigente. Abarca en sí a todos los otros derechos reales que se ejercen por la posesión, los cuales pueden considerarse como meros desgajamientos o desprendimientos de este señorío total que es la propiedad.

Debemos anotar que el art. 2506 Ver Texto lo define como el derecho real en virtud del cual una cosa se halla sometida a la voluntad y acción de una persona. Sin ser falsa o errónea, esta definición se caracteriza por su imprecisión evidente (ver nota 3), porque también sería aplicable a otros derechos reales, por ejemplo, la posesión y el usufructo, y porque no expresa los rasgos que la distinguen de ellos.

Puntualicemos una idea que se desprende de este texto. Según el art. 2506 Ver Texto el

derecho de propiedad es el que se tiene sobre una cosa; no se puede ser propietario de derechos. La llamada propiedad intelectual es una evidente impropiedad.

c) Es perpetuo; no se pierde por el desuso o pérdida de la posesión de la cosa en tanto un tercero no la haya poseído por el término legal de la usucapión (art. 2510 Ver Texto). Puede ocurrir, en efecto, que nadie haya tomado posesión de la cosa, o que ésta haya tenido varios poseedores sucesivos que sin unir sus posesiones la hayan luego abandonado, antes de cumplir el plazo de la usucapión; el derecho de propiedad subsiste en cabeza de su titular indefinidamente.

Este carácter de perpetuidad está discutido en el derecho moderno. No parece razonable que quien ha procedido con incuria, desentendiéndose de la posesión efectiva de la cosa, que la ha dejado inculta con grave perjuicio social y con desconocimiento de los deberes que importa la propiedad, no tenga la sanción de la pérdida de su derecho.

El no ejercicio prolongado del derecho de propiedad debería hacer perder el dominio en favor del Estado.

d) No es absoluto. Conforme con el art. 2513 Ver Texto , debe ser ejercido en forma regular, es decir, adecuada a lo que es normal, corriente; de manera no abusiva, agrega el art. 2514. Sería notorio abuso degradarla o destruirla, derechos que le reconocía el antiguo art. 2513 Ver Texto y que quedaron eliminados por la ley 17711 , que ha venido a infundir al derecho de propiedad un espíritu nuevo, impregnado de contenido social. El art. 2514 Ver Texto refirma, con referencia concreta al derecho de propiedad, la regla general del art. 1071 Ver Texto que condena el abuso del derecho.

Se afirma también que el dominio es exclusivo (art. 2508 Ver Texto). Pero ello es exacto sólo en el sentido de que dos personas no pueden tener al mismo tiempo un dominio exclusivo sobre una cosa. Lo que más que un carácter del dominio es una perogrullada. Porque lo cierto es que varias personas pueden ser condóminos de la misma cosa y que su derecho se extiende no a una parte concreto de ella, sino que se ejerce sobre toda la cosa. De igual modo, el dominio puede coexistir con otros derechos reales (hipoteca, prenda, anticresis, usufructo, uso, servidumbres). En consecuencia, consideramos imposible sostener que la exclusividad sea un carácter propio del dominio.

1111/260

260.— Se vincula con el tema que acabamos de tratar este otro: ¿importa obligaciones el dominio? Hasta hace no mucho tiempo, se lo concibió simplemente como un derecho. No es que el liberalismo, del cual fue fiel expresión el Código de VÉLEZ SARSFIELD,

olvidase el interés social, sino que consideraba que toda interferencia del Estado en el libre y absoluto ejercicio del derecho de propiedad, se traducirá en trabas que en definitiva perjudicarían la producción; el máximo rendimiento de la propiedad, particularmente de la propiedad inmueble, debía esperarse, según ese punto de vista, del incentivo que significaba el ejercicio de un derecho sin trabas ni retaceos.

Pero esta concepción, ya se ha dicho, está en crisis. Y por ello cabe preguntarse si la propiedad es sólo un derecho o si más bien es un complejo de derechos y obligaciones. El mundo moderno tiende a considerarla más bien como un derecho y un deber, o si se quiere, como una situación jurídica de la que derivan derechos y deberes. Verdad es que el acento está puesto sobre los primeros y es bueno que así sea para no desvirtuar la esencia de la propiedad; pero no por ello deja de ser importante —crecientemente importante— la otra faz, la de las obligaciones. Ya la idea está implícita en los impuestos que gravan la propiedad, particularmente la tierra. Aunque estas leyes persiguen un propósito fundamentalmente fiscal, ya es algo hacer pesar sobre los propietarios, más que sobre los demás ciudadanos, la carga de allegar recursos para los gastos públicos. Pero algunos impuestos van más allá y están inspirados en el propósito de servir de acicate para aumentar la producción de la tierra, como son el impuesto sobre la renta potencial y otros que sin llevar ese nombre, están basados en la capacidad de producción de un predio. Estos impuestos se fundan en la obligación del propietario de hacer producir normalmente a su tierra.

Pero el problema no se agota en una cuestión impositiva. El propietario de un latifundio, según la sensibilidad moderna, no tiene derecho a mantenerlo improductivo por más que pague todos los impuestos. La Encíclica *Popularum Progressio* sienta el principio de que tales bienes deben ser expropiados, pues no es posible legitimar la conducta abusiva de quien es un obstáculo para la mayor producción de bienes en un mundo que todavía, en vastas regiones, se halla castigado por el hambre y la miseria. Esa expropiación se ha llevado a cabo en nuestros días en diversos países, particularmente en Latinoamérica, con o sin indemnización (o con una indemnización apenas teórica). Y aunque no podemos aprobar esta confiscación de la propiedad privada, la señalamos como un ejemplo de la nueva mentalidad que ve en la propiedad no sólo derechos sino también obligaciones.

(nota 1) JOSSERAND, t. 2, vol. 1, n° 558.

(nota 2) PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, 1964, p. 108.

(nota 3) Así lo hacen notar BIBILONI, nota al art. 2283 del Anteproyecto; ARGAÑARAZ, en SALVAT, t. 2, n° 612, nota 31 a; ALLENDE, *Paranorama de derechos reales*, p. 85; MARIANI DE VIDAL, *Curso de derechos reales*, t. 1, p. 211.

1111/10720

§ 2. Contenido

1111/261

261. DERECHOS INHERENTES AL DOMINIO.— La propiedad supone los siguientes derechos:

1) El derecho de servirse de la cosa, usarla y gozarla conforme a un ejercicio regular (art. 2513 Ver Texto). Queda comprendido aquí lo que los romanos llamaban el *ius utendi* (derecho de usar) y el *ius fruendi* (derecho de obtener o sacar los frutos de la cosa). Este es el contenido esencial del derecho de propiedad; la posibilidad de gozar de la cosa en su sentido más amplio, ya sea para vivienda, comodidad, recreo, o para obtener de ella los frutos que produce, sean naturales o civiles.

El artículo 2516 Ver Texto hace una aplicación de esta idea al disponer que 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 prohibir que en sus inmuebles se ponga cualquier cosa ajena; que se entre o pase por ella. Puede encerrar sus heredades con paredes, fosos o cercos, sujetándose a los reglamentos policiales. Y el artículo siguiente agrega que poniéndose alguna cosa en terreno o predio ajeno, el dueño de éste tiene derecho para removerla sin previo aviso, si no hubiese prestado su consentimiento. Se trata de meras aplicaciones del señorío que confiere el dominio, es decir de la exclusiva facultad de uso y goce que tiene el dueño sobre la cosa. Por ello mismo, bien pudieron omitirse, porque son sobreabundantes. Agrega el art. 2517 Ver Texto en su último párrafo que si el propietario hubiese prestado consentimiento para que un tercero colocase la cosa en su propio terreno para un fin determinado, no tendrá derecho para removerla antes de llenado el fin. También era innecesario decirlo, porque se trata de una mera aplicación del principio de la libertad de las convenciones y del derecho que tiene el propietario de limitar la plenitud del ejercicio del uso y goce de la cosa con los actos jurídicos que celebre con terceros; punto del que hablaremos en seguida.

2) El derecho de disponer de la cosa, que supone no sólo el de enajenarla, sino el de alquilarla o arrendarla, gravarlas con servidumbres, prendas, hipotecas, usufructos, anticresis, etc. (art. 2515 Ver Texto). Inclusive puede abdicar su propiedad, abandonando simplemente la cosa sin transmitirla a otra persona (art. 2515 Ver Texto , último párrafo). Este derecho de disponer es el llamado *ius abutendi* por los romanos. Así lo destaca VÉLEZ

SARFIELD en la nota al art. 2513 Ver Texto , en la que dice que la palabra abuti sólo expresa la idea de disponer y no la de destruir (ver nota 1).

1111/262

262.— El art. 2514 Ver Texto (ref. por ley 17711) agrega que el ejercicio de estas facultades no puede ser restringido, en tanto no fuere abusivo, aunque privare a terceros de ventajas o comodidades. Cabe consignar que en la anterior redacción, el único límite al ejercicio de las facultades del propietario era que no se atacase el derecho de propiedad de terceros. En su nueva formulación, el concepto es mucho más amplio. No se trata ya solamente de la lesión al derecho de propiedad de otro, sino de todo uso abusivo que perjudicase a un tercero, aunque no fuere justamente en su propiedad. Tal sería el caso, tomado de la jurisprudencia francesa, del espantapájaros colocado en terreno propio pero ejecutado con un notable parecido al vecino y con un aspecto particularmente ridículo (ver nota 2).

1111/263

263. RESTRICCIONES A LAS POTESTADES DEL DUEÑO.— Sin perjuicio de volver a recordar que las potestades del dueño no son absolutas, lo que ya establece una muy importante limitación, debemos señalar otras que surgen de textos concretos:

a) Los propietarios no pueden gravar la cosa sino con aquellos derechos reales expresamente establecidos y admitidos por la ley (art. 2502 Ver Texto). De lo contrario se correría el riesgo de desnaturalizar el mismo derecho de propiedad, de crear confusión y desorden en el régimen inmobiliario, con la secuela de serios inconvenientes de orden económico y social.

b) En sus contratos onerosos, el propietario no puede vender la cosa con cláusula de no enajenar (art. 2612 Ver Texto), salvo que se refiera a determinada persona (art. 1364 Ver Texto); en las liberalidades, las cláusulas de no enajenar o no dividir el condominio están también muy limitadas. Pero si bien se mira, la prohibición de las cláusulas que prohíben enajenar o dividir el condominio no son una restricción al derecho de propiedad, sino un medio de defender su plenitud. Porque el derecho que interesa es el actual, es decir el que tiene el que adquirió la cosa. Y lo que el legislador quiso es que ese derecho quedase desembarazado de toda traba.

c) La libertad de disponer por testamento está limitada por la legítima que se reconoce a los herederos forzosos.

d) Los arts. 2611 Ver Texto y siguientes imponen una serie de restricciones derivadas de la vecindad, sin perjuicio de las que son impuestas en el solo interés público, que están regidas por el derecho administrativo. Entre éstas podemos citar, a manera de ejemplo, las reglamentaciones municipales que establecen en ciertas calles una altura máxima o una altura uniforme, que regulan cómo deben ser los frente de los edificios, la altura de los techos, el grueso de las paredes, las instalaciones sanitarias, etc.

e) Diversas leyes han impuesto restricciones al dominio fundadas en razones circunstanciales. El ejemplo más notable y característico ha sido el de las leyes llamadas de prórroga de los arrendamientos rurales y de las locaciones urbanas que significaron para el propietario la pérdida (o, al menos, la postergación sine die) de su derecho a recuperar la cosa al término del contrato.

(nota 1) No obstante lo cual VÉLEZ se inclinó por atribuir al propietario las más amplias facultades (art. 2315 Ver Texto y su nota).

(nota 2) Caso citado por SALVAT, t. 2, n° 632.

1111/10730

§ 3. Extensión del dominio

1111/264

264. PRINCIPIO.— El problema de la extensión del dominio se plantea, claro está sólo respecto de los inmuebles; las cosas muebles son en su totalidad pertenecientes al dueño y no hay respecto de este punto cuestión alguna. Pero sí la hay respecto de los inmuebles. ¿Qué abarca esta propiedad? ¿Hasta dónde se extiende?

Fiel al criterio dominante de su época y al concepto del carácter absoluto e ilimitado de la propiedad, VÉLEZ SARSFIELD dispuso en el art. 2518 Ver Texto , que la propiedad del suelo se extiende a toda su profundidad, y al espacio aéreo sobre el suelo, en líneas perpendiculares. Los glosadores siguiendo una expresión al parecer acuñada por Cino de Pistoia, decían que la propiedad se extiende hasta el cielo y hasta el infierno.

Esta fórmula que hoy nos parece anacrónica, se explicaba en una época en que los medios técnicos no permitían otros aprovechamiento del espacio aéreo que no fuera por medio de construcciones; y en que el aprovechamiento del subsuelo era parecidamente limitado. Pero extender el dominio más allá de donde resulte aprovechable para el propietario, es un absurdo jurídico. Por ello, los códigos modernos extienden el derecho de propiedad en altura y en profundidad sólo a lo que sea necesario para el ejercicio o para la utilización del predio (código suizo, art. 667; brasileño, art. 526; italiano, art. 840; portugués, art. 1344, ap. 2). La misma idea se expresa en el art. 1471 del Proyecto de 1936 y en el art. 1484 del Anteproyecto de 1954. Otra consecuencia rigurosa del principio sentado por el art. 2518 Ver Texto era la prohibición de la división de los edificios en propiedad horizontal, tal como efectivamente lo disponía el art. 2617 Ver Texto . La ley 13512 , de propiedad horizontal, vino a poner término a un sistema que se aviene con las actuales necesidades económicas.

1111/265

265. ESPACIO AÉREO.— Luego de sentado el principio de que la propiedad se extiende en líneas perpendiculares hacia arriba y abajo, el art. 2518 Ver Texto agrega en su tercer párrafo: el propietario es dueño exclusivo del espacio aéreo; puede extender en él sus construcciones, aunque quiten al vecino la luz, las vistas u otras ventajas; y puede también demandar la demolición de las obras del vecino que a cualquier altura avancen sobre ese espacio.

Ya hemos dicho que, en el derecho moderno, este principio es sólo aplicable al espacio aéreo que resulte de utilidad práctica para el propietario y que de ninguna manera impide el tránsito aéreo. Este principio elemental de lógica y buen sentido ha sido sancionado con fuerza de ley por el Código Aeronáutico según el cual el despegue, la circulación y el aterrizaje de aeronaves es libre en el territorio nacional y nadie puede en razón de su derecho de propiedad oponerse al paso de una aeronave, sin perjuicio del derecho a reclamar indemnización si le produjera algún daño (art. 3 y 5 , ley 17285).

Pero no es esto sólo. El párrafo del art. 2518 Ver Texto está redactado en términos excesivamente enfáticos y absolutos y hoy debe ser interpretado a la luz del nuevo art. 2514 Ver Texto , según el cual el ejercicio del derecho de propiedad no debe ser abusivo. Ya antes de la sanción de la ley 17711 , nuestros Tribunales habían decidido que era abusiva la pretensión de un propietario de un predio urbano, de reivindicar una estrecha franja ocupada por la edificación del vecino (ver nota 1); o su pretensión de demoler unos ornamentos de la construcción del vecino, que habían avanzado sólo unos pocos centímetros sobre el jardín del accionante (ver nota 2). Además, las reglamentaciones municipales tienden precisamente a evitar que las construcciones priven de luz y aire a los vecinos. y es que la adecuada utilización del espacio aéreo con construcciones, interesa no solamente al propietario, sino a toda la comunidad; en igual criterio están inspirados los

arts. 2615 Ver Texto , 2618 Ver Texto (ref. por ley 17711), 2621 Ver Texto , 2622, 2623, 2624, 2625, 2627 Ver Texto , 2628, 2631 Ver Texto , 2658 Ver Texto , 2659, etc.

1111/266

266. SUBSUELO.— Ya dijimos que conforme con la primera parte del art. 2518 Ver Texto la propiedad se extiende a toda su profundidad, y agrega la referida norma: comprende todos los objetos que se encuentran bajo el suelo, como los tesoros y las minas, salvo las modificaciones dispuestas por las leyes especiales sobre ambos objetos. Respecto de las minas el Código de Minería ha invertido el principio, pues establece en su art. 7 que las minas son bienes privados de la Nación o de las Provincias según el territorio en el que se encuentren. Sólo pertenecen al dueño del suelo las producciones minerales de naturaleza pétreo o terrosa y en general todas las que sirven para materiales de construcción y ornamentos, cuyo conjunto forman las canteras (art. 5 , Código de Minería).

La ley 17711 avanzó más todavía en este aspecto. Declara perteneciente al dominio público nacional, toda agua que tenga o adquiera aptitud de satisfacer usos de interés general, comprendiéndose las aguas subterráneas, sin perjuicio del ejercicio regular del derecho del propietario del fundo de extraer las aguas subterráneas en la medida de su interés y con sujeción a la reglamentación (art. 2340 Ver Texto , inc. 3º). Es una disposición capital, llamada a tener gran repercusión en muchas regiones hasta ahora desérticas de nuestro país pero dotadas de caudalosas napas subterráneas. Lo que a nosotros nos interesa es dejar sentado que las aguas subterráneas no pertenecen ya al dueño del suelo sino al dominio público, al Estado, que, sin embargo, le reconoce al propietario el derecho de extraerla en la medida de su interés y de acuerdo a la reglamentación que se dicte. La idea es que el propietario pueda utilizar como hasta ahora las aguas subterráneas pero siempre que ello no perjudique el interés general. Así, por ejemplo, podría ocurrir que una utilización excesiva por parte de uno de los propietarios, redujera o inutilizara la napa acuífera de los propietarios vecinos, o que haga imposible un aprovechamiento regulado por el Estado en beneficio de toda la zona de las aguas subterráneas.

La ley 17711 , al reformar el art. 2340 Ver Texto (inc. 9º), incluyó también entre los bienes del dominio público del Estado las ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos de interés científico. Es decir, tampoco a ellos se extiende el dominio del propietario del suelo.

1111/267

267. ACCESORIOS, FRUTOS, PRODUCTOS.— Como principio, el propietario de la cosa principal, es dueño de las accesorias (art. 2520 Ver Texto). Esta regla se aplica tanto a las cosas muebles como a las inmuebles. Respecto del concepto de cosas principales y accesorias, véase nuestro Tratado de Parte General, t.2, nº 790 y siguientes.

El problema es particularmente importante respecto de los inmuebles. Por ello, el Código les ha consagrado algunas disposiciones especiales que veremos a continuación:

a) El art. 2519 Ver Texto establece que todas las construcciones, plantaciones y obras existentes en la superficie interior de un terreno, se presumen hechas por el propietario del terreno y que a él pertenecen si no se probare lo contrario.

Este artículo contiene dos presunciones: 1) que las construcciones o plantaciones han sido hechas por el propietario, lo que significa que si el usufructuario, locatario, etc., pretende haberlas hecho él, debe probarlo; 2) que esas cosas pertenecen al propietario. El Código agrega: si no se probase lo contrario. Se trata de un evidente error; las construcciones plantaciones, pertenecen siempre al propietario del suelo, quienquiera sea el que las haya hecho. El poseedor, usufructuario, locatario, que las hubiera realizado tendrá derecho, en todo caso a una indemnización, pero no puede pretender la propiedad de una cosa que es accesoria al inmueble (ver nota 3); sólo debe hacerse excepción de las mejoras voluntarias que pueden retirarse sin causar perjuicio a la cosa. Esas mejoras pertenecen al poseedor o tenedor que las hubiera hecho, puesto que el art. 2441 Ver Texto lo autoriza a retirarlas del inmueble.

b) El art. 2521 Ver Texto establece que la propiedad de obras establecidas en el espacio aéreo que se encuentran sobre el terreno no causa la presunción de la propiedad del terreno; ni la propiedad de obras bajo el suelo, como una cantera, bodega, etc., tampoco crea en favor del propietario de ellas una presunción de la propiedad del suelo. Se trata de una disposición sobreabundante pues bastaba con el principio de que el dominio se extiende sobre el espacio aéreo y el subsuelo. De más está decir que si ese espacio o el subsuelo ha sido invadido por el vecino, eso no lo autoriza a pretender la propiedad del terreno.

c) En cuanto a los frutos y productos, el art. 2522 Ver Texto establece que la propiedad de una cosa comprende virtualmente la de los objetos que es susceptible de producir, sea espontáneamente, sea con la ayuda del trabajo del hombre; como también de los emolumentos pecuniarios que puedan obtenerse de ellas, salvo el caso que un tercero tenga derecho a gozar de la cosa y la excepción relativa del poseedor de buena fe. Se trata de una disposición confusa, cuando no errónea. Mientras los frutos y productos siguen unidos a la cosa principal, es obvio que pertenecen al dueño de la tierra, puesto que lo accesorio sigue la suerte de lo principal; o, para decirlo en palabras más precisas, porque mientras esos frutos o productos no han sido separados, forman con el suelo una sola cosa. Una vez separados, ellos pertenecen bien al dueño, bien al poseedor, usufructuario, locatario, arrendatario, conforme lo establezca la organización legal o contractual en cada una de estas situaciones jurídicas.

Todo esto es aplicable tanto a los frutos naturales (producidos espontáneamente) como a los industriales (producidos con ayuda del trabajo del hombre); pero, en cambio, es notoriamente inaplicable a los frutos civiles que, sin embargo, este artículo incluye también entre sus disposiciones. Puesto que los frutos civiles son las rentas que produce la cosa (intereses de capital, alquiler de una vivienda o de un predio agrícola), es claro que ese emolumento no forma una sola cosa con la principal. Ni es exacto que el propietario de la cosa sea propietario de dicho fruto, que no es otra cosa que dinero. El dinero pertenece a quien lo tiene en su poder. Será del propietario sólo cuando haya percibido el alquiler o interés, pero hasta ese momento será de quien debe pagarlo y lo tenía en su poder. En suma, lo que esta disposición significa es que mientras no se pruebe lo contrario, es al propietario a quien corresponde el derecho de percibir los frutos civiles.

Advertimos finalmente que al hablar la ley de los objetos que es susceptible de producir la cosa, alude tanto a los frutos como a los productos.

(nota 1) C. Civil Cap., Sala F, 16/5/1963, L. L., t. 111, p. 252 (donde se citan fallos publicados en J. A., t. 72, p. 97; J. A., 1947-I, p. 117; L. L., t. 45, pág. 288; C. Civil 1ª Cap., 21/5/1928, J. A., t. 27, p. 751. Adviértase que la reivindicación de esa estrecha franja supone la demolición del edificio o de una parte de él. Y que el rechazo de la reivindicación no excluye el derecho del acto de reclamar el precio del terreno invadido.

(nota 2) C. Apel. Dolores, Boletín Instituto de Enseñanza y Práctica de Bs. Aires, 1936, n° 62.

(nota 3) La doctrina es unánime: véase C. Civil. 1ª Cap., 27/6/1932, J. A., t. 38, p. 729; íd. 12/10/1934, J. A., t. 47, p. 872; SALVAT, t. 2, n° 659; MACHADO, t. 6, p. 500; LAFAILLE, t. 1, n° 490; PEÑA GUZMÁN, Derechos reales, t. 2, n° 461.

1111/10740

§ 4. Garantías

1111/268

268. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL.— La Constitución del 53 garantizó de la

manera más enfática el derecho de propiedad al declararlo inviolable y sentar el principio de que ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella sino en virtud de sentencia fundada en ley (art. 17 Ver Texto). Interpretando este texto legal y guardando coherencia con él, la Corte Suprema de la Nación ha declarado que quedan involucrados dentro de dicha garantía, todos los derechos adquiridos de orden patrimonial (ver nota 1) o para decirlo con sus propios términos, “todos los intereses apreciables que un hombre pueda poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad” (ver nota 2).

En otras palabras, cuando la Constitución se refiere en el art. 17 Ver Texto a la propiedad, no la identifica con el dominio sino que la extiende a todos los derechos patrimoniales (sobre este tema véase n° 1).

Pero la inviolabilidad de la propiedad privada establecida en el art. 17 Ver Texto de la Constitución Nacional, no puede interpretarse con un rigor excesivo; en el fondo, ella no significa otra cosa sino que no puede afectarse ese derecho en sus cualidades sustanciales, lo que no impide dictar leyes que reglamenten su ejercicio (tal como la misma Constitución de 1853 lo reconoce en su art. 14 Ver Texto).

Manifestaciones notables de estas limitaciones al derecho de propiedad, fueron las leyes de arrendamientos agrícolas y locaciones urbanas, que la Corte Suprema declaró constitucionales o las leyes que admiten la legitimidad de la tasa del impuesto a los Réditos aun cuando exceda del 33%, límite que en cambio ha declarado no puede ser excedido por los impuestos al capital en el caso de la transmisión gratuita de bienes (ver nota 3).

La protección constitucional de la propiedad se confiere tanto a los particulares como frente al propio Estado.

1111/269

269. PROTECCIÓN FRENTE A PARTICULARES.— Frente a los particulares, el propietario está protegido por las acciones reales (reivindicatoria, confesoria y negatoria) de las que nos ocuparemos más adelante; y por las acciones e interdictos posesorios, que ya hemos tratado.

Todas ellas forman un conjunto de remedios que confieren al propietario una sólida defensa contra los ataques ilegítimos de que pueda ser objeto por parte de otros particulares. Ciertamente es que las acciones e interdictos posesorios pueden volverse, en algunos casos, contra el propio dueño; pero como la situación normal es que el propietario sea al mismo tiempo el poseedor, esas acciones e interdictos son también normalmente una importante y efectiva protección de sus derechos.

1111/270

270. PROTECCIÓN FRENTE AL ESTADO.— El principio de la inviolabilidad de la propiedad derivada —interpretando de la manera que lo hemos hecho anteriormente— tiene dos consecuencias esenciales: 1) deben considerarse inconstitucionales las leyes que afectan sustancialmente el derecho de propiedad; así lo ha hecho la Corte Suprema en numerosas oportunidades; 2) el Estado no puede expropiar un bien sino por causa de utilidad pública que debe ser calificada por ley y previamente indemnizada (art. 17 Ver Texto , Constitución Nacional). De este instituto de la expropiación nos ocuparemos más adelante.

(nota 1) Esta jurisprudencia es invariable; podemos citar, entre otros, los siguientes fallos: 15/12/1944, L. L., . 37, p. 401; 30/6/1940, L.L., t. 19, p. 794; 25/9/1939, L. L., t. 16, p. 205; 18/9/1939, J. A., t. 67, p. 729; 3/10/1938, J. A. t. 64, p. 13, etc.

(nota 2) C. S. N. 16/12/1955, Fallos,T. 145, p. 307 (caso Bourdieu c/Municipalidad de la Capital).

(nota 3) Corte Suprema Nacional 2/3/1956, L. L., t. 82, p. 239, con nota de GIULIANI FONROUGE; íd., 19/4/1940, L. L., t. 8, p. 926; etc. Agreguemos que durante algunos años el Tribunal si bien mantuvo el límite máximo del 33% para los herederos domiciliados en el país, admitió su elevación hasta el 50% tratándose de ausentes: 22/12/1948, L. L., t. 54, p. 256; íd., 6/9/1951, L. L., t. 64, pág. 495; pero más tarde ha vuelto sobre esta jurisprudencia manteniendo el límite máximo del 33% para todos los casos: 2/3/1956, L.L., t. 82, p. 239.

1111/10750

§ 5. Dominio imperfecto

1111/271

271. CONCEPTO Y DISTINTOS CASOS.— El Código Civil dedica un título (el VII del libro 3º) al llamado dominio imperfecto. El concepto está dado en dos disposiciones cuya claridad y precisión deja bastante que desear. En el art. 2507 Ver Texto se dice que el

dominio 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, etc. Por su parte, el art. 2661 Ver Texto repite la definición con algunas variantes: 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 suma, el dominio imperfecto es aquel en el cual los derechos del propietario están sujetos a fuertes restricciones ya sea porque la cosa no pertenece realmente al titular (dominio fiduciario), ya sea porque el dominio está sujeto a una condición resolutoria (dominio revocable), ya sea porque el titular del derecho de propiedad lo ha desmembrado, desprendiéndose de una parte de sus atribuciones, al gravar la propiedad con un usufructo, una servidumbre, etc.

1111/272

272.— Después de la sanción de la ley 17711 , cabe preguntarse si no existe hoy en nuestro derecho un nuevo tipo de dominio imperfecto: el que tiene quien ha adquirido de buena fe la posesión de un inmueble, mediando boleto de compraventa. Para nosotros es indudable la respuesta afirmativa. Él es poseedor legítimo (art. 2355 Ver Texto), tiene derecho a exigir la escritura del concurso, o quiebra del deudor, si se trata de un inmueble destinado a vivienda (art. 1185 bis Ver Texto . C. Civil y art. 150 Ver Texto , ley 19551) (ver nota 1), tiene las acciones posesorias (ver nota 2), puede rechazar las acciones reales que contra él intente hacer valer el enajenante (ver nota 3) y, por consiguiente, las que intenten los terceros a favor de quien es el enajenante haya firmado boleto de compraventa o haya escriturado el dominio (ver nota 4). Se le ha reconocido el derecho a interponer tercería de dominio en la ejecución hipotecaria seguida por el acreedor contra el enajenante que tenía inscripto el dominio a su nombre (ver nota 5), es decir, a ejercer una acción que sólo puede surgir del dominio. El vendedor puede ejecutar el bien cuya posesión ha transmitido (ver nota 6) y como es inconcebible ejecutar un bien perteneciente al que lo ejecuta, ello significa reconocer el dominio en cabeza de quien ostenta la posesión legítima. Finalmente, el adquirente por boleto de compraventa está protegido por el Código Penal contra el riesgo de que el titular hipoteque el bien (art. 173 Ver Texto , inc. 11).

Por consiguiente, quien ha adquirido el inmueble por boleto de compraventa y de buena fe, recibiendo la posesión, tiene una posición jurídica muy fuerte, con las características de un verdadero dominio. Pero limitado y, por lo tanto, imperfecto (ver nota 7), desde que la falta de escrituración e inscripción en el Registro le impide, como principio, oponer su derecho a terceros (art. 2505 Ver Texto) (ver nota 8) con las importantes salvedades que acabamos de enunciar; le impide también otorgar los actos que exigen la inscripción registral: los derechos reales de hipoteca, anticresis, usufructo, etc. Tampoco podrá transmitir el dominio pleno por falta de la posibilidad de escriturar.

(nota 1) Si bien el art. 1185 Ver Texto exige que se haya pagado el 25% del precio, por razones que damos en otro lugar (Tratado de Contratos, t. 1, n° 469 ter.), pensamos que esta exigencia no afecta al adquirente que ha recibido la posesión aunque no hubiera pagado aún el 25% del precio. De acuerdo: BUSTAMANTE ALSINA, nota en L. L., t. 131, p. 1274, n° V; MORELLO, J. A. Doctrina 1969, p. 502, nota 19; SPOTA, nota en E. D., t. 98, p. 821; LÓPEZ DE ZAVALÍA, Teoría del contrato, Parte General, p. 210. En contra, es decir, en el sentido de que el pago del 25% del precio es una condición inexcusable para ampararse en el art. 1185 Ver Texto, C. Civil: C. Civil Cap., Sala C, 24/9/1981, E. D., t. 96, p. 502, con nota nuestra, y L. L., 1982-A, p. 119, con nota de MARTÍNEZ RUIZ; C. Com. Cap. en Pleno, 8/7/1981, E. D., t. 94, p. 648.

(nota 2) WAYAR, Compraventa y permuta, § 405; MORELLO, El boleto de compraventa, t. 1, p. 120.

(nota 3) C. Civil 1ª Cap., 9/8/1946, J. A., 1946-III, p. 585; íd., 1/6/1933, J. A., t. 42, p. 545; C. Civil Cap., Sala A, 23/3/1955, J. A., 1955-II, p. 387; C. Civil 2ª La Plata, 15/9/1944, J. A., 1944-IV, p. 11; C. Apel. 2ª Córdoba, 28/8/1936, L., t. 3, p. 1038; Sup. Corte Mendoza, 9/11/1954, J. A. 1955-II, p. 215.

(nota 4) De acuerdo: C. Civil Cap., Sala C, 7/9/1976, E. D., t. 72, p. 381; SPOTA, nota en E. D., t. 98, p. 821; VENINI, nota en J. A., 1981-IV, p. 782.

(nota 5) S. C. Buenos Aires, 12/3/1974, E. D., t. 55, p. 202, con nota, nuestra y J. A., t. 22-1974, p. 451, con nota de MORELLO; adhirió WAYAR, Compraventa, § 406.

(nota 6) C. Civiles en Pleno Cap., 24/12/1940, E.D., t. 2, p. 555.

(nota 7) De acuerdo: BUSTAMANTE ALSINA, El boleto de compraventa inmobiliaria y su oponibilidad al concurso o quiebra del vendedor, L. L., t. 131, p. 1274, V, a y Derechos reales: la posesión, E. D., t. 25, p. 833, MOSSET ITURRASPE, Sentencia que condena a escriturar, J. A., t. 1976-I, p. 127. Esta doctrina ha sido acogida implícita pero claramente en el fallo de la S. C. Buenos Aires, citado en nota 271 bis; y más expresamente por la C. 1ª Apel. San Isidro, 3/4/1975, L. L., t. 1975-D, p. 102; de acuerdo, WAYAR, Compraventa, § 404; en contra MARTÍNEZ RUIZ, nota en L. L. 1982-A, p. 119.

(nota 8) En contra, sosteniendo que el poseedor por boleto puede oponer su derecho aun al acreedor hipotecario posterior a la entrega de la posesión; SPOTA, nota en E. D., t. 98, p.

821. VENINI, por su parte, sostiene que el poseedor por boleto sólo prevalece sobre el acreedor hipotecario si hubiera inscripto el boleto en Registro con anterioridad a la constitución de la hipoteca: J. A. 1981-IV, p. 782.

1111/10760

A.— DOMINIO FIDUCIARIO

1111/273

273. CONCEPTO; DISTINCIÓN CON EL ACTO SIMULADO.— El art. 2662 Ver Texto contiene una norma cuya interpretación ha dado lugar a dificultades. Dice así: 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.

El dominio fiduciario supone un transmitente o constituyente: un intermediario o dueño fiduciario y un destinatario final o fideicomisario.

Conforme con la opinión de algunos autores, el art. 2662 Ver Texto no tiene papel práctico alguno en nuestro derecho. Por lo pronto, es inaplicable en materia sucesoria, en donde la única sustitución admitida es la llamada vulgar, pero no la fideicomisaria (art. 3724 Ver Texto y nota). Y en lo que atañe a los actos entre vivos, el supuesto del art. 2662 Ver Texto caería dentro del concepto del mandato irrevocable, si el acto es ostensible o de la simulación por interposición de persona, si es oculto (ver nota 1).

A nuestro juicio, este enfoque del problema desconoce las diferencias entre acto fiduciario y acto simulado, que aunque muchas veces sutiles, existen. Sin duda, es preciso reconocer las analogías entre ellos: en ambas, el destinatario final del bien cuya propiedad se transmite es una tercera persona; en ambos, hay una persona interpuesta que en el primer caso se llamará fiduciario y en el segundo adquirente o dueño aparente, testaferro, etc. Tanto uno como otro pueden actuar exteriormente como verdaderos dueños y los actos de disposición que realicen tienen plena validez respecto de los terceros de buena fe. Se explica pues, que el negocio fiduciario pueda haber sido concebido en nuestro derecho como una simple hipótesis de simulación. Y en efecto lo es, cuando el traspaso de bienes se ha hecho en el solo interés del que transmitió el bien o del destinatario último. En estas hipótesis, fiducia y simulación se confunden. Pero en otras no. Supongamos que se transmita a una persona la propiedad de un bien por el plazo de cinco años, a cuyo término

debe transferir el dominio a un tercero. El propósito del transmitente es permitir que el fiduciario use y goce de la propiedad, perciba sus rentas y que, al cabo de un cierto tiempo, la transmita a un tercero. O bien puede transmitirse la propiedad como garantía del cumplimiento del pago de una obligación, satisfecha la cual el dominio se transmitirá al tercero.

Estos ejemplos ponen de relieve que no siempre el negocio fiduciario se confunde con el simulado (ver nota 2).

1111/274

274. INTERÉS PRÁCTICO.— El art. 2662 Ver Texto es en nuestro derecho una norma caída en desuso. En nuestras prácticas, nadie recurre al fideicomiso. Veamos las causas:

a) Una tradición derivada de la Revolución Francesa y trasvasada a través del Código Napoleón a la mayor parte de las legislaciones modernas, ve con prevención una institución que impedía la libre disposición y circulación de los bienes. Esa prevención (de la que como veremos, está lejos de participar el derecho anglosajón) hizo que se buscara por otros caminos las soluciones de los problemas que el fideicomiso pretende resolver.

b) Cuando el interés que se procura resguardar con el fideicomiso es exclusivamente el del destinatario final de los bienes, el fideicomiso ha sido sustituido bien sea por el mandato, bien sea por el negocio simulado por interposición de persona.

c) Cuando lo que se desea es transmitir la propiedad temporaria al fiduciario, para que éste goce y aproveche de ella durante un cierto plazo resolutivo para luego entregarla a su destinatario final, se recurre con ventaja a la transmisión de la nuda propiedad al destinatario definitivo, con reserva de usufructo en favor de quien sería el fiduciario. En caso de que se desee garantizar el pago de un crédito, se recurre al gravamen hipotecario o, en todo caso, a la anticresis.

d) Finalmente, la falta de reglamentación de la institución hace inciertos sus perfiles e imprecisos los derechos y obligaciones de las personas que intervienen en el acto, lo que mueve a los particulares a servirse de otras figuras jurídicas más conocidas y transitadas para regular sus relaciones.

De lo dicho en el punto c) se desprende claramente que si lo que las partes desean es concertar un negocio que satisfaga intereses del fiduciario, ello puede hacerse con ventaja por otras vías jurídicas. Obviamente, el papel económico del fideicomiso no es ese, sino el

de satisfacer los intereses del destinatario final de los bienes. Ese es el gran papel que el fideicomiso desempeña en el derecho anglosajón, en donde ha florecido como una institución plena de interés para el manejo de patrimonio ajenos, que son administrados por el trustee con una gran amplitud de atribuciones que hacen fluida, flexible y eficaz su actuación (ver nota 3).

1111/275

275. RÉGIMEN LEGAL.— Hemos dicho ya que el dominio fiduciario carece de reglamentación legal; pero la idea central de la institución está dada por el art. 2662 Ver Texto que habla de condición y plazo resolutive, lo que implica que el dominio del fiduciario tiene carácter resoluble. Además de este breve e insuficiente artículo, el 2841 Ver Texto dispone que el propietario fiduciario no puede establecer usufructo sobre los bienes gravados de sustitución.

De ello se desprende:

a) En las relaciones entre fiduciario y fideicomisario, la situación de ellos es la que surge naturalmente del dominio sujeto a plazo o condición resolutoria. Cumplido el plazo o condición, el fideicomisario tiene acción para obtener el traspaso del dominio. En cuanto a las mejoras hechas por el fiduciario, pensamos que debe ser reputado poseedor de buena fe, con todos los derechos que se derivan de tal condición.

b) En relación con los terceros, hay que distinguir los actos de disposición de los de administración. En cuanto a los primeros, el art. 2841 Ver Texto prohíbe al fiduciario establecer usufructo sobre el bien; con cuánta mayor razón estará impedido de enajenarlo. Salvo estas restricciones, deben considerarse válidos los derechos reales establecidos por el fiduciario, con la salvedad de que el cumplimiento del plazo o condición los hace caer, pues el fideicomisario tiene el derecho de recibir íntegro y sin restricciones el dominio.

Lo dicho es de aplicación estricta a los inmuebles, dando por sentado que en el título conste el carácter fiduciario del dominio, pues de lo contrario, el adquirente de buena fe y a título oneroso podrá ampararse en el art. 1051 Ver Texto para rechazar cualquier acción de nulidad de la venta hecha en su favor por el fiduciario.

Distinta solución hay que admitir si se trata de cosas muebles, en cuyo caso el tercero de buena fe adquirente de la cosa queda amparado contra toda eventual acción de reivindicación por efecto de lo dispuesto en el art. 2412 Ver Texto .

En cuanto a los actos de administración, refiéranse ellos a muebles o inmuebles, deben considerarse válidos los realizados por el fiduciario (ver nota 4).

(nota 1) En ese sentido: SALVAT, t. 2, nº 1188 y s.; SEGOVIA, t. 2, nota a los arts. 2664 Ver Texto y 2843 Ver Texto de su numeración.

(nota 2) Sobre la diferencia entre acto fiduciario y simulado, véase MESSINEO, t. 2, § 43, nº 11 y s.

(nota 3) Puede verse una excelente síntesis de la regulación legal del trust en JENKS, *Digeste de droit anglais*, t.2, art. 1765 y s.

(nota 4) De acuerdo, LAFAILLE, t. 2, nº 889, quien admite la validez de la hipoteca constituida por el fiduciario, lo que a fortiori implica reconocer la validez de los meros actos de administración.

1111/10770

B.— DOMINIO REVOCABLE (ver nota 1)

1111/276

276. CONCEPTO.— Según el art. 2663 Ver Texto , dominio revocable es el que ha sido transmitido en virtud de un título revocable a voluntad del que lo ha transmitido; o cuando el actual propietario puede ser privado de la propiedad por una causa proveniente de su título.

La norma prevé, pues, dos supuestos de dominio revocable: aquel en que el dominio es revocable a voluntad del que lo ha transmitido, como por ejemplo, la venta con pacto de retroventa, la cláusula de poder arrepentirse el vendedor (art. 1373 Ver Texto); y aquel en que el actual propietario puede ser privado de su propiedad por una causa proveniente de su título. En este último caso todavía hay que distinguir dos supuestos: que la causa esté mencionada en el mismo título, como puede ser, por ejemplo, el cumplimiento de la condición resolutoria o la revocación por supernacencia de hijos (art. 1868 Ver Texto); o bien que la revocación resulte por imperio de la ley, unida a la voluntad de la parte, sin

necesidad de que ella constare en el título de la obligación, como ocurre en el caso de la revocación de la donación por ingratitud del donatario. Adviértase que en este caso aunque la causa de la revocación no consta en el título de adquisición del dominio, de todas maneras es una causa inherente a ese título, ya que el que adquiere una cosa por donación, sabe que está sujeto a la acción de revocación por ingratitud, conforme a los artículos 1862 Ver Texto y siguientes del C. Civil.

La revocación supone un dominio que existe y queda sin efecto; por consiguiente, no hay dominio revocable cuando quien ostentaba la titularidad, ha sido privado de él en virtud de una sentencia que declara la nulidad del acto (art. 2664 Ver Texto). Y esto por la muy simple razón de que la nulidad retrotrae las cosas al momento en que se produjo el acto invalidado; en otras palabras, la sentencia que declara la nulidad borra los efectos de ese acto, lo tiene, en la medida que es jurídicamente posible, por no ocurrido. No hubo, por tanto, dominio revocado; hubo simplemente la declaración de que nunca existió el dominio en cabeza del que aparecía como titular.

Esto no es sino una mera aplicación de los principios generales relativos a la nulidad (véase particularmente art. 1050 Ver Texto), de modo que bien pudo omitirse una nueva disposición sobre el tema, como es el art. 2664 Ver Texto , en donde se refirman estos mismos principios pero, hay que decirlo, de una manera no muy feliz. Dice esta norma: el dominio no se juzga revocado cuando el que posee la cosa a título de propietario es condenado a entregarla en virtud de una acción de nulidad o de rescisión, o por una acción contra un hecho fraudulento, o por restitución del pago indebido. En estos casos se juzga que el dominio no había sido transmitido sino de una manera interina.

Varias son las observaciones que merece esta norma: a) Se confunden las acciones de nulidad y de rescisión. Confusión en la que más de una vez ha incurrido nuestro codificador. Técnicamente, rescisión significa dejar sin efecto un contrato por la voluntad común de las partes; no es una acción de nulidad ni tiene efecto retroactivo (véase Parte General, t. II, nº 1239); por consiguiente si entre dos personas se había transmitido el dominio de una cosa de la una a la otra, y se acuerda luego volver la cosa a la primera, éste será un nuevo acto y una nueva transmisión del dominio; pero durante el tiempo que medió entre la primera y la segunda transmisión, el dominio ostentado por el adquirente es perfecto; b) La referencia a la restitución del pago indebido es del todo innecesaria, porque el pago de lo que no se debe, origina la nulidad del acto; es sobreabundante una mención especial a este simple supuesto de nulidad, comprendido en la norma más general de la primera parte del artículo; c) También es objetable la disposición final en cuanto dice que el dominio en estos casos debe juzgarse transmitido de una manera interina. ¿Qué significa esto de un dominio interino? ¿Es una nueva categoría del dominio? Evidentemente no, porque tal categoría no está legislada en ninguna parte del Código; y si lo estuviera y fuera una de las formas del dominio imperfecto, habría que juzgarlo revocado por la sentencia, lo que se contradice en la primera parte de este artículo. Lo que ocurrió fue que VÉLEZ SARSFIELD tradujo defectuosamente un texto de AUBRY y RAU, dando lugar a la confusión que señalamos (ver nota 2).

En suma, el art. 2664 Ver Texto bien pudo suprimirse sin inconveniente y aun diríamos con ventaja.

1111/277

277. CÓMO SE OPERA LA REVOCACIÓN.— En los artículos 2665 Ver Texto y sigs. se establecen tres formas distintas de revocación del dominio:

a) Revocación por voluntad del transmitente. En caso de que la revocación tenga lugar por voluntad del que ha transmitido el dominio, dicha revocación se opera a partir de la manifestación misma de su voluntad (art. 2665 Ver Texto). Tal es, por ejemplo, el caso de la venta hecha a ensayo o prueba (art. 1336 Ver Texto), o a satisfacción del comprador (art. 1365 Ver Texto) o la venta con pacto de retroventa, si bien en este último caso la declaración debe ir acompañada con la restitución del precio (art. 1366 Ver Texto). Hay que agregar todavía, que si bien los efectos de la revocación del dominio deben retrotraerse al momento de la declaración, el dominio sólo queda recuperado para el primitivo dueño desde el momento de la tradición (arts. 577 Ver Texto y 3265 Ver Texto), a la que hay que agregar la inscripción en el Registro, si se tratara de cosas muebles registrables o de inmuebles (art. 2505 Ver Texto).

Sin embargo, es necesario dejar establecido que para que la revocación pueda surtir efecto respecto de terceros, es necesario que la cláusula conste en el acto jurídico por el cual se transmitió el dominio (art. 2668 Ver Texto); es una seguridad elemental impuesta en beneficio de los terceros y del tráfico jurídico. Pero, hay que hacer la salvedad de que tratándose de cosas muebles, como el dominio de éstas puede ser transmitido por la simple tradición y sin necesidad de exhibir el título por el cual se adquirió la cosa, es perfectamente posible que el adquirente sea de buena fe y por título oneroso, en cuyo caso está libre de los efectos de la acción de reivindicación que pudiera intentar el transmitente (arts. 2412 Ver Texto y 2778 Ver Texto).

1111/278

278. b) Revocación por cláusula legal unida a una declaración de voluntad.— A veces, la simple voluntad revocatoria del transmitente no basta; tampoco basta que se cumpla el supuesto previsto en la ley: es necesario que a ese supuesto se agregue la declaración de voluntad del transmitente del derecho. Así ocurre, por ejemplo, en el caso de revocación de una donación por ingratitud del donatario. Aunque el donatario haya incurrido en ingratitud, no por ello queda automáticamente revocado del dominio; es preciso que el donante declare su voluntad de revocarlo, ya que es posible el perdón. Lo mismo ocurre en el supuesto de

inejecución de los cargos impuestos al donatario o legatario.

En estos casos, la revocación se produce desde el momento en que el donante o los herederos del testador han declarado su voluntad de revocar la donación o el legado; sin embargo, si las partes no están de acuerdo en la existencia del hecho del que dependía la revocación, ésta se produce recién en virtud del fallo que la declare (arts. 2666 Ver Texto y 2667).

Agreguemos que de acuerdo con el art. 2666 Ver Texto se rige por iguales principios el pacto comisorio en el contrato de compraventa, es decir, que si las partes no están de acuerdo respecto de los hechos que dan lugar a la aplicación del pacto, la revocación se produce solamente desde el momento de la sentencia. Esta disposición ha quedado derogada por el nuevo art. 1204 Ver Texto (ref. por ley 17711) según el cual la revocación se produce de pleno derecho y desde el momento en que la interesada comunique a la incumplidora en forma fehaciente su voluntad de resolver, si el pacto hubiera sido convenido expresamente; y si no lo hubiere sido, desde que hubiese transcurrido el plazo de 15 días desde el requerimiento formulado por el acreedor para que el deudor cumpla con su obligación.

1111/279

279.— Hasta aquí hemos considerado el supuesto de hechos que permiten la revocación en virtud de una declaración de voluntad unida a un hecho previsto en la ley. En algunos casos, por ejemplo en la revocación por ingratitud del donatario o por inejecución de los cargos, basta el acaecimiento del hecho para que el autor de la liberalidad o sus sucesores puedan manifestar su voluntad de revocar; pero en otros casos, para que la revocación pueda tener lugar, la cuasa de ella debe constar en el acto jurídico en que se transmitió el dominio; así ocurre, por ejemplo, con la revocación en las donaciones por supernacencia de hijos, que no puede tener lugar si no se hubiese estipulado expresamente esta condición (art. 1868 Ver Texto).

Es necesario agregar que el art. 2368 Ver Texto tiene, en este punto, una redacción un tanto equívoca. Dice que se extingue el dominio revocable por el cumplimiento de la cláusula legal constante en el acto jurídico que los transmitió. Al no formular distinción alguna, parecería que es siempre inevitable hacer constar en el acto jurídico de transmisión la cláusula legal que permite la revocación. Pero es evidente que no es así. La revocación por ingratitud, por ejemplo, puede tener lugar aunque en el instrumento de donación no se haya dejado la menor salvedad del derecho del donante de revocar por este motivo la donación (véase art. 1258 Ver Texto y sigs.). Y es que por cuanto un motivo de revocación está expresamente establecido por la ley, basta con el acaecimiento de él, para que se den los presupuestos para que la revocación pueda tener lugar, ya que nadie puede invocar la ignorancia del derecho (ver nota 3).

Es necesario concluir, por consiguiente, que la primera parte del art. 2668 Ver Texto , que hemos transcripto, alude vagamente al caso en que la ley exige para que se opere la revocación, que ella deriva de una causa legal expresada en el instrumento (caso del art. 1868 Ver Texto).

1111/280

280. c) Revocación por el cumplimiento del mero hecho previsto en el contrato.— Por último la revocación puede tener lugar de pleno derecho por el mero acaecimiento del hecho previsto en el contrato como condición o plazo resolutorio (art. 2668 Ver Texto). Eso es lo que ocurre en el plazo resolutorio expreso (art. 1204 Ver Texto , ref. por ley 17711) o en cualquier otra condición o plazo resolutorio (art. 556 Ver Texto).

También aquí debemos hacer la salvedad (formulada ya anteriormente) de que si bien la revocación del acto se produce por el mero acaecimiento del hecho, el transmitente originario no recupera el dominio de la cosa mientras no haya tradición si se tratara de cosas muebles (arts. 577 Ver Texto y 3265 Ver Texto), a la que hay que añadir el registro si se tratara de muebles registrables o de inmuebles (art. 2505 Ver Texto).

1111/281

281. EFECTOS DE LA REVOCACIÓN.— El principio es que la revocación tiene efectos retroactivos al día en que se transmitió el dominio salvo que de la propia ley o de la convención resulte que ella produce sus efectos desde el momento en que la revocación se opera (art. 2669 Ver Texto). Como ejemplo de revocación que no tiene efectos retroactivos por disposición de la ley, citamos la que tiene origen en la ingratitud del donatario (art. 1866 Ver Texto).

Todavía debemos agregar que aunque la ley dispone como principio la retroactividad de la revocación, la regla no se aplica en términos demasiado estrictos, ya que en muchos casos, por razones de seguridad del tráfico jurídico y de protección de los terceros de buena fe, se reconoce validez a los actos celebrados con ellos por el que adquirió un dominio luego revocado. Precisaremos estas ideas en los números que siguen.

1111/282

282. a) Revocación con efecto retroactivo.— Para considerarlos efectos de la revocación

retroactiva, debemos distinguir entre inmuebles y muebles:

1) Respecto de los inmuebles el art. 2670 Ver Texto establece que revocándose el dominio con efecto retroactivo, 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; pero está obligado a respetar los actos administrativos del propietario desposeído, como los alquileres o arrendamientos que hubiese hecho. Es decir, que la ley distingue entre actos de disposición y actos de mera administración (para precisar la distinción entre unos y otros, véase nuestra Parte General, t. 2, nº 841). Los primeros quedan sin efecto como consecuencia de la revocación del dominio. No así los segundos.

La distinción es lógica. Para realizar actos de disposición (enajenación, constitución de usufructos, hipotecas, anticresis, etc.) es necesario la exhibición del título; de éste resultará el peligro que se cierne sobre el derecho del tercero que trata con el que adquirió un dominio revocable, sea porque la causa de la revocación estuviera dispuesta por la ley, sea porque constare en el propio instrumento. Por consiguiente, al adquirir el tercero un derecho sobre inmueble, sabe los riesgos a que se expone. Si luego el dominio es revocado, es natural que sufra las consecuencias de dicha revocación. Él estaba advertido. No tiene motivo de queja.

Otra es la situación de quien adquiere un derecho sobre la cosa sin necesidad de que se le exhiba el título del transmitente. Así ocurre, por ejemplo, con el locatario ante el cual el locador se presenta como dueño. Afectar en ese caso su derecho sería gravemente contrario a la seguridad jurídica. Sin contar con que el perjuicio que se infiere al transmitente del derecho luego revocado, al respetar los actos administrativos es mucho menos grave del que resultaría de respetar también los actos de disposición.

Este respeto por los actos de administración, no sólo protege a los terceros de buena fe, sino también al adquirente del dominio luego revocado. Todos los frutos por él percibidos, sean naturales o civiles, le pertenecen y no pueden ser reclamados por el que logró la revocación del dominio (art. 577 Ver Texto). En cuanto a los productos deben aplicarse al adquirente del dominio revocado, los principios relativos al poseedor de buena fe.

Esta solución se funda no ya en la seguridad del tráfico jurídico, sino en otras razones no menos importantes. De no reconocer al dueño sobre cuyo derecho se cierne una amenaza de revocación, el derecho de percibir los frutos, obvio es que la cosa quedaría improductiva, con grave perjuicio individual y social.

283.— 2) Respecto de las cosas muebles el art. 2671 Ver Texto establece que la revocación del dominio sobre cosas muebles no tiene efectos contra terceros adquirentes, usufructuarios o acreedores pignoratícios sino en cuanto ellos, por razón de mala fe, tuvieren una obligación personal de restituir la cosa. Es una mera aplicación de la regla liminar del art. 2412 Ver Texto , según el cual la posesión de buena fe de una cosa mueble permite rechazar la acción de reivindicación.

En cuanto a los actos administrativos se aplican con mayor razón las reglas estudiadas en el número anterior, en relación a los inmuebles. Y lo mismo respecto de los frutos y productos.

1111/284

284. b) Revocación sin efecto retroactivo.— Conforme con el art. 2672 Ver Texto cuando por la ley o por disposición expresa en los actos jurídicos que constituyan el dominio revocable, la revocación no tuviere efecto retroactivo, quedan subsistentes las enajenaciones hechas por el propietario desposeído, como también los derechos reales que hubiese constituido sobre la cosa.

Esta solución resulta muy clara cuando el acto de disposición fuese realizado antes del acaecimiento del hecho o de la declaración de voluntad que provocó la revocación. ¿Pero qué ocurre si la transmisión del derecho fue posterior a ella? Pensamos que nuevamente debe privar en este caso la seguridad jurídica. Por consiguiente, el tercero que adquirió el derecho del propietario cuyo dominio fue revocado, podrá hacerse fuerte en su derecho mientras no se pruebe su mala fe, es decir, el conocimiento que él tenía del acaecimiento de los hechos o de la declaración de voluntad que produjeron la revocación; el transmitente originario que desee evitar este peligro, le queda el recurso de obtener un embargo preventivo o una anotación de litis que convertiría en adquirente de mala fe al que hubiese adquirido el dominio con posterioridad. Esta solución no admite dudas, después de la reforma del art. 1051 Ver Texto por la ley 17711 , si la adquisición de buena fe se hubiese hecho a título oneroso (ver nota 4).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: ALTERINI, Resolución de los contratos y dominio revocable, E. D., t. 50, diario del 22/10/1973.

(nota 2) El texto de AUBRY y RAU después de decir que en estos casos la propiedad se juzga como si no se hubiese transmitido jamás, agrega “la propriété n’est pas à considerer comme simplement revoquée, mais bien comme n’ayant jamais été transmise, même seulement d’une manière interine” (§ 220 bis). La palabra même utilizada por estos autores significa en el caso ni aun; erróneamente VÉLEZ la tradujo, por sino de. Nuestros autores

clásicos sacan de aquí la conclusión de que hay que sustituir las palabras sino de por ni aun de tal manera que este último párrafo quede redactado de la siguiente manera: en estos casos se juzga que el dominio no había sido transmitido ni aun de una manera interina (SALVAT, t. 2, nº 1193; SEGOVIA, t. 2, p. 133, nota 9; LAFAILLE, t. 2, nº 982). Nosotros estamos de acuerdo en que hubo un error de traducción, pero no creemos lícito que el intérprete pueda sustituir lisa y llanamente las palabras utilizadas en la ley por las palabras justamente contrarias; porque si VÉLEZ SANSFIELD podía equivocarse al traducir un texto francés, en cambio no cabe suponerle el menor error en la apreciación del valor que las palabras tienen en castellano. Él quiso decir lo que dijo. Sólo que lo que dijo carece de sentido en nuestro ordenamiento positivo, y es contradictorio con la primera parte del artículo. Por ello pensamos que es preferible no enmendar el Código ni hacerle decir lo contrario de lo que dice, sino simplemente prescindir de una disposición legal que no puede tener contenido normativo porque la expresión “dominio interino” carece de significado en nuestro derecho. En otras palabras: no interesan los procesos psicológicos seguidos por VÉLEZ SANSFIELD, ni si tradujo bien o mal del francés; lo que interesa es la norma en sí misma. Claro está que si, por una razón o por otra, esta norma carece de sentido, deviene inaplicable.

(nota 3) De acuerdo, SEGOVIA, t. 2, p. 134; nota 15. Comp.: ARGAÑARAZ en SALVAT, 2, nº 10.195, p. 19.

(nota 4) Sólo con esta salvedad puede admitirse la afirmación demasiado general hecha por algunos autores, de que los actos posteriores a la revocación son inválidos puesto que con ella el que los hizo dejó de ser dueño: MACHADO, t. 7, p. 76; ARGAÑARAZ, en SALVAT, t.2, nº 1200, nota 26 a.

1111/10780

C.— DOMINIO DESMEMBRADO

1111/285

285. CONCEPTO Y REMISIÓN.— El dominio debe reputarse desmembrado cuando el dueño pleno o perfecto se ha desprendido temporariamente de alguno de los atributos esenciales del dominio en virtud de la concesión de un derecho real a terceros. Tal sería, por ejemplo, la constitución de un derecho de usufructo, de uso o habitación, de una servidumbre, de un derecho anticresis, de una prenda. En cambio, una hipoteca no constituye una desmembración del dominio porque el dueño sigue en goce de sus potestades de usar, gozar y disponer de la cosa.

Llamamos la atención sobre la palabra temporariamente que hemos utilizado. En efecto, no se concebiría un desprendimiento definitivo o perpetuo de uno de los atributos esenciales de la propiedad, ya que ello significaría desvirtuar o desnaturalizar este derecho.

Tampoco hay dominio desmembrado, en sentido técnico, en el caso de que se haya conferido a un tercero un derecho personal de usar y gozar la cosa, como ocurre en el arrendamiento o en el comodato. Esto es así porque mientras los derechos reales se tienen directamente sobre la cosa, los derechos personales establecen una relación entre acreedor y deudor, pero no directamente sobre la cosa. Claro está que para admitir que sea así, es necesario dar por sentado que el contrato de locación da origen a un derecho meramente personal y no real, cuestión que está vivamente discutida en el derecho moderno (véase nuestro Tratado de Contratos, t. I, nº 606).

Hecha esta salvedad, recordemos el concepto general del art. 2661 Ver Texto , según el cual existe dominio desmembrado cuando el dueño perfecto de la cosa enajena solamente su dominio útil. Dos observaciones hay que formular. La palabra enajenación parece dar a entender que se trata de un desmembramiento definitivo; ya hemos dicho que no es así; se trata de una enajenación temporaria. Además, la norma habla de la enajenación del dominio útil; pero hay que advertir que no siempre se dispone de todo el dominio útil (lo que ocurre en el usufructo), sino que también puede disponerse de una parte de él (como ocurre cuando se constituye una servidumbre).

De los efectos y consecuencia del dominio desmembrado nos ocuparemos al tratar de cada uno de los derechos reales que afectan la plenitud del dominio.

1111/10790

CAPÍTULO VIII - ADQUISICIÓN Y PÉRDIDA DEL DOMINIO

1111/10800

I. MODOS DE ADQUIRIR EL DOMINIO

1111/10810

§ 1. Conceptos Generales

1111/286

286. ENUMERACIÓN LEGAL.— El art. 2524 Ver Texto enumera los modos por los cuales se adquiere el dominio. Dice así: El dominio se adquiere: 1º) por la apropiación; 2º) por la especificación; 3º) por la accesión; 4º) por la tradición; 5º) por la percepción de los frutos; 6º) por la sucesión en los derechos del propietario; 7º) por la prescripción.

Esta enumeración merece algunas observaciones. Por lo pronto no es exhaustiva, porque se ha omitido una manera de adquirir la propiedad tan importante como es la expropiación. Además, es necesario notar que después de la sanción de la ley 17711 , ya no basta respecto de los inmuebles la mera tradición para transmitir el dominio de una manera perfecta, sino que es indispensable también el registro (art. 2505 Ver Texto). Sobre este importante tema volveremos más adelante.

1111/287

287. CLASIFICACIÓN.— Tradicionalmente se suele clasificar los modos de transmisión del dominio de conformidad con los siguientes criterios:

a) Originarios y derivados.— Llámase originarios a aquellos modos en los cuales la adquisición se hace por un acto exclusivo del adquirente o bien por un hecho natural sin que en ninguna de esas hipótesis haya la menor intervención del anterior propietario, si lo hubo. Tales son los ejemplos de apropiación, especificación, accesión, percepción de frutos, expropiación. Los derivados son aquellos en los cuales la transmisión del dominio resulta de un acto del dueño anterior en favor del nuevo dueño, como ocurre en la tradición; o cuando por disposición de la ley, los derechos del adquirente se reputan derivados del transmitente, como ocurre en la sucesión mortis causa.

Se ha discutido por algunos autores si la adquisición del dominio por prescripción debe ser reputada como modo originario o derivado (ver nota 1). Dentro de la lógica que inspira esta clasificación, no tenemos duda de que se trata de un medio originario, porque el adquirente no recibe su derecho del antecesor de tal manera que el dominio de uno y otro están disociados. Esta consideración es válida aun en el caso de la usucapión breve, en la que se

exige justo título; porque no es el justo título la causa de la adquisición del dominio sino sólo la prueba de la buena fe. Pues como hace notar MESSINEO, si el título fuese idóneo sería superflua la exigencia de buena fe en el adquirente y el transcurso del tiempo en la posesión: el título sólo sería suficiente para transmitir la propiedad (ver nota 2).

La doctrina clásica hacía jugar un papel importante a esta clasificación. Según ese punto de vista, si la propiedad se adquiere por un medio originario, el nuevo propietario no está en forma alguna sujeto a las limitaciones, restricciones o gravámenes que sobre la cosa hubiera podido constituir el antecesor. En cambio, si se trata de una adquisición por un modo derivado, el nuevo propietario recibe el dominio con todas las cargas, gravámenes, etc., dado que nadie puede transmitir un derecho mejor o más extenso que el que tiene (art. 3270 Ver Texto) (ver nota 3).

Éste es un ejemplo típico de la manera de razonar de los juristas clásicos. Formulan una clasificación; encasillan luego dentro de esa clasificación los distintos modos de adquisición del dominio; y aplican a estos las consecuencias que se derivan de la aludida clasificación. Un método tal debe llevar necesariamente a conclusiones erróneas; porque los modos de adquisición del dominio deben ser regulados por la ley de acuerdo a lo que las necesidades prácticas y jurídicas exijan en cada caso, sin que pueda influir en esa regulación la clasificación teórica de medio originario o derivado. Así se explica que en la adquisición del dominio por prescripción permanezcan intactos los gravámenes y servidumbres, que pesaban sobre el anterior propietario o fueron constituidas por él. Solución para la cual el legislador no ha tenido por cierto en cuenta si se trata de un medio de adquisición originaria o derivada, sino de que ello es conveniente desde el punto de vista práctico o económico. Tampoco es exacto que en los medios de adquisición derivada pase el dominio al adquirente con todos los vicios, cargas, etc., desde luego, si el adquirente lo es por título oneroso y de buena fe está protegido contra cualquier acción ulterior de reivindicación que pudiera intentar cualquiera de los anteriores propietarios en base a los vicios del título de adquisición (art. 1051 Ver Texto , ref. por ley 17711). Es bueno agregar que la reforma introducida por la ley 17711 al artículo que acabamos de citar, viene a reducir a un papel bastante modesto el principio de que nadie puede transmitir un derecho mejor ni más extenso del que posee. Razones de seguridad jurídica han determinado que esta regla esté hoy cribada de excepciones.

En suma, esta clasificación de medios originarios y derivados no tiene ningún interés práctico. En nuestra opinión, ni siquiera lo tiene desde el punto de vista puramente metodológico, porque más bien contribuye a oscurecer que a aclarar las ideas.

1111/288

288. b) Onerosos y gratuitos.— Esta clasificación alude a la adquisición del dominio por medio de la tradición. Resulta casi innecesario decir que ella corresponde a la de actos

onerosos y gratuitos; en los primeros, hay contraprestaciones recíprocas, en tanto que en los segundos nada se recibe a cambio de lo que se da.

Esta clasificación está llena de interés jurídico: si la adquisición es hecha por un tercero de buena fe y a título oneroso, queda libre del riesgo de que se intente contra él la acción reivindicatoria (art. 1051 Ver Texto); la adquisición de la posesión de inmuebles de buena fe mediante el boleto de compraventa se considera legítima (art. 2355 Ver Texto), lo que convierte al adquirente en esas condiciones en el titular de un dominio imperfecto; la posesión de muebles de buena fe y a título oneroso permite al poseedor rechazar toda acción de reivindicación (arts. 2412 Ver Texto y 2778 Ver Texto); si la adquisición se hubiese hecho por título oneroso y de buena fe, la demencia del transmitente no puede hacerse valer si no es notoria (art. 473 Ver Texto); las acciones de reducción y colocación sólo caben para los actos gratuitos; etc.

1111/289

289. c) Transmisión a título singular o universal.— En el primer caso, se se cede a otra persona en el dominio de una sola cosa o de un número determinado de cosas; en el segundo, se sucede en una parte alícuota del patrimonio del causante. Esto ocurre en caso de muerte de una persona y los múltiples efectos de esta complicada materia han sido estudiados en el Tratado de Sucesiones.

1111/290

290. TÍTULO Y MODO.— Es necesario distinguir entre el título de la adquisición del dominio y el modo por el cual se lo adquiere. El título es el antecedente (a veces indispensable) que sirve en base para la transmisión efectiva del dominio; el modo es la forma en que la transferencia se opera realmente.

Así, por ejemplo, en nuestro derecho, la transmisión de bien inmuebles requiere escritura pública: éste es el título pero el dominio no se transfiere efectivamente sino mediante la tradición y la inscripción del título en el Registro de la Propiedad.

En materia de cosas muebles puede o no existir título independiente del modo de transmisión; cuando se venden cosas muebles valiosas, lo normal es firmar un contrato de venta (título) y luego hacer efectiva la transmisión del dominio mediante la tradición. Pero en este caso el contrato de venta no es indispensable, de tal modo que bastaría con la tradición, en la cual en este caso se confunden título y modo de transmisión.

Cabe señalar que en el derecho francés y en el italiano, la transmisión del dominio se opera por el mero contrato; de tal modo que en ellos, no tiene significado jurídico la distinción entre título y modo, trátase de muebles o inmuebles.

(nota 1) Sobre las opiniones divergentes en este punto, véase nota de ARGAÑARAZ en SALVAT, t. 2, nº 726, nota 2 a, y LAQUIS, Derechos reales, t. 2, p. 426 y s.

(nota 2) MESSINEO, cit. por ARGAÑARAZ, loc. cit. en nota anterior.

(nota 3) Así exponen la cuestión los autores clásicos; entre nosotros puede verse SALVAT, t. 2, nº 725; LAFAILLE, t. 1, nº 569.

1111/10820

§ 2. Apropiación

1111/291

291. CONCEPTO.— La apropiación consiste en un modo de adquisición del dominio mediante la aprehensión o toma de posesión de cosas muebles sin dueño o abandonadas por su dueño, hechas por persona capaz y con ánimo de adquirir el dominio (art. 2525 Ver Texto).

De este concepto general se desprende cuáles son las condiciones para la existencia de la apropiación:

a) Ante todo, la aprehensión o toma de posesión de las cosas;

b) Que esa aprehensión se haga con el ánimo de adquirir el dominio de la cosa, es decir de apropiársela, tal como lo dice el art. 2525 Ver Texto . Muchas veces será discutible si la cosa se ha tomado con el ánimo de devolverla a su dueño o para apropiársela; pero en la práctica la cuestión se decide simplemente, porque el problema se presenta sólo cuando se plantea un conflicto entre el anterior propietario y el nuevo, y desde que éste sostiene que la cosa es suya, está revelando que existió ánimo de apropiación.

c) Que la aprehensión de la cosa sea hecha por persona capaz de adquirir. ¿Cuál es la capacidad a la que se refiere el art. 2525 Ver Texto ? ¿La plena capacidad que se adquiere a los 21 años o basta la capacidad para adquirir la posesión que se tiene desde los 10 años? Nos inclinamos, con la doctrina predominante, a considerar que basta la capacidad para adquirir la posesión, puesto que la posesión de buena fe de una cosa mueble es suficiente para adquirir el dominio, si la cosa fuera robada o perdida (art. 2412 Ver Texto) (ver nota 1).

d) Que se trate de cosas muebles, pues los inmuebles no son susceptibles de apropiación. En su caso, para que la ocupación dé lugar a la adquisición del dominio, es necesario que se una al transcurso del tiempo que es necesario para usucapir.

1111/292

292. COSAS A LAS CUALES SE APLICA.— Para que la apropiación produzca el efecto de adquirir el dominio es necesario:

a) Que se trate de cosas muebles; en este punto ya hemos aludido anteriormente.

b) Que se trate de cosas sin dueño (por ejemplo, los peces, los animales salvajes) o bien de cosas abandonadas por su dueño. En el art. 2526 Ver Texto se precisa este concepto diciendo: son cosas abandonadas por el dueño aquellas de cuya posesión se desprende materialmente, con la idea de no continuar en el dominio de ellas. Aunque volveremos sobre este tema, aclaremos desde ya que en caso de duda se presume que la cosa no ha sido abandonada por su dueño sino perdida, si es cosa de algún valor (art. 2530 Ver Texto); y que tampoco se reputan abandonadas las cosas que sin voluntad del dueño caen al mar o a los ríos ni las cosas que se arrojan para salvar las embarcaciones y los despojos de los naufragios (art. 2528 Ver Texto). Para mayor precisión del concepto de lo que es abandono, el art. 2529 Ver Texto dice: si las cosas abandonadas por sus dueños lo fueren para ciertas personas, esas personas únicamente tendrán derecho para apropiárselas. Si otros las toman, el dueño que las abandonó tendrá derecho para reivindicarlas o para exigir su valor. A nuestro juicio, esta disposición encierra un confusión de conceptos. En el supuesto previsto en el art. 2529 Ver Texto no hay propiamente abandono; es cierto que tampoco hay tradición, porque la persona a cuya disposición se ha puesto la cosa, todavía no la ha aceptado, ni ha tomado posesión de ella; lo que hay es una puesta a disposición, una oferta de liberalidad. Abandonar significa renunciar a los derechos sobre la cosa en forma total e indiscriminada; lo que no ocurre cuando se pone la cosa a disposición de un tercero. De ahí que en este caso se justifique el derecho que se reconoce al anterior propietario de reivindicarla o de exigir su valor; derecho que desde luego no tiene la persona que debía tomarla, porque ella no ha adquirido la propiedad, desde que no hubo tradición (ver nota 2).

1111/293

293.— En realidad, hubiera bastado con estos conceptos generales para definir las cosas susceptibles o no de apropiación; pero el codificador quiso precisar el concepto enumerándolas. Las que son susceptibles de apropiación privada están enumeradas en dos disposiciones que se superponen con ligeras variantes, los arts. 2343 Ver Texto y 2527 Ver Texto . De ellos resulta que lo son: 1) los peces de los mares y ríos y de los mares navegables, guardándose los reglamentos sobre la pesca marítima o fluvial; 2) los enjambres de abejas si el dueño no los reclamare inmediatamente; 3) las cosas que se hallen en el fondo de los mares y los ríos como conchas, corales, piedras, etc. y otras sustancias que el mar o los ríos arrojan siempre que no presenten señales de un dominio anterior; 4) las plantas y yerbas que vegetan en las costas del mar y también las que cubrieren las aguas del mar o la de los ríos o lagos, guardándose los reglamentos policiales; 5) los tesoros abandonados, monedas, joyas y objetos preciosos que se encuentren sepultados o escondidos, sin que haya indicios o memorias de que alguien sea su dueño; 6) el dinero y cualesquiera otros objetos voluntariamente abandonados por sus dueños para que se los apropie el primer ocupante; 7) los animales bravíos o salvajes y los domesticados que recuperen su antigua libertad.

1111/294

294. COSAS EXCLUIDAS.— Según el art. 2528 Ver Texto no son susceptibles de apropiación: a) los inmuebles, en cuyo caso la adquisición del dominio sólo puede derivar de la ocupación o toma de posesión unida al transcurso de los plazos legales de la usucapión; 2) los animales domésticos o domesticados, aunque huyan o se acojan en predios ajenos; 3) las cosas perdidas; agreguemos que en caso de duda no se presume que la cosa ha sido abandonada por su dueño sino que ha sido perdida si es de algún valor (art. 2530 Ver Texto), solución lógica que protege con justicia al anterior propietario; 4) las cosas que sin voluntad de los dueños caen al mar o a los ríos o las que se arrojan para salvar las embarcaciones o los despojos del naufragio; se trata de una disposición lógica porque aun cuando se hubieran arrojado las cosas intencionalmente al mar no hay intención de abandonarlas; en verdad, se trata de un acto originado por un estado de necesidad, del cual no podrían prevalerse los terceros que encuentran las cosas, sin evidente abuso o injusto perjuicio de los propietarios. En cuanto a los despojos de los naufragios suelen ser muy valiosos y no tienen por qué perderse para sus dueños; el régimen referente a estos despojos están reglamentado en el Código de Comercio, arts. 1283 Ver Texto y sigs. Más aun, el Código ha querido acentuar la ilicitud de la conducta de quien se apropia de cosas perdidas o de los despojos de los naufragios y de las cosas echadas al mar o a los ríos para aligerar a los buques, calificándolas de hurtos (art. 2539 Ver Texto).

1111/295

295. DISTINTOS CASOS DE APROPIACIÓN.— Los casos de apropiación legislados por el Código son: la caza, la pesca y el descubrimiento de un tesoro, aunque ya veremos que este último dista de ser un supuesto típico de apropiación.

1111/10830

A.— CAZA

1111/296

296. CONCEPTO.— Antiguamente la caza tenía importancia económica porque era uno de los medios por los cuales el pueblo se procuraba alimentación; pero que hoy ha perdido relevancia e interés, como no sea casi exclusivamente deportivo. En nuestros días, la caza interesa más desde el punto de vista de los perjuicios que pueda producir, ya sea a los propietarios del suelo, ya sea a la conservación de la fauna, que como medio de adquirir el dominio.

Según el artículo 2540 Ver Texto la caza es un modo de apropiación cuando el animal bravío o salvaje, viéndose en su libertad natural fuese tomado muerto o vivo por el cazador o hubiese caído en las trampas puestas por él. Para adquirir el dominio se necesita que el cazador tome posesión del animal muerto o vivo; esa toma de posesión ocurre no solamente con la aprehensión física del animal, sino también cuando el animal hubiera caído en las trampas puestas por el cazador.

Mientras el cazador fuese persiguiendo al animal que hirió, el que lo tomase deberá entregárselo (art. 2541 Ver Texto). Aquí no hay todavía toma de posesión ni adquisición del dominio; de tal manera que si el cazador abandonare al animal herido, cualquiera puede tomarlo para sí. Pero el hecho de haberlo herido unido a la circunstancia de continuar su persecución, le da un derecho preferencial sobre el animal, de modo que si otro cazador lo matara o tomara vivo, deberá entregarlo al que lo hirió primero y lo persiguió.

1111/297

297. ANIMALES A LOS CUALES SE APLICA.— El art. 2540 Ver Texto habla de los animales bravíos o salvajes. Se entienden tales los que nunca hubiesen sido domesticados, es decir, aquellos que viven en estado de libertad natural. Pero puede ocurrir que un animal

domesticado recobre su libertad; ese caso se asimila al del animal bravío o salvaje, a menos que el que lo hubiera domesticado lo fuese persiguiendo, en cuya hipótesis nadie sino él puede tomarlo ni cazarlo (art. 2544 Ver Texto).

1111/298

298. LUGARES DONDE PUEDE CAZARSE.— Conforme con el art. 2542 Ver Texto , solamente puede cazarse en terrenos propios o bien en terrenos ajenos que no estén cercados, plantados o cultivados y según los reglamentos de la policía. La ley quiere evitar los abusos que cometen los cazadores entrando en campos ajenos y por ello, además de la prohibición establecida en el art. 2542 Ver Texto , se dispone que los animales que se cazaren en terrenos ajenos cercados, plantados o cultivados, sin permiso del dueño, pertenecen al propietario del terreno y el cazador está obligado a pagar el daño que hubiere causado (art. 2543 Ver Texto).

En suma, solo con el permiso del dueño puede cazarse en un terreno ajeno cercado, plantado o cultivado; en cambio, si se tratase de un campo abierto, es lícita la caza siempre que se sujete a los reglamentos de la policía.

Estos reglamentos tienen en cuenta la seguridad personal, prohibiendo la caza en ciertos lugares en donde podrían ocasionarse accidentes; o bien la protección de la fauna. Así, por ejemplo, las reglamentaciones locales prohíben la caza de perdices en épocas de reproducción; o se veda la de ciertas especies en vías de extinción, como por ejemplo, las vicuñas.

1111/299

299. ENJAMBRE DE ABEJAS.— Dispone el art. 2545 Ver Texto , que las abejas que huyen de la colmena, y posan en árboles que no sean del propietario de ellas, entiéndese que vuelven a su libertad natural, si el dueño fuese en seguimiento de ellas, y sólo en este caso pertenecerán al que las tomare. El artículo siguiente agrega que si el enjambre posare en terreno ajeno cercado o cultivado, el dueño que lo persiguiese no podrá tomarlo sin consentimiento del propietario del terreno. En la práctica, esto significa que el único que puede tomar posesión legítimamente de esos animales es el propietario del terreno, salvo que él autorizase a hacerlo al dueño del enjambre que lo perseguía. Pero bastaría con prohibirle a éste que lo haga y tomar por sí el enjambre, para adquirir el derecho de propiedad sobre él. Hay que advertir que el art. 2343 Ver Texto , inc. 2º, dice que son susceptibles de apropiación privada los enjambres de abejas, si el propietario de ellos no los reclamare inmediatamente. Esta norma parece contradecir al art. 2546 Ver Texto que requiere el consentimiento del propietario del terreno para que el dueño pueda tomar posesión del enjambre. El problema tiene un interés jurídico minúsculo; de cualquier

manera pensamos que en la colisión entre estas dos normas, es necesario preferir la solución de la que específicamente reglamenta el caso o sea el art. 2546 Ver Texto . Vale decir, que aunque el dueño del enjambre lo reclamara inmediatamente, si él se posare en terreno cercado o cultivado, el dueño del terreno puede negarle autorización a tomarlo.

1111/10840

B.— PESCA

1111/300

300. IMPORTANCIA.— La pesca está adquiriendo creciente importancia como fuente de alimentación de una población mundial cada vez más densa, además de los múltiples subproductos y usos industriales derivados. Esta importancia de la pesca es tal que en los últimos años ha llegado a provocar conflictos de orden internacional surgidos de la justa pretensión de algunos países de conservar indemne su riqueza ictícola marina, y salvaguardarla del avance sobre el mar territorial de las grandes potencias, que se aprovechan y muchas veces desvastan esas riquezas que naturalmente corresponde a los países cuyas costas son bañadas por el mar.

Una de las zonas más ricas en peces del mundo entero, es la de los mares patagónicos; y precisamente para defender esa riqueza se dictó la ley 17094 que extiende la soberanía de la Nación Argentina al mar adyacente a su territorio hasta una distancia de 200 millas marinas medidas desde la línea de las más bajas mareas. Desgraciadamente nuestro país no ha obtenido todavía de esta inmensa riqueza los provechos que serían razonables. Nuestra industria pesquera está todavía en pañales.

1111/301

301. APROPIACIÓN.— Establece el art. 2547 Ver Texto que la pesca es también otra manera de apropiación cuando el pez fue tomado por el pescador o hubiere caído en sus redes. La adquisición del dominio se produce por la toma de posesión de los peces.

La pesca es un modo de apropiación no solamente de los peces propiamente dichos, sino también de los moluscos, las algas marinas, y de algunos mamíferos marinos tales como las ballenas y cetáceos en general.

1111/302

302. LUGARES DE PESCA.— Como principio general, la pesca es libre en las aguas de uso público (art. 2548 Ver Texto). Este principio general ha sido objeto de una muy importante limitación por la ley 17500 que declara que todos los recursos del mar territorial (peces, moluscos, algas, etc.) son propiedad del Estado Nacional, que concederá su explotación (art. 1). Es decir, la pesca en el mar ya no es libre, sino sujeta a concesión.

El problema de la pesca en ríos no navegables presenta algunas dificultades de interpretación. El art. 2548 Ver Texto en su primer párrafo dice que es libre pesca en aguas de uso público; pero a continuación, el párrafo segundo dice que cada uno de los ribereños tiene el derecho de pesca de su lado hasta el medio del río o del arroyo. No parece fácilmente conciliable un párrafo con otro, puesto que todos los ríos o arroyos que corren por sus cauces naturales son aguas del dominio público (art. 2340 Ver Texto , inc. 3º), y por lo tanto, a estar al primer párrafo, la pesca debería ser libre en todo el ancho. La clave de la solución la da el artículo 2343 Ver Texto según el cual son susceptibles de apropiación privada los peces de los mares interiores, mares territoriales, ríos y lagos navegables. Es razonable, por tanto, entender que tratándose de ríos navegables, la pesca es libre; pero tratándose de ríos no navegables el derecho de pesca lo tienen los ribereños hasta el medio del río o arroyo (ver nota 3).

1111/303

303.— La pesca, como la caza, está sujeta a las reglamentaciones nacionales o locales (art. 2549 Ver Texto). Aunque el art. 2549 Ver Texto habla solamente de las autoridades locales, es obvio que éstas únicamente pueden reglamentar la pesca en los ríos y lagos interiores, pero en lo que atañe a la pesca marítima, puesto que la jurisdicción corresponde a la Nación, la reglamentación compete a las autoridades nacionales.

La reglamentación, sin embargo, no puede coartar el derecho de libre pesca establecido en los arts. 2343 Ver Texto y 2548 Ver Texto , sino sólo establecer razonables limitaciones tendientes, por ejemplo, a evitar la extinción de las especies, a ordenar la pesca, etc.

1111/10850

C.— TESORO

1111/304

304. CONCEPTO DE TESORO.— Llama la atención la prolijidad con que el Código Civil trata una materia casi desdeñable como es la de los derechos sobre los tesoros que se encuentren, a la que le dedica nada menos que 17 artículos (2550 Ver Texto -2566). Esta prolijidad se explica porque en la época en que el Código se dictó, todavía solía ocurrir que se encontraran tesoros enterrados. Eran los famosos “tapados”, enterrados por sus dueños que querían ponerlos fuera del alcance de sus perseguidores o enemigos durante las guerras civiles. Muerto o desaparecido luego el propietario, los tesoros quedaban ocultos hasta que la casualidad los ponía al descubierto. Verdad es que estos famosos “tapados” eran más que nada legendarios y que los hallados fueron muy pocos en relación a las versiones o rumores que sobre ellos corrían. Pero de todas maneras ello justificaba una reglamentación cuidadosa del tema. Hoy el problema prácticamente ha desaparecido y la reglamentación legal resulta excesiva, por lo cual nos ceñiremos a un breve comentario de los textos.

El art. 2551 Ver Texto define al tesoro de la siguiente manera: se entiende por tesoro todo objeto que no tiene dueño conocido y que está oculto o enterrado en un mueble sea de creación antigua o reciente, con excepción de los objetos que se encuentren en los sepulcros, y en los lugares públicos destinados a las sepulturas de los muertos.

Este concepto está completado por el que se expresa en el art. 2343 Ver Texto , inc. 5º, el cual dispone que son bienes susceptibles de apropiación privada los tesoros abandonados, monedas, joyas y objetos preciosos, que se encuentren sepultados o escondidos, sin que haya memoria o indicios de quién sea su dueño.

1111/305

305.— Las condiciones de la existencia del tesoro son, por lo tanto, las siguientes:

a) Que se trate de una cosa mueble oculta en otra cosa inmueble o mueble. El texto del art. 2551 Ver Texto parecería indicar que sólo pueden reputarse tesoros aquellos enterrados en inmuebles; pero es indudable que la referencia a los inmuebles se debe a que ello es lo que generalmente sucede. Pero nada obstaría a que el tesoro se encontrara también en un mueble, como por ejemplo, en el cajón oculto de un escritorio. El enunciado más amplio del art. 2343 Ver Texto , inc. 5º, permite comprender todas las cosas sepultadas o escondidas en otras, sean muebles o inmuebles (ver nota 4).

b) Que se trate de cosas escondidas o enterradas. Un objeto caído en la superficie del suelo no es un tesoro, por valioso que sea, sino una cosa perdida (ver nota 5).

c) Que se trate de una cosa distinta de aquella en la cual se encuentra.

d) Que se trate de una cosa que anteriormente ha tenido un dueño, pero sobre la cual nadie puede justificar su derecho de dominio. Si, por el contrario, se trata de una cosa perdida o escondida pero con dueño conocido, ella está sujeta a reivindicación y el descubridor no adquiere el dominio por apropiación.

e) Que no se trate de objetos dejados en los sepulcros, pues en tal caso se presume que pertenecieron al muerto; y el respeto debido a la memoria de los difuntos ha inducido al legislador a no autorizar la apropiación de tales bienes, pues lo contrario sería una suerte de incentivo a la profanación del sepulcro.

¿Es necesario que se trate de un objeto precioso? Así parece indicarlo el art. 2343 Ver Texto que habla de tesoros, monedas, joyas y objetos preciosos; pero el enunciado del art. 2551 Ver Texto es más amplio y comprende a todo objeto que no tiene dueño conocido. Así, por ejemplo, todavía suelen encontrarse en las misiones jesuíticas restos de aquella singular civilización, tales como piedras labradas, objetos de cerámica, metales pulidos, etc. Estos objetos pueden tener algunos un importante valor sobre todo desde el punto de vista histórico; otros pueden ser de valor prácticamente despreciable, pero de cualquier manera es evidente que caen dentro del concepto de tesoro susceptible de apropiación, tal como lo define el art. 2551 Ver Texto .

1111/306

306.— Descubridor del tesoro es el que primero lo hace visible, aunque sea sólo en parte; para adquirir los derechos de tal no es necesario tomar posesión del tesoro (art. 2553 Ver Texto). Tampoco es necesario darse cuenta o advertir que se trata de un tesoro (art. cit.) ni es preciso una manifestación de voluntad. De donde resulta que el descubridor puede ser un incapaz. No se pierde el derecho exclusivo de descubridor por la circunstancia de que otras personas hayan estado trabajando en el mismo lugar (art. 2553 Ver Texto).

Si en el mismo lugar o inmediato a él se encuentra otro tesoro, se reputará descubridor al que primero lo haga visible (art. 2555 Ver Texto). Esto significa que descubrir un tesoro no confiere prioridad o preferencia sobre los otros que estén inmediatos a él. Se explica que así sea porque cada tesoro es una cosa distinta. Claro está que debe tratarse de tesoros que formen unidades diferentes y no de cosas distintas o desparramadas de un mismo tesoro.

1111/307

307. NATURALEZA DE LA ADQUISICIÓN.— La adquisición del dominio por descubrimiento del tesoro es un caso atípico de apropiación. Decimos atípico, porque si la apropiación funcionara como es propio de ella, el descubridor debería ser propietario de todo el tesoro; sin embargo, la ley distribuye el derecho de dominio sobre la cosa entre el descubridor y el propietario (art. 2556 Ver Texto). Parecería, por consiguiente, que lo que en verdad da derecho a la cosa, no es la apropiación sino más bien el descubrimiento por una parte y el ser propietario de la cosa por la otra; de modo que, en rigor, antes que de una apropiación en sentido estricto, habría aquí un modo de adquisición del dominio arbitrado por la ley, que lo distribuye por razones de equidad bastante discutibles, entre el descubridor y el propietario (ver nota 6).

1111/308

308. DÓNDE PUEDEN BUSCARSE TESOROS.— Según el art. 2552 Ver Texto es prohibido buscar tesoros en predios ajenos, sin licencia del dueño, o del que lo represente, aunue lo posea como simple tenedor; pero el que fuere coposeedor del predio o poseedor imperfecto, puede buscarlos con tal que el predio sea restituido al estado en que se hallaba.

Este texto presenta una dificultad interpretativa: ¿a quién se refiere el primer párrafo cuando dice aunue lo posea como simple tenedor? ¿Significa que el que representa al dueño, aunue sea como simple tenedor, puede autorizar la búsqueda de tesoros o, por el contrario, significa que el simple tenedor no puede buscar tesoros sin licencia del dueño?

No obstante la equivocidad del párrafo, parece claro que el propósito ha sido disponer que inclusive el simple tenedor puede dar licencia para buscar tesoros (ver nota 7) y por tanto, que él mismo tiene derecho a hacerlo.

Si el que busca el tesoro es copropietario del inmueble o un poseedor que reconoce en otro el derecho del dominio (usufructuario, usuario, acreedor anticresista o tenedor a título de arrendatario, comodatario, etc.) puede buscar el tesoro siempre que el predio sea restituido al estado en que se hallaba.

Sin embargo, esta prohibición de buscar tesoros en predios ajenos tiene una importancia práctica muy relativa ya que el art. 2553 Ver Texto establece que si alguno dijere que tiene un tesoro en predio ajeno y quisiere buscarlo, puede hacerlo, sin consentimientos del dueño del predio, designando el lugar en que se encuentra y garantizando la indemnización de todo daño al propietario.

Como se ve en esta hipótesis, el propietario no puede oponerse a que el tercero busque el tesoro; de tal manera que bastará afirmar que se sabe que un tesoro existe en una lugar

determinado y que le pertenece, para vencer la resistencia del dueño a la búsqueda; pero la ley exige que en este caso se dé garantía de la indemnización de todo daño al propietario. Obviamente esa garantía debe ser anterior a la búsqueda. En suma, el sistema legal es el siguiente: el coposeedor o poseedor imperfecto, como dice el art. 2552 Ver Texto , puede buscar los tesoros sin garantía previa del daño que pueda ocasionar al inmueble con la búsqueda, pero con la obligación de restituir el predio en la situación en que se hallaba; los otros terceros pueden también buscarlos, pero garantizando previamente la indemnización de los daños al propietario.

1111/309

309.— Cabe advertir que estas disposiciones se refieren a la búsqueda deliberada del tesoro y a los trabajos realizados para encontrarlo; pero puede ocurrir que el tesoro sea descubierto casualmente, como consecuencia de otros trabajos realizados en el inmueble (por ejemplo, si se lo encuentra roturando la tierra o haciendo un pozo para extraer agua, etc.); en tal caso, según ya lo veremos más adelante, el descubridor tiene el mismo derecho que si el hallazgo del tesoro se hubiera hecho por trabajos enderezados deliberadamente a encontrarlo.

1111/310

310. DERECHOS DEL DESCUBRIDOR Y DEL PROPIETARIO.— El principio general establecido en los arts. 2556 Ver Texto y siguientes, es que la mitad del tesoro corresponde al descubridor y la otra mitad al propietario. Esta solución se aplica tanto al caso de que el descubridor sea un tercero ajeno al inmueble o que tenga sobre él un derecho real de usufructo, uso, habitación o anticresis (arts. 2558 Ver Texto y 2559).

Si el descubridor es copropietario del inmueble (con evidente impropiedad el Código habla de coposeedor) hará suya la mitad del tesoro y la otra mitad se dividirá entre todos los copropietarios según su porción en condominio (art. 2557 Ver Texto). Esto significa que al descubridor le corresponderá además de su mitad, otra porción equivalente a su participación en el condominio. La solución es de estricta lógica.

El tesoro encontrado por el marido o la mujer en el predio de cualquiera de ellos o la parte que correspondiere al propietario del tesoro hallado por un tercero en predio de alguno de los cónyuges, corresponde a ambos como ganancial (art. 2560 Ver Texto). La ley ha omitido prever el supuesto del tesoro encontrado por alguno de los cónyuges en terreno de otro, pero obviamente también en este caso debe admitirse que se trata de un bien ganancial como que ha sido adquirido durante la vigencia de la sociedad conyugal por un título que no es herencia, donación o legado (ver nota 8).

1111/311

311.— Para que el descubridor tenga derecho al tesoro debe tratarse de un encuentro casual (art. 2561 Ver Texto) o bien haber resultado de una búsqueda autorizada por el propietario (art. 2552 Ver Texto) o hecha por quien tenía la posesión o la tenencia del inmueble. Pero si un tercero no poseedor o tenedor hubiere buscado el tesoro sin autorización del propietario, éste pertenece íntegramente al dueño (art. 2561 Ver Texto). Es la sanción establecida por la ley para quien viola la prohibición de buscar tesoros en predios ajenos sin autorización del propietario.

1111/312

312.— Hay, sin embargo, una hipótesis en la que el descubridor es propietario de todo el tesoro: tal ocurre si se trata de un tesoro que le pertenecía. Aquí se trata más bien de la reivindicación de una cosa mueble que del encuentro de un tesoro, puesto que el tesoro en sentido propio es un objeto que no tiene dueño conocido (art. 2551 Ver Texto). La prueba de la propiedad del tesoro hallado por el que se dice dueño, se puede hacer por testigos, presunciones o por cualquier otro género de pruebas (art. 2564 Ver Texto). El Código ha sido amplio en esta materia, ya que el solo descubrimiento del tesoro en el lugar indicado por el que se dice su propietario, es una fortísima presunción de que le pertenece.

Otra presunción agrega la ley: que los objetos de reciente origen pertenecen al dueño del lugar donde se encontraren, si él hubiese fallecido en la casa que hacía parte del predio (art. 2565 Ver Texto). En verdad, la presunción legal es que esos objetos pertenecían al dueño y hoy pertenecen a sus herederos. El que realiza el descubrimiento sólo tendrá entonces el derecho a la recompensa que tiene el que encuentra una cosa perdida.

1111/313

313.— Hemos dicho ya que el que buscare un tesoro sin autorización del dueño y lo descubriere, pierde su derecho a él. Sin embargo, el art. 2563 Ver Texto trae una disposición de lógica muy discutible; dispone que el que emprendiere trabajos en predio ajeno, aunque fuera sin consentimiento del dueño pero con otro objeto que el de buscar un tesoro, tiene derecho a la mitad de él. ¿Cómo se justifican estas disposiciones aparentemente antinómicas? Evidentemente lo que ha querido el legislador es descorazonar la búsqueda de tesoros en predios ajenos, actividad que por la época en que el Código se sancionó, dio lugar a algunos abusos. Aun así, la solución de la ley no se justifica; tan arbitrarios, tan dignos de sanción, son los trabajos emprendidos para buscar un tesoro como para otro objeto cualquiera, cuando se actúa sin el consentimiento del propietario del predio. Desde el punto de vista de éste, lo que interesa es el daño que se le produce, la intromisión de un tercero en su propiedad, y eso ocurre tanto en una hipótesis como en otra. Evidentemente,

la solución debería ser la misma.

1111/314

314. — El obrero que trabajando en un predio ajeno encontrare un tesoro en forma casual, tiene derecho a la mitad de él (art. 2562 Ver Texto), a menos que se tratara de excavaciones hechas por instrucción del propietario con el objeto de encontrar el tesoro, en cuyo caso le corresponde al dueño (art. 2561 Ver Texto). Es natural que así sea, porque debe reputarse descubridor al que organiza el trabajo, paga los obreros y asume la búsqueda, aunque no sea materialmente él el que haya puesto en descubierto el tesoro buscado. Pero si los trabajos ordenado tienen otro objeto, el propietario sólo tendrá derecho a la mitad y el obrero descubridor a la otra mitad, aun en el caso de que el propietario le hubiera anunciado la posibilidad de hallar un tesoro (art. 2562 Ver Texto). Se explica que así sea porque aquí los trabajos no estaban ordenados a hallar el tesoro, por más que hubiere la presunción por parte del dueño de que podría hallárselo.

1111/315

315.— Resulta muy difícil justificar la solución de la ley que reconoce al propietario del terreno la mitad del tesoro descubierto por un tercero. Ese tesoro es evidentemente una cosa distinta de la tierra de la cual es propietario y no tiene porqué beneficiarse éste con el descubrimiento hecho por otro. Lo lógico hubiera sido que el tesoro perteneciera íntegramente al descubridor, o bien que la mitad correspondiese a él y la otra mitad al Estado, con lo cual toda la sociedad y no sólo el dueño del predio, se beneficiarían de esa riqueza que un hecho casual ha puesto al descubierto (ver nota 9).

1111/316

316. — Conforme lo dispone el art. 2556 Ver Texto , el tesoro hallado en un inmueble hipotecado o dado en anticresis no está comprendido en la hipoteca ni en la anticresis. Hay que admitir que esta disposición no es congruente con la solución de reconocerle al propietario la mitad del tesoro ya que ese derecho no puede tener otro fundamento que la vinculación del tesoro con el inmueble, es decir, porque se considera al tesoro en cierta forma como accesorio de ese inmueble. Siendo así, debería estar también comprendido en la hipoteca o la anticresis. pero apresurémonos a decir que la solución del art. 2556 Ver Texto nos parece justa al no reconocerle derechos al acreedor hipotecario o anticresista, ya que el tesoro no fue tenido en cuenta por el acreedor al considerar la garantía que se le ofrecía. Lo que es injusto es reconocerle la mitad al dueño.

1111/10860

D.— RÉGIMEN DE LAS COSAS PERDIDAS

1111/317

317. UBICACIÓN METODOLÓGICA.— Como hemos de verlo en seguida, el que encuentra una cosa perdida, no la hace suya, es decir, no la adquiere por apropiación. Por consiguiente, no debería, en rigor, tratarse juntamente con este modo de adquisición del dominio. Sin embargo, la analogía con la apropiación ha hecho que tradicionalmente se trate juntamente con ésta; así lo haremos nosotros.

1111/318

318. DERECHOS Y DEBERES DEL HALLADOR.— Los arts. 2531 Ver Texto y siguientes establecen cuáles son los derechos y deberes en la persona que halla una cosa y se apodera de ella. El que hallare una cosa perdida, no está obligado a tomarla; pero si lo hiciere, carga mientras la tuviera en su poder con las obligaciones del depositario que recibe una recompensa por sus cuidados (art. 2531 Ver Texto). Si el que hallare la cosa conoce al dueño, debe darle noticia inmediatamente, y si no lo hiciere, no tiene derecho a recompensa alguna ni aunque hubiese sido ofrecida por el propietario ni tampoco compensación por su trabajo ni por los gastos que hubiese hecho (art. 2532 Ver Texto). Este artículo dice en su primer párrafo: si el que halla la cosa conoce o hubiese podido conocer quién es el dueño; vale decir, puede ocurrir que el hallador no sepa quién es el propietario pero sí cómo encontrarlo. En tal caso, tiene la obligación de buscarlo. Dice también esta disposición, que el hallador debe inmediatamente dar noticia de ella al propietario. Con esto se quiere significar que el aviso debe darse sin demora, aunque no se pretende establecer una regla rígida. puede ocurrir que las circunstancias del caso hagan razonable la demora, como podría ocurrir si dar el aviso de inmediato significara para el hallador un sacrificio de tiempo o de trabajo injustificado.

Si el hallador no supiese quién es el dueño debe entregarla al juez más inmediato o a la policía del lugar (art. 2534 Ver Texto). Vale decir, que las circunstancias de no saber quién es el dueño no autoriza al hallador a retener para sí la cosa, pues las cosas perdidas no son res nullius y, por tanto, no cabe la apropiación como medio de adquisición del dominio.

1111/319

319.— El que hubiere hallado la cosa perdida tiene derecho a ser pagado por los gastos

hechos en ella y a exigir recompensa por el hallazgo (art. 2533 Ver Texto). El monto de la recompensa puede resultar del ofrecimiento hecho por la persona que hubiere perdido la cosa, o en defecto de él, por lo que el juez regulase. Si el hallador no se considera satisfecho con la recompensa ofrecida puede solicitar del juez que fije otra equitativa y él tendrá derecho a optar por una o por otra (art. 2533 Ver Texto y 2536 Ver Texto). Sin embargo, el propietario de la cosa puede exonerarse de todo reclamo cediéndola al que la halló (art. 2533 Ver Texto in fine).

1111/320

320. PROCEDIMIENTO.— El Código no se ha limitado a establecer cuáles son los derechos y obligaciones del hallador y del que perdió la cosa, sino que establece inclusive el procedimiento que se debe seguir cuando no se conoce quién es el dueño. El hallador debe entregarla al juez más inmediato o a la policía del lugar, los que deberán poner avisos de treinta en treinta días (art. 2534 Ver Texto). El Código Civil no dice cuántos avisos deben oponerse, de tal modo que eso queda librado a la reglamentación de las leyes procesales locales, o bien a lo que el juez prudencialmente disponga, teniendo en cuenta el valor de la cosa.

Si en el término de seis meses desde el último aviso no se presentare persona que justifique su dominio, se venderán las cosas en pública subasta y luego de deducidos del producto de la venta los gastos de aprehensión, de conservación y la recompensa debida al hallador, el remanente corresponde a la municipalidad del lugar en que se halló la cosa (art. 2535 Ver Texto).

Si apareciere el dueño antes de subastarse la cosa, le será restituida pagando los gastos y la recompensa que fijare el juez al que la halló. Si el dueño hubiese ofrecido recompensa por el hallazgo, el que la halló puede elegir entre dicha recompensa y la que el juez fijare prudencialmente (art. 2536 Ver Texto).

Subastada la cosa, queda irrevocablemente perdida para el dueño si no prefiere pagar todos los gastos y el importe del remate, si hubiese sido ya pagado (art. 2537 Ver Texto). Este derecho de recuperar la cosa que se reconoce al propietario aun después de hecha la subasta, es a todas luces excesivo (ver nota 10). No es razonable dejar en la incertidumbre el derecho del que adquirió la cosa rematada judicialmente. La situación se agrava por la circunstancia de que la ley no establece el tiempo durante el cual el dueño puede pedir entrega de la cosa, por lo que es de aplicación el plazo de prescripción de tres años establecido por el art. 4016 bis Ver Texto para la adquisición de las cosas perdidas por el poseedor de buena fe.

Si la cosa fuese corruptible o su custodia o conservación dispendiosa, podrá anticiparse la

subasta y el dueño, presentándose antes de expirar los 6 meses del último aviso tendrá derecho al precio, deducido los gastos y el premio del hallazgo (art. 2538 Ver Texto).

1111/321

321. SANCIONES POR FALTA DE ENTREGA DE LA COSA.— El que no diere noticia al dueño de la cosa hallada o no siguiera el procedimiento indicado por la ley para el supuesto de que se ignore quién es el propietario, perderá el derecho a la recompensa de los gastos que hubiese realizado (art. 2532 Ver Texto). Más aún, el art. 2539 Ver Texto dispone que comete hurto el que se apropiare de las cosas que hallare y no procediese según las disposiciones de los artículos anteriores; lo mismo que el que se apropiara de los despojos de los naufragios y de las cosas echadas al mar o a los ríos para aligerar el buque.

(nota 1) De acuerdo: SALVAT, t. 2, n° 729; MACHADO, t. 6, nota al art. 2525, p. 515; LLERENA, t. 7, nota al art. 2525, n° 1; PEÑA GUZMÁN, Derechos Reales, t. 2, n° 505. Estos autores hablan de la capacidad de tener voluntad, expresión un tanto equivoca, pero del contexto resulta que aluden a la voluntad para adquirir la posesión.

(nota 2) MACHADO, t. 6, p. 519.

(nota 3) De acuerdo: ARGAÑARAZ en SALVAT, t. 2, n° 744, nota 30 a; LAFAILLE, t. 1, n° 594. ALLENDE piensa que el segundo párrafo del art. 2548 Ver Texto carece de sentido, porque si la pesca es libre en las aguas públicas para todos los habitantes, cuanto más debe serlo para los ribereños (Derechos de aguas, p. 241). Comp.: PEÑA GUZMÁN, Derechos reales, t.2, n° 533.

(nota 4) De acuerdo: LAFAILLE, t. 1, n° 602; ARGAÑARAZ, en SALVAT, t. 2, n° 746, nota 35; PLANIOL-RIPERT-PICARD, t. 3, n° 605.

(nota 5) PLANIOL-RIPERT-PICARD, loc. cit. en nota anterior.

(nota 6) Véase infra, n° 315; además, LAFAILLE, t. 1, n° 599.

(nota 7) De acuerdo: LAFAILLE, t. 1, n° 606.

(nota 8) De acuerdo, MACHADO, t. 6, p. 544 (en nota).

(nota 9) Con razón dice: PLANIOL-RIPERT-PICARD, que el derecho del propietario es difícil de justificar, Tratado, t. 3, n° 607.

(nota 10) LAFAILLE, t. 2, n° 615.

1111/10870

§ 3. Especificación

1111/322

322. CONCEPTO.— Por especificación se entiende la transformación de una cosa mueble en otra mediante el trabajo del hombre, o para utilizar los términos del art. 2567 Ver Texto , cuando se hace un objeto nuevo con la materia de otro. Ejemplos: cuando con lana se hace tela, con uva vino, con mármol una estatua.

Si la idea en sí misma es simple, no tan sencillo resulta precisar con certeza cuándo debe reputarse que un objeto es nuevo o ha cambiado su naturaleza intrínseca. Es necesario recordar, sin embargo, que cuando hablamos de transformación, no manejamos conceptos físicos, sino jurídicos. Lo económico salta así al primer plano. En consecuencia, debe considerarse que hay especificación cuando la materia anterior se ha transformado en un objeto que tiene una individualidad económico-social propia (ver nota 1).

La cosa transformada puede ser o no materia prima. Sin duda, la elaboración de la materia prima es el más frecuente supuesto de especificación, pero también puede ocurrir que se transforme una cosa ya elaborada; como, por ejemplo, si con un vaso de oro que se funde se hace otro objeto distinto. Con el progreso de la industria y de la ciencia entran dentro de la noción de materia también las energías naturales y muchos productos de la naturaleza que pueden útilmente emplearse para la creación de productos químicos, sanitarios, etc. (ver nota 2)

No basta para tener por operada la especificación, un cambio puramente superficial que, valorado del punto de vista económico-social no importe verdadera transformación, como ocurre, por ejemplo, con un mueble que se pinta de un color distinto. Aunque hay que

advertir que a veces debe reputarse especificación el trabajo hecho en la superficie de ciertos cuerpos mediante escritura (por ejemplo, un título de propiedad), dibujo, pintura, impresión, grabado, fotografía, etc. (ver nota 3)

En suma, será tarea del juez resolver en cada caso y sobre la base de las valoraciones económico-sociales del momento si un determinado producto fruto del trabajo humano puede o no calificarse como nuevo respecto de la materia que ha sido utilizada (ver nota 4).

1111/323

323.— La especificación es necesariamente producto del trabajo humano. Si la transformación se ha operado por un hecho de la naturaleza, no se presenta problema jurídico respecto de la propiedad, que continúa siendo del dueño de la materia. Pues ya veremos que el conflicto jurídico se presenta cuando el dueño de la materia no es la misma persona que ha hecho la transformación o especificación.

Según el art. 2567 Ver Texto , no solamente debe tratarse de un acto humano sino de un verdadero acto jurídico; quien hace la especificación, debe realizarla con la intención de apropiarse de la cosa nueva. Es un grueso error. La especificación requiere el trabajo humano, pero no es un acto de voluntad ni un acto jurídico, de tal modo que aun el incapaz de hecho puede especificar con eficacia jurídica (ver nota 5). ¿Quién puede dudar que Van Gogh, en plena locura hacía suyos sus inigualables cuadros, aunque hubiera usado tela y pintura ajenas? Por lo demás, el pintor o el escultor que crea la obra de arte no está pensando en adquirir la propiedad de esa obra sino simplemente crea, pinta, esculpe. No por ello adquirirá menos el dominio de su obra de arte. No se requiere un trabajo personal; así, el fabricante se convierte en propietario por la actividad del operario. Lo que en definitiva importa es que el trabajo se haya realizado por encargo y bajo la dirección del transformador o especificador (ver nota 6).

1111/324

324. NATURALEZA JURÍDICA DE LA ESPECIFICACIÓN.— Mucho se ha discutido acerca de la naturaleza jurídica de la especificación. Para algunos autores se trataría simplemente de una accesión de mueble a mueble (ver nota 7). Esta teoría no resiste el análisis, porque aquí no se trata de una cosa que se agrega a otra, sino de la transformación de una cosa en otra; en verdad, hay una especie nueva. Para otros habría la creación de una cosa nueva de la cual se apropia el dueño como quien se apropia de una res nullius (ver nota 8). Dice LAFAILLE, con razón, que hay que forzar mucho los conceptos para admitir tal conclusión: la especificación no es el mero acto de apoderarse de una res nullius, desde que para producir la cosa nueva, previamente hay que tomar la propiedad ajena y someterla a una modificación sustancial (ver nota 9).

Éste es un ejemplo más de los esfuerzos empeñosos que hacen los juristas para asimilar unas instituciones jurídicas a otras. Con ello no hacen sino forzarse inadecuadamente los conceptos jurídicos. La especificación, en suma, no es otra cosa que la especificación. Es una institución peculiar, creada por la ley, atendiendo a razones de interés económico-social (ver nota 10).

1111/325

325. PROPIEDAD DE LA COSA NUEVA.— El Código distingue dos hipótesis distintas: la especificación de buena y mala fe.

Respecto de la primera dice el art. 2570 Ver Texto : si la transformación se hizo de buena fe y fuere posible reducir la cosa a su forma anterior, el dueño de la materia será dueño de la nueva especie, pagando al transformador su trabajo; pero puede exigir sólo el valor de la materia, quedando la especie de propiedad del transformador. Si no puede reducirla a su forma anterior, el dueño de ella sólo tendrá derecho a la indemnización correspondiente (art. 2568 Ver Texto).

Con respecto a la especificación hecha de mala fe, es decir, sabiendo que la materia era ajena, dice el art. 2569 Ver Texto : si la transformación se hizo de mala fe, sabiendo o debiendo saber el transformador que la cosa era ajena y fuere imposible reducirla a su forma anterior, el dueño de la materia tendrá derecho a ser indemnizado de todo daño y a la acción criminal a que hubiere lugar, si no prefiriese tener la cosa en su nueva forma, pagando al transformador el mayor valor que hubiese tomado por ella.

Es decir que en ese supuesto el dueño de la materia prima tiene una opción: o bien dejar la cosa en poder del especificante, con el pago por éste de los daños sufridos por la privación de la cosa; o bien quedarse con la cosa, pagando al transformador el mayor valor que hubiese adquirido.

1111/326

326.— El sistema seguido por nuestro Código es complicado y no muy jurídico. Por lo pronto, hace depender los derechos del dueño de la materia y del especificador de que la cosa nueva pueda o no ser restituida a su forma anterior. Es una solución que, si se la aplica rigurosamente, no tiene sentido. Según ella, dice WOLFF, si Benvenuto Cellini hubiese cincelado en plata ajena su celeberrimo salero, no habría adquirido su dominio (ver nota 11), pues el salero podía fundirse nuevamente. O si Fader o Soldi hubiesen pintado sus

cuadros en tela ajena, debería reconocerse la propiedad al dueño de la tela, porque el cuadro puede lavarse. Por ello, los Códigos más modernos reconocen el dominio del especificante, pueda o no reducirse el objeto nuevo a su forma anterior (C. Civil italiano, art. 940; alemán, art. 951; mexicano, arts. 929-931).

Pero dado que nuestro Código condiciona la adquisición del dominio por el especificante a la posibilidad de volver la materia prima a su estado anterior, esta disposición debe ser razonablemente interpretada; el derecho de las partes dependerá de la circunstancia de que la cosa pueda volverse a su estado anterior, si ello puede realizarse sin destruir el valor creado por la especificación. Es la solución del Código portugués (art. 1336), que a nuestro juicio se impone en nuestro derecho, porque autorizar al dueño de la materia prima a volver la cosa a su estado anterior aun destruyendo el valor creado por la especificación, importaría convalidar un evidente abuso del derecho. Que pueda destruirse una obra de Cellini o de Fader o de Soldi sólo para devolver a su dueño la plata o la tela, es francamente inconcebible. Y aunque estos ejemplos son extremos, lo mismo debe decidirse en cualquier otro caso en que por efecto de la especificación se haya agregado un valor apreciable a la materia prima.

En el derecho moderno se discute también si la buena o mala fe del especificador debe o no influir en el derecho de propiedad que se le reconozca sobre la nueva cosa. En algunas de las legislaciones más modernas y en nuestros proyectos de reformas, se prescinde de este elemento, juzgando que el derecho de propiedad hace de la transformación operada por el trabajo. En el Código alemán, el especificador, sea de buena o mala fe deviene propietario de la cosa, a menos que el valor del trabajo notablemente inferior al de la materia empleada (art. 950); en el mismo sentido, dice el art. 940 Ver Texto del Código Civil italiano que el especificador adquiere la propiedad salvo que el valor de la materia sobrepase notablemente a aquel de la mano de obra. Similar es la solución del código venezolano (art. 578). Nuestros proyectos de reforma son aún más radicales, porque reconocen siempre la propiedad del especificador, sin hacer ninguna reserva fundada en el valor respectivo de la materia y de la obra (Anteproyecto de Bibiloni, art. 2567; Proyecto de 1936, art. 1518; Anteproyecto de 1954, art. 1526).

1111/327

327. LIMITADO INTERÉS PRÁCTICO.— El interés práctico de la especificación como medio de adquisición del dominio de una cosa mueble, está notablemente reducido por efectos del art. 2412 Ver Texto , según el cual la posesión de buena fe de una cosa mueble crea en favor del que la posee la presunción de tener la propiedad de ella y el derecho de repeler cualquier acción de reivindicación si la cosa no fuere robada o perdida. Esto significa que el poseedor de buena fe hace suya la cosa si la ha adquirido a título oneroso (art. 2778 Ver Texto) y sin necesidad de que se opere la transformación o mejor dicho, antes de que ella se haya operado. En ese caso, la especificación no tiene ningún efecto sobre el dominio, ya que el dueño de la materia prima lo es obviamente de la cosa

transformada. Por consiguiente, la especificación solamente puede tener aplicación jurídica en el caso del poseedor de buena fe de una cosa robada o perdida o del poseedor de mala fe (ver nota 12), o del poseedor de buena fe a título gratuito.

(nota 1) PESCATORE, ALBANO, GRECO, Della Proprietá, libro III, t. 1, p. 499; ENNECERUS-KIPP-WOLFF, t. 3, vol. 1, § 73. Los autores citados en último término dicen que la vida cotidiana no considera el concepto de la novedad en el sentido filosófico sino en el sentido económico.

(nota 2) PESCATORE, ALBANO, GRECO, Della proprietá, loc. cit. en nota anterior.

(nota 3) ENNECERUS-KIPP-WOLFF, t. 3, vol. 1, § 73.

(nota 4) PESCATORE, ALBANO, GRECO, Della proprietá, libro III, t. 1, p. 500.

(nota 5) De acuerdo: ENNECERUS-KIPP-WOLFF, t. 3, vol. 1, § 73. Estos autores agregan: “en tanto pueda trabajar”. Si la salvedad se refiere a la capacidad jurídica para trabajar no estamos de acuerdo, pues como decimos en el texto pensamos que un demente puede especificar; si se refiere a la posibilidad física de trabajar, entonces el agregado era innecesario.

(nota 6) De acuerdo: ENNECERUS-KIPP-WOLFF, t. 3, vol. 1, § 73. Véanse empero las observaciones de LAQUIS, Derechos reales, t. 2, p. 554 y s.

(nota 7) Éste es el criterio seguido por la doctrina francesa: PLANIOL-RIPERT-PICARD, n° 285; BAUDRY-LACANTINERIE y CHAVEAU, n° 429; DEMOLOMBE, t. 10, n° 1851.

(nota 8) SALVAT, t. 2, n° 803; MAYNZ, t. 1, § 185.

(nota 9) LAFAILLE, t. 1, n° 626.

(nota 10) Estamos así muy cerca de la posición de ACCARIAS, t. 1, n° 260 in fine, quien dice que se trata de una adquisición del dominio por ministerio de la ley. LAFAILLE, que lo cita, dice que la doctrina de ACCARIAS supone no resolver el problema (loc.cit. en nota anterior); aunque cabe agregar que LAFAILLE se limita a desestimar las distintas doctrinas sin enunciar por su parte ninguna, con lo cual él tampoco lo resuelve. Por lo demás, no es

exacto que sea no resolver el problema. Se lo resuelve diciendo que es un modo de adquisición del dominio distinto de los otros, de una naturaleza propia, no asimilable a otros modos de adquisición.

(nota 11) ENNECERUS-KIPP-WOLFF, t. III, vol. 1, § 73. Véase LAQUIS, Derechos reales, t. 2, p. 560 y s.

(nota 12) De acuerdo en la relativa importancia de este modo de adquisición del dominio, LAFAILLE, t. 1, nº 632; SALVAT, t. 2, nº 811. Comp.: LAQUIS, Derecho reales, t. 2, p. 567.

1111/10880

§ 4. Adhesión

1111/328

328. CONCEPTO.— Según ya lo hemos estudiado (nº 267), la propiedad de una cosa comprende la de los accesorios que se encuentran en ella unidos natural o artificialmente (art. 2520 Ver Texto). Por consiguiente, cuando una cosa se adhiere a otra, el propietario de ésta adquiere el dominio de la que se ha adherido. Es lo que dispone el art. 2571 Ver Texto : se adhiere el dominio por adhesión, cuando alguna cosa mueble o inmueble acreciere a otra por adherencia natural o artificial.

El Código trata de los siguientes casos de adhesión: a) aluvión; b) avulsión; c) edificación y emigración de animales; d) adjunción, mezcla y confusión. Nos ocuparemos sucesivamente de estos casos.

1111/10890

A.— ALUVIÓN

1111/329

329. CONCEPTO Y DISTINTOS CASOS.— Se llama aluvión a los acrecentamientos de tierra que reciben paulatina e insensiblemente por efecto de las corrientes de las aguas los terrenos ribereños (art. 2572 Ver Texto). Éste es el ejemplo típico de aluvión propiamente dicho. Pero hay otros dos casos que se asimilan a éste en lo que se refiere a la adquisición de la tierra por los ribereños:

a) Puede ocurrir que el río o corriente de agua se retire insensiblemente de una orilla hacia la otra, dejando al descubierto parte del lecho, en cuyo caso el propietario de la ribera adquiere los terrenos dejados en descubierto por las aguas (art. 2573 Ver Texto).

b) Puede ocurrir también que las aguas del río cambien de curso y comiencen a correr por un lecho distinto, dejando abandonado el anterior; o bien que se sequen, quedando también al descubierto el cauce. El Código no ha previsto este caso pero la jurisprudencia, con razón, ha resuelto que en tal hipótesis el lecho abandonado corresponde a los propietarios ribereños (ver nota 1), a menos que el cambio de dirección sea el resultado de obras y trabajos de rellenamiento que el Poder público ha efectuado a sus expensas, en cuyo caso el cauce pertenece al Estado (ver nota 2).

La propiedad de las tierras de aluvión pertenece al propietario ribereño.

1111/330

330. CONDICIONES DE LA ADQUISICIÓN DEL DOMINIO.— Para que los ribereños adquieran el dominio de las tierras de aluvión se requieren las siguientes condiciones:

a) Debe tratarse de aguas corrientes por sus cauces naturales (ríos o arroyos). En cambio, si se trata de aguas corrientes por ríos canalizados, cuyas márgenes son formadas por diques artificiales, el límite de las propiedades ribereñas estará dado siempre por las paredes del canalizado y los ribereños no adquieren la propiedad de la tierra que pueda ir depositándose a lo largo de las paredes (art. 2574 Ver Texto). Tampoco adquieren los ribereños de aguas durmientes como lagos, lagunas, etc., el terreno descubierto por cualquier disminución de las aguas (art. 2578 Ver Texto), solución que no parece razonable porque debió aplicarse el mismo principio del art. 2573 Ver Texto , según el cual los terrenos que el curso de las aguas dejaren descubiertos retirándose insensiblemente de una ribera hacia la otra pertenecen también a los ribereños.

b) Es necesario que se trate de tierras dejadas por río o arroyos no navegables; si, por el contrario, se tratase de ríos navegables o de las costas del mar, los terrenos de aluvión

pertenece al Estado (art. 2572 Ver Texto).

c) Es indispensable que los terrenos de aluvión estén definitivamente incorporados al predio ribereño; es decir, que estén adheridos a la ribera y hayan cesado de ser parte del lecho del río (art. 2581 Ver Texto).

d) Finalmente, es indispensable que los terrenos de aluvión estén unidos directamente a las propiedades ribereñas y no estén separados de ellas por una corriente de agua que haga parte del río y que no sea intermitente (art. 2576 Ver Texto).

1111/331

331. ALUVIÓN FORMADO COMO CONSECUENCIA DE TRABAJOS REALIZADOS POR LOS RIBEREÑOS.— Puede ocurrir que el aumento de tierra no sea consecuencia espontánea de la obra de la naturaleza sino que esté determinado por obras realizadas por los ribereños. Ello no altera los principios ya estudiados; es decir, el aumento de tierra producido por el aluvión se incorpora a las propiedades ribereñas. Pero si ese aumento se produjera en perjuicio de los otros ribereños (lo que especialmente ocurrirá cuando como consecuencia de las obras se desplace el curso del río) los damnificados pueden pedir el restablecimiento de las aguas a su lecho y, si no les fuere posible conseguirlo, pueden demandar la destrucción de esas obras (art. 2579 Ver Texto).

Si los trabajos hechos por uno de los ribereños no fueren simplemente defensivos y avanzaren sobre la corriente de agua, el propietario de la otra orilla tendrá derecho a demandar la supresión de las obras (art. 2580 Ver Texto).

El carácter espontáneo del acrecimiento no es, por consiguiente, como se ha sostenido con notorio error (ver nota 3), una condición indispensable de la adquisición de tierras por aluvión. En principio, la adquisición se produce tanto en el caso del acrecimiento natural y espontáneo como en el que es producto de obras del hombre; pero en este último caso, cuando los trabajos fueren realizados por uno de los ribereños en perjuicio del otro, la ley le confiere a este último el derecho a pedir el restablecimiento de las aguas en su lecho y, si no fuera posible conseguirlo, a reclamar la destrucción de las obras. Todo ello sin perjuicio de la acción por daños derivada del hecho ilícito.

El Código ha previsto solamente las obras realizadas por los particulares; pero puede ocurrir que también sea el aluvión la consecuencia de obras realizadas por el Estado, como podría ser un dique. Es indudable que se aplican los mismos principios ya estudiados, o sea que los ribereños adquieren la propiedad de los terrenos formados como consecuencia del aluvión; salvo lo que se ha dicho en el n° 329 para el caso de cauce abandonado.

1111/332

332. ALUVIÓN FORMADO A LO LARGO DE VARIAS HEREDADES.— Cuando el terreno de aluvión se ha formado a lo largo de varias heredades, la división se hace entre los propietarios ribereños en proporción del ancho que cada una de las heredades presente sobre el antiguo río (art. 2582 Ver Texto).

1111/10900

B.— AVULSIÓN

1111/333

333. CONCEPTO.— El aluvión supone un acrecentamiento de tierra operado en forma paulatina e insensible; la avulsión, en cambio, supone un hecho súbito, un desprendimiento violento provocado por las aguas que las depositan en otras propiedades, ya sea inferiores, ya sea de la ribera opuesta.

En principio, cuando se han producido estos desprendimientos, el dueño de la tierra desprendida conserva su dominio y puede reclamarla del propietario de esa tierra donde se ha depositado, con las siguientes limitaciones: en primer lugar, su acción para reclamar las tierras desprendidas, prescribe a los seis meses (art. 4039 Ver Texto); en segundo término, el propietario de las tierras, arena, o plantas carece de derecho a reivindicarlas desde que ellas se han adherido naturalmente al terreno ribereño al que fueron a parar (art. 2584 Ver Texto).

1111/334

334.— Mientras no se haya operado la prescripción o mientras las cosas deslindadas por avulsión no se hayan adherido naturalmente al terreno de un fundo inferior, el dueño de ellas conserva su dominio al solo efecto de llevárselas (art. 2583 Ver Texto). Esto significa que el propietario no podría ejercer su derecho de propiedad sobre estas cosas dejándolas en el lugar en que se encuentran, sino por el contrario, sólo tiene derecho a llevárselas.

1111/335

335.— El propietario del fundo al cual las cosas han ido a parar, no tiene derecho a exigir indemnización de daños y perjuicios por los daños que puedan haberle provocado en su propiedad, pues se trata de un verdadero caso fortuito; en cambio, los daños causados por el dueño de las cosas al retirarlas, deben ser indemnizados conforme a los principios generales (ver nota 4).

Por lo mismo que la avulsión es la consecuencia de un hecho fortuito, el propietario del terreno en que las aguas dejaron las tierras, arenas, etc., no tiene derecho a exigir que sean removidas (art. 2585 Ver Texto).

1111/336

336. COSAS NO SUSCEPTIBLES DE ADHERENCIA NATURAL.— La avulsión supone siempre cosas susceptibles de adherencia natural, tales como la tierra, las arenas, las plantas (art. 2583 Ver Texto y 2586 Ver Texto). Pero puede ocurrir que la corriente haya traído cosas no susceptibles de adherencia natural como, por ejemplo, muebles, materiales de construcción, etc.; en tal caso se aplica lo dispuesto sobre las cosas perdidas (art. 2586 Ver Texto).

1111/10910

C.— EMIGRACIÓN DE ANIMALES

1111/337

337. RÉGIMEN LEGAL.— Establece el art. 2592 Ver Texto que, cuando los animales domesticados que gozan de su libertad, emigraren y contrajesen la costumbre de vivir en otro inmueble, el dueño de éste adquiere dominio de ellos, con tal de que no se haya valido de ningún artificio para atraerlos. El antiguo dueño no tendrá opción alguna para reivindicarlos, ni para exigir ninguna indemnización.

¿Cuál es el campo de aplicación de este artículo? Por lo pronto, hay que excluir los animales salvajes que no tienen dueño y de los cuales puede apropiarse cualquiera (arts. 2540 Ver Texto y 2605 Ver Texto); tampoco los animales domésticos propiamente dichos (art. 2528 Ver Texto), que deben ser devueltos a su propietario si emigran a campos vecinos. El art. 2543 Ver Texto se refiere a los animales domesticados que gozan de su

libertad, es decir, animales salvajes que han sido comesticados, pero que gozan de su libertad, no obstante lo cual tienen la costumbre de vivir en un predio determinado. Si estos animales recuperan plenamente su antigua libertad, cesa la propiedad de su antiguo dueño y nadie ejerce sobre ellos derecho de dominio, a menos que los cace; pero si estos animales adquieren la costumbre de vivir en otro predio, el dueño de éste, lo es también de los animales.

Como puede apreciarse, el campo de acción de esta disposición es mínimo.

1111/338

338.— Para que el dueño del predio adquiriera el dominio sobre los animales, éstos deben haber adquirido la costumbre de vivir en su propiedad sin que haya mediado ningún artificio para atraerlos; por el contrario, si hubiere mediado dicho artificio, su antiguo dueño tendrá derecho para reivindicarlos, siempre que se pueda determinar su identidad (art. 2593 Ver Texto). En caso de que no se pueda identificarlos pero sea claro que medió artificio para atraerlos, el dueño anterior tiene acción por daños y perjuicios, ya que se trata de un hecho ilícito (ver nota 5).

1111/10920

D.— EDIFICACIÓN, SIEMBRA Y PLANTACIÓN

1111/339

339. EL PROBLEMA.— Todo lo sembrado, plantado o edificado en un inmueble, tiene carácter accesorio de éste, de tal modo que pertenece al dueño del suelo.

Si los materiales de construcción, semillas o plantas pertenecieran al dueño del inmueble, no se presenta problema alguno, pero puede ocurrir que el dueño del terreno plante, siembre o edifique con materiales ajenos o, por el contrario, que quien no es dueño del terreno edifique en él con materiales propios. En estas situaciones se producen conflictos entre el dueño de la tierra y el dueño de los materiales, semillas, o plantas, conflictos que el Código Civil trata en los arts. 2587 Ver Texto y siguientes.

1111/340

340. SIEMBRA, PLANTACIÓN O EDIFICACIÓN EN TERRENO PROPIO CON SEMILLAS O MATERIALES AJENOS.— Establece el art. 2587 Ver Texto que el que sembrare, plantare o edificare en finca propia con semillas, plantas o materiales ajenos, adquiere la propiedad de unos y otros; pero estará obligado a pagar su valor; y si hubiese procedido de mala fe, será además condenado al resarcimiento de los daños y perjuicios y si hubiere lugar, a las consecuencias de la acción criminal. El dueño de las semillas, plantas o materiales, podrá reivindicarlos, si le conviniere, si ulteriormente se separasen.

En el primer párrafo de este artículo, se establece la solución en lo que atañe al derecho de dominio. Sea el sembrador, el plantador o edificador de buena o mala fe, adquiere la propiedad de las semillas, plantas o materiales ajenos utilizados por él. Y esto por la muy sencilla razón de que no es posible dividir la propiedad y porque lo accesorio sigue la suerte de lo principal. En teoría hubiera sido posible reconocerle al dueño de las semillas, plantas o materiales el derecho de reivindicarlos aun a costa de destruir lo sembrado, plantado o edificado; pero ésta es una solución antisocial, que importaría destruir valores y bienes en cuya conservación está interesada la sociedad. La ley mantiene, por consiguiente, el dominio en cabeza del dueño de la tierra, sin perjuicio de la indemnización que deberá pagar al dueño de las semillas, plantas o materiales.

1111/341

341.— Acerca de las obligaciones que el dueño del inmueble tiene respecto del dueño de las semillas, plantas o materiales, el art. 2587 Ver Texto distingue entre los propietarios que hubiesen actuado de buena o mala fe.

En el primer caso, sólo está obligado a pagar el valor de los materiales; en el segundo, deberá, además, pagar todos los daños y perjuicios.

1111/342

342.— El art. 2587 Ver Texto tiene una disposición final según la cual el dueño de las semillas, plantas o materiales podrá reivindicarlos, si le conviniere, si posteriormente se separasen.

En la nota puesta al pie del artículo, VÉLEZ SANSFIELD hace referencia a la controversia trabada sobre este punto y expresa las razones por las cuales se inclina por la solución dada en el art. 2587 Ver Texto : afirma que si el propietario pierde la propiedad de las semillas, plantas o materiales es porque se supone que están incorporados al suelo; pero una vez separados, el derecho de propiedad debe revivir para el que no había consentido en

perderlos, pues podría tener motivos particulares para desear recuperarlos como se hallasen.

Las razones dadas no son convincentes. Una vez incorporados al inmueble las semillas, las plantas o los materiales de construcción, ellos pasan a ser de propiedad del propietario del inmueble; el dominio que sobre ellos tenía su antiguo dueño se extingue y es obvio que extinguido, no puede revivir.

Esta solución por lo demás tiene el inconveniente de dejar en la incertidumbre los derechos definitivos de las partes sobre materiales que están ya incorporados a un inmueble (ver nota 6).

1111/343

343. EDIFICACIÓN, SIEMBRA O PLANTACIÓN DE BUENA FE EN TERRENO AJENO CON MATERIALES, SEMILLAS O PLANTAS PROPIAS.— Según el art. 2588 Ver Texto , si de buena fe se edificare, sembrare o plantare, con semillas o materiales propios en terreno ajeno, el dueño del terreno tendrá derecho a hacer suya la obra, siembra o plantación, previas las indemnizaciones correspondientes al edificante, sembrador o plantador de buena fe, sin que éste pueda destruir lo que hubiese edificado, sembrado o plantado, no consintiéndolo el dueño del terreno.

Por edificador, sembrador o plantador de buena fe debe entenderse no sólo la creencia de poseer el inmueble a justo título, sino también la de estar persuadido que la relación contractual que tiene con el dueño (locatario, usufructuario, usuario) le permite realizar la edificación, siembra o plantación (ver nota 7).

La regla general es siempre la misma: el dueño del terreno hace suyo todo lo sembrado, edificado y plantado, aunque el sembrador, plantador o edificador sea de buena fe, de acuerdo con el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal. El derecho del edificador o plantador se reduce a demandar las indemnizaciones correspondientes.

¿Qué debe entenderse por tales? No cabe duda que tiene derecho a exigir el valor de los materiales y mano de obra empleados e inclusive, el pago del trabajo que él haya realizado personalmente. Pero puede ocurrir que el mayor valor adquirido por el inmueble exceda del valor de los materiales y mano de obra empleados; si se tiene en cuenta que el sembrador o edificador de mala fe tiene derecho al mayor valor adquirido por el inmueble (art. 2589 Ver Texto), es indudable que también debe tenerlo el de buena fe. Esto significa que tiene a su disposición una opción: bien sea reclamar el valor de los materiales y mano de obra, bien sea demandar el mayor valor que el inmueble ha adquirido.

1111/344

344.— El texto que comentamos dice que el dueño del terreno tendrá derecho a hacer suya la obra; lo que parecería indicar que también tiene derecho a no hacerla, en cuyo caso su obligación se limitará a devolver los materiales, semillas, etc. Tal solución, empero, es inadmisibles. Quien ha hecho un trabajo socialmente útil y lo ha hecho de buena fe, es decir, creyendo que tenía derecho a hacerlo, no puede luego recibir como toda compensación la devolución de unos materiales o semillas, que probablemente habrán disminuido sustancialmente de valor y que no compensan el gasto en mano de obra. Desde el punto de vista social, es inconveniente una solución que destruye un bien. Debe admitirse, por tanto, que el pago de la indemnización correspondiente, es una obligación del dueño del terreno, que no puede eludir destruyendo la mejora y devolviendo las semillas o materiales (ver nota 8).

1111/345

345.— El edificador, plantador o sembrador tiene derecho de retención hasta que se le pague el total de sus acreencias, conforme con lo dispuesto por el art. 3939 Ver Texto .

1111/346

346. EDIFICACIÓN, SIEMBRA O PLANTACIÓN DE MALA FE EN TERRENO AJENO CON MATERIALES, SEMILLAS O PLANTAS PROPIOS.— Conforme con el art. 2589 Ver Texto , si se ha edificado, sembrado o plantado de mala fe en terreno ajeno, el dueño del terreno puede pedir la demolición de la obra y la reposición de las cosas a su estado primitivo, a costa del edificante, sembrador o plantador. Y agrega: Pero si quiere conservar lo hecho, debe el mayor valor adquirido por el inmueble. Este último párrafo ha quedado así redactado por modificación introducida por la ley 17711 . Originariamente el Código disponía: pero si quisiere conservar lo hecho, debe el reembolso del valor de los materiales y de la obra de mano. Era una solución injusta. Aun de mala fe, lo cierto es que el edificador, sembrador o plantador ha incorporado al bien un valor del cual se beneficia el propietario del terreno. Y es justo que éste pague ese mayor valor, pues de lo contrario habría un enriquecimiento sin causa. El art. 2589 Ver Texto confiere por tanto al dueño del terreno, en este supuesto, una opción: o bien exigir la demolición de la obra y la reposición de las cosas a su estado primitivo, a costa del edificante, sembrador o plantador; o bien conservar lo hecho, pagando el mayor valor del inmueble. En el primer caso, es obvio que los materiales de demolición corresponden al edificador, puesto que vueltas las cosas a su estado primitivo, el dueño no podría pretender conservar para sí los materiales, ya que también en este caso habría un supuesto de enriquecimiento sin causa.

1111/347

347. MALA FE DE AMBAS PARTES.— Dispone el art. 2590 Ver Texto que cuando haya habido mala fe, no sólo por parte del que edifica, siembra o planta en terreno ajeno, sino también por parte del dueño, se arreglarán los derechos de uno y otro según lo dispuesto respecto al edificante de buena fe. Se entiende haber mala fe por parte del dueño, siempre que el edificio, siembra o plantación se hicieren a la vista y ciencia del mismo y sin oposición suya. La solución se justifica plenamente. Si el propietario del inmueble sabe que alguien está haciendo una construcción o plantación en su predio y guarda silencio, sin manifestar oposición alguna, está dando un tácito consentimiento a la realización de las obras. Es lógico, por tanto, que el edificador o plantador sea considerado de buena fe, aunque supiera que no tenía derecho a edificar o plantar en el predio. Autorizar al propietario que ha consentido tácitamente en la edificación, plantación o siembra a destruir lo hecho a costa del edificador, plantador o sembrador, importaría un verdadero abuso del derecho.

1111/348

348. EDIFICACIÓN EN TERRENO PROPIO CON INVASIÓN DEL AJENO.— Suele ocurrir que al construir un edificio sobre el lote perteneciente al dueño, se invada en algunos centímetros el predio vecino, sea por defecto de los títulos, sea por defecto en la medición del terreno que le pertenece al edificante. La antigua jurisprudencia aplicó con rigor los principios de la propiedad individualista e hizo lugar a la reivindicación de la franja correspondiente al vecino (ver nota 9).

Esta solución, que obliga a destruir parcialmente el edificio a un inmenso costo, es evidentemente antieconómica y configura un ejercicio abusivo del derecho. Por ello, la jurisprudencia no tardó en orientarse definitivamente en negar al vecino el derecho de reivindicar la franja, limitando la obligación del edificador a pagar el valor de la superficie ocupada y los daños que de tal menoscabo pudieran resultar (ver nota 10).

Claro está que en esta materia no se pueden sentar principios absolutos. Si la invasión del terreno contiguo fuere importante y el derecho de propiedad del vecino se viera afectado de manera sustancial, es indudable que cabe la acción reivindicatoria, con la consiguiente obligación del edificador de destruir lo construido a su costa.

1111/349

349. EMPLEO DE MATERIALES AJENOS EN FUNDOS TAMBIÉN AJENOS.— Hasta ahora hemos considerado las hipótesis de utilización de material propio en terreno ajeno o

de material ajeno en terreno propio. Pero puede ocurrir que el edificador, plantador o sembrador utilice materiales, plantas o semillas ajenas para hacer la obra en terreno también ajeno. Este supuesto está previsto en el art. 2591 Ver Texto según el cual si el dueño de la obra la hiciese con materiales ajenos el dueño de los materiales ninguna acción tendrá contra el dueño del terreno y sólo podrá exigir del dueño del terreno la indemnización que éste hubiere de pagar al dueño de la obra. La redacción de este artículo no es muy feliz porque luego de afirmar que el dueño de los materiales no tiene ninguna acción contra el dueño del terreno, a continuación le reconoce acción para exigirle la indemnización que éste hubiere de pagar al dueño de la obra.

La indemnización que puede exigir el dueño de los materiales tiene dos limitaciones: 1) en primer lugar, ella no puede exceder nunca del derecho que tenga el constructor; de tal modo que si tratándose de un constructor de mala fe el propietario optase por la destrucción de la obra, el dueño de los materiales sólo podrá reclamar los materiales de demolición, sin perjuicio, claro está, de la acción por daños y perjuicios que tenga contra el que empleó indebidamente sus materiales; 2) la indemnización a pagar al dueño de los materiales nunca podrá exceder el valor de los mismos aunque la indemnización que reciba el constructor fuere mayor, porque de lo contrario habría un enriquecimiento sin causa.

La acción concedida en este supuesto al dueño de los materiales es una simple aplicación de la acción subrogatoria y se rige por las reglas propias de ésta.

1111/10930

E.— ADJUNCIÓN, MEZCLA Y CONFUSIÓN

1111/350

350. CONCEPTO.— La adjunción, la mezcla y la confusión son tres formas de la accesión de una cosa a otra. Hay adjunción cuando una cosa se une a otra de tal modo de formar una sola. En la mezcla, la accesión es más íntima; no hay solamente una yuxtaposición de elementos sino una fusión de ellos. La confusión es la mezcla de líquidos.

El supuesto típico de adjunción, mezcla y confusión es el que se produce por un hecho de la naturaleza y sin intervención de la mano del hombre; pero puede ocurrir también que provenga de ésta. En tal caso, no siempre resulta sencillo distinguirlo de la especificación. El criterio de distinción a nuestro juicio es el siguiente: si se ha operado una transformación de la cosa en un objeto nuevo y ello ha resultado principalmente del trabajo humano, siendo los materiales utilizados de valor muy secundario, hay especificación; si, por el contrario, lo

más importante es el material empleado y el trabajo del hombre sólo secundario, hay adjudicación o mezcla. Así ocurrirá, por ejemplo, si un joyero agrega a un anillo otra piedra preciosa que lo hace más valioso.

1111/351

351. ADJUNCIÓN.— Dice el art. 2594 que cuando dos cosas muebles pertenecientes a distintos dueños se unen de tal manera que vienen a formar una sola, el propietario de la principal adquiere la accesoria, aun en el caso de ser posible la separación, pagando al dueño de la cosa accesoria lo que valiere. Para determinar cuál es la principal y cuál la accesoria, deben tenerse en cuenta las reglas de los arts. 2333 Ver Texto a 2335.

El Código no ha previsto la solución para el supuesto de que ambas cosas sean de igual valor y volumen, en cuyo caso no hay cosa principal ni accesoria (art. 2334 Ver Texto). Por analogía debe admitirse la solución prevista por el art. 2600 Ver Texto para la confusión o mezcla: cada propietario adquiere en el todo un derecho proporcional a la parte que le corresponda.

Es necesario destacar una inconsecuencia del codificador. En materia de especificación dispone que el especificador no hace suya la nueva especie si ésta puede volverse a su estado anterior (véase n° 325); en materia de adjunción, en cambio, dispone que el dueño de la cosa principal se hace dueño de la accesoria aunque ésta pueda separarse. Esta solución que aprobamos, se justifica tanto más en el caso de especificación en el que no es posible volver la cosa a su estado anterior sin destruir un trabajo, una creación tal vez importante, en tanto que la adjunción permite la separación de las cosas sin destrucción de valores.

1111/352

352.— El art. 2595 Ver Texto agrega que cuando la cosa unida para el embellecimiento o perfección de la otra es por su especie mucho más preciosa que la principal, el dueño de ella puede pedir su separación, aunque no pueda verificarse sin algún deterioro de la cosa a la que se ha incorporado. El supuesto de que la cosa principal tenga menos valor que la accesoria, es realmente muy excepcional porque justamente uno de los elementos que se toman en cuenta para considerar si la cosa es principal o accesoria es su valor (art. 2334 Ver Texto). Sin embargo, puede darse el caso de que el marco sea más valioso que la tela, como ocurriría si aquél es antiguo o de gran valor artesanal y la tela una mala copia de un cuadro clásico; en esa u otras hipótesis similares es aplicable la regla del artículo 2595 Ver Texto .

1111/353

353. — Puede ocurrir que la persona que realizó la adjunción haya sido de mala fe. En tal caso el art. 2596 Ver Texto establece: el dueño de la materia empleada de mala fe puede pedir que se le devuelva en igual especie y forma, cantidad, peso o medida que la que tenía, o que así se avalore la indemnización que se le debe. En este caso el dueño de la materia tiene una opción: o que se le devuelva una cosa igual a la que tenía o que se le paguen los daños y perjuicios. En cambio, si el que realizó la adjudicación era de buena fe, el propietario de la cosa accesoria sólo tiene derecho a exigir lo que ésta valiere (art. 2594 Ver Texto).

1111/354

354. MEZCLA Y CONFUSIÓN.— Dispone el art. 2597 Ver Texto que cuando cosas secas o fluidas de diversos dueños se hubiesen confundido o mezclado, resultando una transformación, si una fuese la principal, el dueño de ella adquiere el dominio del todo, pagando al otro el valor de la materia accesoria. Pero bien puede ocurrir que no haya cosa principal ni accesoria; en ese caso y siendo las cosas separables, la separación se hará a costa del que las unió sin consentimiento del dueño de la otra (art. 2598 Ver Texto). Pero si la unión se hubiera hecho con el consentimiento del otro dueño, la separación se hará a costa de ambos.

Si las cosas son inseparables, el dueño de la cosa unida sin su voluntad puede pedir al que hizo la unión o mezcla el valor que tenía su cosa antes de la unión (art. 2599 Ver Texto); pero si las cosas inseparables resultaran confundidas o mezcladas por un hecho casual, y no hay cosa principal, cada propietario adquiere en el todo un derecho proporcional a la parte que le corresponda, entendido el valor de las cosas mezcladas o confundidas (art. 2600 Ver Texto).

(nota 1) C. S. N., 15/6/1936, J. A., t. 54, p. 666; C. Civil 2ª Cap., 15/12/1937; L. L., t.9, p. 358; S. C. Tucumán, 5/6/1948, L. L., t. 52, p. 181.

(nota 2) C. Civil 2ª Cap., fallo citado en nota anterior.

(nota 3) SALVAT, t. 2, nº 825; LAFAILLE, t. 1, nº 714.

(nota 4) De acuerdo: SALVAT, t. 2, nº 846; LLERENA, t. 7, art. 2583, nº 6.

(nota 5) SALVAT, t. 2, n° 851.

(nota 6) De acuerdo con esta crítica, LAFAILLE, t. 1, n° 732; ARGAÑARAZ, en SALVAT, t. 2, n° 858, nota 120 a).

(nota 7) C. Apel. B. Blanca, 29/12/1931, J.A., t. 37, p. 514.

(nota 8) De acuerdo: SALVAT, t. 2, n° 863.

(nota 9) C. Civil 1ª Cap., 14/11/1912; J. T. N., noviembre 1912, p. 129; C. Civil 2ª Cap., 9/3/1915, J. T. N., marzo 15, p. 135.

(nota 10) C. Civil 1ª Cap., 16/12/1946, J. A., 1947-I, p. 117; C. Civil 2ª Cap., 6/5/1935, J. A., t. 50, p. 519; C. Paz Letrada Cap., Sala 4ª, 11/12/1946, J. A., 1947-I, p. 240; C. Apel. 1ª La Plata, 17/12/1946, J. A. 1947-I, p. 106.

1111/10940

§ 5. Transmisión voluntaria del dominio: tradición y registro

1111/12110

354 bis. DIVERSOS SISTEMAS DE TRANSMISIÓN DE UN DERECHO REAL.— Tres grandes sistemas se siguen en el derecho comparado respecto de la forma de transmitir voluntariamente el dominio: el romántico, el germánico y el francés.

a) En el Derecho Romano la transmisión de derechos reales sobre las cosas y, particularmente, el dominio, requería no sólo el consentimiento de las partes, sino también la tradición, es decir la entrega material de la cosa. Se distingue así entre el contrato propiamente dicho y la transmisión del derecho real. Para el primero, bastaba el acuerdo de voluntades; para la segunda era necesario la tradición. La tradición obedecía a una razón de publicidad; se partía del concepto de que interesando los derechos reales a toda la comunidad, la transmisión de ellos debía manifestarse por caracteres visibles y públicos, ya que no es posible pedir el respeto de derechos que no se conocen (ver nota 1). En suma, el Derecho Romano comprendió la importancia de la publicidad en materia de derechos reales

y arbitró esta forma de publicidad que es la entrega efectiva de la cosa.

En pequeñas comunidades el sistema funciona bien y la tradición es un medio efectivo de poner en conocimiento de la sociedad la transmisión hecha por las partes. Pero en las sociedades modernas, densamente pobladas y complejas, evidentemente este sistema resulta insuficiente. A ello se agrega que la tradición brevi manu y en el constituto posesorio no hay transferencia o entrega efectiva de la cosa, lo que vuelve más oscura la transmisión del dominio.

b) En el antiguo derecho francés se llegó poco a poco a la supresión de la tradición como requisito de la transmisión del dominio. Se mantuvo como principio el requisito de la tradición, pero ésta llegó a ser una mera ficción, porque se la tuvo por cumplida por las cláusulas contractuales mediante las cuales el vendedor se daba por desposeído y el comprador por puesto en posesión de la cosa. De allí la supresión de la tradición como requisito de la transmisión del dominio no había sino un paso. Lo dio el Código Napoleón, que estableció la transmisión del dominio por el simple consentimiento; aunque más tarde cuando se crearon los registros se sentó el principio de que aquella transmisión si bien producía efecto entre las partes no lo producía respecto de terceros mientras no estuviesen inscriptos en los registros. Éste es también el sistema seguido por el Código italiano.

c) Finalmente dentro del sistema germánico, se ha mantenido la tradición respecto de los bienes muebles, pero en lo que atañe a los bienes inmuebles, ha sido sustituida totalmente por el sistema de registro.

Ya volveremos más adelante con mayor extensión sobre este importante problema de la publicidad de los derechos reales (véase nº 1422 y sig.).

1111/355

355. EL CÓDIGO CIVIL Y LAS REFORMAS POSTERIORES.— VÉLEZ SARSFIELD siguió en este punto las soluciones del Derecho Romano. En la nota al art. 577 critica agudamente el sistema francés y explica las razones por las cuales debe mantenerse la tradición como medio de publicidad. Y luego en la nota final al Título de la hipoteca da los fundamentos por los que no establece, salvo en materia hipotecaria, el recaudo del registro, considerando que el país no estaba todavía en condiciones de organizar adecuadamente los registros de la propiedad.

Sin embargo, la necesidad de un registro inmobiliaria fue tan evidente que pocos años después de la sanción del Código comenzaron a ser organizados por las legislaciones locales. Su constitucionalidad era dudosa puesto que las leyes locales vinieron a implantar

un requisito formal no establecido en el Código. Pero como llenaban una sentida necesidad, los escrúpulos constitucionales fueron dejados de lado y los registros siguieron funcionando en todo el país. En materia inmobiliaria, la anomalía resultante de un requisito formal no exigido por el Código y establecido sólo en las leyes locales, vino a ser resuelta por la ley 17711 que al reformar el art. 2505 Ver Texto introdujo el requisito de la inscripción en el Registro. Otras leyes establecieron la necesidad del registro para las aeronaves, y los automotores; por último, los Códigos rurales establecieron la exigencia de las marcas o señales para los semovientes.

Precisemos nuestro régimen legal:

1111/356

356. a) Inmuebles.— Para la transmisión del dominio de inmuebles, rige ante todo el requisito de la tradición establecido en el art. 577, según el cual antes de la tradición de la cosa, el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real, principio que está reiterado luego en el art. 3265 Ver Texto . A este recaudo visceral de la tradición, se ha agregado conforme con el nuevo art. 2505 Ver Texto (ref. por ley 17711) la exigencia de la inscripción en el Registro. Es necesario aclarar, sin embargo, que mientras la tradición es una exigencia sustancial y constitutiva del dominio, la inscripción en el Registro sólo atañe al perfeccionamiento del acto para que pueda ser opuesto a terceros. Así resulta del texto claro del art. 2505 Ver Texto , según el cual las adquisiciones o transmisiones no serán oponibles a terceros mientras no estén registradas. La idea todavía está más claramente expresada en la ley 17801 sobre el Registro de la Propiedad Inmueble, que en su art. 20 dice que las partes, sus herederos y los que han intervenido en la formalización del documento, inclusive el notario y los testigos en los casos en los que la ley lo exija, no pueden prevalerse de la falta de inscripción y respecto de ellos el documento se considerará registrado. Es decir, que el derecho nace con la escritura y la tradición, pero no es oponible a terceros mientras no esté inscripto.

Este sistema de mantener el requisito de la tradición al lado de la inscripción ha sido objeto de importantes objeciones (ver nota 2). El registro es la forma de publicidad que conviene a sociedades complejas y multitudinarias como son las modernas; y no tiene sentido mantener al lado de esta forma de publicidad la tradición, que no sería sino la supervivencia de un anacronismo. Si basta el registro, ¿con qué objeto mantener la tradición?

Estas objeciones son, sin duda, serias. Sin embargo, hay que decir que al cuestión no es tan simple como parece a primera vista. Ella fue considerada cuidadosamente en el seno de la Comisión que proyectó la ley 17711 y se resolvió mantener el requisito de la tradición, no obstante la implantación del registro, en virtud de las siguientes razones: a) suprimir la tradición hubiera importado un gran impacto sobre toda la estructura del Código en materia de derecho reales; b) la tradición es una garantía de la seriedad de los actos de transmisión

del dominio y evita transmisiones a espaldas del poseedor; esto es particularmente importante en la venta de departamentos en propiedad horizontal en cuyo caso la escrituración —y por consiguiente, la inscripción del registro— suele tardar meses y aun años; la tradición viene aquí a jugar un papel importante para impedir maniobras de los vendedores poco escrupulosos; c) la posesión crea una apariencia de derecho y es la forma de poner efectivamente la cosa bajo la manus del comprador; éste se siente protegido —y con razón— por la posesión que se le transfiere, como dijo un prestigioso Tribunal, si bien la superioridad de la publicidad registral sobre la posesoria es indiscutible del punto de vista técnico, desde el punto de vista del hombre común, los estados de hecho tienen una función exteriorizadora, que cuestionará el especialista, pero que impresionan sus sentidos de manera más simple y directa que la evolucionada publicidad registral (ver nota 3); d) el art. 2505 Ver Texto no ha hecho otra cosa que legitimar el sistema que estaba vigente en nuestro país gracias a los registros creados por leyes locales, cuya constitucionalidad era dudosa (ver nota 4); y el sistema de mantener la tradición a la par del registro, ha funcionado satisfactoriamente en nuestro país durante largos años. Y, en definitiva, es bueno que las instituciones se juzguen por sus resultados prácticos más que por la pura lógica (ver nota 5).

1111/357

357. b) Muebles en general.— En materia de muebles, el principio de la tradición como modo de transmitir el dominio adquiere su máxima vigencia. Bastan el acuerdo de voluntades y la tradición. No se requiere documento escrito ni inscripción. Más aún, conforme con el art. 2412 Ver Texto , la posesión de buena fe de una cosa mueble crea en favor del poseedor la presunción de tener la propiedad de ella y el poder de repeler cualquier acción de reivindicación, si la cosa no fuera robada o perdida. Al requisito de la buena fe es preciso agregar el del título oneroso (art. 2778 Ver Texto); de este modo quien recibe de buena fe y a título oneroso la tradición de una cosa mueble, queda cubierto contra todo posible ataque a su derecho de propiedad.

Sin embargo, la importancia excepcional de algunos muebles, ha hecho necesario exigir también respecto de ellos la inscripción en registros especiales. Nos ocuparemos de esos casos en los números siguientes.

1111/358

358. c) Aeronaves.— Conforme con el art. 50 del Código Aeronáutico (ley 17285), la transferencia de dominio de las aeronaves no producirá efectos respecto de terceros si no va seguida de la inscripción en el Registro nacional de Aeronaves. Es decir, que aquí se sigue un sistema semejante al establecido en el art. 2505 Ver Texto para los inmuebles: la transmisión del dominio es válida entre las partes por la simple tradición, pero para producir efectos respecto de terceros es indispensable el registro.

359. d) Automotores.— En materia de transmisión del dominio de automotores se ha eliminado (aunque ya veremos que no en forma absoluta) la tradición: la transmisión sólo producirá efectos entre las partes y con relación a terceros desde la fecha de la inscripción en el Registro de Propiedad del Automotor (art. 1 Ver Texto , dec.-ley 6582/1958); la inscripción de buena fe de un automotor en el Registro, confiere al titular la propiedad del vehículo y el poder de repeler cualquier acción de reivindicación si el automotor no hubiese sido hurtado o robado (art. 2 Ver Texto , dec.-ley citado).

Este régimen, simple, claro y al parecer irreprochable, tiene una grave complicación en materia de responsabilidad respecto de terceros. El problema es el siguiente: en la práctica, la reventa de automóviles entre particulares se hace así: el comprador paga el precio, recibe la posesión del automóvil y el recibo o constancia de que lo ha comprado; pero la inscripción en el Registro del Automotor suele tardar en razón de trámites burocráticos y porque el comprador que es quien toma la iniciativa de la gestión, suele no tener interés en urgirlos. En el ínterin, se produce un accidente del que es víctima un tercero. El art. 26 Ver Texto del decreto-ley 6582/1958 establecía que se presume la responsabilidad de la persona a cuyo nombre se encuentra inscripto el dominio.

La aplicación rigurosa de los textos legales conducía a responsabilizar al vendedor, que todavía tiene inscripto el dominio a su nombre, en su calidad de propietario de la cosa con la que se ha hecho el daño (art. 1113 Ver Texto). Pero esta solución resulta dura para la conciencia jurídica media. La verdad es que al hacerse la tradición, el vendedor entiende desprenderse del dominio y el comprador, adquirirlo. Y parece excesivo hacer pesar sobre el vendedor la responsabilidad objetiva del art. 1113 Ver Texto .

Se explica así que la jurisprudencia se inclinara decididamente a resolver que la circunstancia de que el automóvil figure inscripto en el Registro a nombre de una persona, significa sólo una presunción *juris tantum* de propiedad, que puede destruirse por prueba en contrario; y, por consiguiente, reconocía al vendedor el derecho de probar que había transferido realmente el dominio al comprador (aunque no se hubiera hecho la inscripción en el Registro), con lo cual quedaba eximido de la responsabilidad que conforme con el artículo 1113 Ver Texto compete al dueño (ver nota 6). La cuestión ha quedado definitivamente resuelta por la ley 22977, cuyo art. 27 dispone expresamente que “hasta tanto se inscriba la transferencia, el transmitente será civilmente responsable por los daños y perjuicios que se produzcan con el automóvil, en su carácter de dueño de la cosa”; pero agrega: “No obstante, si con anterioridad al hecho que motiva su responsabilidad, el transmitente hubiese comunicado al Registro que hizo tradición del automotor, se reputará que el adquirente o quienes de este último hubiesen recibido el uso, la tenencia o la posesión de aquél, revisten con relación al transmitente el carácter de terceros por quienes

él no debe responder y que el automóvil fue usado en contra de su voluntad”. La ley ha creado así un recurso sencillo y ágil para que el transmitente pueda liberarse de toda responsabilidad por los daños ocasionados a terceros después de la tradición del automotor.

1111/360

360. e) Semovientes.— Respecto de los semovientes, rige también la regla liminar del art. 577; no hay transmisión del derecho real sin tradición. Pero a la parte de la tradición, los códigos rurales han establecido la exigencia de la marca o la señal para probar el dominio, según se trate de animales mayores o menores. Para la transmisión del dominio de los semovientes es necesario pues, no solamente la tradición, sino también el otorgamiento del certificado y la marca del nuevo propietario.

Esta exigencia de los códigos locales suscitó dudas desde el punto de vista de su constitucionalidad atento a que el Código Civil no exigía este requisito para la transmisión del dominio. Sin embargo, ha sido posible compatibilizar el Código Civil con los códigos rurales, porque puesto que el primero exige como recaudo de la propiedad una posesión de buena fe, se ha juzgado que no puede existir buena fe en la posesión si no hay marca, dado que las costumbres inveteradas y los códigos locales la exigen.

En cuanto a los caballos pura sangre de carrera, la ley 20378 dispone que la transmisión de su dominio sólo se perfeccionará entre las partes y respecto de terceros mediante la inscripción del acto en los registros genealógicos reconocidos por el Ministerio de Agricultura.

1111/361

361. CONDICIONES DE LA TRADICIÓN.— Para que la tradición dé lugar a la transmisión de dominio es necesario que el transmitente sea el propietario de la cosa, que ambas partes tengan capacidad para contratar y que la transmisión se haga por un título suficiente para transmitir la propiedad. Las consideraremos por separado.

1111/362

362. a) Propiedad de la cosa.— En principio, el transmitente del derecho debe ser propietario de la cosa, ya que nadie puede transmitir un derecho mejor ni más perfecto que el que posee (art. 3270 Ver Texto). Este principio, cuya indiscutible lógica no se aviene muchas veces con la seguridad del tráfico jurídico y la buena fe, tiene muy importantes excepciones. En materia de inmuebles, los terceros que lo adquirieron de buena fe y a título

oneroso sobre la base de un título nulo o anulable, están protegidos contra la reivindicación que intentare el antiguo dueño (art. 1051 Ver Texto). En materia de muebles, la posesión de buena fe, a título oneroso, pone a cubierto de toda acción de reivindicación al poseedor, salvo que la cosa fuere robada o perdida (art. 2412 Ver Texto).

Ello significa que en estos casos, aun cuando la tradición haya sido hecha por quien no tenía derecho a hacerla, basta, sin embargo, para hacer adquirir el dominio al que la recibió.

1111/363

363. b) Capacidad de las partes.— Para que la tradición traslativa de la posesión haga adquirir el dominio de la cosa que se entrega debe ser hecha por persona que tenga capacidad para enajenar y recibida por quien es capaz de adquirir (art. 2601 Ver Texto). Adviértase bien que esta disposición exige dicha capacidad para que la tradición haga adquirir el dominio; pues para adquirir la posesión basta con tener discernimiento, que para este caso particular se tiene a los diez años de edad (art. 2392 Ver Texto).

También aquí debe hacerse la salvedad de que el adquirente por título oneroso y de buena fe, queda cubierto contra la falta de capacidad del transmitente (arts. 473 y 1051). Es una solución impuesta por la seguridad del tráfico jurídico.

1111/364

364. c) Título suficiente para transmitir la propiedad.— La tradición debe ser hecha por título suficiente para transferir el dominio (art. 2602 Ver Texto). Esto significa que la tradición por si sola no basta para transferir el dominio si no ha sido seguida o acompañada de un acto suficiente para producir ese efecto, tal como la venta, la donación, el aporte a una sociedad, etc. Si, en cambio, la cosa se ha entregado como consecuencia de un contrato de locación, o de depósito o de préstamo de uso, ella no es traslativa del dominio porque estos contratos no se proponen la transferencia del dominio sino sólo la de la simple tenencia (ver nota 7).

1111/10950

§ 6. Percepción de frutos

1111/365

365. IDEAS GENERALES Y REMISIÓN.— La percepción de los frutos es uno de los derechos típicos y más importantes que derivan del dominio de una cosa. En otras palabras, el dueño hace suyos los frutos como una consecuencia natural de su derecho de propiedad. Inclusive puede ceder ese derecho a terceros ya sea constituyendo un derecho real de usufructo, uso o anticresis sobre la cosa o bien cediéndola en arrendamiento. Siendo así, el problema de la propiedad de los frutos se presenta solamente cuando el que los percibe no es dueño de la cosa ni tampoco tiene un derecho real o personal por el cual el propietario lo haya autorizado a hacer suyos los frutos. Es decir, del que posee la cosa sin derecho. Sobre esta materia remitimos a lo que hemos dicho en otro lugar respecto al derecho de los poseedores de buena o mala fe sobre los frutos.

1111/10960

§ 7. Sucesión mortis causa

1111/366

366. REMISIÓN.— También se adquiere el dominio por la sucesión en los derechos del dueño a la muerte de éste; esa sucesión puede ser a título universal (heredero) o particular (legatarios o beneficiarios de cargos).

Toda esta compleja materia es propia del derecho de sucesiones del que nos hemos ocupado en su lugar (Tratado de las Sucesiones, t. 1).

(nota 1) Así lo dice FREITAS, cit. por VÉLEZ SARSFIELD en nota al art. 577.

(nota 2) Véase principalmente: ALSINA ATIENZA, Los Derechos reales en la Reforma del Código Civil, J. A., Doctrina, 1969, págs. 448 y 457; RUSSOMANO, Adquisición y transmisión de derechos reales sobre inmuebles, J. A., Doctrina, p. 571; MOLINARIO, El régimen de publicidad en la reforma del Código Civil, Revista del Notariado, n° 699, p. 527; LAQUIS, en Examen y crítica de la reforma del Código Civil, t. 3, p. 439 y sig. El Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil fue adverso también a esta solución, que empero había sido propiciada por el Tercer Congreso.

(nota 3) C. Civil Cap., Sala C, 7/7/1976, E. D., t. 2, p. 383 (voto del Dr. BELLUSCIO).

(nota 4) También tuvo en cuenta la Comisión que el mantenimiento de la tradición al lado del registro había sido propiciada por el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil reunido en Córdoba en 1961.

(nota 5) En apoyo del mantenimiento de la tradición, BENEDETTI, La tradición como requisito para la transmisión del dominio, Revista del Notariado, n° 709; íd. La falta de tradición de la cosa, Revista del Notariado, n° 725, p. 1727.

(nota 6) C. Civil Cap., Sala B, 25/10/1977, L. L., 1978-A, p. 575; Sala A, 7/3/1978, L. L., 1978-C, p. 132; Sala D, 9/10/1972, E. D., t. 48, p. 324 (con nota en desacuerdo de MOISSET DE ESPANÉS); Sala F, 16/2/1979, L. L., 1979-B, p. 559; Sala E, 4/6/1970, E. D., t. 35, p. 408; C. Civil y Com. Esp. Cap., en Pleno, 18/8/1980, L. L., 1981-B, p. 98 y E. D., t. 92, p. 687; C. Apel. Dolores, 23/2/1982, E. D., t. 99, p. 732; S. T. Córdoba, 7/11/1980, J. A. 1981-II, p. 681; C. Apel. Mendoza, 1/7/1982, j. A., 1983-I, p. 439 Ver Texto ; íd./ 12/11/1979, J. A., 1980-II, p. 437. De acuerdo: TRIGO REPRESAS, nota en L. L., 1981-A, p. 691; GARCÍA CONI, Revista del Notariado, n° 755, p. 299.

(nota 7) SALVAT, t. 2, n° 898 y su anotador ARGAÑARAZ; LAFAILLE, t. 1, n° 743; SEGOVIA, t. 2, p. 108, n. 151.

1111/10970

§ 8. Prescripción adquisitiva (ver nota 1)

1111/367

367. CONCEPTO Y FUNDAMENTO.— Tradicionalmente la prescripción adquisitiva ha sido tratada juntamente con la liberatoria, como formas distintas de la adquisición o pérdida de un derecho por el transcurso del tiempo. Así lo hace nuestro Código en los arts. 3947 Ver Texto y siguientes. Pero si bien estas instituciones tienen algunos puntos de contacto (influencia del transcurso del tiempo sobre los derechos, causas de suspensión o interrupción del curso de la prescripción), lo cierto es que su naturaleza es muy diversa. En el caso de la prescripción liberatoria, el transcurso del tiempo produce la extinción de las acciones personales; en la adquisitiva, se opera la adquisición de un derecho de propiedad o de otros derechos reales (usufructo, uso, servidumbre). Es lógico por consiguiente tratar de la prescripción liberatoria en la parte de Obligaciones (véase Tratado de las Obligaciones, t.

2, nros. 996 y sig.), y de la adquisitiva entre los modos de adquirir la propiedad. Inclusive, para destacar la distinta naturaleza de una y otra sería conveniente reservar el nombre de prescripción para la liberatoria y designar usucapión a la adquisitiva. Sin embargo, como nuestro Código la llama prescripción, utilizaremos indistintamente las palabras prescripción o usucapión.

El fundamento esencial de la usucapión es la necesidad de proteger y estimular la producción y el trabajo. Quien durante largos años ha cultivado un inmueble, incorporando riqueza a la comunidad, debe ser protegido por la ley, afianzado en su derecho, estimulado en su trabajo. Esta solución es tanto más justa si se piensa que frente a él está un propietario negligente, que ha abandonado sus bienes y quien se desinteresa de ellos no merece la protección legal. Estos fundamentos de la usucapión tienen hoy mayor vigor que nunca. Las sociedades modernas no conciben ya la propiedad como un derecho absoluto; ser dueño supone crecientes responsabilidades, no sólo derechos.

La usucapión es también un modo de resolver un problema que de otra manera no tendría solución. Supóngase un bien abandonado largo tiempo por su dueño. Otra persona lo ocupa, lo posee, lo trabaja. Pero no tiene título. De no mediar la usucapión, estaría siempre expuesto a una reivindicación originada en títulos que datan quizá de 100 o 200 años atrás. En esas condiciones, con un perpetuo peligro sobre sus derechos, que no tiene forma de eliminar, el poseedor se desanima, no hace mejoras, no invierte; en una palabra no hace producir al bien todo lo que podría dar una explotación intensiva, protegida por la seguridad que da el derecho de propiedad. Y si como es posible, nadie reivindica ese inmueble, quedará perpetuamente en esa situación de incertidumbre, sin que nada pueda mejorar las condiciones del dominio. Esta situación requiere una solución. Es lo que hace la prescripción adquisitiva.

De lo dicho surge que la prescripción tiene un fundamento de orden público, como que ha sido regulada no sólo atendiendo al interés del poseedor, sino también al interés social.

1111/368

368. QUIÉNES PUEDEN PRESCRIBIR Y CONTRA QUIÉNES.— Siendo la usucapión una institución de orden público, se comprende fácilmente que estén sujetas a ellas todas las personas públicas o privadas, de existencia natural o jurídica (arts. 3950 Ver Texto y 3951).

El art. 3950 Ver Texto establece que todos los que pueden adquirir pueden prescribir. La ley se refiere a la capacidad de derecho y no a la de hecho. En cuanto a los incapaces de hecho hay que añadir que ellos pueden adquirir la posesión por intermedio de sus representantes legales; más aún, los menores a partir de los diez años pueden tomar por sí la posesión de la

cosa y, por consiguiente, adquirir por prescripción (art. 2392 Ver Texto). Hay que decir, sin embargo, que según el art. 3966 Ver Texto , en su redacción originaria, la prescripción no corría contra los menores de edad aun emancipados ni contra los dementes o sordomudos que no saben darse a entender por escrito; pero este privilegio fue eliminado por la ley 17711 , que, sin embargo, reconoció a los incapaces que carecieran de representación legal el beneficio del art. 3980 Ver Texto .

1111/369

369. COSAS Y DERECHOS SUSCEPTIBLES DE PRESCRIPCIÓN.— En su esencia, la usucapión es un modo de adquirir el dominio de todas las cosas susceptibles de ser poseídas por los hombres. Y aunque la propiedad es el campo de acción propio y típico de la usucapión, se admite también la adquisición por esta vía de otros derechos reales tales como el usufructo (arts. 2812 Ver Texto y 2817 Ver Texto) y las servidumbres continuas y aparentes (art. 3017 Ver Texto).

Pueden adquirirse por prescripción tanto las cosas muebles como las inmuebles, aunque respecto de las primeras hay que recordar la regla general de que la posesión de buena fe y a título oneroso otorga el derecho de dominio sobre la cosa, salvo que ésta sea robada o perdida. En este último caso el dominio se adquiere por prescripción de dos o tres años según que la cosa sea o no registrable (art. 4016 bis Ver Texto). Puesto que no son susceptibles de apropiación privada, son imprescriptibles los bienes del dominio público del Estado (arg. art. 3951 Ver Texto). Aplicando este principio se ha declarado que no puede adquirirse por prescripción un camino público (ver nota 2), ni tampoco el cauce de un arroyo mientras conserva su destino (ver nota 3), ni las fuentes termales existentes en el lecho de un río (ver nota 4), ni las islas (ver nota 5). Pero para que no sea susceptible de prescripción el bien debe estar afectado al uso público de una manera real y actual (ver nota 6) y no haber sido desafectado por acto del Estado (ver nota 7); si bien la forma típica de desafectación de los bienes del dominio público es un acto formal de la administración, la desafectación puede ser también de hecho, como ocurre en el caso de caminos desviados, abandonados, suprimidos, etc. (ver nota 8).

En cuanto a los bienes del dominio privado del Estado, ellos son susceptibles de usucapión como cualquier otro bien particular (art. 3951 Ver Texto); sin embargo, hay que hacer la salvedad de los bienes urbanos o rurales del Estado nacional, provincial o municipal situados dentro de los límites de zonas de seguridad, los cuales no pueden adquirirse por usucapión, conforme con lo dispuesto por la ley 22153 . Y, por cierto, escapan a la prescripción aquellos bienes que por su naturaleza son insusceptibles de apropiación privada, tales como el aire, el mar, etc.

Suscitó alguna duda el problema de si los sepulcros podían ser o no adquiridos por prescripción. Inclusive hubo un fallo que los declaró imprescriptibles (ver nota 9). Pero

evidentemente se trata de una tesis insostenible. Que los sepulcros sean inembargables no significa que no puedan ser susceptibles de apropiación privada y, por consiguiente, de prescripción. Actualmente la jurisprudencia está uniformada en este sentido (ver nota 10) (sobre este tema véase infra, n° 614).

1111/370

370. CARACTERES QUE DEBE TENER LA POSESIÓN HÁBIL PARA USUCAPIR.— Para que sea hábil para adquirir por usucapión, la posesión debe tener los siguientes caracteres:

a) Ante todo, debe poseer la cosa a título de dueño. Esto significa que si se detenta la cosa a simple título de tenedor, reconociendo en otro el derecho de dominio, la posesión no es hábil para usucapir.

Según el art. 2351 Ver Texto , la posesión exige en el poseedor tener una cosa bajo su poder, con intención de someterla al ejercicio del derecho de propiedad. No obstante las reservas que en su momento hiciéramos a esta definición (véase n° 26), esta norma nos da una pauta general aplicable a la usucapión. Se requiere que el poseedor actúe respecto de la cosa como lo haría el propietario. De donde se desprende que no es indispensable que reúna en sí las calidades de poseedor y de detentador inmediato: puede entregar el bien en arrendamiento, comodato, etc., a un tercero sin perder por ello la calidad de poseedor ni el derecho a usucapir (ver nota 11). Puesto que para usucapir es necesario ejercer la posesión a título de dueño, no sirven a ese efecto los llamados actos de tolerancia ni el ejercicio de simples facultades legales (ver nota 12).

Se llaman actos de simple tolerancia aquellos que permite el dueño a sus vecinos sin que importe reconocerles ningún derecho de posesión o tenencia sobre la cosa; como ocurre con frecuencia en los campos abiertos, cuando los propietarios vecinos permiten que los animales de ambos crucen los límites del campo y pasten a determinadas horas en el del vecino. Ni el propietario de los animales tiene la menor pretensión de dominio o posesión sobre el campo vecino, ni el propietario de éste reconoce ningún derecho al dueño de los animales. El problema de saber cuándo se trata de un acto de simple tolerancia y cuándo de un acto posesorio propiamente dicho, dependerá de las costumbres del lugar y de las circunstancias del caso y será materia que el juez deberá decidir conforme a su prudente arbitrio.

Se entiende por ejercicio de simples facultades lo que es derecho del propietario, reconocido por la ley, sin afectar por ello los derechos del vecino. Como ejemplo típico puede mencionarse la facultad que reconocen los arts. 2655 Ver Texto a 2657 al dueño de una pared no medianera de abrir ventanas sobre la propiedad contigua. Se trata de una

simple facultad que no excluye el derecho del vecino de adquirir la medianería de la pared y cerrar las ventanas cuando edifique, apoyándose en la medianera. En otras palabras, la facultad reconocida al dueño de una finca de abrir luces sobre la contigua no impide al propietario de esta última ejercer plenamente su derecho de propiedad edificando en ella.

b) En segundo lugar, la posesión debe ser continua, no interrumpida (arts. 3999 Ver Texto , 4015 Ver Texto y 4016). Por posesión continua debe entenderse aquella que importa el ejercicio normal de los derechos del propietario, lo que, claro está, no significa la necesidad de ejercer ininterrumpidamente actos de posesión. De lo que se trata, repetimos, es de comportarse respecto de la cosa como lo hace normalmente el propietario. Puede ocurrir, inclusive, que el propietario o un tercero prive brevemente al poseedor del goce de la cosa. Ello no perjudica los derechos del poseedor, cuya posesión debe considerarse no continua solamente cuando esa interrupción ha durado un año (art. 3984 Ver Texto). En este caso, posesión continua e interrupción de la posesión son conceptos paralelos; porque la posesión deja de ser continua cuando el propietario o un tercero la interrumpe por más de un año (ver nota 13). Pero hay casos en que la prescripción puede interrumpirse no obstante continuar la posesión. Es lo que ocurre con la interrupción derivada de la demanda (art. 3986 Ver Texto), del compromiso hecho en escritura pública (art. 3988 Ver Texto) o por reconocimiento expreso o tácito que el poseedor hace del derecho contra quien prescribía (art. 3989 Ver Texto).

Hemos hablado hasta aquí de la interrupción por el propietario o un tercero, que son los casos de verdadero interés práctico. Pero podría ocurrir también que la interrupción provenga de un hecho de la naturaleza. Prevalece la opinión de que también es interrupción impide la usucapión (ver nota 14), pues le faltaría a ésta uno de sus requisitos esenciales, la continuidad.

c) Por último, según la opinión dominante, la posesión debe ser pública y pacífica (ver nota 15). Digamos desde ya que ningún texto, ninguna ley exige estas condiciones de la posesión para la usucapión. Sin embargo, es necesario reconocer que el requisito de que la posesión sea pública es plenamente lógico, porque lo que verdaderamente caracteriza el ejercicio del derecho de propiedad es su ejercicio público erga omnes. Apenas se puede concebir una posesión no ejercida públicamente, sobre todo en materia de inmuebles. Por lo demás, el poseedor que oculta la posesión hace imposible que los interesados conozcan la pretensión que tiene sobre el bien y, por lo tanto, están excusados de no haberse opuesto (ver nota 16).

En cambio es discutible el requisito de que la posesión sea pacífica. Por lo pronto hay que descartar el supuesto de lo que en doctrina se conoce por violencia pasiva o sea, cuando el poseedor es objeto de coacciones de hecho, sin cometerlas él. No sería admisible, pues, que pueda depender de un tercer convertir en viciosa su posesión realizando actos perturbadores contra aquél (ver nota 17).

Pero supongamos que el poseedor repulsa la fuerza con una fuerza suficiente; en ese caso, no sino ejercer el derecho que le reconoce el art. 2470 Ver Texto . No se ve cómo el ejercicio de un derecho pueda hacerle perder el derecho de prescribir (ver nota 18), cuando ningún texto legal establece que la posesión deba ser pacífica a lo largo de todos los años que ha durado. Distinto es el caso de que la violencia o fuerza ejercidas por el propietario o por un tercero se haya traducido en una interrupción de usucapión, pero aquí la usucapión no se operará, ya no porque no fuera pacífica la posesión, sino porque ésta ha sido interrumpida.

De lo dicho resulta claro, en nuestra opinión, que la pacificidad de la posesión no es un requisito de la usucapión. Bien entendido, sin embargo, que nos referimos al mantenimiento de la posesión; pero si ésta se ha tomado con violencia, el término de la prescripción no empieza a correr sino desde que la violencia ha cesado (art. 3959 Ver Texto) (ver nota 19).

1111/371

371. PRUEBA DE LA POSESIÓN.— La prueba de la posesión es particularmente importante en el caso de la usucapión veinteñal, por dos razones: en primer lugar, porque las usucapiones veinteñales son con mucho las más frecuentes y casi puede decirse, las únicas que se plantean ante los tribunales, a tal punto que los juicios para probar una posesión de buena fe de diez años son absolutamente excepcionales; en segundo lugar, porque en el caso de la posesión breve, quien la esgrime debe tener justo título y por el solo hecho de tenerlo se presume que posee el inmueble desde la fecha del título, mientras no se pruebe lo contrario (art. 4003 Ver Texto).

Como puede apreciarse, quien esgrime una posesión de buena fe de diez años, está en una situación privilegiada: le basta con presentar su título y con probar su posesión actual. Si alguien pretende que esa posesión no ha sido continuada, debe probarlo.

Por todo ello, trataremos de la prueba con más detalle cuando nos refiramos a la prescripción de veinte años. Por ahora nos limitamos a enunciar los principios generales.

Se admite toda clase de pruebas, inclusive la testimoniales, pero el fallo no podrá basarse exclusivamente en éstas (art. 1, inc. c, dec.-ley 5756/58).

Esta disposición tiene por objeto impedir los abusos que se realizaban con informaciones basadas exclusivamente en testigos complacientes. La exclusión de la prueba puramente testimonial no se aplica a la prescripción de diez años, puesto que ésta, por hipótesis, debe

fundarse en un justo título, de tal manera que ya existe necesariamente una prueba documental que abona la testimonial que se produzca en el juicio.

La ley otorga especial importancia a las boletas que demuestren el pago de la contribución territorial u otros impuestos que graven el inmueble, aunque en los recibos no figura el nombre de quien invoque la posesión (art, 1, inc. 6º, dec.-ley 5756/58). Sobre este tema volveremos más adelante (nº 391).

1111/10980

A.— PRESCRIPCIÓN DE INMUEBLES

1111/372

372. LAS DOS CLASES DE PRESCRIPCIÓN.— El Código legisla dos clases de prescripción: a) la de quien ejerce la posesión por justo título y a buena fe, que adquiere el derecho de propiedad por prescripción a los 10 años (art. 3999 Ver Texto); b) la de quien no tiene justo título o buena fe, que adquiere la propiedad por posesión de veinte años (art. 4015 Ver Texto).

(nota 1) Bibliografía especial: ABELENDA, La prescripción adquisitiva o usucapión, Corrientes, 1956; LEVITAN, Prescripción adquisitiva del dominio, Buenos Aires, 1979; COLOMBO, El justo título en materia prescriptiva, L. L., t. 80, p. 783; PARRY, Justo título, L. L., t. 14, p. 523; *íd.*, Título adquisitivo por prescripción en el juicio reivindicatorio, L. L., t. 103, p. 822; nota de jurisprudencia sobre El justo título en la prescripción adquisitiva, L. L., t. 56, p. 190; MARCOLIN DE ANDORNO, Prescripción adquisitiva, Rosario, 1974; GENTILE, Il possesso, Torino, 1965; MONTEL, Il possesso, Torino, 1962.

(nota 2) C. Civil 2ª Cap., 20/5/1940, L. L., t. 18,p. 737.

(nota 3) C. Civil 1ª Cap., 22/12/1926, J. A., t. 23, p. 822.

(nota 4) C. S. N., 4/12/1906, Fallos, t. 105, p. 429.

(nota 5) C. Apel. B. Blanca, 22/5/1981, J. A., 1982-II, p. 535 Ver Texto . Pero hay que hacer la salvedad de que las islas vendidas por el Estado a particulares, han quedado desafectadas de su destino de bien público y, por consiguiente, son susceptibles de usucapión.

(nota 6) C. Civil 2ª Cap., 22/10/1948, L. L., t. 52, p. 710.

(nota 7) C. S. N., 19/12/1941, J. A., 1942-I, p. 1016.

(nota 8) La Corte Suprema ha admitido reiteradamente la desafectación de hecho de los bienes del dominio público: 14/7/1926, Fallos, t. 146, p. 363; íd., 15/9/1926, Fallos, t. 147, p. 154.

(nota 9) C. Civil 1ª Cap., 24/3/1939, J. A., t. 65, p. 723.

(nota 10) C. Civil Cap. en pleno, 21/8/1942, J. A., 1942-III, p. 673; C. Civil Cap., Sala A, 18/2/1957, L. L., t. 86, p. 711; C. Civil Cap., Sala C, 24/3/1958, L. L., t. 92, fallo 42.624; etc.

(nota 11) GENTILE, Il possesso, nº 238.

(nota 12) C. Civil francés, art. 2232; chileno, art. 2499; venezolano, art. 764; español, art. 1942; etc. Nuestro Código no ha mencionado el punto puesto que es obvio que estos actos no constituyen posesión propiamente dicha. De acuerdo: PEÑA GUZMÁN, Derechos reales, t. 2, nº 634; LAFAILLE, t. 1, nº 773 y sig.; LAQUIS, Derechos reales, t. 3, p. 54 y sig.

(nota 13) De acuerdo: LAQUIS, Derechos reales, t. 3, p. 52 y s.

(nota 14) GENTILE, Il possesso, nº 244 y doctrina y jurisprudencia allí citada.

(nota 15) De acuerdo: LAFAILLE, t. 1, nº 797; SALVAT, t. 2, nº 933; MACHADO, t. 11, p. 253; LLERENA, t. 10, p. 441; PLANIOL-RIPERT-PICARD, t. 3, nº 153 y siguientes; BAUDRY-LACANTINERIE y TISSIER, De la Prescription, Nº 251 y sigs.

(nota 16) BAUDRY-LACANTINERIE y TISSIER, De la Prescription, nº 257.

(nota 17) PLANIOL-RIPERT-PICARD, t. 3, n° 155.

(nota 18) De acuerdo: C. Apel. 1ª La Plata, 30/12/1947, J. A., 1947, IV, p. 740; GENTILE, Il possesso, n° 245 y jurisprudencia allí citada.

(nota 19) De acuerdo en todo este párrafo: LAQUIS, Derechos reales, t. 3, p. 49.

1111/10990

1.— Prescripción por diez años

1111/373

373. REQUISITOS.— Basta la posesión continua de diez años para adquirir la propiedad inmueble siempre que se hayan reunido estos dos requisitos: a) justo título, y b) buena fe. Trataremos de ellos en los párrafos que siguen.

a) Justo título.— Se llama justo título aquel que es suficiente para la transmisión del dominio y que realmente lo hubiera transmitido de haber sido el transmitente el verdadero propietario del inmueble (ver nota 1). Es decir, se trata de un título que está rodeado de todas las formalidades y demás requisitos indispensables para la transmisión del dominio, a punto tal que de haber emanado del verdadero propietario, la transmisión sería perfecta y no se plantearía ya la cuestión de la prescripción porque bastaría con ese título para adquirir el dominio. Su defecto emana de que quien ha transmitido el dominio no era el verdadero dueño; por eso no sirve para transmitirlo. Pero la ley ampara a quien, procediendo de buena fe, confió en este título, concediéndole un plazo de prescripción breve de diez años.

Constituyen justo título para la adquisición del dominio, si están instrumentados con las formalidades que la ley exige, los contratos traslativos de la propiedad (compraventa, permuta, donación, aportes a sociedades, etc.). La donación inoficiosa es un caso típico de justo título (ver nota 2).

Aunque no está rodeado de las formalidades que la ley exige (escritura pública), debe considerarse también justo título el boleto de compraventa. Conviene detenerse en este

punto. La jurisprudencia anterior a la ley 17711 ha sido adversa a considerar el boleto de compraventa como justo título (ver nota 3), lo que era coherente con el sistema del Código. Pero aquella ley agregó al art. 2355 Ver Texto un párrafo según el cual se considera legítima la posesión de inmuebles de buena fe, adquiridos por boletos de compraventa. Posesión legítima quiere decir que se funda en un título apto para poseer. Lo que significa que aunque el boleto de compraventa no tiene las formalidades legales para la transmisión del dominio perfecto, la ley lo ha asimilado al justo título. Desde el punto de vista de la justicia, la solución no puede ser más razonable. Quien ha entrado a poseer en virtud de un boleto de compraventa y ha pagado el precio (o parte de él), debe beneficiarse con la prescripción de diez años. No es posible que se encuentre en las mismas condiciones del poseedor de mala fe, que ha tomado por sí y ante sí la posesión, sabiendo que no tenía derecho a hacerlo. Con razón, pues, la Suprema Corte de Buenos Aires ha declarado que quien recibió la tradición del vendedor como consecuencia del boleto de compraventa, es poseedor de buena fe (ver nota 4).

Agreguemos todavía que, según nuestra opinión, el boleto de compraventa unido a la posesión, brinda un dominio perfecto sobre el inmueble (nº 272).

Es también justo título la subasta judicial (ver nota 5), como que no es sino una forma de compraventa.

En cambio, el solo carácter de heredero no constituye justo título, porque él continúa la posesión del causante y, en consecuencia, no puede tener otro título que el que éste tenía. En otras palabras, no basta la calidad de heredero de buena fe de una persona que poseía un bien sin justo título sin buena fe, para pretender beneficiarse con la prescripción corta; todo lo que el heredero puede hacer, es unir su posesión a la del causante y prescribirá a los 10 años si aquél tenía buena fe y justo título y a los 20 años en caso contrario (ver nota 6).

1111/374

374.— Para precisar el concepto de justo título el art. 4011 Ver Texto agrega: El título debe ser verdadero y aplicado en realidad al inmueble poseído. El título putativo no es suficiente, cualesquiera sean los fundamentos del poseedor para creer que tenía un título suficiente. ¿Qué ha querido decir la ley con estas expresiones: “título putativo”, “título verdadero”?

Sabemos ya que el justo título debe estar rodeado de las condiciones intrínsecas (actos traslativos de la propiedad) y extrínsecas (cumplimiento de las formalidades legales) para transmitir el dominio. Cuando ahora la ley exige que el título sea verdadero, no quiere decir que tenga eficacia real y concreta para transmitir la propiedad pues entonces sería innecesario recurrir a la usucapión, sino que no sea falsificado (ver nota 7); y cuando la ley habla de título putativo se refiere precisamente a la hipótesis de que haya sido falsificado

(ver nota 8).

Se ha querido prever el caso de un título por sí apto para transmitir el dominio, y además rodeado de todas las formalidades legales, pero que ha sido falsificado, con o sin la complicidad del escribano interviniente.

Cabe notar que el título putativo es suficiente para reputar la buena fe (salvo prueba en contrario) al poseedor a todos los efectos que derivan de la posesión de buena fe (art. 2357 Ver Texto), salvo para usucapir.

La solución es de justicia más que dudosa. Si el adquirente es de buena fe; si ostenta un título que razonablemente ha podido hacerle confiar en que es el legítimo dueño; si a más de eso prueba haber poseído el inmueble durante diez años, parece justo beneficiario con la prescripción breve.

1111/375

375.— El artículo 4011 Ver Texto dice además que el título debe ser aplicado en realidad al inmueble poseído. Por consiguiente, el justo título no existe cuando se pretende prescribir una superficie mayor que la que el título abarca o un inmueble distinto del que alude el título, por más que el poseedor haya creído de buena fe que estaba poseyendo el terreno indicado en él.

1111/376

376.— ¿Es justo título el emanado de una información posesoria? La cuestión ha sido planteada en muy contados casos con relación al problema de las informaciones posesorias, pues ya dijimos que son excepcionales las que se fundan en el justo título y la buena fe (ver nota 9). En cambio, se ha planteado con mucha frecuencia en el supuesto, a todas luces análogo, de si los títulos emanados de una información treintañal (ahora veinteñal) deben considerarse perfectos a los efectos de cumplir la cláusula de un boleto de compraventa que exige tal condición. La jurisprudencia se ha inclinado decididamente a considerar tales títulos como perfectos (ver nota 10). Es obvio que si se reputan perfectos estos títulos, debe también considerárselos como justos títulos a los efectos de la prescripción. Esta solución es tanto más incuestionable luego que la ley 14159 y el decreto ley 5756/58 han establecido el juicio contradictorio en sustitución de la mera información que antes bastaba para acreditar la usucapión.

1111/377

377.— Por último, el Código prevé los efectos que sobre el carácter de justo título tiene la condición. Si la condición fuere suspensiva, el título no es eficaz para la prescripción sino desde el incumplimiento de la condición; en cambio, si estuviere sometido a una condición resolutoria, es útil para prescribir desde la fecha misma del título (art. 4014 Ver Texto).

(nota 1) Aunque hemos seguido principalmente en nuestra definición a PLANIOL-RIPERT-PICARD, t. 3, n° 701, este concepto es general en la doctrina; puede verse BAUDRY-LACANTINERIE y TISSIER, De la Prescription, n° 655; AUBRY y RAU, § 218; LAFAILLE, t. 1, n° 784; etc. Por cierto, es el concepto que emana del art. 4010 Ver Texto , C. Civil.

(nota 2) C. Apel. 2ª La Plata, 14/5/11948, L.L., t. 51, p. 339.

(nota 3) C. S. N., 15/12/1943, L. L., t. 33, p. 146; C. Civil 2ª Cap., 15/12/1950, J. A., 1951-IV, p. 24; C. Apel. Azul, 15/6/1950, L. L., t. 60, p. 732; S. T. Entre Ríos, 27/12/1945, J. E. R., 1945, p. 838. Ha mantenido la misma doctrina después de la vigencia de la ley 17711 la C. Civil Cap., Sala F, 10/3/1970, L. L., t. 140, p. 602.

(nota 4) S. C. B. Aires, 30/6/970, E. D., t. 35, p. 434. De acuerdo: WAYAR, Compraventa, § 402. En contra, sosteniendo que el boleto de compraventa no es justo título que justifique la posesión breve: C. Apel. San Isidro, 20/4/78, L. L., 1978-C, p. 115 y C. Civil Cap., Sala E, 21-10/1977, E. D., t. 79, p. 334 (si bien el Tribunal reconoció que la solución que nosotros sostenemos es la más justa); MORELLO, nota en J. A., Doctrina, 969, p. 508; MARIANI DE VIDAL, nota en L. L., t. 141, p. 955; GATTI, nota en L. L., t. 143, p. 11.

(nota 5) C. Fed. Cap., 13/12/1930, J. A., t. 34, p. 1060; C. Apel. Rosario, 27/6/1935, J. A., t. 52, p. 311.

(nota 6) De acuerdo: SALVAT, t. 2, n° 949; LAFAILLE, t. 1, n° 785; C. Civil 2ª Cap., 16/12/1935; J. A., t. 55, p. 189 y L. L., t. 1, p. 189.

(nota 7) C. Civil Cap., Sala A, 8/9/1952, J. A., 1953-I, p. 364.

(nota 8) Es la conclusión que se desprende claramente del fallo citado en nota anterior.

(nota 9) Puede verse un fallo de la C. Civil 1ª Cap., 22/5/1944, J. A., 1944-2, p. 570, en el que se resolvió que no constituye justo título el auto aprobatorio de una información sobre posesión treintaenal. En sentido contrario, véase C. Civil 1ª Cap., 25/11/1937, L. L., t. 8, p. 896.

(nota 10) C. S. N. 15/6/1897, t. 68, p. 138; C. Civil 2ª Cap., 9/5/1924, J. A., t. 12, p. 765; *id.*, 31/8/1927, J. A., t. 25, p. 1041; C. Civil 1ª Cap., 16/12/1932, J. A., t. 40, p. 438; C. Civil Cap., Sala A, 18/11/1952, L. L., t. 69, p. 139; Sup. Trib. Santa Fe, 3/7/1942, J. A., 1942-III, p. 238. Otros tribunales decidieron que tales títulos son perfectos luego de transcurridos 10 años desde la fecha de la aprobación judicial de la información: C. Civil. 1ª Cap., 27/9/1920, J. A. T. 5, p. 249; C. Civil 2ª Cap., 5/11/1924, J. A., t. 14, p. 797; *id.*, 25/8/1930, J. A., t. 33, p. 1113; *id.*, 24/10/ 1930, t. 48, p. 203.

1111/378

378. b) Buena fe.— Además del justo título, la prescripción corta requiere buena fe en el poseedor. Se lo reputa de buena fe a aquel que tiene la creencia de ser el señor exclusivo de la cosa (art. 4006 Ver Texto). Debe tratarse de una creencia sin duda alguna, tal como lo dice el art. 4006 Ver Texto ; lo que significa que si el poseedor tuviese dudas acerca de su derecho, no se lo reputa de buena fe. Porque como dice el codificador en la nota al mencionado artículo, la duda es una término medio entre la buena y la mala fe. Debe tratarse, además, de una creencia seria y fundada. Por eso, la falta de título excluye la buena fe, porque nadie puede creerse seriamente propietario de la cosa si no tuviese justo título para ello. Pero no basta el justo título para tener por cumplido el requisito de la buena fe; porque puede ocurrir que aun teniéndolo, el poseedor sepa que ese título está viciado por una causa de nulidad, como ocurriría si la transmisión se hiciera por dolo o violencia ejercidas por el poseedor. En otras palabras, la falta de justo título excluye la buena fe; pero el justo título no supone necesariamente la buena fe; sin embargo, la hace presumir, puesto que la buena fe se presume siempre (art. 4008 Ver Texto), tanto más si existe justo título (ver nota 1). Eso significa que habiendo justo título, corre por cuenta del propietario la prueba de que el poseedor era de mala fe.

1111/379

379.— La buena fe supone la falsa creencia de ser poseedor legítimo de la cosa. Ahora bien: para que esa falsa creencia configure la buena fe que autoriza la prescripción corta, debe tratarse de un error de hecho, porque el error de derecho es inexcusable (art. 4007 Ver Texto) (ver nota 2). Por eso mismo, el vicio de forma en el título de adquisición hace presumir la mala fe en el poseedor (art. 4009 Ver Texto). En rigor, el art. 4009 Ver Texto es una disposición sobreabundante, porque el vicio de forma significa que el poseedor carece

de justo título; bastaba con ello para hacer improcedente la prescripción corta.

Hemos hecho anteriormente la crítica de la disposición que excluye el error de derecho como posible fundamento de la buena fe; es sin duda, una disposición injustificada (véase nº 60).

1111/380

380.— Basta que la buena fe exista en el momento de la adquisición (art. 4008 Ver Texto); por consiguiente el conocimiento posterior que el poseedor tenga de la falta de derechos de su enajenante para transmitir la propiedad, no lo perjudica (ver nota 3).

La solución es justa. Si una persona adquiere de buena fe, paga el precio de la cosa, realiza quizá mejoras en ella, no puede verse afectada por la circunstancia de que más tarde se entere de que el que le transmitió la cosa no tenía derecho a hacerlo. Sería causarle un injusto perjuicio porque él adquirió de buena fe, y aunque luego se entere de que la enajenación estaba viciada, ello no puede privarlo de su carácter de adquirente de buena fe.

(nota 1) C. S. N., 21/7/1948, Fallos, t. 211, p. 740 Ver Texto ; C. Civil 1ª Cap., 19/11/1943, J. A., 1943-IV, p. 549.

(nota 2) Haciendo aplicación de este artículo la Corte Suprema de Salta resolvió que quien posee un inmueble ubicado en territorio argentino en virtud de un título otorgado por un Estado extranjero que nunca tuvo jurisdicción sobre esa tierra, no puede invocar una posesión de buena fe fundada en el error, ya que éste es de derecho y por tanto inexcusable: 7/5/1953, J. A., 1953-IV, p. 7.

(nota 3) C. S. N., 27/6/1914, Fallos, t. 19, p. 184; C. Fed. Mendoza, 22/10/1952, J. A., 1953-II, p. 318; C. Civil 1ª Cap., 19/9/1938, J. A., t. 62, p. 859; MACHADO, t. 6, p. 318.

1111/381

381. SUCESIÓN EN LA POSESIÓN.— Dispone el artículo 4004 Ver Texto que el sucesor universal del poseedor del inmueble aunque sea de mala fe puede prescribir por diez años

cuando su autor era de buena fe; y recíprocamente no es admitida la prescripción en el caso contrario, a pesar de su buena fe personal. Es una solución discutible, que se funda en la ficción de la continuación de la persona del causante. Según el sistema de nuestra ley, lo que en definitiva interesa es la buena o mala fe del causante. Es ella que determinará si la usucapión será de diez o de veinte años.

Con relación a la sucesión particular (es decir, cuando se ha sucedido al antiguo poseedor a título de comprador, cesionario, legatario, etc.) se ha seguido una solución distinta, a nuestro juicio, más razonable. El sucesor particular de buena fe puede prescribir por diez años aunque la posesión de su autor hubiese sido de mala fe (art. 4005 Ver Texto). A la inversa, cuando el sucesor particular es de mala fe, no lo beneficia la buena fe de su autor. Por último, si ambas posesiones son legales, es decir de buena fe, puede el sucesor unir su posesión a la del autor (art. 4005 Ver Texto).

1111/382

382. PLAZO DE PRESCRIPCIÓN.— En el Código Civil la prescripción breve se operaba a los diez años entre presentes y veinte entre ausentes. Se juzgaban presentes las personas que vivían en una misma jurisdicción y ausentes las que habitaban en distintas jurisdicciones. Este sistema podría tener explicación en la época de la sanción del Código Civil, en que las distancias y la deficiencia de las comunicaciones justificaban un tratamiento distinto de estos casos. En la actualidad, la diferencia no tiene justificación alguna. El progreso de las comunicaciones ha reducido y casi hecho desaparecer las distancias. De ninguna manera se justifica prolongar el plazo de diez años, so color de que las personas habitan en distinta jurisdicción.

Además, el sistema estaba lleno de inconvenientes prácticos. Podía ocurrir que las personas hubiesen estado algún tiempo presentes y otro ausentes, lo que complicaba el cálculo y la prueba. Además, conducía a verdaderas aberraciones como las siguientes: un vecino de Pergamino se consideraba presente respecto de otro de Carmen de Patagones, en tanto que eran ausentes dos personas que habitaban una en la Boca y otra en Avellaneda, separadas apenas por el Riachuelo.

La ley 17711 terminó con estos problemas y resolvió la cuestión con un criterio más moderno, unificando el plazo en diez años, sin distinción entre presentes y ausentes (artículo 3999 Ver Texto).

1111/383

383. LIMITADO INTERÉS PRÁCTICO DE LA PRESCRIPCIÓN BREVE. El interés práctico de la prescripción breve ha quedado reducido de manera sustancial por la reforma introducida al art. 1051 Ver Texto del Código Civil, por la ley 17711 . Conforme con esa reforma los adquirentes de buena fe y a título oneroso de derechos reales o personales sobre un inmueble están a cubierto de toda acción de reivindicación, sea el acto nulo o anulable. Por consiguiente, en este supuesto no se requerirá ya el cumplimiento del plazo de diez años de la prescripción breve, sino que el derecho quedará definitivamente adquirido desde la transmisión misma del inmueble.

Las disposiciones relativas a la usucapión breve, conservan interés solamente en los casos de adquisición a título gratuito, pues esa hipótesis no está cubierta por la regla del art. 1051 Ver Texto .

1111/11000

2.— Usucapión de veinte años

1111/384

384. PLAZOS Y CONDICIONES.— Se adquiere también la propiedad del inmueble por la posesión continua de veinte años (art. 4015 Ver Texto). El Código Civil, siguiendo una tradición que nos viene del Derecho Romano, fijó un plazo de treinta años (ver nota 1), que fue adoptado por todas las legislaciones del siglo pasado. Pero hoy, el perfeccionamiento de los medios de comunicación y la dinámica de la sociedad moderna, no se avienen ya con plazos tan prolongados.

Los códigos más recientes redujeron considerablemente aquel término, fijándolo en veinte años el código italiano, art. 1158; el portugués, art. 1296; el venezolano, art. 1977. El código mexicano ha avanzado más, fijando este plazo en diez años (art. 1152, inc. 3°).

La ley 17711 , siguiendo el criterio más generalizado, redujo el plazo de treinta a veinte años.

Basta con la posesión continua, con los caracteres que hemos visto en otro lugar (véase nº 370, inc. b; no es necesario ni la buena fe ni el justo título (art. 4016 Ver Texto). Es decir que quien se posesiona de una propiedad ajena, con pleno conocimiento y conciencia de que no es suya (ver nota 2), adquiere, no obstante ello, el dominio después de veinte años de posesión.

¿Desde cuándo empieza a transcurrir el plazo de veinte años para la usucapión por el poseedor de mala fe? Como principio, el punto de partida es el de la fecha de la toma de la posesión. Pero un Tribunal de la Capital ha declarado que es necesario distinguir entre la posesión simple y la viciosa; por ello, si la posesión fuere clandestina, para el poseedor anterior la posesión se pierde al año más otro período igual correspondiente a las acciones de despojo o de recobrar la posesión, momento éste en que recién empezaría a correr el plazo de veinte años (ver nota 3).

1111/385

385. INTERVERSIÓN DEL TÍTULO.— Cuando la posesión se ha tenido siempre a título de dueño, basta probar cuándo empezó ella para establecer el punto de partida del plazo. Pero puede ocurrir que quien empezó a poseer por otro pretenda que, en un momento dado, siguió poseyendo para sí. Por ejemplo, una persona ha recibido un inmueble a título de comodatario, arrendatario, etc., pero sostiene que al cabo de cierto tiempo, cesó de reconocerle al dueño el carácter de tal y comenzó a poseer por sí. Es lo que se llama la interversión del título. Como el reconocimiento (y tal vez la prueba) de que se ha empezado a poseer a nombre de otro es una presunción contraria a la usucapión que se pretende, la interversión del título, es decir, el hecho de haber comenzado a poseer para sí, debe ser clara, inequívoca. Y, naturalmente, debe probarse no solamente la posesión actual, sino también el momento en que se empezó a poseer para sí. En otras palabras, si se comenzó a poseer por otro se presume la continuidad de este título en tanto no se pruebe lo contrario (ver nota 4).

1111/386

386. SUPUESTO DE CONDOMINIO.— Una situación particularmente delicada se presenta en materia de condominio. El caso es el siguiente: un condómino pretende haber poseído por sí y con exclusión de los demás, la totalidad del inmueble. La dificultad reside en que frecuentemente el condominio es administrado por uno de los condóminos, quien se comporta exteriormente como dueño exclusivo de la cosa, aun cuando reconozca en los restantes el derecho que les corresponde. El problema se presenta generalmente en relación a pequeñas propiedades, en las que no es infrecuente que los condóminos toleren su uso por uno solo de ellos. Se ha declarado, con razón, que los actos de posesión exclusiva que ejerce el copropietario sobre el inmueble común han de ser inequívocos de modo que deba descartarse la hipótesis de un mero reparto de uso (ver nota 5). Sin embargo, no debe exagerarse el rigor de estos requisitos y siempre que la exclusividad de la posesión sea clara, debe admitirse la usucapión en perjuicio de los condóminos. Así, se ha declarado que si durante muchos años el condómino percibió los arrendamientos y se negó repetidamente a reintegrar a los condóminos los derechos que éstos pretendían, ejercitando actos posesorios a título personal y exclusivo, prescribe el inmueble (ver nota 6). Desde luego,

basta una interversión de hecho siendo innecesaria la interversión de jure, es decir el cambio de título y la inscripción a nombre propio del usucapiente (ver nota 7).

(nota 1) Este plazo es una creación justiniana; MAYNZ, t. 1, § 198; BONFANTE, Instituciones de Derecho Romano, ed. española, p. 292.

(nota 2) No impide la adquisición por usucapición ni siquiera saber quién es el dueño, siempre que se posea el inmueble para sí: C. Civil Cap., Sala B, 5/3/1963, J. A., 1963-II, p. 440; Sala C, 10/3/1970, L. L., t. 141, p. 292; Sala F, 21-8/1962, J. A., 1963-V, p. 7.

(nota 3) C. Civil Cap., Sala E, 20/10/1981, J. A., 1982-II, p. 604. En un fallo insólito, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires resolvió que la prescripción empezaba a correr con anterioridad a la ley 17711 se rige por la prescripción de 30 años, salvedad hecha de las prescripciones empezadas a correr antes de la sanción de la mencionada ley y que se hubieran cumplido al 30/6/1970 (fecha de entrada en vigencia de la ley 17711); 5/8/1980, E. D., t. 79, p. 334, con nota en desacuerdo de BUSTAMANTE ALSINA; y L. L., 1982-A, p. 478, con nota en desacuerdo de MARTÍNEZ RUIZ. Esta sentencia cuyas consecuencias eran gravísimas, fue objeto de una general repulsa doctrinaria y apelada por vía de recurso extraordinario fundado en su arbitrariedad, fue anulada por la Corte Suprema Nacional, que sentó la buena doctrina, es decir, que el plazo para usucapir es de 20 años; 8/6/1982, L. L., 1982-A, p. 478 y 26/6/1984, E. D., t. 111, p. 406.

(nota 4) C. Apel. 1ª La Plata, 5/6/1959, D. J. B. A., t. 59, p. 265.

(nota 5) C. Apel. Rosario, 12/5/1959, Juris, t. 15, p. 61.

(nota 6) C. Apel. 2ª La plata, 19/7/1940, J. A., t. 73, p. 398.

(nota 7) C. Apel. 2ª La Plata, fallo cit. en nota anterior. De acuerdo: LAQUIS, Derechos reales, t. 3, p. 61.

1111/387

387. ACCIÓN DECLARATIVA DE LA USUCAPIÓN (ver nota 1).— Hasta 1952 la usucapición se probaba por simple información sumaria, que tramitaba sin contralor alguno y en la que bastaba la declaración de tres o cuatro testigos para tener por acreditada la

posesión, sirviendo la sentencia de título que se inscribía en el Registro de la Propiedad. La facilidad con que se obtenían estos títulos dio lugar a numerosos abusos, particularmente en perjuicio del Estado; cuando se trataba de la usucapión de tierras fiscales algunos testigos falsos o complacientes bastaban para obtener la aprobación de la información. Es verdad que la sentencia no tenía efectos de cosa juzgada y que el propietario podía luego reivindicar el bien. Pero en este juicio de reivindicación la carga de la prueba pesaba sobre el propietario; ya no era el usucapiente quien debía probar su posesión, sino el reivindicante quien debía demostrar que la posesión no había tenido los caracteres que la ley exige o no había durado el plazo legal. La información posesoria brindaba, además, un medio de intervertir el título por un procedimiento oculto e ignorado por el dueño.

En 1952, al dictarse la ley 14159 sobre Catastro Nacional, se introdujeron dos disposiciones, los arts. 24 Ver Texto y 25, que establecieron el carácter contencioso del procedimiento y exigencias severas en materia de prueba. En verdad, esas exigencias fueron excesivas y motivaron, pocos años después, la sanción del decreto-ley 5756/1958 que, manteniendo el sistema del juicio contencioso, atenuó el rigor de las disposiciones relativas a la prueba.

En los párrafos que siguen, nos ocuparemos de los aspectos salientes del procedimiento de la usucapión.

1111/388

388. a) Carácter contencioso del juicio.— Al iniciar la demanda debe presentarse una certificación del Registro de la Propiedad o del Catastro sobre la titularidad del dominio del inmueble que se intenta prescribir y el juicio deberá tramitar con intervención del titular. Si no se pudiere determinar quién es el titular, se procederá en la forma establecida en los Códigos de procedimientos para la citación de personas desconocidas (dec.-ley 5756/1958); en caso de no dar resultados la citación por edictos, debe darse intervención al defensor de ausentes (ver nota 2).

Si hubiera un interés fiscal comprometido, el juicio se entenderá con el representante de la Nación, de la Provincia o de la Municipalidad a quien afecte la demanda (decreto-ley 5756/1958, art. 1, inc. d).

(nota 1) Bibliografía especial: MORELLO, El proceso de usucapión, Buenos Aires; DUMM, La prescripción treintañal según el régimen de la ley 14159, L. L., t. 70, p. 523; VALENTE NOAILLES, El decreto-ley 5756/1958, L. L., t. 91, p. 974; GÓMEZ, El régimen procesal de la prescripción adquisitiva treintañal, L.L., t. 86, p. 897; SALAS, La acción declarativa de usucapión en la ley 14159, J. A. Diario del 8/10/1954.

(nota 2) C. Civil. Cap., Sala D, 25/11/1957, J. A., 1958-I, p. 173; Sala E, 29/2/1959, J. A., 1959-IV, p. 53 y L. L., t. 94, p. 398.

1111/389

389. b) Juez competente. Es competente para entender en el juicio el juez del lugar en que está situado el inmueble (art. 5 Ver Texto , inc. 1, Cód. Procesal).

1111/390

390. c) Recaudos que hay que acompañar con la demanda.— Con la demanda es necesario acompañar el plano de mensura del inmueble, suscripto por profesional autorizado y aprobado por la oficina técnica respectiva, si la hubiere en la jurisdicción (art. 1, inc. b], decreto-ley 5756-58).

1111/391

391. d) Prueba.— Ya hicimos referencia a la ligereza con que antiguamente se admitía cualquier prueba, especialmente la testimonial. El art. 24 Ver Texto de la ley 14159 sentó el principio de que la prueba no podía ser exclusivamente testimonial y agregó que con la demanda debían acompañarse los certificados de las oficinas recaudadoras de los que resultare que el poseedor había pagado a su nombre el impuesto relativo al inmueble durante todo el lapso de la prescripción. Esta disposición era excesiva porque la posesión puede haberse detentado y ejercido plenamente sin pagar los impuestos; era también excesiva porque, por lo general, las oficinas recaudadoras no alteran el nombre del contribuyente si no es sobre la base de los títulos y, por hipótesis, en nuestro caso no podía haber títulos. La aplicación práctica de este sistema ocasionó numerosas dificultades e hizo necesaria la reforma de la ley. El decreto-ley 5756/1958 mantuvo la regla de que todas las pruebas son admisibles, aunque el fallo no podrá basarse exclusivamente en la testimonial. Y agrega: será especialmente considerado el pago por parte del poseedor de impuestos o tasas que gravan el inmueble, aunque los recibos no figuren a nombre de quien invoca la posesión (art. 1, inc. c).

Como puede apreciarse, la diferencia es importante. La ley 14159 exigía la constancia del pago de los impuestos como condición sine qua non de la aprobación de la usucapión veintañal; más aún, exigía que los recibos de los impuestos figurasen a nombre del poseedor. Conforme con el régimen actual, la acreditación del pago de impuestos, figuren o no los recibos a nombre del poseedor, es una prueba que debe ser “especialmente

considerada”, pero que no es ineludible (ver nota 1). Durante la vigencia del art. 24 Ver Texto de la ley 14159 se discutió si era indispensable demostrar que los impuestos se habían pagado a su debido tiempo para que sirvieran como prueba de la posesión o si, por el contrario, bastaba el pago hecho por una sola vez, generalmente antes de iniciar la acción posesoria. La cuestión ha perdido importancia desde que el pago de dichos impuestos no es una condición esencial de la aprobación de la posesión; es obvio, por tanto, que el pago de los impuestos aun efectuados en una sola vez, sirve como prueba corroborante (ver nota 2) aunque, sin duda, su valor se debilita considerablemente.

Si bien por desconfianza en la prueba testimonial la ley exige que se presente alguna otra prueba corroborante, lo cierto es que aquélla seguirá siendo fundamental en este tipo de juicios dada la naturaleza de los hechos a probar. Los actos puramente posesorios (cultivo de la tierra, habitación, usufructo, etc.), no siempre se pueden documentar, sobre todo cuando se trata de hechos realizados varios años atrás. De ahí que la prueba testimonial sea tan importante. Por lo mismo que tiene esa importancia, debe ser analizada por los jueces cuidadosamente. Así, se ha declarado que no son hábiles para fundar la aprobación de la información sobre la posesión treintañal (ahora veinteñal) los testigos que se limitan a afirmar el hecho de la posesión por más de treinta años sin expresar en qué ha consistido esa posesión y cuáles han sido los actos materiales en que se concretó (ver nota 3); que no debe hacerse lugar a la declaración de usucapión larga, si los testigos ofrecidos no precisan en sus dichos ni el tiempo ni el carácter de la tenencia (ver nota 4); o cuando media tal uniformidad en sus declaraciones que resultan sospechosas, según las reglas de la sana crítica (ver nota 5).

Son también pruebas importantes la documentación que acredite la explotación del campo poseído, los informes de casas consignatarias de hacienda o de otros comerciantes que demuestren las relaciones comerciales vinculadas con la explotación del campo. Inclusive, es viable la inspección ocular, aun cuando ésta tiene interés para demostrar la posesión actual pero no la ocurrida durante los años anteriores (ver nota 6). En suma, la prueba aportada para acreditar la posesión veinteñal debe reunir condiciones sustanciales de exactitud, claridad y precisión (ver nota 7). Sin embargo, hay que tener presente en esta materia un importante pronunciamiento de la Cámara Civil de la Capital, que declaró que en los casos dudosos de reivindicación, la interpretación debe volcarse en favor del poseedor de la tierra, es decir, de quien la ha trabajado durante largos años y no de quien invoca la abstracta prerrogativa de un título que no ha hecho efectivo durante un largo lapso (ver nota 8). Es, nos parece, una jurisprudencia moralizadora y acorde con el concepto moderno de la función social de la propiedad.

1111/392

392.— Es necesario decir que el pago de los impuestos tiene importancia como demostración del ánimo de poseer por sí; pero no es en sí mismo un acto posesorio, de tal modo que el pago hecho por el verdadero titular del dominio, no tiene efecto interruptivo de

la prescripción adquisitiva (ver nota 9).

(nota 1) S. C. Buenos Aires, 1/8/1972, c. D., t. 44, n° 20.950.

(nota 2) C. Civil Cap., Sala C, 9/12/1965, J. A., 1966-II, p. 38; Sala E, 25/11/1965, J. A., 1966-III, fallo n° 12.179.

(nota 3) S. T. Santa Fe, 10/9/1946, R. S. F., t. 14, p. 30.

(nota 4) S. T. Entre Ríos, 16/11/1944, J. E. R., t. 1944, p. 808.

(nota 5) C. Civil 2ª Cap., 8/8/1941, L. L., t. 23, p. 654.

(nota 6) C. Civil. 2ª La Plata, 6/6/1961, L. L., t. 106, p. 922.

(nota 7) C. Civil 1ª Cap., 29/12/1939, G. F., t. 144, p. 205; C. Apel. 2ª Córdoba, 14/9/1943, J. C., t. 3, p. 355; C. Apel. Rosario, 5/9/1944, R. S. F., t. 8, p. 99; S. T. Tucumán, 10/9/1932, J. T., t. 16, p. 190.

(nota 8) C. Civil Cap., Sala A, 8/9/1952, L.L., t. 68, p. 190.

(nota 9) De acuerdo: S. C. Buenos Aires, 27/7/1948, D. J. B. A., 1948, t. XXV, p. 689.

1111/393

393. e) Efectos de la sentencia.— La sentencia que se dicte en el juicio contradictorio hará cosa juzgada respecto de las partes intervinientes en él, puesto que está rodeado de todas las garantías del proceso contradictorio (ver nota 1). Más aún: en cuanto la sentencia que reconoce la usucapión brinda un título de propiedad, tiene efecto erga omnes como que brinda un título perfecto (ver nota 2). Ello, por cierto, sin perjuicio del derecho del dueño o condómino que no ha sido oído, de reivindicar el inmueble demostrando que la posesión no tenía los caracteres legales que permiten usucapir.

(nota 1) C. Apel. 2ª La Plata, 28/7/1953, L. L., t. 73, p. 126. Anteriormente, cuando la información posesoria no tenía carácter contradictorio, era jurisprudencia unánime que no tenía efectos de cosa juzgada respecto de ninguna persona que alegase derechos de titular del dominio.

(nota 2) De acuerdo: ARGAÑARAZ, en SALVAT, t. 2, nº 1023 a, VIII.

1111/394

394. f) **Ámbito de aplicación de estas normas.**— Todas las disposiciones del decreto-ley 5657/1958 relativas a la prueba y a los recaudos que deben acompañarse con la demanda son aplicables sólo cuando la posesión veintañal se plantea como acción; en cambio, no lo son si la usucapión es opuesta como defensa (art. 1, decreto citado). Se explica que así sea, porque lo que la ley ha querido es poner fin a la corruptela de informaciones hechas sin ningún contralor y sobre la base de pruebas más que deficientes. Desde el momento en que la prescripción se opone como defensa, eso supone un juicio contradictorio en el que la otra parte estará interesada más que nadie en controlar la seriedad de las pruebas que se produzcan y en donde el procedimiento está rodeado de todas las garantías del juicio ordinario. En consecuencia, no rige en este caso el principio de que el juez no podrá basar el reconocimiento de la usucapión en una prueba exclusivamente testimonial.

1111/11010

B.— PRESCRIPCIÓN DE MUEBLES

1111/395

395. **EL ART. 4016 BIS Ver Texto .**— Hemos tenido oportunidad de estudiar anteriormente la regla del art. 2412 Ver Texto , según el cual la posesión de buena fe de una cosa mueble crea en favor del que la posee la presunción de tener la propiedad de ella y el poder de repeler cualquier acción de reivindicación, si la cosa no fuere robada o perdida. Esta regla cubre la mayor parte de los casos de posesión de cosas muebles y respecto de ellos no se presenta el problema de la prescripción, pues la mera posesión de buena fe confiere el derecho de propiedad.

Quedan, sin embargo, tres hipótesis que no están cubiertas por la regla del art. 2412 Ver Texto : a) la posesión de mala fe; b) la posesión de buena fe por título gratuito (art. 2778 Ver Texto); c) la posesión de buena fe de cosas robadas o perdidas. La primera hipótesis no tiene solución dentro de nuestro Código. ninguna norma permite adquirir el derecho por

prescripción al poseedor de mala fe. Esta omisión del legislador tiene diversos fundamentos. Cuando una persona toma posesión de un inmueble, lo cultiva, lo hace producir, realiza actos socialmente útiles; es lógico, pues, que luego de largos años, la ley le confiera el derecho de propiedad aunque el cultivador tuviera perfecta conciencia de que el inmueble no era suyo. Cosa distinta ocurre con los muebles. El poseedor de mala fe generalmente es un delincuente que se ha apoderado de la cosa mediante hurto o robo; y si se trata de una cosa perdida, ha omitido la obligación legal de denunciar el hallazgo; además, las cosas muebles no son por sí productoras de fruto sino cuando son accesorias de un inmueble; todas éstas son razones para mirar con más benevolencia al poseedor de mala fe de un inmueble que al de una cosa mueble (ver nota 1).

No obstante ello, varios códigos extranjeros establecen plazos de prescripción aun para la posesión de mala fe de cosas muebles (C. Civil español, 6 años, art. 1955; italiano, 20 años; art. 1161; chileno, 30 años, art. 2510).

1111/396

396.— Respecto de la posesión de buena fe de cosas muebles robadas o perdidas tampoco establecía nada el Código Civil. Este vacío fue llenado por la ley 17711 que agregó un artículo, el 4016 bis Ver Texto , según el cual el que durante 3 años ha poseído con buena fe una cosa mueble robada o perdida, adquiere el dominio por prescripción. Si se trata de cosas muebles cuya transferencia exija inscripción en registros creados o a crearse, el plazo para adquirir su dominio es de dos años en el mismo supuesto de tratarse de cosas robadas o perdidas. En ambos casos la posesión ha de ser de buena fe y continua.

Como puede apreciarse, se prevén dos casos diferentes: a) cosas registrables, cuyo dominio se adquiere a los dos años. La ley no dice desde cuándo empieza a correr este plazo, pero obviamente no puede ser sino a partir de la fecha de la inscripción en el Registro, pues sin ese requisito no puede hablarse de buena fe del adquirente (ver nota 2). Como al pretender inscribir una cosa registrable en el Registro respectivo se exige el correspondiente título de propiedad, este plazo de prescripción sólo es aplicable al caso de que el título resulte después nulo o anulable o al caso de que haya resultado falsificado; b) tratándose de cosas no registrables, el plazo es de tres años desde que se la ha comenzado a poseer. En ambos casos, la posesión debe ser no sólo de buena fe, sino también continua.

1111/397

397.— Adviértase que el art. 4016 bis Ver Texto sólo exige la buena fe; por consiguiente, el poseedor se beneficia con este plazo, aunque haya adquirido la posesión por título gratuito. Más aún, aunque el art. 4016 bis Ver Texto no prevé el caso de cosas no robadas ni perdidas, pero adquiridas de buena fe (por ejemplo, la donación hecha por un incapaz) es

obvio que también a ellas se aplican los plazos de prescripción contenidos en esta norma.

(nota 1) Opina que rige para este caso la prescripción de 20 años: MARCOLIN DE ANDORNO, Prescripción adquisitiva, p. 142, quien cita en su apoyo la opinión de MOISSET DE ESPANÉS.

(nota 2) De acuerdo: MARCOLIN DE ANDORNO, Prescripción adquisitiva, pág. 144.

1111/11020

C.— SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN

1111/398

398. REMISIÓN.— La suspensión de la prescripción adquisitiva se rige por los mismos principios y tiene las mismas causas jurídicas de la prescripción liberatoria. Nos remitimos, por consiguiente, a lo que hemos dicho sobre ésta en nuestro Tratado de Obligaciones, 3^a ed., t. 2, n^o 1024 y siguientes.

1111/11030

D.— INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN

1111/399

399. CONCEPTO Y REMISIÓN.— La interrupción de la prescripción supone borrar los efectos de la posesión transcurrida hasta el momento de la interrupción, reanudándose nuevamente el término de prescripción a partir del cese de la causa de interrupción. La interrupción significa una prescripción no cumplida, porque desde el momento en que el término legal ha transcurrido íntegramente, se produce ipso jure la adquisición del dominio y la prescripción ha consumado todos sus efectos.

También la interrupción de la prescripción adquisitiva se rige por los mismos principios de la liberatoria, por lo que remitimos a lo dicho en el Tratado de Obligaciones, 3ª ed., t. 2, n° 1046. Sin embargo, es necesario referirse en concreto a las causas de interrupción porque algunas de ellas tienen problemas específicos en materia de usucapión.

1111/400

400.— CAUSAS DE INTERRUPCIÓN.— Las causas de la interrupción de la usucapión son: la interrupción natural, la que se opera por demanda contra el poseedor, o por haber sometido el pleito a compromiso arbitral o por reconocimiento de los derechos del dueño por el poseedor.

1111/401

401. a) Interrupción natural.— En doctrina se llama prescripción natural la que surge de la circunstancia de haberse privado al poseedor durante un año del goce de la cosa (art. 3984 Ver Texto). Vale decir, que no basta para que la prescripción se tenga por interrumpida la realización por el propietario o por un tercero de actos aislados; es indispensable que el propietario o un tercero hayan privado al usucapiente de la posesión durante un año corrido. Esta interrupción produce sus efectos aunque la nueva posesión haya sido ilegítima, injusta o violenta (art. 3984 Ver Texto). No se trata de proteger una conducta de fuerza o violencia. Se trata de que el poseedor ha dejado de poseer la cosa durante un lapso prolongado, como es un año y, por consiguiente, no puede ya invocar una posesión continua como se requiere para la usucapión. Esta solución se justifica tanto más cuanto que el poseedor que ha sido despojado por violencia o clandestinidad, puede anular los efectos de la interrupción, si antes de expirar el año demanda al que turbó su posesión y lo despojó de ella (art. 3985 Ver Texto). En otras palabras, la privación de la posesión durante un año, sea por el propietario, sea por un tercero, interrumpe la prescripción, a menos que el usucapiente, dentro del referido plazo, haya entablado contra el despojante las correspondientes acciones posesorias.

Según el art. 3985 Ver Texto , quedan también anulados los efectos de la interrupción en el siguiente caso: el propietario o un tercero han tomado la posesión que ostentaba el usucapiente, pero antes de cumplirse el año de la interrupción el poseedor interpone una acción posesoria y el demandado, a raíz de esta acción, reconoce el derecho del poseedor. Pero hay que notar que los efectos interruptivos de la toma de posesión han quedado ya anulados por la demanda del poseedor, de modo que el reconocimiento hecho por el demandado no tiene otro efecto que hacer innecesaria la sentencia.

1111/402

402. b) Demanda contra el poseedor.— También se interrumpe la prescripción por demanda instaurada por el propietario contra el poseedor aunque sea interpuesta ante juez incompetente o sea nula por defecto de forma, y aunque el demandante no tuviera capacidad para accionar (art. 3986 Ver Texto). En esta materia son del todo aplicables las soluciones que hemos estudiado en otro lugar respecto de la interrupción de la prescripción liberatoria por demanda contra el deudor (véase Tratado de Obligaciones, n° 1047 y sig.).

1111/403

403. c) Compromiso arbitral.— Se interrumpe la prescripción por compromiso arbitral hecho en escritura pública sujetando la cuestión de los derechos de posesión y propiedad a juicio de árbitros (art. 3988 Ver Texto). Esta disposición es confusa. Se comprende bien que si dos personas discuten su derecho a la propiedad de una cosa y una de ellas, pudiendo también invocar la usucapión no lo hace, el compromiso arbitral debe tener efectos interruptivos, pues importa una renuncia tácita a hacer valer la prescripción. Pero si lo que se somete a árbitros es si existió o no la posesión con los caracteres y durante el tiempo que la ley exige para usucapir, entonces no hay renuncia a la usucapión cumplida, pero el usucapiente no podrá invocar el término posterior al compromiso arbitral. También en este punto remitimos a lo dicho respecto de la prescripción liberatoria (Tratado de Obligaciones, t. 2, n° 1064).

1111/404

404. d) Reconocimiento del derecho del dueño.— Por último, la prescripción adquisitiva es interrumpida por el reconocimiento expreso o tácito que el poseedor haga del derecho del dueño (art. 3989 Ver Texto). Es lógico que así sea, porque desde el momento en que se reconoce en otro el derecho de propiedad, no se tiene el carácter de poseedor propiamente dicho, sino de mero tenedor de la cosa. La posesión no reviste entonces los caracteres indispensables para autorizar al poseedor a usucapir. Más aún, este reconocimiento no tendrá efectos solamente respecto del pasado sino también del futuro hasta tanto el reconociente no intervenga en forma clara su título, demostrando por actos inequívocos que empieza a poseer a nombre propio y no ya a nombre del propietario cuyo derecho había reconocido anteriormente.

Respecto de los demás problemas derivados del reconocimiento, remitimos a nuestro Tratado de Obligaciones, t. 2, n° 1058 y siguientes.

1111/405

405. EFECTOS DE LA INTERRUPCIÓN DE LA USUCAPIÓN.— Interrumpida la prescripción queda como no sucedida la posesión que le ha precedido, de tal modo que para que el poseedor invoque su posesión como título de adquisición del dominio, debe demostrar una nueva posesión prolongada por todo el término de ley (art. 3998 Ver Texto).

1111/406

406. A QUIÉN APROVECHA LA INTERRUPCIÓN.— Si la interrupción ha sido hecha por el propietario ningún problema se presenta: es evidente que él es el beneficiario de la interrupción. En cambio, cabe preguntarse si el propietario es beneficiado por la interrupción hecha por un tercero.

Para resolver esta cuestión hay que distinguir las diversas causas de interrupción. Con respecto a la interrupción natural, es decir, la que se ha operado por privación de la posesión de la cosa durante más de un año, ella aprovecha al propietario aunque sea hecha por un tercero (art. 3990 Ver Texto). La solución es lógica, porque para usucapir el poseedor necesita demostrar que ha tenido la posesión continua de la cosa durante el término de ley y en este caso no podrá demostrarlo puesto que esa posesión ha sido interrumpida y carece, por lo tanto, del carácter de continuidad.

También beneficia al propietario el reconocimiento hecho por el poseedor de que posee la cosa a nombre de un tercero que no era el verdadero propietario. Este reconocimiento, aunque sea hecho por error, creyendo que el dueño era otra persona que la que verdadera y legítimamente ostenta ese título, es, sin embargo, la prueba de que no se poseía la cosa para sí, de que la detentaba a nombre de otro, y de que, por consiguiente, la posesión no tenía los caracteres necesarios para usucapir.

En cambio, cuando la interrupción ha sido hecha por demanda o compromiso arbitral, sólo beneficia a quien es autor de ella; esta solución se aplica inclusive al caso de copropiedad, de tal forma que si uno de los copropietarios interrumpe la prescripción, su acto no beneficia a los demás, a menos que, ya lo dijimos, la interrupción consista en la privación de la posesión (art. 3992 Ver Texto).

1111/11040

E.— EFECTOS DE LA PRESCRIPCIÓN

407. DESDE CUÁNDO SE PRODUCEN.— La adquisición de la propiedad se produce en el momento mismo en que se cumplen los términos fijados por la ley; de tal manera que una interrupción de la usucapión por desposesión o demanda carece de eficacia si ha tenido lugar después del vencimiento de los plazos legales de la usucapión (ver nota 1). Es claro que si vencido el término legal para prescribir, el poseedor reconoce en otro el derecho de propiedad, la prescripción no se opera porque esa declaración es la prueba de que no tenía ánimo de poseer para sí y, por consiguiente, la posesión carece de los caracteres que permiten adquirir el dominio.

Pero una cosa es el momento en que se opera la usucapión y otra desde cuándo se lo reputa propietario al que ha usucapido. Es doctrina unánime que operada la usucapión, ella tiene efectos retroactivos al día en que se empezó a poseer (ver nota 2). La retroactividad se impone como un recurso para resolver con criterio razonable y justo los siguientes problemas:

a) Los frutos percibidos por el poseedor durante todo ese tiempo son adquiridos por él aunque fuera de mala fe. Si no se atribuyera efecto retroactivo a la sentencia, el poseedor de mala fe tendría que restituir los frutos al propietario, lo que sería extremadamente injusto.

b) Los terceros que hayan adquirido derechos reales concedidos por el usucapiente, ven consolidados esos derechos. Sería verdaderamente absurdo que el usucapiente pudiera invocar la circunstancia de que en el momento de constituirse un usufructo, una servidumbre, carecía del derecho de propiedad y pretendiese desligarse así de su compromiso. Lo mismo cabe decir de las hipotecas constituidas por el usucapiente, caso posible sobre todo en la usucapión breve en la que existe justo título que ha podido registrarse.

c) Más delicado es el problema de los derechos reales constituidos por el anterior dueño durante el término de la prescripción. También aquí predomina la doctrina de los efectos retroactivos de la usucapión, que en el caso se traduce en la nulidad de todos los derechos constituidos por el anterior propietario (ver nota 3). La solución parece indudablemente justa en lo que atañe a los derechos reales que importan una desmembración del dominio. Se justifica plenamente que el que ha adquirido del anterior propietario un usufructo, un uso, una servidumbre que no ha ejercido nunca, no pueda después invocar el contrato celebrado con el anterior dueño para pretender se le reconozca su derecho real. Decimos que el adquirente de esos derechos reales no los ha ejercido nunca, porque si el inmueble estaba poseído por el usucapiente, el dueño carecía de la posesión sin la cual no podía hacer efectiva la tradición, que es requisito ineludible para la adquisición de un derecho real (art.

577 Ver Texto). En cambio, no resulta igualmente justa respecto de los derechos reales de garantía, particularmente la hipoteca, que es el caso más importante. Si el propietario anterior ha constituido regularmente la hipoteca, mientras todavía era dueño, y se la ha inscripto en el Registro de la Propiedad, el derecho del acreedor debe estar a cubierto de la sorpresa de que después resulte que ese bien estaba en posesión de un tercero. Los acreedores no tienen porqué indagar cada vez que se les ofrece un inmueble en garantía hipotecaria de su crédito, si ese inmueble está poseído o no por un tercero y si esa posesión tiene carácter precario o legítimo. Constituida regularmente la hipoteca, pensamos que el usucapiente no puede hacer valer la retroactividad de la usucapión para privar al acreedor de la garantía que le corresponde. Se podrá argüir, quizá, que el mismo peligro existe cuando la garantía se ha constituido después de operada la usucapión y antes de que el usucapiente haya inscripto su dominio en el Registro. Y evidentemente en ese supuesto sería inadmisibles que pesara sobre el nuevo dueño la hipoteca constituida por el anterior. Sin duda que ello es así; pero en este caso el usucapiente podrá invocar un argumento muy fuerte: que en el momento en que se constituyó la hipoteca ya era él el propietario y es lógico, por lo tanto, que no se le pueda oponer un derecho constituido por quien, en el momento en que se constituyó la hipoteca, no era ya dueño del inmueble.

Nada de esto ocurre en el caso de la hipoteca constituida durante el plazo de vencimiento de la usucapión, porque en ese momento todavía el constituyente de la hipoteca era el dueño (ver nota 4).

1111/408

408.— Puesto que los efectos legales de la usucapión se operan por el mero cumplimiento del plazo legal, el usucapiente puede hacerla valer sin necesidad de que previamente haya seguido la acción declarativa. No sólo puede oponerla como defensa ante el propietario que intenta recuperar el inmueble, sino que también le permite interponer acción de reivindicación contra terceros (ver nota 5).

(nota 1) De acuerdo: C. Apel. 2ª La Plata, 3/3/1936, L. L., t. 2, p. 309.

(nota 2) En este sentido: SALVAT, t. 2, p. 1014 y sig.; PEÑA GUZMÁN, Derechos reales, t. 2, n° 705; BAUDRY-LACANTINERIE y TISSIER, De la Prescription, n° 102 y 103 bis; HUC, t. 14, n° 315; PLANIOL-RIPERT-PICARD, t. 3, n° 748; PESCATORE-ALBANO-GRECO, Della proprietà, t. 3, n° 364; GENTILE, Il possesso, n° 328; MESSINEO, Manual, t. 3, § 81, n° 8.

(nota 3) SALVAT, t. 2, n° 115; FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, n° 530; PEÑA GUZMÁN, Derecho reales, t. 2, n° 705; BAUDRY-LACANTINERIE y TISSIER, De la

Prescription, n° 103; PLANIOL-RIPERT-PICARD, t. 3, n° 748; GENTILE, Il possesso, N° 328.

(nota 4) De acuerdo: LAQUIS, Derechos reales, t. 3, p. 345.

(nota 5) S. C. Buenos Aires, J. A., 1960-II, fallo n° 2092.

1111/11050

II. EXTINCIÓN DEL DOMINIO

1111/409

409. EXTINCIÓN ABSOLUTA Y RELATIVA.— Hay que distinguir dos casos distintos de extinción o pérdida del dominio: a) la que importa una extinción del dominio sobre una cosa que no es adquirida por nadie (extinción absoluta); y b) la pérdida del dominio para una persona, porque es adquirido por otra (extinción relativa).

1111/11060

A.— EXTINCIÓN ABSOLUTA

1111/410

410. DISTINTOS CASOS.— Hay extinción total del dominio sobre la cosa en los siguientes casos:

a) Por destrucción o consumo total de la cosa (art. 2604 Ver Texto). Estrictamente son dos hipótesis distintas: la destrucción significa la pérdida del dominio por desaparición de la cosa, como ocurre, por ejemplo, cuando es destruida por el fuego, por una explosión, etc.; el consumo es también una forma de destrucción, pero es la destrucción proveniente del uso natural de la cosa, como ocurre con los alimentos. A veces, la cosa destruida no lo es totalmente; en este caso, la propiedad se transfiere de la cosa a sus elementos integrantes,

como, por ejemplo, si se destruyere un mueble, el propietario sigue siéndolo de las maderas que restan. Es preciso distinguir esta hipótesis de la especificación. En ésta, no hay propiamente una destrucción de la cosa sino una transformación de ella. No es, por tanto, un medio de extinción absoluta del dominio sino solamente relativa.

b) Se pierde la cosa que ha sido puesta fuera del comercio. Supongamos que un inmueble se expropia para hacer un paseo público. En ese caso se extingue el dominio del propietario anterior sin que nadie adquiera, ni siquiera el Estado, el dominio de la cosa nueva. El Estado tiene solamente lo que se llama el dominio público, que no es un derecho de propiedad en sentido estricto.

c) Los animales salvajes o domesticados se pierden cuando recuperan su antigua libertad o pierden la costumbre de volver a la residencia de su dueño (art. 2605 Ver Texto). La extinción es absoluta porque nadie adquiere el dominio de la cosa; sin perjuicio de que ulteriormente ese animal pueda ser cazado por otra persona, que adquirirá entonces su dominio (ver nota 1).

d) Se pierde también el dominio por abandono que se haga de la cosa, aunque nadie se apropie de ella (art. 2607 Ver Texto). Ordinariamente se considera que esa hipótesis es un supuesto de extinción relativa, pues cualquier persona puede apropiarse de esa cosa (ver nota 2), lo que nos parece, es un error. La pérdida del dominio se produce en el momento del abandono. Nadie es dueño de ella. La extinción del dominio es absoluta. Si luego alguien se la apropia, nacerá un nuevo derecho de propiedad no conectado con el anterior. Es lo mismo que ocurre con los animales salvajes o domesticados que recuperan su antigua libertad.

Cabe preguntarse si el abandono puede referirse tanto a las cosas muebles como a las inmuebles. Ninguna duda cabe respecto de las primeras. En cambio, es más dudoso si puede haber abandono de los inmuebles, porque el no uso no importa abandono, de tal modo que quien se apodera de un inmueble desatendido por su dueño, sólo adquiere la propiedad por prescripción. A nuestro juicio, sólo sería posible reputar que existe abandono de un inmueble cuando el dueño anterior ha manifestado expresamente su voluntad de hacerlo. En cambio, en materia de muebles, basta que de las circunstancias que rodean el caso resulte claro el propósito del anterior dueño de hacer abandono de la cosa.

1111/411

411.— Cualquiera puede apropiarse de las cosas abandonadas y, por cierto, el propio dueño anterior, quien es libre de arrepentirse, y de adquirir nuevamente el dominio (art. 2607 Ver Texto), siempre que cumpla con el recaudo de la apropiación.

1111/412

412.— Supongamos ahora una cosa indivisa. El propietario de una de las partes puede hacer abandono de ella (art. 2608 Ver Texto). Normalmente el abandono favorecerá a los copropietarios, a menos que todos ellos hagan abandono de su parte. Pero el propietario de toda la cosa no puede abandonarla por una parte indivisa (art. 2608 Ver Texto). Se explica que así sea. El abandono supone un desinterés total en la cosa. No se concebiría que se pudiera abandonar una parte indivisa de ella, conservando la propiedad de las otras.

1111/11070

B.— PÉRDIDA RELATIVA DE LA PROPIEDAD

1111/413

413. DISTINTOS MODOS.— Aquí no estamos ya en presencia de una pérdida líquida del derecho de propiedad, sin que nadie lo adquiriera simultáneamente, sino que nos encontramos ante casos de transferencia del dominio, en los que el dueño de una cosa es sustituido por otro. Los casos son los siguientes:

a) La enajenación voluntaria de una cosa por un título capaz de transferir el dominio (venta, donación, aporte a sociedades, permuta, cesión de derechos, etc.).

b) la sucesión mortis causa. Se puede suceder con carácter de heredero, legatario o beneficiario de cargo. En el primer caso, la sucesión es universal; en los dos últimos, es particular. Pero en todos ellos se produce la transferencia del dominio del fallecido al heredero, legatario o beneficiario del cargo.

c) La transferencia del dominio por los distintos modos establecidos en la ley: transformación, accesión o prescripción (art. 2606 Ver Texto).

d) La transmisión judicial de la propiedad. La ley se refiere aquí al supuesto de ejecución de sentencias en la que se demanda el dominio o se ejecuta un bien o se lo expropia por razones de utilidad pública (art. 2610 Ver Texto).

(nota 1) LAFAILLE dice que es un error de doctrina considerar que en este caso se produce una extinción absoluta, porque si bien los animales se pierden para quien los tenía en su poder, ellos pueden ser adquiridos por apropiación (t. 1, n° 811). No estamos de acuerdo con ese criterio. Desde el momento en que los animales se han alzado y recuperado su antigua libertad, el dominio se ha extinguido no solamente para su antiguo dueño, sino para todos, porque nadie es su dueño; sin perjuicio de que ulteriormente pueda un tercero apropiarse del animal. Lo mismo ocurre con una cosa que ha pasado al dominio público del Estado: el propio LAFAILLE reconoce que es un supuesto de extinción absoluta, y sin embargo, la cosa puede volver al dominio privado, si es desafectada del dominio público por el Estado.

(nota 2) En ese sentido, LAFAILLE, t. 1, n° 212; SALVAT, t. 2, n° 1038 y sig.

1111/11080

CAPÍTULO IX - EXPROPIACIÓN (ver nota 1)

1111/11090

§ 1. Conceptos Generales

1111/414

414. CONCEPTO.— La expropiación consiste en la apropiación de un bien por el Estado, por razones de utilidad pública, mediante el pago de una justa indemnización. Decimos de un bien, porque no sólo las cosas sino también los derechos pueden expropiarse.

La expropiación no está limitada a los bienes de los particulares, también puede expropiarse el dominio de un Estado Provincial, y aun su dominio público.

La utilidad pública está en la esencia de la institución: es su razón de ser, su justificación. Este concepto de utilidad pública tiende a expandirse en el derecho moderno abarcando área que antes no comprendía, bajo la influencia creciente de la socialización del derecho

(véase nº 424).

Integra el concepto de expropiación el pago de la indemnización. En nuestro derecho, ella debe en principio, ser previa; pero en verdad esto no es un requisito esencial porque es concebible un régimen en que la indemnización no sea previa y aun nuestra legislación vigente permite que el Estado tome posesión del bien antes de pagarse toda la indemnización. En cambio debe ser siempre justa. Sin ello no hay expropiación sino confiscación. Dejamos así esbozado el concepto y los caracteres de la expropiación; todas estas ideas serán motivo de los indispensables desarrollos en las páginas siguientes.

1111/415

415. FUNDAMENTOS.— Aunque mucho se ha discutido acerca de los fundamentos de la expropiación (ver nota 2), las principales teorías pueden reducirse a tres:

a) Para algunos, la expropiación es simplemente una venta forzada. Éste era el concepto de VÉLEZ SARSFIELD, que incluyó a la expropiación entre los supuestos de venta forzada (art. 1324 Ver Texto , inc. 1º). Pero es indudable que en el acto administrativo por el cual el Estado se apropia de un bien particular, no hay ni la sombra de un contrato; el Estado procede como poder público; no discute con el dueño, no negocia condiciones. Impone una solución y luego por razones de justicia y de respeto a la propiedad privada, indemniza al dueño; vale decir, no paga un precio sino una reparación.

Esta vieja teoría ha pretendido ser revivida por algunos autores que, defendiendo la tesis contractualista, afirman que hay un consentimiento presunto o anticipado del dueño: quien adquiere una propiedad acepta desde ese momento someterse a las leyes del Estado que lo obliga a vender en caso de necesidad o conveniencia pública (ver nota 3). Es un razonamiento que no resiste la crítica. Todo ciudadano está sometido a las leyes del Estado, las acepte o no, puesto que la vigencia de aquéllas no depende en absoluto del consentimiento de los súbditos. Decir que quien adquiere una propiedad, acepta que el Estado se la expropie, es expresar una idea falsa e inútil. No es extraño por tanto, que esta teoría haya sido desechada en el derecho moderno.

b) De acuerdo con un segundo punto de vista, la expropiación tiene su fundamento en el dominio eminente del Estado; el derecho de expropiar derivaría de la supremacía que es característica del Estado soberano (ver nota 4).

Esta teoría no parece compaginarse con el concepto del Estado de derecho, en el cual todas las personas y el mismo Estado, se encuentran sometidos a la ley, al orden jurídico. La teoría del dominio eminente conduciría a que el Estado por sí, sin justa causa, por decisión

fundada meramente en su libre y soberano arbitrio, pueda apropiarse de un bien particular. No sería de la esencia de la expropiación ni la utilidad pública ni la justa indemnización.

c) Finalmente, por otra teoría, que por nuestra parte compartimos, la expropiación encuentra su fundamento en la teoría de los fines del Estado y en la esencial función de éste de promover el bien común (ver nota 5).

Ese bien común exige frecuentemente hacer prevalecer sobre los intereses particulares, los de carácter general; pero como es propio en un estado de derecho, el sacrificio no puede imponerse arbitrariamente al particular a quien se priva de su propiedad; de allí la exigencia inevitable de la indemnización, que distribuye el peso de ese sacrificio en toda la sociedad.

Por lo demás, esta explicación es evidentemente más realista que la del dominio eminente; porque la expropiación se lleva a cabo y se justifica por una razón de interés público o social. En la medida en que se está sirviendo ese interés social es legítima la expropiación.

1111/416

416. ¿ES UNA INSTITUCIÓN DE DERECHO PÚBLICO O PRIVADO?— Desechada la teoría que ve en la expropiación un simple caso de venta forzosa, es necesario admitir que la expropiación es fundamentalmente una institución de derecho público (ver nota 6). Pero se discute si es exclusivamente de derecho público o si tiene también elementos de derecho privado.

La primera teoría se funda en que el Estado actúa en todas las etapas de la expropiación en su carácter de público. El Estado se apodera de la cosa para su empresa, para cumplir con sus fines de utilidad pública. En esta operación nada tiene que ver el derecho civil. Estamos en pleno derecho público (ver nota 7).

Otros autores sostienen que si bien la expropiación es una institución de derecho público en su esencia, en el fundamento de su ejercicio y en el procedimiento seguido para llevarla a cabo, es de derecho privado en cuanto concierne al derecho del expropiado a la indemnización (ver nota 8).

Nos parece que esta divergencia nace más que nada de la concepción tan frecuente como errónea del derecho público y el derecho privado como dos compartimentos estancos, claramente separados. Lo cierto es que el derecho público está empapado de elementos e instituciones de derecho privado. Así, por ejemplo, todo el capítulo de derechos y garantías (entre ellos, el de la propiedad) de la Constitución nacional son normas que se refieren al

derecho privado de los ciudadanos, no obstante lo cual todas esas normas forman parte, con razón, de nuestro derecho público, pues se trata de algunas de las ases esenciales de nuestra organización jurídica. La expropiación pública es una institución concebida para equilibrar los intereses públicos con los privados; los primeros son los que le permiten al Estado apropiarse de los bienes de los particulares; los segundos son los que imponen al Estado la obligación de indemnizar por tal desapropiación. Hecha esta salvedad, no cabe dudar de que la expropiación es una institución de derecho público dado que en ella el protagonista es el Estado en su carácter de poder público (ver nota 9).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: LEGÓN, Tratado integral de la expropiación pública, Buenos Aires, 1967; COGHLAN, Ley nacional de expropiación 21499, E. D., t. 101, p. 973; LAQUIS, Derechos reales, t. 3, p. 391 y s.; MARIENHOFF, Tratado de derecho administrativo, t. 4; íd., El justiprecio en la expropiación pública, Buenos Aires, 1952; VERNENGO PRACK, Naturaleza de la expropiación, Buenos Aires, 1959; BIELSA, Tratado de Derecho Administrativo, t. 4; VILLEGAS BASABILVASO, Tratado de Derecho Administrativo, t. 6; VILLEGAS, Régimen jurídico de la expropiación, Buenos Aires, 1973.

(nota 2) Puede verse una prolija síntesis doctrinaria sobre este punto en LEGÓN, Tratado integral de la expropiación pública, p. 79 y sigs.

(nota 3) ROLLO Y VILLANUEVA, Principios de Derecho Administrativo, t. 3, p. 63; ALESANDRI, Compraventa, t. 1, p. 43.

(nota 4) Véase en este sentido: MAYER, Derecho Administrativo Alemán, t. 3, p. 6.

(nota 5) BIELSA, Derecho Administrativo, t. 4, p. 373; VILLEGAS BASAVILBASO, Derecho Administrativo, t. 6, p. 331.

(nota 6) C. Civil Cap., Sala E, 11/8/1976, E. D., t. 71, p. 190; íd., 27/8/1976, E. D., t. 71, p. 195.

(nota 7) Véase MAYER, Derecho Administrativo, t. 3, p. 57; VILLEGAS BASAVILBASO, t. 6, n° 855.

(nota 8) En este sentido BIELSA, t. 4, p. 377.

(nota 9) De acuerdo: C. Civil Cap., Sala E, 11/8/1976, E. D., t. 71, p. 191; íd., 27/8/1976, E. D., t. 71, p. 195.

1111/11100

§ 2. Sujetos

1111/417

417. EL EXPROPIANTE.— La expropiación es un acto del poder público. Originariamente sólo el Estado —nacional o provincial puede expropiar; en nuestro régimen jurídico esta conclusión surge lógicamente del principio constitucional de que la utilidad pública debe ser calificada por ley. Pero si el poder de expropiar compete originariamente sólo al Estado, éste puede delegarlo: a) en los municipios, cuando la ley orgánica de la municipalidad lo autoriza (ver nota 1); b) en las entidades autárquicas o empresas del Estado, si están facultadas para ello por sus leyes orgánicas o por una ley especial; c) en los particulares, sean personas jurídicas o de existencia visible. Respecto de estos últimos dice el art. 2 Ver Texto , ley 21499, que los particulares podrán actuar como expropiantes cuando estuvieran autorizados por la ley o por acto administrativo fundado en ley. Aunque la ley no lo dice expresamente, pensamos que sólo los concesionarios de obras o servicios públicos pueden ser investidos de esta facultad excepcional, que en principio sólo corresponde a los poderes públicos. El concesionario, repetimos, obra siempre por delegación del poder político y previa declaración de utilidad pública hecha por ley.

(nota 1) C. S. N., 28/8/1913, Fallos, t. 117, p. 198.

1111/418

418. EL EXPROPIADO.— El caso más frecuente y típico es la expropiación de bienes pertenecientes a los particulares. Pero el Estado nacional puede expropiar también los bienes del dominio del Estado provincial o municipal (art. 3 Ver Texto , ley 21499), no importa que se trate de dominio público o privado (art. 4 Ver Texto , ley 21499) (ver nota 1).

Si la facultad del Estado nacional de expropiar los bienes del dominio público o privado de las provincias, no suscita dudas, en cambio es particularmente compleja la solución del problema inverso: si el Estado provincial puede expropiar un bien público o privado de la Nación. A primera vista, parece anárquico que la provincia tenga derecho a que se reconozca la supremacía de su interés público local, sobre el interés público nacional. Pero ocurre a veces que la necesidad local puede revestir mayor importancia que la necesidad nacional o general que en ese momento satisface el bien público nacional situado dentro de la provincia. Supongamos que una obra pública de carácter provincial, como puede ser un camino, un canal, un dique, exija necesariamente la expropiación de una propiedad pública del Estado Nacional donde funcione, por ejemplo, una escuela de agricultura. O bien que la apertura de una calle exija la apropiación de un inmueble donde funciona una escuela o un museo o una oficina de Correos nacionales. El conflicto no puede sino definirse a favor de la expropiación. Esta solución pierde bastante el carácter escandaloso que a primera vista tiene la supremacía del interés público local sobre el interés público nacional, si se piensa que la expropiación deberá tramitar ante la justicia federal, dado que se trata de una demanda contra la Nación; es decir, que será en definitiva un órgano de la Nación, su Poder Judicial, el que juzgará acerca de la supremacía de los fines del interés provincial invocado por la expropiante. En suma, pensamos que si bien como principio, no debe admitirse la expropiación por las provincias de un bien del dominio público nacional, por excepción debe admitírsele cuando el interés público local revista notoria mayor importancia que el nacional (ver nota 2).

¿Pueden expropiarse los edificios pertenecientes a embajadas extranjeras? La cuestión es delicada. Marienhoff sostiene que no se puede, no tanto por el controvertido principio de la extraterritorialidad de los inmuebles, sino porque la falta de acuerdo entre las partes puede llevar a la necesidad de someter el conflicto a conocimiento de los tribunales, para lo cual a su vez es preciso el consentimiento del Estado extranjero en cuestión (ver nota 3).

(nota 1) C. S. N., 26/9/1947, Fallos, T. 568; L. L., t. 48, p. 993 y J. A., 1947-IV, p. 816; de acuerdo, CANASI, Tratado de la Expropiación Pública, p. 380.

(nota 2) De acuerdo, MARIENHOFF, Tratado del Dominio Público, p. 261 y sigs., cit. por CANASI, Tratado de la Expropiación Pública, t. 2, p. 781, quien disiente, negando a las provincias el derecho de expropiar bienes públicos o privados nacionales.

(nota 3) MARIENHOFF, Tratado de Derecho Administrativo, t. IV, n° 1334; de acuerdo: LAQUIS, Derechos reales, t. 3, p. 497.

1111/11110

§ 3. Bienes que pueden expropiarse

1111/419

419. PRINCIPIO GENERAL.— Si bien el ejemplo típico y más frecuente de expropiación es el de los inmuebles, la facultad expropiatoria del Estado se extiende a todos los bienes, cualquiera sea su naturaleza, sean del dominio público o privado, sean cosas o derechos (art. 4 Ver Texto , ley 21499). La única limitación puesta por la ley es que estos bienes deben ser convenientes o necesarios para la satisfacción de una utilidad pública (art. citado).

En consecuencia, pueden expropiarse todas las cosas, sean muebles o inmuebles, y todos los derechos, sean reales, personales o intelectuales. Dentro de los derechos, revisten particular importancia los citados en último término, porque muchas veces, un invento, un descubrimiento técnico o científico, puede resultar de una enorme utilidad desde el punto de vista público. Y si bien el monopolio de explotación que implica el reconocimiento del derecho intelectual, es un estímulo importante y justo para quien ha sido el creador de la obra intelectual, es obvio que si el progreso de la sociedad exige su expropiación, el Estado debe proceder a hacerlo.

El dinero no puede expropiarse por ser la cosa fungible por excelencia (ver nota 1); pero pueden expropiarse monedas que tengan valor numismático (ver nota 2).

Respecto de la cuestión de si pueden expropiarse los edificios pertenecientes a embajadas extranjeras, véase nº418 in fine.

1111/420

420.— Se discutía en nuestro derecho si era posible expropiar el subsuelo con independencia de la propiedad superficial. La cuestión tenía especial importancia para la construcción de los subterráneos de las grandes ciudades; porque la posibilidad de que se expropiara el subsuelo con independencia del suelo, hacía mucho menos onerosas esas grandes obras cuya utilidad pública obvio resulta destacar. La solución que permite expropiar el subsuelo con independencia del suelo, chocaba con el principio vigente en el Código Civil según el cual la propiedad se extiende a todo el subsuelo y al espacio aéreo; sin embargo, la Ley de Expropiaciones 13264 resolvió con acierto el problema, facultando

la expropiación del subsuelo sin necesidad de hacer lo propio con la superficie (art. 10). Esta solución ha sido mantenida por la ley 21499 (art. 6 Ver Texto). De igual modo pueden expropiarse separadamente las unidades de una propiedad horizontal (art. citado).

1111/421

421. BIENES NO INDISPENSABLES A LA OBRA PÚBLICA.— Hemos dicho ya que la única limitación a la facultad expropiatoria del Estado es que los bienes que se expropián satisfagan una utilidad pública. En esto no cabe distinguir entre aquellos bienes que son indispensables a la realización de la obra pública y aquellos que solamente sean convenientes, sea material o financieramente. En cualquier caso la expropiación es procedente (art. 7 Ver Texto , ley 21499).

1111/422

422. SOBANTES INAPROVECHABLES.— A veces la realización de una obra pública necesita sólo la expropiación parcial de una propiedad; el Estado puede limitarse a esta parte del precio. Pero también puede ocurrir que la parte restante quede inutilizable para un uso o explotación racional. En este caso el expropiado puede exigir la expropiación de la totalidad del inmueble (art. 8 Ver Texto , ley 21499).

En los terrenos urbanos se considerarán sobrantes inadecuados los que por causa de la expropiación quedaran con frentes, fondos o superficies inferiores a lo establecido para edificar por las ordenanzas o usos locales respectivos (art. citado).

En los inmuebles rurales el Poder Ejecutivo determinará en cada caso las superficies inadecuadas, teniendo en cuenta la explotación primitiva dada por el expropiado (art. citado).

Esta disposición se vincula con el concepto de unidad económica, es decir de aquella superficie indispensable para una explotación racional del suelo teniendo en cuenta sus características; pero en el caso de la expropiación no solamente deberán tenerse en cuenta las características generales de la tierra y su posible uso, sino también la explotación primitiva dada al inmueble por el expropiado. En efecto, puede ocurrir que el inmueble fuera una chacra y que, luego de la expropiación, no resulte posible ya ese tipo de explotación, pero sí otra, como puede ser un tambo, un criadero, etc. En ese caso, la ley autoriza al dueño de la tierra exigir la expropiación del total, pues es justo no obligarlo a emprender una explotación que no conoce y para la cual carece de las condiciones económicas, financieras y técnicas que se requieren.

En el supuesto de avenimiento o expropiación extrajudicial, las partes de común acuerdo determinarán la superficie adecuada, a efectos de incluirla en la transferencia de dominio; en el juicio de expropiación, dicha superficie será establecida por el juez (art. citado).

Cuando la expropiación de un inmueble incida sobre otros con los que constituye una unidad orgánica, él o los propietarios de estos últimos estarán habilitados para accionar por expropiación irregular si se afectare su estructura arquitectónica, su aptitud funcional o de algún modo resultare lesionado el derecho de propiedad (art. 9 Ver Texto , ley 21499).

(nota 1) COGHLAN, nota en E. D., t. 101, p. 937, n° 37; LAQUIS, Derechos reales, t. 3, p. 417; MARIENHOFF, nota en J. A., 1977-II, p. 748; SALVAT-ARGAÑARAZ, t. 2, n° 694.

(nota 2) COGHLAN, nota en E. D., t. 101, p. 973, n° 38.

1111/11120

§ 4. Condiciones de la expropiación

1111/423

423. ENUMERACIÓN.— Conforme con el art. 17 Ver Texto de la Constitución Nacional, la expropiación por causa de utilidad pública debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. De esta norma, que constituye el pilar básica del instituto de la expropiación, se desprende que ésta debe llenar las siguientes condiciones: a) debe fundarse en una razón o causa de utilidad pública; b) esa utilidad pública debe ser calificada por ley; c) finalmente, la expropiación exige la previa indemnización.

Nos ocuparemos por separado de estas tres condiciones esenciales.

1111/11130

A.— UTILIDAD PÚBLICA

1111/424

424. CONCEPTO.— El concepto de utilidad pública, base y fundamento de la expropiación, se ha ido ampliando a medida que el derecho perdía paulatinamente su carácter individualista. Así, por ejemplo, las constituciones francesas de 1791 y 1793 hablaban de expropiación por causa de necesidad pública; pero ya el Código Napoleón aludía simplemente a la utilidad pública (art. 545) y ésta es la expresión que pasó a nuestro derecho a través de la Constitución Nacional (art. 17 Ver Texto) y el Código Civil (art. 2511 Ver Texto). De una manera general, puede decirse que dentro del concepto de utilidad pública está comprendido todo lo que es conveniente al progreso general del país, o como dice la ley 21499 , todo lo que procure la satisfacción de un bien común, sea de naturaleza material o espiritual (art. 1 Ver Texto). El caso típico es, desde luego, la realización de una obra pública de evidente e indudable interés general, como puede ser un camino, un canal, un dique, etc. Pero en el derecho moderno el concepto de utilidad pública se ha extendido a todo aquello que, por una razón o por otra, es conveniente al progreso social. No es necesaria la realización de una obra concreta; basta que la expropiación sirva al bien común. La sola circunstancia de que un propietario mantenga una explotación deficiente de su propiedad, puede justificar la expropiación para entregar el inmueble a una explotación racional. En este punto conviene recordar las enseñanzas de la Encíclica *Popularum Progressio*: “El bien común exige, pues, algunas veces la expropiación, si por el hecho de su extensión, de su explotación deficiente o nula, de la miseria que de ello resulta a la población, del daño considerable producido a los intereses del país, algunas posesiones sirven de obstáculo a la prosperidad general” (ver nota 1).

Lo que evidentemente no es lícito quitar una propiedad a una persona para dársela a otra, sin beneficio público alguno (ver nota 2). Pero adviértase bien que decimos que esta solución no es posible cuando de ello no deriva ningún beneficio público, como ocurriría si se expropia un bien a un particular y se lo entrega a otro, con lo cual la expropiación no ha cumplido otro objeto que cambiar el titular del dominio. Pero si se expropia un latifundio para promover una colonización, entregando su propiedad a numerosos propietarios o se expropia un gran inmueble ubicado dentro de una ciudad que detiene su expansión, para lotearlo, no obstante que la propiedad se entrega a particulares, la expropiación es lícita, pues ha resultado de todo ello un beneficio general.

En suma, cabe en el concepto de utilidad pública todo lo que convenga al progreso general del país, a su prosperidad, a la mayor justicia en la distribución de las riquezas, porque esa justicia hace a la paz social y, por consiguiente, no puede negarse su utilidad pública. Así, la Corte Suprema de la Nación declaró que se cumple con el requisito de la utilidad pública si se expropia una fábrica para ponerla a disposición de los cultivadores de caña para la explotación en su propio beneficio, dado que de esta manera se consiguen los fines sociales

previstos en la ley (ver nota 3).

(nota 1) Populorum Progressio, n° 24.

(nota 2) C. S. N., 10/11/61, Fallos, t. 251, p. 246 Ver Texto y j. A., 1962-IV, p. 546.

(nota 3) C. S. N., 20/3/46, Fallos, T. 204, p. 310 Ver Texto , L. L., t. 342, p. 87.

1111/11140

B.— CALIFICACIÓN POR LEY

1111/425

425. ATRIBUCIÓN DEL PODER LEGISLATIVO.— La calificación de la utilidad pública debe ser hecha por ley del Congreso, o de las legislaturas locales. El Poder Judicial no podría considerar que no es de utilidad pública lo que está así calificado por ley, porque ello significaría sustituir el criterio del legislador sobre la necesidad, beneficios y medios de ejecución de la obra, todo lo cual es competencia de los Poderes Legislativo y Ejecutivo y no del Poder Judicial. Por ello, la Corte Suprema de la Nación ha resuelto, con razón, que el juicio referente a la utilidad pública es privativo del legislador y que sólo puede ser revisado por los jueces en caso de una extrema arbitrariedad (ver nota 1). Así por ejemplo, se decidió que había arbitrariedad cuando el Estado expropió un automóvil a una persona para entregárselo a otra sin beneficio público alguno (ver nota 2).

En principio, la calificación legal debe hacerse con relación a bienes determinados (art. 5 Ver Texto , ley 21499). Sin embargo, podrá también referirse genéricamente a los bienes que sean necesarios para la construcción o la ejecución de un plan o proyecto; en tal caso, la declaración de utilidad pública deberá hacerse sobre la base de estudios técnicos referidos a planos descriptivos, análisis de cotos u otros elementos que fundamenten los planes y programas a concretarse mediante la expropiación de los bienes, debiendo surgir la directa vinculación o conexión de los bienes a expropiar con la obra, plan o proyecto. En caso de que la declaración genérica de utilidad pública se refiriese a inmuebles, deberán determinarse, además, las distintas zonas, de modo que a falta de individualización de cada propiedad, queden especificadas las áreas afectadas por la expresada declaración (art. 5 Ver

Texto , ley 21499).

Son todos requisitos tendientes a evitar expropiaciones genéricas, hechas con ligereza y sin un estudio a fondo de las necesidades o la utilidad pública que se sirve con la expropiación.

1111/426

426.— Es necesario recordar el principio de que la expropiación puede comprender no solamente las propiedades indispensables para realizar la obra sino también los bienes adyacentes con el objeto de llevar a cabo planes de mejoramiento social.

Dentro de esta hipótesis reviste especial interés la expropiación de inmuebles vecinos a una obra pública que se supone han de ser valorizados por ella. No obstante que esos inmuebles no son necesarios ni útiles para la realización de la obra, pueden ser expropiados porque es legítimo que el Estado aproveche la valorización resultante de la obra pública para beneficio general, evitando que sólo se aprovechen de ella los propietarios linderos (ver nota 3). En este sentido, la ley 21499 dispone que basta para justificar la expropiación que ésta vea conveniente financieramente (art. 7 Ver Texto).

(nota 1) C. S. N., 3/12/47, Fallos, t. 209, p. 310, id., 10/11/61, C. S. N., Fallos, t. 251, p. 246 Ver Texto y J. A., 1962-IV, p. 546.

(nota 2) C. S. N., 10/11/1961, Fallos, t. 251, p. 246 Ver Texto y J. A., 1962-IV, p. 546.

(nota 3) De acuerdo: ARGAÑARAZ, en SALVAT, t. 2, n° 684, nota 153; BIELSA, Derecho Administrativo, t. 4, p. 393.

1111/11150

C.— INDEMNIZACIÓN PREVIA

1111/427

427. CONDICIONES QUE DEBE REUNIR.— La indemnización debe reunir las siguientes condiciones: a) debe ser justa; b) debe ser previa. La primera condición no está exigida explícitamente por la Constitución nacional pero surge implícitamente del art. 17 Ver Texto , ya que una indemnización que no es justa no es verdaderamente una indemnización (ver nota 1). Además, el Código Civil consagra expresamente este principio (art. 2511 Ver Texto). La segunda condición es exigida expresamente por el art. 17 Ver Texto de la Constitución Nacional.

La indemnización debe pagarse en dinero efectivo, salvo conformidad del expropiado para que el pago se efectúe en otra especie de valor (art. 12 Ver Texto , ley 21499).

Veamos ahora los principios que sirven de base a la fijación de una indemnización justa.

(nota 1) La jurisprudencia es unánime. Puede verse C. S. N., 15/11/1951, Fallos, t. 221, p. 187 Ver Texto , L. L., t. 65, p. 211 y J. A., 1952-I, p. 312; íd., 29/8/1955, L. L., t. 81, p. 528.

1111/11160

1.— Indemnización justa

1111/428

428. RUBROS COMPRENDIDOS EN LA INDEMNIZACIÓN.— En la indemnización justa quedan comprendidos los siguientes rubros:

a) Valor del bien. El valor del bien debe fijarse con un criterio objetivo (art. 10 Ver Texto , ley 21499), vale decir, sin considerar los valores estrictamente subjetivos o de afección. A tal efecto debe tenerse en cuenta su valor venal (ver nota 1), es decir, el que tiene en el mercado. Con respecto a los inmuebles que es el supuesto más frecuente de expropiación, debe computarse los valores de inmuebles cercanos, sobre todo si esos valores resultan de subastas públicas, dada la objetividad y seriedad de esas operaciones que las pone a cubierto del peligro de los precios ficticios que frecuentemente, por razones impositivas o de otra índole, suelen aparecer en las transacciones privadas (ver nota 2). De ahí que es importante el valor fijado por los Tribunales en sentencias de expropiación recaídas sobre los inmuebles cercanos o colindantes (ver nota 3). En nuestra jurisprudencia ha motivado decisiones encontradas la cuestión de si la indemnización debe ser suficiente para adquirir

un inmueble semejante al expropiado (ver nota 4). De lo que en rigor se trata, es de fijar el valor del inmueble expropiado; el valor de los inmuebles análogos o cercanos son datos que el Tribunal de Tasaciones y el juez tendrán en cuenta para fijar la indemnización justa, pero sin olvidar las características propias del bien que se indemniza.

Se ha declarado que a los efectos de fijar la indemnización, el dictamen del Tribunal de Tasaciones es, en principio, de importancia decisiva (ver nota 5), pero no obliga al juez, quien puede apartarse de sus conclusiones cuando haya cometido errores manifiestos o no haya tenido en cuenta circunstancias relevantes que influyen en la apreciación de los valores (ver nota 6).

1111/429

429. b) Consecuencias directas e inmediatas.— También son indemnizables los daños que sean una consecuencia directa e inmediata de la expropiación (art. 10 Ver Texto ley 21499). Como se podrá apreciar en las páginas que siguen, este criterio se aplica con rigor por los Tribunales. Está bien que la indemnización sea justa e integral; pero ella no debe ser una fuente de beneficio para el expropiado. En consecuencia, todo daño indirecto, no conectado en forma inmediata y necesaria con la expropiación, debe ser desestimado. Pues no hay que olvidar que, en definitiva, la expropiación es una institución que obedece a una razón de bien público, de modo que, salvada la debida garantía de la propiedad, la indemnización debe fijarse con criterio restrictivo.

1111/430

430. c) Gastos de cancelación de la hipoteca.— Los gastos que se originan con motivo de la cancelación de la hipoteca que gravaba el inmueble, son a cargo del expropiante (ver nota 7). Bien entendido que se trata de los gastos que demanda el acto jurídico de cancelar la hipoteca y no el importe de la deuda hipotecaria que naturalmente pesa sobre el deudor expropiado.

1111/431

431. d) Ruptura del contrato de trabajo.— La indemnización debida por la expropiación comprende también los daños y perjuicios derivados de las indemnizaciones que sea necesario pagar con motivo de la ruptura de los contratos individuales de trabajo (ver nota 8).

1111/432

432. e) Mudanza.— El expropiante debe indemnizar los gastos de mudanza del expropiado por ser ésta una consecuencia directa e inmediata de la expropiación (ver nota 9). Ellos se deben aunque no se hayan verificado todavía, pues se trata de un gasto cierto e inevitable (ver nota 10).

1111/433

433. f) Intereses.— El expropiante debe pagar intereses del 6% a partir de la fecha de la desposesión hasta la del pago sobre la diferencia entre la suma consignada y el monto de la condena (art. 20 Ver Texto , ley 21499) (ver nota 11).

433-I. g) Línea telefónica.— La línea telefónica de un inmueble expropiado implica la privación de un bien y es, por tanto, un daño indemnizable (ver nota 12).

433-II. h) Modificación del frente del edificio.— Deben indemnizarse los gastos resultantes de la modificación que tiene que hacer el expropiado del frente de su edificio como consecuencia de una expropiación parcial (ver nota 13).

433-III. i) Valor llave de un fondo de comercio.— La llave de un fondo de comercio tiene un valor que debe indemnizarse (ver nota 14).

1111/434

434. RUBROS NO COMPRENDIDOS EN LA INDEMNIZACIÓN.— Por aplicación del principio de que solamente debe indemnizarse el valor objetivo del bien, no están comprendidos en la indemnización los siguientes rubros:

1111/435

435. a) Valor afectivo.— El valor puramente personal de carácter afectivo no está comprendido en la indemnización (art. 10 Ver Texto , ley 21499).

1111/436

436. b) Valor panorámico.— El valor panorámico no es estrictamente un valor subjetivo, pero no puede tomarse como un rubro que deba ser considerado por separado en la indemnización. Es verdad que una ubicación favorable desde el punto de vista estético o panorámico le da un mayor valor al bien en el mercado inmobiliario y desde ese punto de vista, ese valor será reconocido en la indemnización. Lo que no se puede pretender es que el valor panorámico sea considerado como un rubro independiente del resto de la indemnización.

1111/437

437. c) Valor histórico.— Se discutía en nuestra jurisprudencia si el valor histórico de un inmueble debía ser considerado en la indemnización. No pocos fallos lo reconocieron (ver nota 15), pero la ley 13264, art. 11 , concluyó con la cuestión, disponiendo expresamente que tal valor debía ser excluido de la indemnización. La nueva ley no alude expresamente al punto, pero consideramos que esa solución debe ser mantenida. La tradición histórica pertenece al acervo cultural de la Nación y no puede ser motivo de lucro por parte de un propietario.

1111/438

438. d) Lucro cesante.— La cuestión de si el lucro cesante debe o no integrar la indemnización, dio lugar a pronunciamientos contradictorios hasta que finalmente la ley 13264 dispuso en forma expresa que no se lo indemnizará (art. 11) y esa solución ha sido mantenida por la ley 21499 (art. 10 Ver Texto). Era lo que hay había admitido la Corte Suprema de la Nación (ver nota 16). Sin embargo, algunos tribunales provinciales han aplicado las leyes locales admitiendo el lucro cesante, aun después de dictarse la ley nacional antes aludida (ver nota 17). Parece razonable la solución de la ley nacional, porque el lucro cesante es un valor impreciso, difícil de determinar, que no integra el valor objetivo del bien expropiado. El carácter restrictivo con que hay que juzgar el problema de la indemnización de la expropiación es una razón más para que, en la duda, se opte por la solución que niega la indemnización de este rubro.

1111/439

439. c) Ganancias hipotéticas.— Tampoco se indemnizan las hipotéticas ganancias (art. 10 Ver Texto , ley 21499), solución que está de acuerdo con lo que era una jurisprudencia invariable (ver nota 18).

1111/440

440. f) Mayor valor resultante de la obra pública.— A los efectos de fijar la indemnización no es posible tomar en cuenta el mayor valor del terreno, resultante de la obra pública para cuya realización se hace la expropiación. En otras palabras, el valor de los bienes debe estimarse por el que hubieran tenido si la obra no hubiese sido ejecutada ni aun autorizada (art. 10 Ver Texto , ley 21499). La justicia de este principio es a todas luces evidente, ya que el dueño del terreno no puede pretender otra indemnización que la que corresponde al valor del terreno tal como se encontraba sin la obra pública. En consecuencia, la jurisprudencia ha declarado reiteradamente que no es imputable a los efectos de determinar la indemnización, el mayor valor resultante del anuncio de la obra pública (ver nota 19).

1111/441

441. g) Gastos de adquisición de una nueva propiedad.— Estos gastos están excluidos de la indemnización pues no son una consecuencia directa e inmediata de la expropiación (ver nota 20) y porque de lo que se trata es de fijar el valor del inmueble expropiado y no de otra propiedad que puede adquirir el expropiado.

1111/12120

441 bis. h) Mejoras posteriores a la declaración de utilidad pública.— Dispone el art. 11 Ver Texto , ley 21499, que no se indemnizarán las mejoras realizadas en el bien con posterioridad al acto que lo declaró afectado a expropiación, salvo las mejoras útiles.

¿Qué debe entenderse por acto que lo declaró afectado a expropiación? Parece claro que se trata de la declaración de utilidad pública. Siendo así, pueden transcurrir varios años desde esa declaración hasta la expropiación efectiva, durante los cuales el dueño queda privado de gozar plenamente de su propiedad e, inclusive, de hacer mejoras útiles. Parece así indudable que en tal hipótesis el dueño puede iniciar la expropiación irregular (art 51 Ver Texto , inc. b y c, ley 21499).

Queda siempre a salvo el derecho del propietario de hacer mejoras necesarias, lo que es natural, porque éstas son de ordinario imposterables.

1111/442

442. COSAS MUEBLES.— El principio en esta materia es que debe pagarse una indemnización igual al valor de plaza al contado de la cosa mueble expropiada (ver nota 21).

443. EMPRESAS CONCESIONARIAS DE SERVICIOS PÚBLICOS.— El problema de la fijación de la justa indemnización por la expropiación de empresas concesionarias de servicios públicos, excede con mucho el marco de un tratado de derecho civil, pues abarca complejas cuestiones políticas, económicas y contables (ver nota 22). Nos limitaremos, por consiguiente, a dar una breve noción sobre el problema y a exponer cuáles son los criterios predominantes para resolverlo.

La nacionalización o estatización de empresas de servicios públicos es un problema que hace, ante todo, a una filosofía política. Mientras más se avanza hacia la socialización del derecho, más se afirma el concepto de que los servicios públicos deben estar en manos del Estado. Recuperarlos para él, si están en manos de concesionarios particulares, es hoy una aspiración que cobra día a día más fuerza. Pero cuando se llega al momento de la fijación de los valores de la expropiación, el problema se hace extraordinariamente complejo, sobre todo, porque estas empresas acostumbran inflar sus capitales ya sea para justificar mayores tarifas, ya sea en previsión de una eventual expropiación por el Estado.

Dos criterios antagónicos se sostienen en esta materia:

a) Conforme con un primer criterio, la indemnización debe tener como base el valor de reposición, o sea, el valor que los bienes expropiados tienen en el momento de la expropiación (ver nota 23). En suma, la expropiación de una empresa de servicios públicos no difiere de la expropiación de un bien cualquiera. De lo contrario, se sostiene, la indemnización no sería justa.

b) Acorde con un segundo criterio, la indemnización debe fijarse teniendo en cuenta el costo de origen, menos las amortizaciones realizadas durante la concesión y la depreciación de los bienes por el uso. Tan importante se ha juzgado la aplicación de este criterio como base de la recuperación de los servicios públicos, que la Constitución del año 1949 incluyó sobre el punto un texto expreso (art. 40 Ver Texto). Este criterio, llamado del valor de origen o costo histórico, tiende particularmente a evitar los abusos de las compañías concesionarias de servicios públicos que, ya lo hemos dicho, abultan sus capitales en forma a veces escandalosa. Por ello, ha podido decir BIELSA que la adopción de este criterio tiene el valor de una máxima de derecho, moral y económica (ver nota 24).

Este criterio ha sido adoptado por la Corte Suprema aun después de la derogación de la reforma constitucional del 49 (ver nota 25). Pero en épocas de inflación, es evidente que esta solución debe estar condicionada a que el costo originario o histórico sea revaluado

conforme a índices adecuados (ver nota 26). De lo contrario, un proceso inflacionario agudo convertiría la indemnización en una burla.

1111/444

444. VALOR LLAVE.— Tratándose de una expropiación que afecta a un comercio o industria, debe indemnizarse el valor llave (ver nota 27), a menos que se trate de una empresa que explota una concesión precaria, en cuyo caso es legítimo fijar el valor de lo expropiado referido solamente al valor de los elementos físicos que componen la empresa (ver nota 28).

1111/445

445. PRIVACIÓN DE EMPRESA EN MARCHA.— Este rubro de empresa en marcha es un concepto parecido al de fondo de comercio, aunque aplicado a la concesión de servicios públicos; aunque la jurisprudencia ha sido vacilante, predomina, con razón, el criterio de que la indemnización de este rubro no alcanza al concesionario de servicios públicos (ver nota 29).

1111/446

446. INTEGRIDAD DE LA INDEMNIZACIÓN.— Dentro de los límites fijados por la ley (valor objetivo del bien y daños directos resultantes de la expropiación) el resarcimiento debe ser integral, porque de lo contrario no sería justo. Este principio de la integridad de la indemnización tiene particular importancia referida a los siguientes rubros:

1111/447

447. a) Momento en que se fija la indemnización: la desvalorización monetaria.— Durante largos años la Corte Suprema de la Nación mantuvo firmemente el principio de que la indemnización debe cubrir el valor del bien ala fecha de la desposesión (ver nota 30). Era una jurisprudencia inspirada en un criterio fiscalista, que no consideraba la exigencia constitucional del pago de una indemnización justa. Con frecuencia pasaban varios años entre la desposesión y el momento en que la reparación se hacía efectiva; el propietario recibía en definitiva, una suma de dinero que estaba lejos de resarcirle el daño que le significaba la expropiación. La persona a quien se le privaba de su vivienda no recibía ya una suma de dinero que le permitiera adquirir otra vivienda análoga, lo que la colocaba en el trance de perder su techo. La injusticia era irritante. Y aunque el ejemplo de la vivienda sea el que quizá ponga de manifiesto con más claridad la necesidad de actualizar la

indemnización a la fecha del pago del precio, lo cierto es que la razón de justicia existía en cualquier otra hipótesis de expropiación. no obstante la jurisprudencia constante de nuestro más Alto Tribunal, prácticamente todos los tribunales del país insistían en decir que la valuación debía ser actualizada a la fecha de la sentencia (ver nota 31). Finalmente, al cambiar la composición de la Corte en el año 1966, ella abandonó su anterior jurisprudencia, sentando el principio de que la justa indemnización requiere, ante la continua depreciación de la moneda, que el justiprecio del bien expropiado se determine conforme a los valores vigentes, al tiempo de dictarse el fallo (ver nota 32).

La ley ha acogido estos principios, precisando su alcance; la depreciación monetaria debe computarse hasta el momento mismo del pago (art. 20 Ver Texto). Advertimos que aun en el supuesto de que la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada haya fijado el monto de la indemnización, ese monto debe reajustarse a tenor de la depreciación monetaria hasta el momento del pago. Más aún: la Corte Suprema, haciendo lugar a un recurso extraordinario por arbitrariedad, decidió dejar sin efecto la sentencia que denegó el pedido de actualización de la indemnización en virtud de la desvalorización operada después de la sentencia definitiva y que se fundó en la autoridad de cosa juzgada de ésta, porque admitir ese mayor valor no significa establecer una indemnización mayor que la acordada, sino mantener constante su valor adquisitivo real (ver nota 33).

Esta jurisprudencia sigue vigente a nuestro criterio, no obstante la prohibición de indexar las deudas de dinero establecida por la ley 23928 , porque ésta es una deuda de valor y no de dinero.

Pero se ha decidido con razón que la desvalorización monetaria debe admitirse sólo en la diferencia entre la suma consignada y el valor del inmueble a la fecha de la desposesión (ver nota 34).

De igual modo, se ha decidido que no corresponde la revalorización del depósito ya retirado por el interesado (ver nota 35).

También forman parte de la indemnización, los intereses, que deben calcularse al 6% y correrán desde el momento de la desposesión hasta el pago (art. 20 Ver Texto).

1111/448

448.— Si bien la Corte Suprema, al modificarse su composición en 1966, admitió que el valor del bien debía fijarse a la época de la sentencia, mantuvo firmemente el principio de que para reajustar la indemnización era indispensable que las partes lo hubieran reclamado en el momento de plantearse la litis, y consideró extemporáneo el pedido formulado con

posterioridad (ver nota 36). Era un criterio excesivamente rígido, que pagaba tributo a un formalista descarnado, en desmedro de una justicia sustancial.

Un nuevo cambio en la composición del Tribunal, producido en 1973, aparejó el abandono de dicho criterio; y la Corte admitió que la compensación por desvalorización monetaria es procedente aunque no se haya pedido al trabarse la litis, siempre que medie pedido de parte interesada en cualquier estado del juicio y siempre que la parte contraria haya tenido oportunidad de hacerse oír respecto de dicho pedido (ver nota 37). Cabe agregar que este pronunciamiento no recayó en un juicio de expropiación, pero la generalidad de sus términos hace obviamente aplicable su doctrina también a este supuesto.

1111/449

449. b) Impuestos y gravámenes.— Los rubros que componen la indemnización no están sujetos al pago de ningún impuesto o gravamen (art. 20 Ver Texto , ley 21499), trátase del impuesto al mayor valor o a las ganancias. La ley ha consagrado así la solución que había terminado por imponerse en la jurisprudencia (ver nota 38). Hay que recordar que los intereses también integran la indemnización (art. 10 Ver Texto , ley 21499) y que por ello, también están libres del impuesto a las ganancias (ver nota 39).

1111/450

450. c) Coeficiente por desocupación.— Es sabido que los inmuebles alquilados que se encuentran afectados por las prórrogas legales de los alquileres, sufren una notoria desvalorización. Se planteó la cuestión de si el expropiante debía el valor venal de la cosa tal como se encontraba en el momento de la expropiación, es decir ocupada, o si, por el contrario, debía apreciarse ese valor como si la cosa estuviera desocupada. Aunque el problema dio lugar a algunos fallos contradictorios, no tardó en uniformarse la jurisprudencia en el sentido de que el precio debe estimarse como si el inmueble estuviese desocupado (ver nota 40).

1111/451

451. LOCATARIO DEL EXPROPIADO.— La expropiación no solamente la sufre el dueño del inmueble expropiado, sino también su inquilino, que debe desalojar el inmueble, en un plazo de 30 días, a menos que el expropiante lo prorrogue cuando a su juicio existan justas razones para hacerlo (art. 26 Ver Texto , ley 21499). Aquí también hay una expropiación, sólo que no se trata ya de un derecho real de propiedad, sino del derecho personal a la locación que tenía el inquilino desalojado. La jurisprudencia es unánime en el sentido de que el inquilino desalojado tiene derecho a que se le resarzan los daños y perjuicios que

sean consecuencia directa e inmediata del desalojo (ver nota 41).

Para ello es menester que se trate de un contrato de plazo no vencido, pues si estuviera ya cumplido, el expropiante, en su calidad de sucesor del locador, podría ponerle fin en cualquier momento, sin derecho a indemnización alguna en favor del locatario. La prórroga legal de las locaciones equivale al contrato no vencido, pues lo cierto es que el locatario tenía derecho a continuar en el goce de la cosa (ver nota 42).

En principio, los contratos celebrados con posterioridad a la sanción de la ley que declara el bien sujeto a expropiación no dan derecho a los locatarios a exigir ninguna indemnización (art. 16 Ver Texto , ley 21499). Pero tal disposición no es aplicable cuando ha transcurrido largo tiempo desde la sanción de la ley sin que se haga efectiva la expropiación y sin que hubiera elementos serios de juicio que permitan prever al locador y locatario en qué momento se haría, pues de lo contrario quedaría gravemente afectada la garantía constitucional de la propiedad (ver nota 43); tanto más si al largo tiempo transcurrido desde la sanción, se añade la circunstancia de que el Estado ha concedido permisos de edificación en la zona afectada (ver nota 44).

La indemnización al inquilino debe cubrir los gastos de traslado y nuevas instalaciones (ver nota 45), la diferencia de alquileres (ver nota 46), el valor llave que tuvo que pagar el comerciante para instalarse en otro local si tal proceder obedeció a las conveniencias y necesidades económicas impuestas por las circunstancias (ver nota 47). En cambio, no podrá exigir el pago del valor llave adquirido por el comercio en el inmueble locado, porque eso sería un lucro cesante y, como tal, no indemnizable, de acuerdo con el art. 10 Ver Texto , ley 21499 (ver nota 48); pero sí el que el inquilino pagó al adquirir el negocio del que fue desalojado (ver nota 49); tampoco es posible fijar una indemnización por todas las diferencias de alquileres que calcule el locatario tener que hacer frente hasta la expiración de la prórroga de las locaciones (ver nota 50).

La cláusula de irresponsabilidad del locador por expropiación, contenida en el contrato de locación, no obsta a que el inquilino demande dicha reparación del expropiante, ya que no hay motivo para que éste se beneficie de una estipulación a la que es extraño (ver nota 51).

Hecha efectiva la expropiación, el locatario deberá pagar los arrendamientos al expropiado hasta el momento de la toma de posesión por la autoridad pública (ver nota 52).

Nada impide que el expropiante suscriba un nuevo contrato de locación con el locatario, pero semejante pacto no puede deducirse de la mera circunstancia de que el locatario haya continuado en la tenencia de la cosa después de la toma de posesión (ver nota 53).

1111/452

452.— La expropiación parcial da lugar a interesantes problemas jurídicos. El contrato de locación queda resuelto ipso jure sólo en la parte expropiada. En los demás, la expropiación equivale a la pérdida parcial de la cosa y el locatario podrá, por tanto, pedir bien la resolución de todo el contrato, bien una disminución proporcional de alquiler. Podrá reclamar daños y perjuicios sólo del expropiante y en relación a la parte de la cosa de que ha sido privado; pero no del locador, pues respecto de éste, la expropiación es una fuerza mayor cuyas consecuencias no le son imputables (ver nota 54).

¿Qué ocurre si el propietario expropiado parcialmente obliga al Estado a adquirir el resto del inmueble? El arrendamiento sólo quedará resuelto ipso jure en la porción expropiada; el resto es una compra que el Estado se ve obligado a hacer, pero que no se funda en una razón de interés público, sino sólo de protección de los intereses del expropiado parcialmente. Por consiguiente, en lo que atañe a esa parte, no hay extinción del contrato de locación; el Estado ocupa el lugar de un comprador cualquiera y debe respetar el contrato vigente (ver nota 55). Pero el arrendatario tendrá siempre los derechos que le confiere la pérdida parcial de la cosa: pedir la resolución del contrato o la disminución del alquiler (ver nota 56).

1111/12130

452 bis. INMUEBLES LINDEROS A UNA OBRA PÚBLICA.— Se ha resuelto que los inmuebles linderos a una obra pública y afectados por ésta en razón de haber disminuido su valor locativo y venal, tienen derecho a una indemnización y puede considerarse que hay lógicamente una expropiación (ver nota 57).

(nota 1) C. S. N., Fallos, t. 258, p. 179 Ver Texto .

(nota 2) De acuerdo: S. C. N., 7/2/1947, Fallos, t. 201, p. 25; íd., 21/2/1945, Fallos, t. 201, p. 25 Ver Texto , cit. en nota.

(nota 3) C. S. N., 22/4/1960, Fallos, t. 246, p. 208 Ver Texto ; íd., 3/4/1959, Fallos, t. 243, p. 244 Ver Texto ; íd., 12/9/1958, Fallos, t. 241, p. 354 Ver Texto ; íd., 28/4/1955, Fallos, t. 231, p. 242 Ver Texto ; etcétera.

(nota 4) En sentido afirmativo: C. Civil Cap., Sala D, 2/6/1972, E. D., t. 45, p. 274; Sala E, 30/5/1977, L. L. 1977-D, p. 661; S. C. Buenos aires, 22/10/1943, D. J. B.A., 1948-

XXV,p. 905; íd., 21/11/1948, L. L., t. 53, p. 553; S. T. Santa Fe, 3/11/1942, R. S. F., t. 2,p. 56; C. Fed. Paraná, 13/7/1950, J. A., 1950-IV, p. 61. En contra, es decir en el sentido de que un bien semejante no es el criterio para fijar el monto de la expropiación; C. S. N., 19/12/1945, Fallos, t. 203, p. 409 Ver Texto ; L. L., t. 41, p. 61; íd., 17/9/1948; Fallos, t. 211, p. 1642; íd., 30/5/1951, Fallos, t. 219, p. 717, etc. Pero hay que tener en cuenta que estos fallos datan de la época en que la Corte no admitía la actualización del precio por desvalorización monetaria, jurisprudencia que hoy ha cambiado (véase nº 447).

(nota 5) C. S. N., 8/9/1972, L. L., t. 148, p. 354; íd., 24/4/1972, L. L., t. 148, p. 351; C. Civil Cap., Sala D, 28/2/1972, E. D., t. 43, nº 20.581; Sala D., 11/6/1979, E. D., t. 87, p. 441; Sala F, 15/8/1978, j. A., 1979-III, p. 225; C. Paz Cap., 12/5/1972, E. D., t. 43; p. 575; C. Fed. Cap., 14/2/1979, J. A. 1979-III, p. 180.

(nota 6) C. S. N., 23/11/1953, Fallos, t. 227, p. 795; íd., 21/12/1962, Fallos, T. 254, p. 441 Ver Texto y L. L., t. 111, p. 331; C. Civil Cap., Sala D, 21/3/1972, E. D., t. 43, p. 569; íd., 11/6/1979, E. D., t. 87, p. 441; Sala F, 15/8/1978, J. A., 1979-III, p. 225.

(nota 7) C. S. N., 9/12/1946, Fallos, t. 206, p. 322 Ver Texto ; s. T. Santa Fe, 8/4/1949, R. S. F., t. 22, p. 97;C. Apel. 1ª La Plata, 23/3/1956, J. A., 1956-II, p. 302.

(nota 8) S. C. N, 2/4/1951, Fallos, t. 219, p. 160 Ver Texto y J. A., 1951-III, p. 34; C. S. N., 25/3/1954, Fallos, t. 228, p. 231 Ver Texto ; íd., 25/4/1958, L. L., t. 95, p. 651, con nota de NERVA; C. S. N., 14/11/1958, Fallos, t. 242, p. 254 Ver Texto ; J. A., 1958-IV, p. 471.

(nota 9) C. S. N., 1/3/1946, Fallos, t. 204, p. 206 Ver Texto ; íd., 15/11/1951, Fallos, t. 221, p. 187 Ver Texto , L.L., t. 65, p' 211 y J. A., 1952-I, p. 312; íd., C. S. N., 13/8/1953, Fallos, p. 226, t. 324 Ver Texto ; L. L., t. 72, p. 301 y J. A., 1953-IV, p. 219; C. Civil Cap., 6/12/1984, L.L., 1985-A, p. 562; Sala G, 10/3/1985, E. D., t. 115, p. 350.

(nota 10) C. Civil Cap., Sala C, 23/5/1972, E. D., t. 43, p. 574; C. Fed. Cap., L. L., t. 121, p. 309.

(nota 11) La jurisprudencia anterior a la sanción de la ley 21499 era unánime en lo que atañe a los intereses, que se computaban a una tasa y que variaba entre el 6% y el 8%; puede verse C. S. N., 7/8/1952, Fallos. t. 223, p. 285 Ver Texto ; íd., 22/12/1952; Fallos, t. 223, p. 285 Ver Texto ; íd., 22/12/1952, Fallos, t. 224, p. 864; íd., 27/7/1954; Fallos, t. 228, p. 721 Ver Texto ; íd., 30/10/1961; Fallos, t. 251, p. 140 Ver Texto ; C. Civil Cap., Sala B, 29/6/1954, J. A., 1954-III, p. 501; C. Civil Cap., Sala D, 22/5/1958, L.L., t. 91, p. 652; íd., 9/11/1971, E. D, t. 43, nº 20.582; S. T. Santa Fe, 15/9/1953, Juris, t. 3, p. 406; C. Apel. Sgo. del Estero, 14/5/1959, J. A., 1960-II, p. 121; etcétera.

(nota 12) C. Civil Cap., Sala D, 11/6/1979, E. D., t. 87, p. 442; Sala A, 6/12/1984, L. L., 1985-A, p. 562.

(nota 13) C. S. N., 7/10/1976, E. D., t. 70, p. 167.

(nota 14) C. Civil Cap., Sala A, 4/4/1984, L.L., 1985-A, p. 562.

(nota 15) C. S. N., 26/6/1939, L. L., t. 15, p. 481; C. Fed. Cap., 29/4/1938, J. A., t. 62, p. 39; C. Apel. 2ª La Plata, 15/7/1952, L. L., t. 67, p. 414, y J. A., 1952-III, p. 358.

(nota 16) C. S. N., 20/3/1946, L. L., t. 42, p. 205.

(nota 17) S. T. Santa Fe, 4/8/1949, R. S. F., t. 22, p. 97; C. Apel. Rosario, 17/7/1958, t. 13, p. 111; S. C. Buenos aires, 6/11/1956, Acuerdos y Sentencias, 1956-VI, p. 48 (aunque después este Tribunal varió su jurisprudencia, rechazando el lucro cesante: 15/7/1958, Acuerdos y Sentencias, 1958-IV, p. 75). También la Sup. Corte de Tucumán estima la computación del lucro cesante: 13/3/1948, L. L., t. 53, p. 415 (cambiando su anterior jurisprudencia: 12/7/1945, L. L., t. 39, p. 243). Los tribunales cordobeses rechazaron la indemnización del lucro cesante: C. Apel. 4ª Córdoba, 17/12/1957, C. J., t. XII, p. 298.

(nota 18) C. S. N., 27/7/1942, L.L., t. 27, p. 872; *id.*, 11/6/1948, Fallos, t. 211, p. 153; L. L., t. 52, p. 300; C. Civil 1ª Cap., 2/6/1941, G. F., t. 164, p. 173.

(nota 19) C. S. N., 5/11/1953, Fallos, t. 27, p. 176; S. T. Santa Fe, 15/7/1953, Juris, t. 3, p. 406.

(nota 20) C. Civ. Cap., Sala F, L. L., t. 148, p. 317, con nota aprobatoria de CANASI.

(nota 21) C. S. N., 24/2/1958, Fallos, t. 240, p. 70 Ver Texto ; *id.*, 23/2/1959, Fallos, t. 243, p. 56 Ver Texto ; *id.*, 3/4/1959, Fallos, t. 243, p. 237 Ver Texto ; *id.*, 23/9/1959, Fallos, t. 244, p. 500.

(nota 22) Para quienes quieran profundizar en el estudio de esta compleja cuestión, remitimos ala obra de CANASI; Tratado teórico-práctico de la expropiación pública, principalmente t. 1, Cap. IV y siguientes.

(nota 23) Véase en este sentido S. C. Buenos Aires, 15/7/1959, J. A., 1959-VI, p. 255, con nota de MARIENHOFF que comparte el criterio del Tribunal.

(nota 24) Nota en L. L., t. 111, p. 298, bajo el seudónimo de NERVA.

(nota 25) C. S. N., 21/12/1962, Fallos, t. 254, p. 441 Ver Texto , L.L., t. 111, p. 301, con nota de NERVA y J. A., 1963-II, p. 178.

(nota 26) C. S. N., 21/12/1962, Fallos, t. 254, p. 441 Ver Texto , L. L., t. 111, p. 301 y J. A., 1963-II, p. 178.

(nota 27) C. Civil Cap., Sala C, 3/10/1956, L. L., t. 85, p. 445; C. Fed. Cap., 24/6/1954, L. L., t. 77, p. 140; S. C. Buenos Aires, 22/9/1959, Acuerdos y Sentencias, 1959-III, p. 146; íd., 20/3/1962, J. A., 1962-IV, p. 28; íd., 29/5/1962, J. A., 1962-IV, p. 98.

(nota 28) C. S. N., 21/5/1948, Fallos, t. 210, p. 1153 Ver Texto , L. L., t. 51, p. 193; J. A., 1948-II, p. 401.

(nota 29) C. S. N., 29/11/1954, Fallos, t. 230, p. 380 Ver Texto ; L. L., t. 78, p. 215 y J. A., 1955-III, p. 47; íd., 21/12/1962, Fallos, t. 254, p. 441 Ver Texto ; L. L., t. 111, p. 301 y J. A., 1963-II, p. 178; íd., 29/7/1963, Fallos, t. 256, p. 232 Ver Texto . En el sentido de que este rubro debe indemnizarse estaba la vieja jurisprudencia de la Corte: 31/12/1948, I.L., t. 55, p. 125; en igual sentido: S. C. Buenos Aires, 15/7/1959, Acuerdo y Sentencias, 1959-II, p. 498; íd., 20/3/1962, J. A., 1962-IV, p. 258.

(nota 30) C. S.N., 22/12/1950, L.L., t. 62, p. 856; íd., 3/5/1954, L. L., t. 75, p. 406; íd., 22/12/1959, J. A., 1960-II, p. 454; íd., 15/2/1957, Fallos, t. 237, p. 38 Ver Texto ; íd., 13/3/1957, Fallos, t. 237, p. 230 Ver Texto ; íd., 7/5/1953, Fallos, t. 225, p. 521; etc.

(nota 31) C. Civil Cap., Sala A., 10/8/1965, J. A., 1965-V, p. 538; Sala C, 31/3/1965, J. A., 1965-V, p. 196, con nota de SCHOO; Sala Fe, 26/9/1963, E. D., t. 7, p. 629; C. Fed. La Plata en pleno, 9/10/1962, L.L., t. 108, p. 685; j. A., 1962-IV, p. 488; C. Apel. 3ª Córdoba 22/2/1959, cit. por TRICO REPRESAS, Obligaciones de dinero y depreciación monetaria, p. 105; S. T. Santa Fe, 20/8/1954, E. D., t. 10, p. 2; C. Apel. Sgo. del Estero, 14/6/1963, L. L., t. 112, p. 664; C. Apel. 1ª La Rioja, 10/6/1963, J. A., 1963-IV, p. 584. La doctrina era no menos unánime: BIELSA, Derecho Administrativo, 5ª ed., t. 4, n° 908; SAYAGUES LAZO, Expropiación y devaluación monetaria, J. A., 1959-III, p. 514; BIDART CAMPOS,

El valor nominal y real del bien expropiado, E. D., t. 10, p. 1; RISOLÍA, La depreciación monetaria y el régimen de las obligaciones contractuales, Bs. As., 1960, p. 83; ORGAZ, votos en disidencia en L. L., t. 92, p. 77; MASNATTA, En torno a algunos problemas de la expropiación, J. A. 1950-I, p. 150; SAMPAY, Informe de la Convención Constituyente, Diario de Sesiones, p. 283; DE NEVARES, Fluctuaciones monetarias durante el proceso de la expropiación, J. A., 1952-I, Sec. 2, p. 31. Fue también la tesis que prevaleció sin disidencias en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil reunido en Córdoba en 1955 (Recomendación 5ª, punto III) y en la Sexta Conferencia Nacional de Abogados reunida en La Plata en 1959.

(nota 32) C. S. N., 26/6/1967, Fallos, t. 268, p. 112 Ver Texto , y E. D., t. 18, p. 839; íd., Fallos, t. 268, p. 489 Ver Texto ; íd., Fallos, t. 268, p. 510 Ver Texto ; íd., t. 269, p. 369.

(nota 33) C. S.N., 24/2/1977, L.L., 1977-C, p. 315.

(nota 34) C. S. N., 28/8/1968, l. L., t. 132, p. 228; íd., 8/3/1971, Fallos, t. 279, p. 116 Ver Texto y L. L., t. 142, p. 130; íd., 29/6/1976, L. L., 1976-D, p. 70 y E. D., t. 70, p. 164; íd., 4/12/1980, L. L., 1981-B, p. 69; íd., 24/10/1985; E. D., t. 118, p. 170; C. Civil Cap., Sala B, 27/12/1977, E. D., t. 76, p. 459; Sala C, 23/2/1978, L. L., 1978-, p. 220; S. C. Buenos Aires, 14/10/1980, J. A., 1981-II, p. 94.

(nota 35) C. Civil Cap., Sala B, 12/6/1979, E. D., t. 84, p. 656.

(nota 36) C. S. N., 11/4/1969, Fallos, t. 273, p. 232 Ver Texto y E. D., t. 27, p. 136 (y fallos allí citados); íd., 5/7/1972, L. L., t. 147, p. 536 y E. D., t. 45, p. 265 (en este fallo se anuló un plenario de la C. Civil Cap., que había resuelto la cuestión en sentido contrario: E. D., t. 34, p. 3); íd., 16/6/1972, J. A., 1972, t. 16, p. 70.

(nota 37) C. S. N., 8/11/1973, L. L., t. 154, fallo n° 69.717.

(nota 38) C. S. N., 20/10/1958, Fallos, t. 242, p. 73 Ver Texto ; L. L., t. 93, p. 358, y J. A., 1959-II, p. 402; C. Fed. Cap., 19/10/1949, L. L., t. 59, p. 39; C. Civil 2ª Cap., 10/4/1950, L. L., t. 58, p. 782; C. S. Bs. As., 22/8/1950, L. L., t. 60, p. 216. Algunos fallos habían resuelto que el impuesto a las ganancias eventuales debía ser soportado por el expropiado: C. Fed. Cap., 19/10/1949, L.L., t. 58, p. 90 y J. A., 1949-IV, p. 749; C. Apel. 1ª La Plata, 14/12/1949, J. A., 1950-I, p. 105; C. Apel. 2ª La Plata, 9/10/1951, L. L., t. 65, p. 184.

(nota 39) C. S. N., 3/8/1962, Fallos, T. 253, p. 307 Ver Texto ; T. N. Fiscal, 26/9/1961, L. L., t. 109, p. 137; J. A., 1962-IV, p. 52.

(nota 40) C. S. N., 20/11/1959, L. L., t. 103, p. 273; íd., 18/3/1960, Fallos, t. 246, p. 170 Ver Texto ; L. L., t. 103, p. 317; J. A., 1960-IV, p. 672; C.S. N., 22/4/1954, Fallos, t. 228, p. 440; etcétera.

(nota 41) C. S. N., 13/8/1953, Fallos, t. 226, p. 324 Ver Texto ; L.L., t. 72, p. 301 y J. A., 1953-IV, p. 219; íd., 15/5/1952, Fallos, t. 222, p. 450 Ver Texto ; L. L., t. 67, p. 16; C. Civil Cap., Sala A, 12/12/1972, E. D., t. 49, fallo nº 22.787; C. Civil 2ª Cap., 30/7/1940; L. L., t. 19, p. 594; C. Fed. Bahía Blanca, 20/12/1946, L. L., t. 45, p. 758; C. Fed. Mendoza, 20/10/1952, L.L., t. 69, p. 92.

(nota 42) C. Civil. Cap., Sala A., 12/4/1957, causa 31.396; íd., 11/11/1957, causa 40.073; Sala B, 24/10/1957, causa 37.175; Sala C, 22/12/1955, causa 25.438. En contra: C. S.N., 29/9/1961, Doct. Jud. del 28/11/1961; C. Fed. Cap., 7/4/1960, causa 5665.

(nota 43) C. Civil Cap., Sala B, 16/6/1959, causa 44.769, Diario I. L. del 20 de mayo de 1960.

(nota 44) C. Civil Cap., sala C, 19/7/1957, causa 41.821.

(nota 45) C. S. N., 21/8/1957, causa 326-XII.

(nota 46) C. Civil Cap., Sala B, 28/12/1951, L. L., t. 65, p. 555.

(nota 47) C. Fed., Cap., 24/6/1956, causa 40.257.

(nota 48) C. S. N., 15/1/1951, L. L., t. 65, p. 211; C. Civil Cap., Sala B, 28/12/1951, L. L., t. 65, p. 555; C. Fed. Cap., 9/5/1960, causa 8008.

(nota 49) C. Fed. Cap., fallo citado en nota anterior.

(nota 50) C. Civil Cap., Sala B, 28/12/1951, L. L., t. 65, p. 555.

(nota 51) C. Civil Cap., Sala B, 27/7/1960, causa 57.502; Sala C, 19/7/1957, causa 41.821; PLANIOL-RIPERT-PERREAU, t. 10, nº 653; BAUDRY-LACANTINERIE y

WAHL, Louage, t. 1, n° 355; GUILLOUARD, t. 1, n° 403.

(nota 52) Just. Paz Let. Cap., 27/10/1938, J.A., t. 64, p. 339, con nota aprobatoria de DÍAZ DE GUIJARRO.

(nota 53) De acuerdo: PLANIOL-RIPERT-PERREAU, t. 10, n° 653.

(nota 54) PLANIOL-RIPERT-PERREAU, t. 10, n° 654; BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, Louage, t. 1, n° 1358 y 1362; GUILLOUARD, Louage, t. 1, n° 401 y 404; AUBRY y RAU, t. 5, § 369.

(nota 55) PLANIOL-RIPERT-PERREAU, loc. cit. en nota anterior; BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, Louage, t. 1, n° 1359; GUILLOUARD, Louage, t. 1, n° 401.

(nota 56) PLANIOL-RIPERT-PERREAU y BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, op. cit. en nota anterior.

(nota 57) C. Civil. Cap., Sala A, 28/8/1974, E. D., t. 59, p. 472.

1111/11170

2.— Indemnización previa

1111/453

453. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL.— La indemnización no solamente debe ser justa; conforme con el art. 17 Ver Texto de la Constitución Nacional, ella debe ser previa. En verdad, el carácter previo de la indemnización no hace a la esencia de la expropiación. Lo que en definitiva interesa es que la indemnización sea justa. Pero en nuestro derecho positivo el requisito de que la indemnización sea previa es un recaudo más que asegura la integridad y oportunidad de su pago.

Sin embargo, una aplicación rigurosa del principio de la indemnización previa podría

acarrear graves inconvenientes, sobre todo cuando se trata de obras públicas de urgencia que podrían ser postergadas en forma más o menos indefinida por litigantes poco escrupulosos que dilatasen deliberadamente al juicio. Por eso la ley 21499 ha arbitrado un sistema que permite al Estado entrar en posesión inmediata del bien. Conforme con el art. 22 Ver Texto , el expropiante deberá consignar ante el juez respectivo el importe de la valuación que hubiere practicado el Tribunal de Tasaciones de la Nación. Efectuada dicha consignación, el juez le otorgará al expropiante la posesión del bien.

Más aún, en el art. 2512 Ver Texto del Cód. Civil se establece que cuando la urgencia de la expropiación tenga un carácter de necesidad de tal manera imperiosa que sea imposible otra forma de procedimiento, la autoridad pública puede disponer inmediatamente de la propiedad privada bajo su responsabilidad. Y en la nota, VÉLEZ SANSFIELD cita el ejemplo de una ciudad en estado de guerra en la cual una orden del jefe del pueblo y aun en caso de urgente necesidad, del jefe de las tropas, basta para autorizar la demolición de un edificio.

Pero está claro que el procedimiento autorizado por el art. 2512 Ver Texto , C. Civil, sólo puede utilizarse en casos de necesidad extrema y de tal modo imperiosa que sea imposible toda forma de procedimiento judicial. De lo contrario, se debe apelar al procedimiento normal del art. 18 Ver Texto de la Ley de Expropiación, que rápidamente le permite al expropiante entrar en posesión del inmueble.

1111/454

454.— Se vincula con este problema del carácter previo de la indemnización, la jurisprudencia mantenida firmemente por la Corte Suprema de que las sentencias contra el Estado en materia de expropiación son ejecutables. Lo cual quiere decir que no es aplicable en su caso la regla del art. 7 Ver Texto de la ley 3952 (ver nota 1). Es razonable que así sea, porque de lo contrario podría ocurrir que el Estado, que ha tomado ya la posesión de la cosa en virtud del art. 18 Ver Texto de la Ley de Expropiación, dilate indefinidamente el pago del saldo del precio, con lo cual se burlaría el precepto constitucional de la indemnización previa.

(nota 1) C. S. N., 24/9/1958, Fallos, T. 241,p. 382 Ver Texto , L.L., t. 94, p. 303.

1111/11180

§ 5.— Procedimiento

1111/11190

A.— EXPROPIACIÓN POR AVENIMIENTO

1111/455

455. NORMAS LEGALES.— Dispone el artículo 13 Ver Texto , ley 21499 que declarada la utilidad pública de un bien, el expropiante podrá adquirir directamente del propietario dentro de los valores máximos que estime el Tribunal de Tasaciones de la Nación para los bienes inmuebles, o las oficinas técnicas correspondientes que en cada caso se designarán para los bienes que no sean inmuebles. Tratándose de inmuebles, el valor máximo estimado será incrementado automáticamente y por todo concepto en diez por ciento.

Es decir, la ley establece un procedimiento para concretar la expropiación por acuerdo directo, entre expropiante y expropiado. En el sistema de la ley 13264 , en este caso la indemnización no podía exceder del valor dado por la avaluación para la contribución territorial, más un 30%. Era un límite excesivamente bajo, por lo cual la expropiación extrajudicial era prácticamente imposible, obligando invariablemente a recurrir a juicio; ahora se adopta una base más realista, que ha permitido un empleo más frecuente de esta vía, con la consiguiente eliminación de pleitos innecesarios.

Desgraciadamente, el sistema de la ley es confuso. En efecto, el art. 15 Ver Texto dispone que no habiendo avenimiento respecto del valor de los bienes inmuebles, la cuestión será decidida por el juez, quien requerirá dictamen del Tribunal de Tasaciones de la Nación, el que deberá expedirse dentro de los noventa días. Ahora bien: para que haya acuerdo sobre el precio debe mediar previo dictamen del Tribunal, condición ineludible para que el Estado pueda ofrecer un precio; y si el Tribunal ya se ha expedido, no tiene sentido la intervención judicial. Pensamos que la solución de este problema es la siguiente: que el expropiante pueda dirigirse extrajudicialmente al Tribunal de Tasaciones requiriéndole la tasación del inmueble y sobre esa base, ofrecer un precio, conforme con la regla del art. 13 Ver Texto . Esto significa que nunca sería necesaria la intervención del juez para requerir la tasación en esta expropiación por avenimiento.

Respecto de los inmuebles, agrega el art. 13 Ver Texto que las maquinarias o instalaciones adheridas al inmueble que se expropiará, se tasarán conforme con lo establecido para los bienes que no sean inmuebles.

En cuanto a los muebles, si no hubiere avenimiento respecto del precio, deberá sustanciarse prueba pericial, sin perjuicio de la intervención de las oficinas técnicas a que alude el art. 13 Ver Texto .

En este supuesto, el régimen legal es claro: si la tasación hecha por las oficinas técnicas del Estado no es aceptada por el expropiado, se ocurrirá ante el juez que designará un perito a propuesta de cada una de las partes y un tercero de oficio, a menos que las partes se pusieran de acuerdo en el nombramiento de uno solo (art. 17 Ver Texto). Pensamos que en último caso, el dictamen del perito designado de común acuerdo tiene el carácter de laudo arbitral, que no podría ser modificado por el juez. En cambio, habiendo varios peritos, la fijación definitiva del precio la hará el juez, teniendo en cuenta los distintos dictámenes, así como la opinión de las oficinas técnicas (art. 17 Ver Texto).

La operación concertada bajo el régimen del avenimiento tiene todas las apariencias legales del contrato de compraventa del derecho civil. Las partes discuten el precio, se ponen de acuerdo respecto de él y el expropiado transmite la propiedad al expropiante. La circunstancia de que el Estado no pueda pagar más que los valores máximo establecidos en la ley, no quita a la operación el aspecto de compraventa. Sin embargo, la ley habla con propiedad de expropiación y de indemnización, y no de compraventa o precio, porque los efectos jurídicos son los que corresponden a la expropiación. Esto tiene particular importancia, tanto respecto del expropiado como del expropiante: a) el propietario tendrá derecho a ejecutar al Estado que no le paga el precio convenido (véase nº 454), lo que no podría hacer si se tratara de una compraventa común; b) el Estado no podría ser demandado por evicción por terceros que pretendieran derechos sobre el inmueble; conforme con lo que ocurre con la expropiación tramitada regularmente, sus derechos se transfieren de la cosa al precio, quedando aquélla libre de todo gravamen (art. 28 Ver Texto , ley 21499); c) no se considerarán válidos respecto del expropiante los contratos celebrados por el propietario con posterioridad a la vigencia de la ley que declaró afectado el bien a expropiación (art. 16 Ver Texto , ley 21499).

Todo ello prueba que estamos en presencia de una verdadera expropiación por más que el precio se fije por acuerdo de partes.

La Corte Suprema ha declarado procedente actualizar la suma pactada en el avenimiento cuando hay demora entre el acuerdo y el depósito del precio pactado (ver nota 1).

(nota 1) C. S. N., 22/10/1981, E. D., t. 97, p. 447.

1111/11200

B.— EXPROPIACIÓN JUDICIAL

1111/456

456. NORMAS PROCESALES.— La ley 21499 ha establecido una serie de normas destinadas a que la expropiación se haga efectiva por un procedimiento sumario, aunque rodeado de todas las garantías necesarias para expropiante y expropiado.

1111/457

457. a) Juez competente.— Dispone el art. 21 Ver Texto que tratándose de inmuebles, incluso por accesión, será competente el juez federal en lo contencioso administrativo del lugar donde se encuentre el bien a expropiar. Obviamente, la ley alude a la expropiaciones hechas por el Estado Nacional o por entidades autárquicas o particulares que estuvieren autorizados para expropiar por ley de la Nación; si la expropiación es hecha por los Estados provinciales, es competente la justicia local.

Tratándose de bienes que no sean inmueble es competente el juez del lugar en que se encuentren o el del domicilio del demandado, a elección del actor (art. citado). Aunque la ley no lo dice expresamente, es obvio que se trata del juez federal, puesto que el actor es el Estado Nacional o una persona de derecho público o privado cuya facultad expropiatoria deriva de la ley nacional.

Pero los juicios en que la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires sea parte, tramitarán ante la Justicia nacional en lo Civil de la Capital Federal (art. 21 Ver Texto , in fine).

El juicio por expropiación no está sujeto al fuero de atracción de los juicios universales.

1111/458

458. b) Trámite del juicio.— El juicio tramitará por el procedimiento sumario, con las modificaciones establecidas por la ley 21499 (art. 19 Ver Texto).

Promovida la acción, se dará traslado por quince días al demandado. Si se ignora su domicilio,, se publicarán edictos por cinco días en el diario de publicaciones legales de la Nación (que es el Boletín Oficial) y en el de la Provincia que correspondiere (art. citado). Pero la notificación por edictos sólo procede previa justificación sumaria de que se han realizado sin éxito gestiones tendientes a conocer el domicilio de la persona a quien se deba notificar (art. 145 Ver Texto , C. Procesal).

Si existiesen hechos controvertidos, el juicio se abrirá a prueba por el plazo que el juez estime prudente. Las partes podrán alegar por escrito sobre la prueba dentro del plazo común de diez días, computados desde que el Secretario certificare de oficio sobre la producción de dicha prueba (art. 19 Ver Texto). Puesto que el plazo es común, ello implica que las partes no podrán retirar el expediente para alegar.

Presentados los alegatos o vencido el plazo para hacerlo, el juez llamará autos para sentencia, la que deberá pronunciarse dentro de los treinta días de quedar firme aquella providencia (art. citado).

Es improcedente en este juicio la caducidad de la instancia, a partir del momento en que el expropiante haya tomado posesión del bien y el expropiado sólo cuestionare el monto de la indemnización (art. 30 Ver Texto , ley 21499).

La litis se anotará en el Registro de la Propiedad, siendo desde ese momento indisponible e inembargable el bien (art. 24 Ver Texto).

1111/459

459. c) Entrega de la posesión.— En el régimen de la ley 13264 el expropiante podía entrar en posesión del inmueble depositando en el juicio el importe de la contribución territorial, más el 30%. El régimen actual es más favorable para el expropiado: si se tratare de inmuebles, el expropiante no puede entrar en posesión del bien antes de que se haya expedido el Tribunal de Tasaciones y el expropiante haya consignado el monto de la valuación (art. 22 Ver Texto). Si la expropiación versare sobre bienes que no sean inmuebles, el expropiante obtendrá la posesión de ellos, previa consignación judicial del valor que se determine por las oficinas técnicas competentes (art. 25 Ver Texto).

El expropiado podrá retirar la suma depositada previa justificación de su dominio, que el bien no reconoce hipoteca u otro derecho real y que no está embargado ni pesan sobre él restricciones a la libre disposición de sus bienes (art. 23 Ver Texto).

1111/460

460. d) Tasación.— La ley ha querido rodear a la tasación de los bienes inmuebles de un procedimiento serio, que evite la eventualidad de que un perito tasador designado judicialmente, pueda proceder con deshonestidad, fijando valores superiores a los reales. Se dispone así que la tasación sea hecha por el Tribunal de Tasaciones creado por decreto-ley 33405/1944 y compuesto por tres miembros en representación de las entidades vinculadas a los problemas técnicos de la propiedad inmobiliaria: dos representantes de los intereses de los contribuyentes; un funcionario superior de la Dirección General de Ingenieros del Ministerio de Guerra; un funcionario superior de Obras Sanitarias de la Nación; un funcionario superior de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires; un funcionario superior de la Dirección Nacional Inmobiliaria (art. 74, dec.-ley 33405/1944). La ley 13264 preveía la integración de este Tribunal con un representante del Ministerio de Obras Públicas de la Nación y otro del expropiado (art. 14). Esta importante garantía para el expropiado ha sido suprimida por la ley 21499 , lo que constituye un grave error.

Tratándose de muebles, será necesario el dictamen de las oficinas técnicas competentes, sin perjuicio de lo cual deberá sustanciarse prueba pericial. Si las partes no se pusieran de acuerdo en la designación de un perito único, designará cada una su propio perito y el juez un tercero (arts. 17 Ver Texto y 19 Ver Texto).

El dictamen del Tribunal de Tasaciones no obliga a los jueces, pero sólo cabe apartarse de sus conclusiones en caso de error manifiesto o de violaciones sustanciales del procedimiento seguido ante él, no resultando bastante simple la disconformidad con el valor establecido por dicho Tribunal, si no se puntualizan concretamente las impugnaciones (ver nota 1).

Se ha decidido con razón, que no corresponde incrementar la indemnización expropiatoria en el 10% previsto por el art. 13 Ver Texto de la ley 21499, cuando media proceso judicial (ver nota 2).

1111/461

461. e) Costas.— El art. 28 de la ley 13264 establecía un complicado e injusto sistema que hacía pesar muchas veces las costas sobre el expropiado no obstante que la tasación del bien hubiera demostrado la insuficiencia de la suma ofrecida por el expropiante. La ley 21499 ha eliminado esa anomalía: las costas se imponen de acuerdo con las reglas generales del Código Procesal (art. 18 Ver Texto). Pero esta directiva general es, en nuestro caso, insuficiente. En efecto, el principio general es que las costas se imponen al vencido (art. 68 Ver Texto , C. Procesal). ¿Pero quién es el vencido en el juicio de expropiación? No lo es el expropiante, cuya acción se acoge; tampoco lo es el expropiado, que no se opone al

progreso de la acción y que se ha limitado a seguir un procedimiento destinado a fijar el justo valor de su bien. Pensamos por consiguiente, que las costas, como principio, deben estar a cargo del expropiante, pues deben considerarse como parte de la indemnización. De lo contrario el expropiado no recibiría el justo precio, pues del valor fijado en la sentencia como justo tendría que deducir el importe de las costas. Y la idea general del sistema expropiatorio es que el expropiado salga indemne del proceso (ver nota 3). Sólo cabría hacer la excepción del supuesto, en la práctica excepcional, de que el demandado no se limite ya a controlar la valuación del bien, sino que se oponga a la procedencia de la expropiación, alegando, por ejemplo, que su bien no está dentro de los que fueron declarados de utilidad pública. Demostrada que su oposición era improcedente, es justo imponerle las costas.

Sólo en caso de desistimiento de la acción, la ley contiene una disposición clara: las costas serán a cargo del expropiante (art. 29 Ver Texto).

1111/462

462. f) Desistimiento.— El expropiante podrá desistir de la acción promovida en tanto la expropiación no haya quedado perfeccionada. Se entenderá que ha quedado perfeccionada cuando se ha operado la transferencia del dominio al expropiante mediante sentencia firme, se haya tomado la posesión y se haya pagado la indemnización (art. 29 Ver Texto , ley 21499).

Se ha resuelto que aun mediando sentencia firme de expropiación y pago de toda la indemnización, el Estado puede desistir si no ha habido toma de la posesión (ver nota 4). Estamos en desacuerdo con esa solución, porque el expropiado puede haber dispuesto del precio y obligarlo a devolver indexado puede causarle un gravísimo perjuicio. Los derechos de los particulares no pueden quedar librados al caprichoso arbitrio del Estado.

1111/463

463. PRECRIPCIÓN DE LA ACCIÓN POR COBRO DE LA INDEMNIZACIÓN.— La acción del expropiado para exigir el pago de la indemnización prescribe a los cinco años computados desde que el monto de ella quede determinada con carácter firme y definitivo (art. 31 Ver Texto , ley 21499).

1111/463

463. bis. CÓMO SE OPERA LA TRANSFERENCIA DEL DOMINIO.— Para la

transferencia del dominio no se requerirá escritura pública otorgada ante escribano, siendo suficiente al efecto la inscripción en el Registro de la Propiedad del decreto que apruebe el avenimiento o, en su caso, de la sentencia judicial que haga lugar a la expropiación (art. 32 Ver Texto , ley 21499).

(nota 1) C. S., 18/12/1990, L. L., n° 89.474; C. Civil Cap., Sala B, 12/7/1976, L. L., 1976-D, p. 381; Sala e, 13/9/1973, L. L., t. 153,p. 355; C. Fed. Cap., 9/5/1990, L. L., n° 89.093.

(nota 2) C. Civil. Cap. en Pleno, 2/12/1986, L. L., 1987-A, p. 85.

(nota 3) De acuerdo: LEGÓN, La expropiación pública, p. 565; VILLEGAS, Régimen Jurídico de la expropiación, nros. 283 y 286. Sobre los distintos sistemas legislativos y jurisprudencia sobre costas, véase VILLEGAS, Régimen Jurídico de la expropiación, n° 276 y sigs.

(nota 4) C. Civil Cap., Sala C, 22/9/1983, L. L., 1984-A, p. 96.

1111/11210

§ 6. Expropiación indirecta o irregular

1111/464

464. CONCEPTO.— Ocurre con frecuencia que declarada de utilidad pública la expropiación de algún bien, el Estado no inicia el correspondiente juicio para hacerla efectiva. El caso más frecuente es el de la apertura de una calle en una ciudad, para lo cual es necesario expropiar numerosas propiedades, lo que supone gastos enormes que el Estado no puede afrontar de inmediato y de una sola vez. Procede entonces paulatinamente, expropiando poco a poco los inmuebles. Sobre el resto de las propiedades afectadas se cierne un peligro que, empero, el Estado no hace efectivo de inmediato. En ese caso y llenados los requisitos que a continuación estudiaremos, el dueño del inmueble afectado puede demandar al Estado para obligarlo a que lo expropie. Ésta es la llamada expropiación indirecta o inversa, debido a que la iniciativa no la tiene el Estado expropiante, interesado en la obra pública, sino el particular afectado por ésta.

1111/465

465. REQUISITOS.— Para que el expropiado tenga derecho a intentar la acción por expropiación indirecta o inversa, es necesario que se reúnan los siguientes requisitos:

a) Declaración de utilidad pública.— Como principio la acción de expropiación indirecta requiere la existencia de una ley que declare de utilidad pública el bien de que se trata (ver nota 1) (art. 51 Ver Texto , ley 21499).

Sin embargo, puede ocurrir que el Estado, aun sin mediar una ley que declare el bien de utilidad pública, haya tomado posesión de él, incorporándolo al dominio público del Estado. En ese caso, cabe también la acción de expropiación indirecta, con el agregado de que en este supuesto la indemnización no debe ceñirse a los rubros estrictamente comprendidos en la ley general de expropiaciones, sino que debe indemnizar al propietario todos los daños y perjuicios conforme con las normas del derecho común (ver nota 2). Es una solución lógica, porque falta el requisito de la declaración de utilidad pública que es el fundamento del criterio restrictivo para la fijación de la indemnización.

De igual modo, procede la expropiación irregular, aun sin ley que califica la utilidad pública, cuando el Estado imponga al derecho del titular un bien o cosa una indebida restricción o limitación, que importen una lesión a su derecho de propiedad (art. 51 Ver Texto , inc. c, ley 21499). En el número siguiente volveremos sobre este tema.

1111/466

466. b) Cercenamiento del derecho de propiedad.— La legislación y jurisprudencia anterior a la sanción de la ley 21499 era muy rigurosa respecto de la procedencia de la acción por expropiación irregular y se había declarado que la mera declaración de utilidad pública de un bien no autorizaba al propietario a intentar esta acción (ver nota 3). La nueva ley tiene un criterio más benévolo y más justo. Conforme con el art. 51 Ver Texto , ley 21499, procede la acción de expropiación irregular en los siguientes casos: a) Cuando existiendo una ley que declara de utilidad pública un bien, el Estado lo toma sin haber cumplido con el pago de la respectiva indemnización; b) cuando con motivo de la ley de declaración de utilidad pública, de hecho una cosa mueble o inmueble resulte indisponible por evidente dificultad o impedimento para disponer de ella en condiciones normales; c) cuando el Estado imponga al derecho del titular de un bien o cosa una indebida restricción o limitación, que importen una lesión a su derecho de propiedad. Adviértase que en este último caso, no es necesario que haya mediado una declaración de utilidad pública; basta la lesión al derecho de propiedad. Y si en este caso no es un requisito indispensable la declaración de utilidad pública, tampoco debe serlo en el caso de que el Estado haya tomado posesión del bien, incorporándolo al dominio público, tal como lo ha decidido la

jurisprudencia (véase nº 465 y notas 446 y 452), puesto que el apoderamiento del bien es la máxima lesión al derecho de propiedad.

De una manera general se puede decir, que para que proceda la expropiación inversa o irregular es indispensable que el uso y goce del inmueble se encuentre menoscabado o cercenado sustancialmente por algún acto del poder público (ver nota 4).

Se ha decidido que existe cercenamiento suficiente del derecho del propietario en los siguientes casos:

1) Cuando la Municipalidad ha denegado el permiso de construcción o la línea para edificar (ver nota 5).

2) Cuando la Municipalidad autoriza la construcción bajo condición de que se renuncie al valor de las mejoras a introducirse en el inmueble (ver nota 6). La solución es lógica, porque la condición impuesta en este caso por el poder público implica no poder edificar, ya que nadie hará una obra que puede ser expropiada al día siguiente sin indemnización alguna del mayor valor y con pérdida total de lo que se ha invertido en ella.

3) Cuando existe una demora excesiva en acordar el permiso de construcción pedido por el propietario, aunque no haya recaído resolución negativa expresa (ver nota 7).

4) Cuando ha mediado desposesión por parte del poder público que se ha apoderado del bien (ver nota 8). Éste es, por cierto, el caso más típico y claro, porque no hay un mero cercenamiento del derecho de la propiedad sino una privación total de él.

5) cuando un inmueble ha sido sometido a reserva para obras o planes de ejecución de obras, pues se ha considerado que el caso cae dentro de lo normado por el art. 51, inc. b) (ver nota 9).

1111/467

467.— Establece el art. 52 Ver Texto , ley 21499, que no corresponde la acción de expropiación irregular cuando el Estado paraliza o no activa los procedimientos, después de haber obtenido la posesión judicial del bien. Es razonable que así sea. En primer término, porque el expropiado puede activar él los procedimientos. Y en segundo lugar, porque el Estado no puede entrar en posesión judicial sin haber depositado la suma que resulta de la valuación del Tribunal de Tasaciones, si el bien fuere inmueble, o de las oficinas técnicas, si

fuere mueble. Esto significa que el interés del expropiado está suficientemente resguardado.

467-I. PROCEDIMIENTO.— Rigen las mismas normas procesales de la expropiación regular, en cuanto fueren aplicables (art. 55 Ver Texto); en particular, rigen las mismas normas para por fijar los valores indemnizables (art. 54 Ver Texto).

El que acciona por expropiación irregular, no está obligado a la reclamación administrativa previa (art. 53 Ver Texto).

467-II. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN.— La acción por expropiación irregular prescribe a los cinco años, computados desde la fecha en que tuvieron lugar los actos o comportamientos del Estado que tornan viable la acción (art. 56 Ver Texto). Adviértase bien que la ley precisa que el punto de partida de la prescripción no es la ley que declara de utilidad pública el bien sino el acto del Estado que importó un cercenamiento directo y específico del derecho de propiedad.

467-III. CASO DE EXPROPIACIÓN INVERSA PEDIDA POR ALGUNOS DE LOS CONDÓMINOS.— La Corte Suprema Nacional resolvió la procedencia de la expropiación inversa pedida por la mayoría de los condóminos contra la oposición de uno de ellos, fundándose en que la acción promovida por los primeros sólo significa para el restante una forma de sufrir las consecuencias de la partición que los otros tenían derecho a pedir en cualquier momento (ver nota 10). Y aunque el tribunal destacó que en el caso la expropiación había sido pedida por la mayoría de los condóminos, el fundamento del fallo lleva claramente a la conclusión que la solución hubiera sido la misma si la acción hubiera sido promovida por uno solo de los condóminos, ya que cualquiera de ellos tiene derecho a pedir la partición.

(nota 1) C. Civil 1ª Cap., 3/4/1957, L. L., t. 6, p. 256; C. Civil 2ª Cap., 22/6/1936, L. L., t. 3, p. 549; S. T. Santa Fe, 23/12/1955, Juris, t. 8, p. 149; C. S. N., 6/5/1940, Fallos, t. 186, p. 477 Ver Texto ; íd., 12/12/1941, Fallos, t. 191, p. 424.

(nota 2) C. S. N., 20/8/1908, Fallos, t. 109, p. 403; íd., 29/11/1930, Fallos, t. 159, p. 207; íd., 23/10/1957, Fallos, t. 239, p. 129; de acuerdo: ARGAÑARAZ, en SALVAT, t. 2, nº 715, nota 197 a).

(nota 3) C. S. N., 19/6/1940, L. L., t. 19, p. 84; íd., 12/12/1941, Fallos, t. 191, p. 424 y L. L., t. 25, p. 208; íd., 11/6/1953, Fallos, t. 226, p. 41 Ver Texto ; L.L., t. 71, p. 468 y J. A., 1953-III, p. 329; S. T. Santa Fe, 23/7/1943, R. S. F., t. 4, p. 151.

(nota 4) C. S. N., 7/10/1954, Fallos, t. 230, p. 57; L.L., t. 78, p. 245; C. S. N., 10/8/1962, Fallos, t. 253, p. 338 Ver Texto ; L. L., t. 110, p. 335 y J. A., 1962-V, p. 463; C. Civil Cap., Sala D, 6/7/1954, L. L., t. 76, p. 25; Sala C, 5/7/1954, L. L., t. 76, p. 25; sala D, 13/3/1956, L. L., t. 82, p. 168; Sala E, 8/11/1960, L. L., t. 101, p. 717.

(nota 5) C. S. N., 10/8/1962, Fallos, t. 253, p. 338 Ver Texto ; L. L., t. 110, p. 335 y J. A., 1962-V, p. 463; C. Civil Cap., Sala C, 10/8/1960, L. L., t. 100, p. 18 y J. A., 1960-VI, p. 485; Sala D, 2/10/1963, L. L., t. 112, p. 426.

(nota 6) C. S. N., 10/8/1962, Fallos, t. 253, p. 338 Ver Texto ; L. L., t. 110, p. 335 y J. A., 1962-V, p. 463; C. Civil Cap., Sala C, 11/8/1960, L. L., t. 100, p. 18 y J. A., 1960-VI, p. 485; Sala D, 18/11/1959, L. L., t. 97, p. 618; íd., 2/10/1963, L. L., t. 112, p. 426.

(nota 7) C. S. N., 6/12/1939, L. L., t. 16, p. 172; íd., 10/11/1953, Fallos, t. 226, p. 606 Ver Texto ; L. L., t. 73, p. 94; C. Civil Cap., Sala E, 8/11/1960, L. L., t. 101, p. 716; C. Civil. 1ª Cap., 24/7/1944, L. L., t. 35, p. 391; C. Civil 2ª Cap., 27/6/1940, L. L., t. 19, p. 158 y J. A., t. 73, p. 162.

(nota 8) C. Civil Cap., Sala C, 29/3/1962, L. L., . 106, p. 894; C. Civil 1ª Cap., 3/12/1945, G. F., t. 180, p. 433.

(nota 9) C. Civil Cap., Sala E, 5/12/1981, L. L., 1981-A, p. 551.

(nota 10) C. S. N., 9/6/1988, L. L., 1988-E, p. 314.

1111/11220

§ 7. Abandono de la expropiación

1111/468

468. NORMA LEGAL.— Se tendrá por abandonada la expropiación —salvo disposición expresa de la ley especial— si el expropiante no promueve el juicio dentro de los dos años

de vigencia de la ley que la autorice, cuando se trata de llevarla a cabo sobre bienes individualmente determinados; de cinco años cuando se trate de bienes comprendidos dentro de la zona determinada y de diez años cuando se trate de bienes comprendidos en una enumeración genérica. No regirá la disposición precedente en los casos en que las leyes orgánicas de las municipalidades autoricen a éstas a expropiar la porción de los inmuebles afectados a rectificaciones o ensanches de calles y ochavas, en virtud de las ordenanzas respectivas (art. 33 Ver Texto , ley 21499).

Con razón se han criticado por excesivos estos plazos (ver nota 1), sobre todo en la hipótesis en que se fijan 5 y 10 años. La amenaza de la expropiación afecta el valor venal del bien y produce un perjuicio que no debería prolongarse por mucho tiempo. En cambio, se justifica la salvedad referida a los inmuebles afectados a la apertura o ensanche de calles dentro de un municipio, porque no es posible exigir del Estado un desembolso inmediato de ingentes sumas, lo que lo colocaría en situación de no poder hacer la obra o de hacerla en condiciones extremadamente onerosas.

1111/12140

468 bis. OBRAS O PLANES DE EJECUCIÓN DIFERIDA (ver nota 2).— Tampoco se considerará por abandonada la expropiación, cualquiera sea el tiempo que transcurra desde la declaración de utilidad pública, cuando se trate de reservas de inmuebles para obras o planes de ejecución diferida, calificados por ley formal (art. 34 Ver Texto).

En tal caso, el art. 34 Ver Texto , ley 21499, ha establecido una serie de normas destinadas a proteger los derechos del futuro expropiado y a hacer menos gravosa su situación:

a) El expropiante, luego de declarar que se trata de una expropiación diferida, obtendrá la tasación del bien afectado con intervención del Tribunal de Tasaciones de la Nación y notificará al propietario el importe resultante;

b) Si el valor de tasación fuese aceptado por el propietario, cualquiera de las partes podrá pedir su homologación judicial y una vez homologado dicho valor será considerado como firme para ambas partes;

c) Si el propietario no aceptase el valor de expropiación ofrecido, el expropiante deberá solicitar judicialmente la fijación del valor del bien, de conformidad con las normas de los arts. 10 Ver Texto y 11. Adviértase que la fijación del valor del bien, sea por aceptación de la valuación hecha por el Tribunal de Tasaciones o por decisión judicial, si mediante desacuerdo, no obliga al expropiante a depositar su importe ni da derecho al expropiado a reclamarlo, salvo el caso previsto en el inc. e, a que aludiremos enseguida.

d) La indemnización será reajustada en la forma prevista en el art. 10 Ver Texto , es decir, teniendo en cuenta la depreciación monetaria. En tal caso se aplicarán los índices de aumento del costo de la vida del Instituto Nacional de Estadística y Censos. Se entiende que el reajuste se hará en el momento del pago, es decir, cuando el expropiante ha decidido hacer efectiva la expropiación.

e) Si durante la tramitación del caso y antes de que se dicte la sentencia definitiva, el expropiante necesitará disponer en forma inmediata del inmueble, registrá lo dispuesto en los arts. 22 Ver Texto , 23 y 24, es decir, el expropiante deberá consignar el importe de la valuación hecha por el Tribunal de Tasaciones.

f) Los inmuebles afectados podrán ser libremente transferidos a terceros a condición de que el adquirente conozca la afectación y consienta el valor fijado, si éste estuviera determinado. Con tal finalidad, una vez firme dicho valor, será comunicado de oficio por el ente expropiante o en su caso, por el Juzgado interviniente, al Registro de la Propiedad Inmueble que corresponda. Los certificados que expidan los Registros en relación con el inmueble afectado, deberán hacer constar ese valor. En las escrituras traslativas de dominio de los inmuebles comprendidos en este artículo, los escribanos que las autoricen deberán dejar constancia del conocimiento por el adquirente de la afectación o de su consentimiento del valor firme, según corresponda.

(nota 1) BIELSA, Derecho administrativo, t. 4, n° 900; ARGAÑARAZ, en SALVAT, t. 2, n° 710, a.

(nota 2) BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: MANCUSO y BERIZONCE, La expropiación diferida, J. A., 1977-III, p. 675.

1111/11230

§ 8. Retrocesión (ver nota 1)

1111/469

469. CONCEPTO.— Suele ocurrir que después de expropiado un bien, el Estado no le da el

destino de utilidad pública para el cual se dictó la ley que permitió su expropiación. A veces, no se le da destino alguno; a veces se le da un destino diferente. Esto suele obedecer a un cambio de política respecto de la obra pública, que se pensaba emprender o bien a la falta de fondos necesarios para realizarla. En esos casos, el expropiado tiene derecho a demandar la restitución del bien mediante la acción de retrocesión. Es necesario agregar que hasta la sanción de la ley 21499, la legislación no preveía esta acción, no obstante lo cual la jurisprudencia de los tribunales fue unánime en admitirla. Se explica que así fuera. Los particulares sólo pueden ser privados de su propiedad en virtud de una causa de utilidad pública. Si esta utilidad no existe (como lo revela el hecho de que la obra no se realiza), la expropiación queda privada de su fundamento esencial y es natural que el particular tenga derecho a recuperar el bien.

1111/470

470. REQUISITOS.— Para que proceda la acción de retrocesión es necesario:

a) Que la expropiación haya quedado perfeccionada, es decir, que exista sentencia firme transfiriendo el dominio al expropiante, toma de posesión y pago de la indemnización (arts. 42 Ver Texto, inc. a, y 29 Ver Texto). En caso de avenimiento no hay sentencia, pero sí entrega de la posesión y pago del precio. Si, en cambio, el Estado no lleva adelante el procedimiento necesario para privar efectivamente del dominio al expropiado, hay abandono de la expropiación, cuyos efectos están regulados en los arts. 33 Ver Texto y siguientes.

b) Que el bien haya recibido un destino distinto del previsto en la ley expropiatoria o no se le haya dado destino alguno transcurrido un lapso de dos años desde que la expropiación quedó perfeccionada (arts. 42 Ver Texto, inc. b, 35 Ver Texto y 29 Ver Texto). No se podría, por ejemplo, expropiar un inmueble para construir una escuela y luego destinarlo a oficinas, a la construcción de un mercado. Sin embargo, se considerará que no hay cambio de destino cuando el acordado al bien mantenga conexidad, interdependencia o correlación con el específicamente previsto en la ley; tampoco se considerará que medió cambio de destino si a una parte del bien expropiado se le asignara uno complementario o que tiende a integrar o facilitar el previsto por la ley (art. 39 Ver Texto).

Pero si el bien expropiado hubiera ya cumplido el fin para el cual fue expropiado y por esa circunstancia quedase desvinculado de esa finalidad, la retrocesión será improcedente (art. 40 Ver Texto, ley 21499). La solución es justa pues habiéndose cumplido el fin que motivó la expropiación, ésta queda firme.

Cuando al bien no se le hubiera dado destino alguno, el expropiado deberá intimar fehacientemente al expropiante para que se asigne al bien el destino que motivó la

expropiación; transcurridos seis meses desde la intimación sin que el expropiante hubiera asignado al bien ese destino o sin que se hubieran iniciado los respectivos trabajos, la acción de retrocesión queda expedita sin necesidad de reclamo administrativo previo (art. 39 Ver Texto , ley 21499).

c) Que el accionante, dentro del plazo que fije la sentencia, reintegre al expropiante lo que percibió de éste en concepto de indemnización, con la actualización correspondiente (art. 42 Ver Texto , inc. c, ley 21499).

d) Que no hayan transcurrido más de 20 años desde que el Estado tomó posesión del inmueble, pues si ha transcurrido ese lapso, el Estado puede invocar la prescripción adquisitiva (ver nota 2). Pero se ha declarado con razón que el Estado no puede invocar la prescripción decenal frente a una acción de retrocesión, pues si ha hecho abandono del fin de utilidad pública que motivó la expropiación, ha perdido el justo título (ver nota 3).

1111/471

471. PROCEDIMIENTO.— La retrocesión puede obtenerse no sólo por acción judicial, sino también por avenimiento o gestión administrativa (art. 38 Ver Texto , ley 21499). En caso de avenimiento, las partes tendrán que ponerse de acuerdo no sólo respecto de la restitución del precio y la devolución del bien, sino también sobre el monto de la actualización monetaria. Si no se logra ese acuerdo, sólo queda la vía judicial. Veamos cuáles son las reglas esenciales sentadas por la ley:

a) Trámite previo.— En caso de que no se haya dado al bien ningún destino, el expropiado deberá intimar fehacientemente al expropiante para que le asigne el destino previsto en la ley; transcurridos seis meses desde la intimación sin que el expropiado diera al bien el destino previsto o no hubiere iniciado las obras, queda expedita la acción de retrocesión, sin necesidad de reclamo administrativo previo (art. 39 Ver Texto). No basta la mera iniciación de las obras, sino que es necesario que éstas se ejecuten conforme los planes de obras aprobados (art. citado). Si al bien se le hubiera dado un destino diferente al previsto en la ley, no corresponde intimación alguna, pero deberá efectuarse el reclamo administrativo previo (art. 39 Ver Texto , in fine). No parece justa la exigencia del reclamo administrativo previo en este último caso, pues la propia circunstancia de haberle dado un destino diferente prueba que se han burlado los fines de la ley, lo cual debería bastar para poder iniciar la acción de retrocesión, sin necesidad de engorroso reclamo administrativo previo.

b) Juez competente.— Si la expropiación se hubiera llevado a cabo mediante juicio, es competente el mismo juez que intervino en la expropiación (art. 44 Ver Texto). Si se realizó mediante avenimiento, debe entender el juez que hubiera debido intervenir en la expropiación, si ésta hubiera sido judicial (art. 43 Ver Texto).

c) Procedimiento.— El procedimiento aplicable al juicio de expropiación y la naturaleza de la litis, eran los establecidos en el juicio de expropiación (art. 47 Ver Texto , ley 21499). Remitimos pues a lo dicho en los nros. 455 y siguientes.

1111/472

472. SUJETOS ACTIVO Y PASIVO.— La acción de retrocesión corresponde únicamente al propietario expropiado y a sus sucesores universales (art. 45 Ver Texto , ley 21499). Esto significa que la acción no puede cederse por actos entre vivos, ni puede legarse. Tampoco puede ser ejercida por los acreedores del expropiado por vía de la acción subrogatoria.

La retrocesión no sólo puede demandarse contra el expropiante, sino también contra los terceros a quienes hubiera transferido el bien (art. 46 Ver Texto , ley 21499). Esto tiende a evitar que los derechos del expropiado puedan ser burlados mediante una transferencia del dominio del bien a un tercero.

1111/473

473. EFECTOS.— El efecto de la acción de retrocesión es que las partes (expropiante y expropiado) se deben restituir recíprocamente las prestaciones recibidas. El Estado restituirá el inmueble y el expropiado la indemnización que percibió.

La inflación ha traído un problema importante en esta materia. Como la retrocesión se produce generalmente varios años después de haberse realizado la expropiación, durante todo ese tiempo el bien se ha valorizado notablemente y, paralelamente, el dinero ha perdido su poder adquisitivo. Había predominado en nuestra jurisprudencia una solución evidentemente inspirada en la simpatía hacia el expropiado: lo único que éste tenía que restituir era la suma percibida sin ningún acrecentamiento en virtud de la desvalorización monetaria. Era una solución injusta. El expropiado había recibido, en el momento de la expropiación, el verdadero valor del bien; pero la producirse la retrocesión, sólo debía restituir una suma que ninguna relación tenía ya con el valor del bien que recuperaba. Esta solución imperó hasta que la Corte Suprema Nacional declaró violatorio de la Constitución Nacional el fallo que no actualizó la suma recibida por el expropiado en el momento de la expropiación (ver nota 4).

Como era razonable, la ley 21499 ajustó sus disposiciones al criterio de la Corte. Establece, como principio general, que la indemnización debe ser devuelta con la actualización que correspondiere conforme con la desvalorización monetaria (art. 42 Ver Texto , inc. c). Sin

embargo, la ley 23928 derogó todas las disposiciones legales o convencionales que establecieran la actualización monetaria de las deudas de dinero. Y aquí estamos en presencia de una típica deuda de dinero. Cabe preguntarse si la Corte Suprema mantendrá su jurisprudencia de que es violatorio de la Constitución nacional la no actualización de la suma de dinero que el expropiado recibió en el momento de la expropiación. Estrictamente deberá llegarse a la conclusión de que ha de mantenerla, dado que una ley del Congreso no puede violar lo que la Corte ha considerado una garantía constitucional. Pero no dejamos de advertir que en el cumplimiento estricto de la ley 23928 juega un grave problema de política económica que puede inducir a la Corte a modificar su jurisprudencia, dada la gravedad que supondría poner en cuestión la validez y vigencia de la ley 23928. La ley 21499 agrega las siguientes reglas complementarias: a) Si el bien hubiera disminuido el valor por actos del expropiante, esa disminución será deducida de lo que debe ser reintegrado por el accionante; b) Si el bien hubiera aumentado de valor por mejoras necesarias o útiles introducidas por el expropiante, el expropiado deberá reintegrar su valor; c) si el bien hubiera aumentado de valor por causas naturales el reintegro de dicho valor no será exigido al accionante; d) Si el bien, por causas naturales, hubiera disminuido de valor, el monto de esa disminución no será deducido del valor a reintegrar por el accionante (art. 42 Ver Texto, inc. c, ley 21499).

¿Qué debe entenderse por causas naturales? La expresión usada por la ley es imprecisa y brinda un ancho campo para la discusión doctrinaria y jurisprudencial. Algunas hipótesis son claras. Por ejemplo, el aumento de un inmueble por aluvión o avulsión es debido a causas naturales y el expropiante no puede exigir su valor al expropiado que acciona por retrocesión. Del mismo modo, el derrumbe de un edificio como consecuencia de un terremoto, no da derecho al expropiado a exigir su valor. Pero hay otras hipótesis no tan evidentes. ¿El mayor valor adquirido por un inmueble como consecuencia de la valorización general de la propiedad puede ser exigido por el expropiante al expropiado? Ese mayor valor no obedece ciertamente, a un “hecho de la naturaleza”, pero puede considerarse natural en el sentido de que no ha intervenido en él la acción u obra del expropiante. Pensamos, por tanto, que ese mayor valor no puede ser exigido al accionante. Esta solución resulta tanto más evidente si se tiene en cuenta que el accionante debe devolver la indemnización actualizada y que esa actualización es la compensación normal de la valorización del inmueble. No sería justo que a aquella actualización se sumara el aumento espontáneo del valor del inmueble. Evidentemente, ese no ha sido el espíritu de la ley.

Algo más delicado es el problema con relación al mayor valor adquirido por el inmueble con motivo de una obra pública, por ejemplo, un camino que cruza un inmueble rural. Creemos, empero, que tampoco en ese caso el expropiante puede exigir ese mayor valor, por la muy simple razón de que si la expropiación no hubiera tenido lugar, el accionante se hubiera beneficiado igualmente con ese mayor valor; y no es justo que una expropiación que se ha revelado ilegítima (como que ha permitido la retrocesión) lo prive al expropiado de una ventaja de la cual en todo caso hubiera gozado.

Imaginemos el supuesto de que el edificio de un inmueble expropiado se derrumbe por vetustez; el daño puede considerarse producido por una causa natural, no obstante lo cual, si el derrumbe hubiera podido evitarse haciendo las reparaciones indispensables, es indudable que el expropiante tiene que responder porque ha sido suya la culpa de no haberlas hecho.

1111/474

474.— La sentencia que haga lugar a la acción de retrocesión, deberá establecer la suma que debe restituir el accionante y el plazo en que ha de hacerlo; asimismo establecerá el plazo en que el expropiante deberá restituir el bien al expropiado (art. 48 Ver Texto , ley 21499).

474-I.— La ley sólo prevé la restitución recíproca del bien y la indemnización. Pero cabe preguntarse si el expropiado tiene o no derecho a exigir indemnización por el tiempo que el bien estuvo en poder del expropiante. La afirmativa no parece indiscutible, no obstante que la ley no lo prevea. Si el expropiado ha sido privado ilegítimamente de su propiedad (como lo demuestra la procedencia de la acción de retrocesión) es natural que deba ser indemnizado de los perjuicios sufridos por la privación de la cosa (ver nota 5).

474-II. PRESCRIPCIÓN.— Las primeras leyes de expropiación no contenían ninguna disposición sobre prescripción de la acción de retrocesión. Ello dio lugar a una ardua cuestión jurisprudencia y doctrinaria sobre si dicha acción era o no prescriptible, y en este último caso, cuál era el plazo de prescripción aplicable (ver nota 6). Todas estas cuestiones han quedado disipadas con la ley 21499 , que expresamente trata del tema en el art. 58 Ver Texto . El plazo de prescripción se fija en tres años, que empezará a correr: a) Cuando la retrocesión se funda en haberle dado al bien un destino diferente del previsto en la ley de expropiación, desde que se le dio ese destino; b) cuando se funda en que no se le ha dado destino alguno, desde que ha vencido el plazo de dos años contados desde el momento en que la expropiación quedó perfeccionada y dentro del cual, por imperio del art. 35 Ver Texto , ley 21499, debe dársele el destino previsto en la ley.

El curso de la prescripción queda suspendido por el cumplimiento de los trámites previstos en el art. 39 Ver Texto (art. 50 Ver Texto , in fine), es decir, por la intimación al expropiante para que se le dé al bien el destino previsto en la ley, si se tratare del caso de que no se le ha dado destino alguno; y por el reclamo administrativo previo a la acción de retrocesión, si se tratare de cambio de destino.

La Cámara Federal de la Capital, reunida en tribunal plenario, decidió que cuando se trata de usucapir por parte del Estado un inmueble expropiado, el plazo para usucapir debe computarse, como principio, a partir del momento en que quedó integrado el precio

expropiatorio; con la salvedad de que si el abandono del propósito tenido en vista en la respectiva ley se produce con posterioridad, el plazo deberá computarse sólo a partir de este último momento (ver nota 7).

Por su parte, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires declaró que la acción de retrocesión es imprescriptible y declaró inconstitucionales las leyes que fijan un plazo de caducidad o prescripción (ver nota 8).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: VALLEJO, Retrocesión, J. A., Doctrina, 1975, p. 510.

(nota 2) La C. Fed. en Pleno de la Cap. declaró que el plazo de la prescripción adquisitiva empieza a correr desde que quedó integrado el precio expropiatorio: 8/3/1980, J. A., 1981-I, p. 475 Ver Texto .

(nota 3) C. C. C. Fed., Sala III, 10/6/1982, E. D., t. 102, p. 454.

(nota 4) C. S. N., 30/6/1977; E. D., t. 73, p. 749.

(nota 5) De acuerdo: V.E. nota en J. A., t. 16, 1972, p. 72.

(nota 6) Puede verse una completa reseña del debate jurisprudencial y doctrinario en la 1ª edición de este Tratado, t. 1, nº 472 y sig.

(nota 7) C. Fed. Cap. en Pleno, 18/3/1980, J. A. 1981, I, p. 475 Ver Texto .

(nota 8) S. C. Buenos Aires, 5/4/1977, J. A. 1978-IV, I, p. 186.

1111/11240

§ 9. Ocupación temporánea

474-III. CONCEPTO.— Suele ocurrir que razones circunstanciales hacen necesario la utilización con carácter temporario y precario, de algún bien de propiedad privada. No se trata de la expropiación, que priva definitivamente de la propiedad del bien al expropiado, sino solamente de una ocupación temporaria, al cabo de la cual se restituye el bien a su dueño.

Dispone el art. 57 Ver Texto , ley 21499 que cuando por razones de utilidad pública fuese necesario el uso transitorio de un bien o cosa determinada, mueble o inmueble, o de una universalidad determinada de ellos, podrá la administración pública recurrir a la ocupación temporánea.

La ocupación temporánea puede ser normal o anormal, de ellas nos ocuparemos en los números que siguen.

474-IV. OCUPACIÓN TEMPORARIA NORMAL.— Es la que se funda en necesidades normales no inminentes (art. 58 Ver Texto). La ley regula su aplicación de la siguiente forma:

a) Requisitos.— La ocupación temporánea normal requiere la declaración de utilidad pública por ley; deberá ser dispuesta por la autoridad judicial a requerimiento de la Administración Pública, a menos que ésta pueda entrar en posesión del bien por avenimiento con el propietario (artículo 61 Ver Texto).

b) Duración.— Ninguna ocupación temporánea normal puede durar más de dos años; vencido ese plazo, el propietario intimará fehacientemente la desocupación del bien y si transcurridos treinta días desde dicha intimación, el bien no hubiere sido devuelto, el propietario podrá exigir la expropiación, promoviendo la acción por expropiación irregular (art. 64 Ver Texto). ¿Tiene también acción para pedir la restitución del bien? Aunque el art. 64 Ver Texto no lo dice, es indudable que sí, pues, si el Estado carece de título para retener el bien, es evidente que ante el reclamo del dueño debe devolverlo. Por lo demás, el art. 70 Ver Texto reconoce implícitamente la existencia de esta acción al fijarle un plazo de prescripción. Esto significa que el dueño tiene ante sí una opción: o bien demanda la restitución de la cosa o bien acciona por expropiación irregular. Pero si el bien se hubiera incorporado al dominio público del Estado, no cabría sino la acción por expropiación irregular, porque habiendo salido la cosa del comercio, no puede ser reclamada por su antiguo dueño.

Es lógico que así sea, pues la privación del bien por un tiempo mayor causa una lesión gravísima al derecho de propiedad.

c) Procedimiento.— El procedimiento judicial establecido para el juicio de expropiación es aplicable, en lo pertinente, al juicio de ocupación temporánea normal (art. 65 Ver Texto).

d) Efectos.— Sin conformidad del propietario, el ocupante temporáneo de un bien o cosa no puede alterar su sustancia ni extraer o alterar elementos que integren el bien (art. 66 Ver Texto). Empero, si los materiales o elementos hubieran debido extraerse necesaria e indispensablemente, con motivo de la ocupación, el ocupante deberá pagar los daños y perjuicios consiguientes (art. 62 Ver Texto).

La mera ocupación temporánea normal trae aparejada la obligación del ocupante de indemnizar al propietario del bien los daños y perjuicios derivados de la privación del uso de la cosa y de los perjuicios ocasionados al bien o cosa ocupados (art. 62 Ver Texto).

El bien ocupado no podrá tener otro destino que el que motivó su ocupación (art. 63 Ver Texto). Si se le diere otro destino, el propietario tendrá derecho a reclamar su inmediata devolución, puesto que en ese caso, la Administración Pública carecería de título para continuar en la posesión del bien. Asimismo, el propietario tendrá derecho a reclamar los daños y perjuicios por la ocupación ilegítima.

474-V. OCUPACIÓN TEMPORÁNEA ANORMAL.— La ocupación anormal debe obedecer a una razón urgente, imperiosa o súbita; puede ser dispuesta directamente por la Administración Pública, sin intervención judicial (art. 58 Ver Texto).

Se trata de casos extremos, de gran urgencia, que no se compadecen con la inevitable lentitud de los procedimientos judiciales.

Ninguna ocupación temporaria anormal tendrá mayor duración que el lapso estrictamente indispensable para satisfacer la respectiva necesidad (art. 60 Ver Texto). ¿Qué ocurre si, a pesar de tan terminante disposición legal, la Administración Pública no devolviera el bien ocupado? Evidentemente, el propietario tiene acción para reclamar la restitución del bien y el pago de los daños. En cambio, no tiene, como en el caso de la ocupación temporánea normal, acción por expropiación irregular, porque no mediando ley que declare la utilidad pública, la expropiación es imposible, a menos que el bien se hubiera incorporado al dominio público del Estado, conforme con la jurisprudencia que hemos citado en el n° 465, a.

La ocupación temporánea anormal, a diferencia de la normal, no da lugar a indemnización alguna, salvo la reparación de los daños y deterioros que se causaren a la cosa o el pago de daños y perjuicios debidos por el uso posterior de la cosa en menesteres ajenos a los que

estrictamente determinaron su ocupación (art. 59 Ver Texto , ley 21499).

Aun con estas salvedades, no puede justificarse esta solución de no indemnizar al propietario de la cosa que ha sido ocupada temporariamente. La ley supone, sin duda, que dicha ocupación tendrá muy breve término y que, frente a la necesidad imperiosa que se ha satisfecho con la ocupación, no cabe reclamo por un daño que se supone de menor cuantía. Pero en la práctica, las cosas pueden ocurrir de modo muy diferente. Que la necesidad sea súbita y urgente, no quiere decir necesariamente que deba ser de muy breve duración. Por el contrario, ésta puede ser prolongada. Y sea breve o prolongada, es justo indemnizar a quien ha sido privado del uso de una cosa por una razón de utilidad pública. Y tanto más indispensable parece reconocer el derecho a la indemnización de los daños, cuanto que la ocupación temporánea anormal se lleva a cabo sin la garantía de la intervención judicial. En suma, nos parece que la solución de la ley afecta el derecho de propiedad amparado por la Constitución nacional.

474-VI. NO SE REQUIERE RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA PREVIA.— Las cuestiones judiciales que promoviese el propietario del bien ocupado, están exentas de reclamación administrativa previa (art. 68 Ver Texto , ley 21499).

Entre las cuestiones que puede promover el propietario, las más importantes son la reclamación de la indemnización de daños y perjuicios, el pedido de restricción del bien y la acción por expropiación irregular.

474-VII. PRESCRIPCIÓN.— La acción del propietario del bien ocupado para exigir el pago de la indemnización prescribe a los cinco años computados desde que el ocupante tomó posesión del bien (art. 69 Ver Texto). Nos parece un error el punto de partida tomado por la ley. Lo lógico sería que la prescripción se computara desde que cesó la ocupación, momento en el cual recién tiene el propietario un estado completo de los daños y perjuicios que se le han ocasionado.

La acción del propietario para requerir su devolución del bien prescribe a los cinco años computados desde que el ocupante debió devolver el bien (art. 70 Ver Texto). Cabe preguntarse si la intimación fehaciente de que habla el art. 64 Ver Texto , suspende el curso de la prescripción. Entendemos que sí, por aplicación analógica del art. 50 Ver Texto , in fine, referido a la suspensión de la prescripción en la expropiación.

474-VIII. DERECHOS DE TERCEROS.— Si la ocupación temporánea afectase a terceros (por ejemplo, locatario, poseedor, etc.) los derechos se harán valer sobre el importe de la indemnización (art. 67 Ver Texto , ley 21499).

1111/11250

CAPÍTULO X - RESTRICCIONES Y LÍMITES DEL DOMINIO (ver nota 1)

1111/475

475. CONCEPTO.— Por más absoluto que se repute el derecho de propiedad (y en este punto nadie avanzó tanto como VÉLEZ SARSFIELD) se hace inevitable reconocer ciertas restricciones y límites, fundados algunos en razones de interés público y otros resultantes de la mera coexistencia del derecho análogo de los vecinos. Así lo reconoce nuestro Código, que dedica al tema el título VI del libro tercero. Esas restricciones serán el objeto del estudio del presente capítulo. Pero antes de entrar a la consideración de esas disposiciones, es indispensable decir que después de la reforma de 1968 pesa sobre el propietario una limitación genérica fundada en el nuevo concepto del derecho de propiedad. Éste ya ha dejado de ser absoluto, para convertirse en un derecho que debe ser ejercido en función social. De ahí que el art. 2513 Ver Texto prescriba que es inherente a la propiedad de derecho de poseer la cosa, disponer o servirse de ella, usarla y gozarla conforme a un ejercicio regular. Y ratificando ese concepto el artículo siguiente dice que el ejercicio de estas facultades no puede ser restringido en tanto no fuere abusivo. De donde surge una restricción genérica que pesa sobre todos los propietarios y que, ya lo hemos dicho se vincula con el concepto mismo del derecho de propiedad.

1111/476

476. OBSERVACIÓN METODOLÓGICA.— El título dedicado a las restricciones y límites del dominio (arts. 2611 Ver Texto y sigs.) se hace pasible de serias observaciones metodológicas: a) Se incluyen en él disposiciones tendientes no a restringir el dominio, sino precisamente a mantenerlo irrestricto; tales son las disposiciones relativas a la cláusula de no enajenar contenida en un contrato de transferencia que prohíben al propietario gravar al inmueble con otros derechos reales que no sean los permitidos expresamente por el Código. El objeto de estas disposiciones no es gravar con una restricción el derecho del enajenante o disponente, sino, por el contrario, el de mantener incólume el derecho del actual propietario; b) Se legisla sobre el dominio de las aguas, lo que nada tiene que ver con las restricciones a la propiedad; c) Por último, algunas disposiciones incurren en un detallismo impropio de un Código Civil, estableciendo disposiciones que deben ser materia de reglamentación municipal, tal como ocurre, por ejemplo, con los arts. 2622 Ver Texto , 2623, 2624, 2658 Ver Texto , 2659, 2660, etc.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: SALVAT, Derechos reales, t. 2, nº 1054 y s.; LAFAILLE, Derechos reales, t. 2, nº 816 y s.; MACHADO, t. 7, p. 5 y s.; LEGÓN, Tratado de Derechos

reales, t. 7, p. 175 y s.; PEÑA GUZMÁN, Derechos reales, t. 2, nº 733 y s.

1111/11260

§ 1. Restricciones en interés público

1111/477

477. RESTRICCIONES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.— Las restricciones impuestas al dominio privado en interés público, son regidas por el derecho administrativo (art. 2611 Ver Texto). Son de índole y naturaleza muy diversa como, por ejemplo, las reglamentaciones municipales que obligan a conservar una determinada línea a altura de los edificios o que, inclusive, contienen disposiciones estéticas; las relativas a la prohibición de construir ciertos establecimientos en zonas destinadas a viviendas, las prescripciones referentes a la salubridad, higiene, etc.; las que conciernen a los ruidos molestos; etc.

Pueden señalarse los siguientes caracteres de estas restricciones administrativas:

- a) Son ilimitadas en su número, como que atienden a razones de interés público de la más diversa especie.
- b) Generalmente importan una obligación de dejar hacer o de no hacer impuesta al propietario, aunque a veces van más allá de imponen una verdadera obligación de hacer, tal como la que pesa sobre los propietarios de construir la vereda, a cercar los terrenos baldíos, o hacer las paredes del ancho y características señaladas por el Código de la Edificación.
- c) No dan lugar a indemnización, a menos que se trate de una grave restricción que menoscabe el derecho del propietario más allá de lo razonable, en cuyo caso habría o bien una servidumbre administrativa o bien un cercenamiento tal del dominio que haga surgir el derecho del propietario a exigir la expropiación del bien (ver nota 1).

(nota 1) Sobre todos estos caracteres, véase BIELSA, Derecho Administrativo, t.4, nº 857 y ss.; VILLEGAS BASAVILBASO, Derecho Administrativo, t. 6, nº 778; ARGANARAZ, en SALVAT, t. 2, nº 1059, nota 15 a; LAFAILLE, Derechos reales, t. 2, nº 823.

1111/478

478. CLÁUSULA DE NO ENAJENAR.— Diversas disposiciones legales (arts. 1364 Ver Texto , 2612 Ver Texto , 2613, 3781 Ver Texto , C. Civil, y art. 51 Ver Texto , ley 14394) limitan las facultades del disponente de un bien para imponer al adquirente la condición de no enajenar la cosa transmitida. ya hemos dicho que no se trata en este supuesto de una restricción al dominio, porque el propósito legal es precisamente el de mantener íntegras las facultades que corresponden al propietario actual de la cosa.

En los actos a título oneroso es nula la cláusula que prohíbe al adquirente del bien enajenarlo a persona indeterminada; pero, en cambio, es válida la prohibición de venderlo a persona determinada (arts. 1364 Ver Texto y 2612 Ver Texto). Hemos tratado el tema en nuestro Tratado de Contratos, t. 1, nº 294 y sigs.

En lo que atañe a la transmisión a título gratuito los donantes y testadores no pueden prohibir a sus sucesores que enajenen los bienes muebles o inmuebles que les donaren o dejaren en testamento, por un término mayor que el de 10 años (arts. 2613 Ver Texto y 3781 Ver Texto ; véase nuestro Tratado de Sucesiones, nº 1285 y sigs.). Por iguales motivos es inválida la condición de no dividir la herencia por un término mayor de 10 años, salvo que se trate de un bien determinado o de un establecimiento comercial, industrial, ganadero o minero que constituya una unidad económica, en cuyo caso la condición de no dividir la herencia puede prolongarse hasta la mayoría de edad de todos los herederos (art. 51 Ver Texto , ley 14394).

1111/479

479. CONSTITUCIÓN DE DERECHO REALES.— Los propietarios de un bien mueble o inmueble no pueden constituir sobre ellos ningún derecho real que no sea de los expresamente admitidos por el Código; en particular, no pueden gravarlos con derechos enfiteúticos ni de superficies ni imponerles censos ni rentas que se extiendan a mayor término que el de cinco años, ni hacer en ellos vinculación alguna (art. 2614 Ver Texto).

A primera vista, estas disposiciones parecerían un restricción al derecho de propiedad, al no permitir que los bienes puedan gravarse por otros derechos reales que los establecidos en la ley. Pero ya se ha dicho que éste es el régimen normal en materia de derechos reales, puesto que todo lo que atañe a ellos es materia que interesa vivamente al orden público, sólo pueden admitirse aquellos derechos reales que la ley reconoce. En el fondo, lo que se

procura con el art. 2614 Ver Texto no es imponer una restricción a los derechos del dueño, sino, por el contrario, liberar a la propiedad de gravámenes que limitaban considerablemente la facultad de uso, goce y disposición de la cosa. Vale decir, que también en este caso bajo la apariencia de una restricción del dominio en realidad lo que se ha querido es que los propietarios conserven ampliamente sus facultades de uso, goce y disposición, poniéndolos al abrigo de sus propias decisiones.

1111/480

480. ART. 2617: SU DEROGACIÓN.— El art. 2617 Ver Texto prohibía la división de los edificios en propiedad horizontal. Esta disposición, gravemente inconveniente para el desarrollo de las urbes modernas, fue derogada por la ley 13512 que estableció en nuestro país el régimen de la propiedad horizontal. Sobre toda esta importante materia trataremos más adelante (Cap. XII).

1111/481

481. EL CAMINO DE SIRGA (ver nota 1).— Dispone el art. 2639 Ver Texto que los propietarios limítrofes con los ríos o con canales que sirven a la comunicación por agua, están obligados a dejar una calle o camino público de treinta y cinco metros hasta la orilla del río o del canal; dentro de las ciudades o poblaciones, las municipalidades pueden reducir el ancho de la calle pública a no menos de quince metros (art. 2640 Ver Texto).

Esta franja dejada a lo largo de ríos y canales es lo que se llama camino de sirga. Históricamente se origina en que, en la antigüedad, para remontar las embarcaciones corriente arriba, era necesaria la tracción a sangre desde las orillas. El vapor y los modernos combustibles han eliminado este método anticuado de navegación, de tal manera que actualmente los arts. 2639 Ver Texto y 2640 no tienen justificación alguna y, con razón, se ha propuesto su derogación (ver nota 2).

Algunos autores sostienen la conveniencia de mantener el camino de sirga no ya para utilizarlo como tal, sino considerando que el uso de las márgenes de los ríos puede ser necesario para otros fines de interés social, como la construcción de nuevos puertos, astilleros, mercados, frigoríficos del Estado, paseos públicos, etc. (ver nota 3). El argumento no parece convincente porque, como ya veremos, la instalación de tales obras dentro de la franja exigirá siempre la expropiación por parte del Estado, de manera que los derechos de éste no varían, haya o no camino de sirga (ver nota 4).

Por lo demás, el trazado de los caminos públicos nunca coincide con el de los ríos, porque obedece a razones de comunicación que nada tiene que ver con el trayecto de aquéllos; sólo en las ciudades el trazado de las calles públicas suele acompañar el curso de los ríos.

Pero lo que demuestra acabadamente que los arts. 2639 Ver Texto y 2640 no obedecen a una verdadera razón de interés general, es que se han convertido en letra muerta. En la práctica, los propietarios ribereños cercan el camino de sirga, lo trabajan y hasta hacen construcciones, a pesar de la disposición expresa en contrario del art. 2639 Ver Texto .

1111/482

482.— Debemos agregar que en el derecho comparado no siempre se legisla sobre el camino de sirga y cuando se lo hace, se prevé un ancho considerablemente menor al establecido en nuestro Código.

En Francia, en los ríos navegables o flotables debe dejarse en una margen 7,80 metros y en la otra 3,25 metros (art. 46, ley del 8 de abril de 1898). En España las márgenes de los ríos están gravadas con dos clases de servidumbres: las de uso público, en interés general de la navegación, la flotación, la pesca y el salvamento, cuyo ancho es de 3 metros y el camino de sirga cuyo ancho es de 1 metro si se lo destina a peatones y 2 si se lo destina a caballos (C. Civil, art. 553; ley de aguas, arts. 36 y 112). Semejante es la legislación del Perú (Código de aguas, arts. 36 y 123), de Bolivia (ley de aguas, arts. 51 y 151) y del Uruguay (Código Rural, arts. 393 y 493) (ver nota 5).

En los números que siguen vamos a ocuparnos de los distintos problemas originados en el camino de sirga.

1111/483

483. a) Naturaleza jurídica.— Se ha discutido en nuestro derecho si el camino de sirga es una restitución al dominio del propietario ribereño (ver nota 6), o una servidumbre administrativa (ver nota 7). En nuestro concepto, esta discusión es estéril, porque carece de verdadero contenido jurídico. Lo tendría si de las dos alternativas que se proponen surgieran consecuencias jurídicas distintas. Pero en nuestro caso, nada de eso ocurre. El contenido del camino de sirga, es decir, las limitaciones a los derechos del propietario, y los derechos que sobre esa franja posee el Estado, son exactamente los mismos sea que se lo califique como restricción del dominio o como servidumbre. En otras palabras, la discusión se plantea en el terreno de la pura técnica jurídica, es decir, de una técnica insustancial, como que no está al servicio de ningún contenido normativo concreto. Por ello, es decir,

porque no están en juego valores jurídicos sustanciales, la polémica no tiene solución. En el fondo es una cuestión estética. A algunos autores les parece más apropiado y armonioso desde el punto de vista técnico, ubicar el camino de sirga entre las restricciones del dominio; a otros, dentro de las servidumbres. En el fondo, nada cambia.

1111/484

484. b) Derechos del propietario y del Estado.— Aunque alguna vez se ha sostenido que el propietario ribereño pierde el dominio sobre la zona del camino de sirga (ver nota 8), hoy está fuera de duda que no es así (ver nota 9). Por lo tanto, el propietario puede disponer de los productos naturales de la franja de 35 metros, tales como pastos, leña, madera, etc. (ver nota 10); de igual modo, le corresponde la mitad del tesoro encontrado dentro de dicha franja en su carácter de propietario (ver nota 11). En nuestra doctrina prevalece la opinión de que el propietario no tiene derecho a sembrar y cultivar la zona del camino de sirga, ni extraer de ella arenas o piedras, porque tales actos serían inconciliables con la obligación del propietario de dejar una calle o camino público (ver nota 12). No compartimos esta opinión. A menos que la calle o camino haya sido construido realmente por el Estado, debe reconocerse al propietario ribereño amplias facultades para explotar esa zona (ver nota 13). Lo contrario importaría dejar sin cultivo enormes extensiones, con grave perjuicio del interés público. De más está decir que, en la práctica, los propietarios ribereños trabajan la tierra hasta el límite mismo de las aguas.

Pero los propietario ribereños no pueden hacer en el camino de sirga ninguna construcción ni reparar las antiguas que existan, ni deteriorar el terreno en manera alguna (art. 2639 Ver Texto). Esta restricción del dominio debe soportarla el propietario sin ninguna indemnización (art. citado).

Por su parte, el Estado tiene derecho a reglamentar el uso de esa franja con el único destino que marca la ley, es decir, el de calle o camino público. Puede, claro está, realizar todos los trabajos que sean necesarios a ese fin; pero no puede utilizar el camino de sirga para la realización de otras obras, tales como muelles, astilleros, puertos, para todo lo cual es indispensable la expropiación de la superficie necesaria (ver nota 14).

1111/485

485.— De lo dicho surge que los arts. 2639 Ver Texto y 2640 imponen al propietario una restricción de su dominio destinada a facilitar la circulación por calles o caminos públicos y también para las necesidades de la navegación. no se deja libre para que puedan usar o gozar de esa zona los particulares, sean o no vecinos. La Cámara Federal de La Plata resolvió un interesante caso de un propietario que tenía dos fundos ribereños separados por otro de propiedad de una tercera persona; aquel propietario pretendió exigir de la dueña del

fundo intermedio que le dejase libre el camino de sirga para poder comunicar sus dos propiedades; la Cámara rechazó la demanda diciendo, con razón, que el camino de sirga no está hecho para comodidad de los vecinos sino para servir a un interés público de otro orden (ver nota 15).

1111/486

486. c) ¿Se necesita un acto administrativo de afectación del camino de sirga?— Se discute en nuestra doctrina si la aplicación de los arts. 2639 Ver Texto y 2640 exige un acto administrativo que declare la formación o construcción de la calle o camino público. SALVAT se pronuncia por la afirmación, sosteniendo que son las autoridades administrativas las que pueden y deben apreciar si las calles o caminos son o no requeridos para las necesidades de la navegación; de tal modo que si ellas consideran que no es necesario, los dueños de los fundos ribereños conservan el derecho de disponer de su propiedad con toda amplitud sin quedar sometidos a ninguna de las restricciones que la ley establece (ver nota 16). Otros autores, por el contrario, opinan que la restricción no necesita ninguna declaración por parte de la administración pública (ver nota 17). Por nuestra parte, nos inclinamos sin vacilación alguna por la primera tesis. Hemos dicho ya que el camino de sirga obedece a una necesidad desaparecida; que, en consecuencia, no responde a ningún verdadero interés público; que, en la práctica, los propietarios ribereños no lo respetan; todo ello hace aconsejable admitir una teoría que no sólo significa interpretar la ley en el sentido más favorable a los intereses públicos y privados, sino que también elimina el escándalo de una ley incumplida.

Admitimos, por consiguiente, la doctrina de SALVAT aunque con la siguiente salvedad: que si el propietario levanta construcciones en la zona del camino de sirga, lo hace a su riesgo, de tal manera que si más tarde la administración pública decide abrir la calle o camino, podrá destruirlas sin indemnización alguna, tal como lo prescribe el art. 2639 Ver Texto (ver nota 18).

Distinto sería si por haberse rectificado el lecho del río o haberse abierto un canal navegable, quedaran dentro de la zona de los 35 metros, construcciones realizadas con anterioridad por el propietario. En este caso, es obvio que no podría abrirse el camino de sirga y echarse abajo lo construido, sin indemnizar al propietario (ver nota 19).

También debe exceptuarse el caso de que dentro del egido de las ciudades, la Municipalidad haya concedido permiso para construir dentro de la zona de 36 metros y luego resuelva abrir la calle. En ese caso, el particular ha podido confiar en el acto del Estado que lo autorizaba a construir y que revela el propósito de la administración pública de no utilizar el camino de sirga, por lo menos con el ancho establecido en el art. 2639 Ver Texto ; si más tarde la administración pública revé esa política, es justo que indemnice al propietario que construyó basado en una autorización otorgada por el propio municipio.

1111/487

487. d) Ríos y canales a los que se aplica.— El art. 2639 Ver Texto habla de los ríos o canales que sirven a la comunicación por agua. Se comprenden, por tanto, en las disposiciones de la ley no solamente los ríos o canales navegables, sino también los llamados flotables, es decir, aquellos que pueden ser utilizados para el transporte de materiales (particularmente maderas), aunque no tengan profundidad suficiente para una navegación regular (ver nota 20).

Debe entenderse que para la existencia del camino de sirga basta con que el curso de agua tenga aptitud para la comunicación, sin que sea indispensable que ésta se realice de hecho (ver nota 21).

Si un curso de agua es navegable o flotable sólo en algunos trechos de su recorrido, la obligación de dejar el camino de sirga se refiere únicamente a esas partes y no a aquellas en que deja de ser navegable o flotante (ver nota 22).

1111/488

488. e) Concepto de propiedades limítrofes.— El art. 2639 Ver Texto grava con esta restricción a las propiedades limítrofes de los ríos o canales. Cabe preguntarse si pesa también dicha obligación sobre las propiedades que no siendo limítrofes, están dentro de los 35 metros. Ninguna duda cabe de la respuesta afirmativa, porque en definitiva lo que la ley ha querido es dejar expedita esa franja a lo largo de los ríos o canales navegables (ver nota 23).

1111/489

489. f) Mutaciones naturales del curso de agua.— Sabido es que los ríos suelen desplazarse, modificando o aun cambiando su lecho. En tal caso, resulta indudable que el camino de sirga también se desplaza junto con el río. Si en la nueva zona de 35 metros hubiera construcciones, pensamos que el Estado no puede ordenar su destrucción para hacer efectivo el camino de sirga sin indemnizar al propietario (ver nota 24), puesto que, al construir, éste se ajustó a su derecho; si después, por un acontecimiento natural que tiene todas las características de la fuerza mayor, esa construcción queda dentro del camino de sirga y el Estado resuelve abrirlo realmente, es natural que se indemnice a quien obró conforme a derecho.

Puede ocurrir también que antes del desplazamiento del río, el Estado hubiera construido realmente el camino o calle pública, sin indemnizar al propietario, conforme con el derecho que le atribuye el art. 2639 Ver Texto . Desplazada la corriente de agua, parece quedar sin justificación el aprovechamiento de la calle por el Estado sin indemnización; nos inclinamos, sin embargo, a considerar que una vez hecha la calle o camino público, éste debe reputarse un derecho definitivamente adquirido por el Estado en interés de la comunidad y que, por consiguiente, el propietario carece de derecho a reclamar indemnización.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: SPOTA, Tratado de Derecho de aguas, t. 2, n° 972 y s.; MARIENHOFF, Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas, n° 266y s.; ALLENDE, Derecho de aguas, p. 199 y s.

(nota 2) El senador Joaquín V. González presentó en 1912 un proyecto al Honorable Senado con el fin de derogar los arts. 2639 Ver Texto y 2640 del C. Civil (cit., por MARIENHOFF, Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas, n° 275).

(nota 3) MARIENHOFF, Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas, n° 275; SALVAT, Derechos reales, t. 2, n° 1078; LEGÓN, Derechos reales, t. 7, p. 81.

(nota 4) MARIENHOFF (Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas en nota anterior) se hace cargo del argumento, pero aduce que la expropiación será menos onerosa existiendo camino de sirga. El argumento es de dudoso valor, porque no se justifica tan grave restricción del dominio sólo en mira de que el Estado pueda eventualmente adquirir algunas parcelas un poco más baratas.

(nota 5) Los datos sobre legislación comparada han sido tomados de la obra de MARIENHOFF, Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas, n° 282.

(nota 6) En este sentido, C. S. N. 8/5/1909, Fallos, t. 111, p. 179; SALVAT, t. 2, n° 1079 y sigs. y su anotador ARGAÑARAZ, nota 47 a; LAFAILLE, t. 2, n° 905; SPOTA, Derecho de aguas, t.2, p. 623.

(nota 7) En este sentido, BIELSA, t. 4, n° 869; MARIENHOFF, Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas, n° 272; ALLENDE, Derecho de aguas, p. 214; LEGÓN, Derechos reales, t. 7, p. 84.

(nota 8) CORTÉS, Vistas Fiscales, t. 3, p. 139; MACHADO, p. 44.

(nota 9) C. S. N., Fallos, 8/5/1909, t. 111, p. 179 y 256; SALVAT, t. 2, n° 179 y sigs.; LAFAILLE, t. 2, n° 904 y sigs.; LEGÓN, Derechos reales, t. 7, p. 82 y sigs.; ALLENDE, Derecho de aguas, p. 212; MARIENHOFF, Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas, n° 272.

(nota 10) MARIENHOFF, Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas, n° 274; SALVAT, t. 2, n° 1080; LAFAILLE, t.2, n° 907; ALLENDE, Derecho de aguas, p. 220.

(nota 11) MARIENHOFF y LAFAILLE, loc. cit. en nota anterior.

(nota 12) MARIENHOFF, Régimen y legislación de las aguas públicas públicas y privadas, n° 274; LAFAILLE, t. 2, n° 907; SALVAT, t. 2, n° 1080; ALLENDE, Derecho de aguas, p. 220.

(nota 13) De acuerdo: HIGHTON, Dominio y usucapión, t. 1, § 145.

(nota 14) C. S. N., 8/5/1909, t. 111, p. 179; SALVAT, t. 2, n° 1081; MARIENHOFF, Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas, n° 279, in fine, PEÑA GUZMÁN, Derechos reales, t. 2, n° 750.

(nota 15) C. Fed. La Plata, en Fallos de la C. s. N., t. 101, p. 263. En contra: ALLENDE, Derecho de aguas, p. 217.

(nota 16) SALVAT, t. 2, n° 1087.

(nota 17) MARIENHOFF, Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas, n° 277; LAFAILLE, t. 2, n° 908; SPOTA, Derecho de aguas, t. 2, n° 998.

(nota 18) De acuerdo: ARGAÑARAZ, en SALVAT, t. 2, n° 1087, nota 55 a; LEGÓN, t. 7, p. 88.

(nota 19) ARGAÑARAZ, loc. cit. en nota anterior.

(nota 20) De acuerdo: MARIENHOFF, Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas, n° 267; LAFAILLE, t. 2, n° 209; SALVAT, t. 2, n° 1082.

(nota 21) LAFAILLE, t. 2, n° 902.

(nota 22) De acuerdo: MARIENHOFF, Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas, n° 267; LAFAILLE, t. 2, n° 902.

(nota 23) De acuerdo: MARIENHOFF, Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas, n° 268.

(nota 24) En contra; MARIENHOFF, Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas, n° 280.

1111/11270

§ 2. Restricciones en interés de los vecinos

1111/11280

A.— MOLESTIAS OCASIONADAS A LOS VECINOS

1111/490

490. LA REFORMA DEL ART. 2618 Ver Texto .— La creciente concentración de la población en las grandes ciudades, a la par del desarrollo del maquinismo, hace cada vez más molesta la convivencia. Las máquinas, los letreros luminosos, las radios, perturban el reposo y alteran el sistema nervioso de los habitantes. El problema da lugar a medidas administrativas, tales como la prohibición del uso de la bocina de los automóviles, el control del escape de gases para disminuir la alarmante contaminación de la atmósfera, la concentración de fábricas en zonas especiales de las grandes ciudades. Pero a la par de estas medidas administrativas (desgraciadamente puestas en práctica con una lamentable falta de firmeza) la ley concede a los particulares una acción destinada a evitar o atenuar estas

molestias.

El problema estaba insuficientemente tratado en el Código Civil. El art. 2618 Ver Texto disponía que el ruido causado por un establecimiento industrial debe ser considerado como que ataca el derecho de los vecinos cuando por su intensidad o continuidad viene a ser intolerable para ellos y excede la medida de las incomodidades ordinarias de la vecindad. El artículo siguiente agregaba que aunque la obra o el establecimiento que cause perjuicio al vecino hubiese sido autorizado por la administración, los jueces pueden acordar indemnización a los vecinos mientras existan estos establecimientos. La indemnización se determina según el perjuicio material causado a las propiedades vecinas y según la disminución del valor locativo o venal que ellas sufren.

Estas normas se hacían pasibles de serias observaciones: sólo contemplaban la hipótesis del ruido, pero no de otras incomodidades, tales como la luz, los olores, las vibraciones, etc.; aludían solamente a los perjuicios causados por un establecimiento industrial, cuando obviamente las molestias pueden originarse también en comercios y casas particulares; no contemplaban la posibilidad de que el juez ordenara el cese de las molestias, reconociendo solamente acción de daños y perjuicios. Era natural la insuficiencia con que el problema había sido tratado, dada la época en que se sancionó el Código Civil, en la cual ni siquiera podía imaginarse la gravedad que el problema asumiría en las sociedades contemporáneas.

La ley 17711 suprimió el art. 2619 Ver Texto y redactó el 2618 Ver Texto de la siguiente manera: Las molestias que ocasionen el humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones o daños similares para el ejercicio de actividades en los inmuebles vecinos, no deben exceder la normal tolerancia teniendo en cuenta las condiciones del lugar y aunque mediare 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. El juicio tramitará sumariamente.

Esta disposición tuvo su fuente inmediata en el art. 844 del Código Civil italiano, que a su vez tenía como antecedentes los códigos alemán, art. 906, y suizo, art. 684.

1111/491

491. MOLESTIAS INTOLERABLES.— El art. 2618 Ver Texto alude al humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones o daños similares, por el ejercicio de actividades en los inmuebles vecinos. Se trata de lo que en doctrina se conoce con el nombre de inmisiones.

La enumeración legal de los hechos que pueden ocasionar molestias en los vecinos es amplia, pero aun así, simplemente enunciativa (ver nota 1); ello surge claramente del propio texto legal que se refiere, luego de hacer la enumeración de distintas molestias, a los daños similares; vale decir, los jueces pueden tomar en cuenta también otras molestias cualquiera que sea su naturaleza.

Pero no cualquier molestia da lugar a esta acción; es necesario que ella exceda la normal tolerancia. Pues es bien sabido que la vecindad en pueblos y ciudades suele traer aparejadas algunas incomodidades, que, sin son tolerables, deben aceptarse como un precio, a veces duro, de la civilización moderna. Pero si se demuestra que la molestia excede lo razonable, hay que ponerle coto.

La obligación de suprimir las molestias es independiente de la culpa o dolo del vecino (ver nota 2). Pero si la hay la conducta del que las produce debe ser sancionada con mayor severidad. Desde luego, hay culpa si la molestia es fácilmente subsanable; éste es uno de los más interesantes elementos de juicio a considerar por el juez (ver nota 3), pues en tal caso no cabe disponer la indemnización de daños, sino la cesación de la molestia.

La acción de los vecinos no queda trabada por la circunstancia de que la actividad molesta cuente con autorización administrativa (art. 2618 Ver Texto). La disposición es lógica. La autoridad administrativa concede su autorización siempre que estén cubiertas las condiciones generales contenidas en leyes y reglamentos, pero no podría atender por anticipado a las consecuencias y molestias que las actividades permitidas puedan eventualmente ocasionar a los vecinos. Así, por ejemplo, la Municipalidad autoriza dentro de ciertos barrios, los letreros luminosos. Pero si el letrero instalado, previa autorización, causa molestias a los vecinos, turbándoles el dueño o violando la paz y la tranquilidad del hogar, como ocurre con frecuencia, es indudable que puede pedirse la cesación de la molestia.

1111/492

492. FACULTADES JUDICIALES.— La ley otorga amplias facultades a los jueces, bien sea para fijar una indemnización, bien para ordenar la cesación de las molestias.

Hará lo primero si la eliminación de la molestia conduce necesariamente a la supresión de una actividad en cuyo mantenimiento hay un interés social comprometido, como, por ejemplo, si se trata de los ruidos o vibraciones producidos por una fábrica, cuyo cierre significa el despido de los empleados y obreros o el cese de una producción necesaria o útil. Pero, a nuestro juicio, sólo en estos caso excepcionales puede el juez limitarse a una indemnización de daños y siempre que la causa de las molestias no sea subsanable; de lo

que se trata es de poner fin a las molestias y no de concluir el problema con el pago de una indemnización (ver nota 4).

La norma da ciertas pautas, por cierto flexibles, para que sirvan de guía al juez en la opción entre la indemnización de los daños y la cesación de las molestias: deberá tenerse en cuenta las exigencias de la producción y la prioridad del uso. Ya hemos aludido al primer supuesto; en cuanto a la prioridad del uso, es un criterio no autónomo, sino complementario al de las exigencias de la producción (ver nota 5). Es, nos parece, una solución razonable. Si las luces de un letrero, el ruido producido por una discoteca, molestan a los vecinos, deben suprimirse por más que el vecino haya adquirido o alquilado su vivienda cuando ya existían aquéllos. así se resolvió en el caso de un vecino que adquirió una casa lindera al local donde desde años atrás funcionaba un club de bochas; no obstante la prioridad que favorecía al club, se ordenó la realización de obras para hacer cesar el ruido pues el juego de bochas no es una actividad social de suficiente relevancia como para postergar la protección de un interés privado (ver nota 6). Distinta es la solución si una persona se va a vivir al lado de una fábrica en funcionamiento. Entonces la prioridad del uso unida al interés de la producción puede ser decisiva en la sentencia.

Si las molestias derivan de la culpa o dolo del vecino, el juez debe ordenar la cesación pues no se concibe que pueda permitirse la continuación de una conducta ilícita.

El juez puede ordenar la cesación de las molestias ya sea poniendo fin a la actividad molesta, ya sea ordenando se adopten las medidas necesarias tendientes a su cesación. La sentencia, incluso, puede fijar cuáles deben ser esas medidas (ver nota 7) y si luego resultara que ellas han sido insuficientes, el vecino interesado puede pedir una ampliación de aquéllas (ver nota 8), sin que la contraria tenga derecho a invocar la cosa juzgada proveniente del anterior pronunciamiento, para sostener que las medidas que fueron ordenadas en el primer juicio, no pueden ya ampliarse.

La decisión recaída sobre si las molestias ocasionadas exceden o no la normal tolerancia es cuestión que escapa al recurso de casación y al de inaplicabilidad de la ley (ver nota 9).

1111/493

493.— El art. 2618 Ver Texto dice que los jueces pueden disponer la indemnización de los daños o la cesación de tales molestias. Es decir, se establece una solución alternativa no acumulativa (ver nota 10). Pensamos, por consiguiente, que el vecino no puede ser condenado a cesar en las molestias e indemnizar los daños, a menos que haya obrado con culpa o dolo, pues en tal caso la aplicación de las normas generales sobre hechos ilícitos permite acumular la orden de cesación y la indemnización (ver nota 11).

Puede ocurrir que el actor al demandar, reclame la cesación de las molestias o la indemnización de los daños. En tal caso, la solución es simple para el juez: debe optar por aquella que sea más justa, teniendo en cuenta las pautas legales, es decir, las exigencias de la producción, el respeto debido al uso regular de la propiedad y la prioridad en el uso. Pero puede ocurrir también que el actor haya reclamado sólo uno de los términos de las alternativas ofrecidas por el art. 2618 Ver Texto : bien sea la indemnización, bien sea el cese de las molestias. Si lo que se ha pedido es el cese de las molestias, y esta medida, a juicio del tribunal, resulta excesiva, pensamos que puede disponerse la indemnización de los daños; en cambio, si lo que se ha pedido es sólo la indemnización, no creemos que el juez pueda disponer el cese de las molestias, porque ello significaría ir más allá de lo reclamado por la propia parte.

1111/494

494. QUIÉNES TIENEN LA ACCIÓN Y CONTRA QUIÉNES.— La acción derivada del art. 2618 Ver Texto no sólo compete al propietario, sino también al locatario, al usufructuario, y, de una manera más general, a todo aquel que tiene la tenencia del inmueble por un título legal, cualquiera que sea (ver nota 12); como que el derecho surge de la calidad de vecino y no de propietario.

La acción no requiere la prueba de un perjuicio material (ver nota 13); basta el daño puramente moral derivado de la perturbación del sueño, del descanso, de la tranquilidad, o de cualquier otra molestia que exceda la normal tolerancia.

1111/495

495.— Por la misma razón aducida en el número anterior de que esta acción deriva de la vecindad propiamente dicha y no de la propiedad, la acción se tiene contra el que ejerce la actividad molesta, sea o no el propietario.

Cuando los responsables de la indemnización de daños son varios y no existe culpa o dolo de ellos, no hay solidaridad (ver nota 14), pues la ley no la ha previsto. Y no se podría aplicar la regla de los hechos ilícitos, puesto que las molestias del art. 2618 Ver Texto de por sí no lo son, como lo prueba el hecho de que el juez puede permitir la continuación de la actividad molesta, lo que no se concebiría si fuera un hecho ilícito. En cambio, si hubiera mediado culpa o dolo, el hecho ilícito queda configurado y, por consiguiente, hay solidaridad entre los responsables, conforme con los principios generales.

1111/496

496. SUPUESTO DEL ART. 2625.— El art. 2625 Ver Texto establece que aun separados de las paredes medianeras o divisorias nadie puede tener en su casa depósitos de aguas estancadas que puedan ocasionar exhalaciones infestantes, o infiltraciones nocivas, ni hacer trabajos que transmitan a las casas vecinas gases fétidos o perniciosos que no resulten de las necesidades o usos diarios; ni fraguas ni máquinas que lancen humo excesivo a las propiedades vecinas.

Como puede apreciarse, también esta norma trata de las inmisiones. Pero se trata de supuestos especialmente graves, en los cuales no cabrá ya la alternativa de la indemnización de daños, sino que el juez deberá decretar lisa y llanamente la cesación de la molestia; sin perjuicio del pago de los daños ocasionados (ver nota 15), si ha habido culpa o dolo por parte del causante de la molestia.

Como en el caso general del art. 2618 Ver Texto , la autorización administrativa no impide la acción judicial destinada a hacer cesar la molestia.

1111/12150

496 bis. ¿ES PRESCRIPTIBLE LA ACCIÓN DERIVADA DE LOS ARTS. 2618 Ver Texto Y 2625 Ver Texto ?— Esta cuestión está controvertida. Un fallo de la Cámara Civil del a Capital, Sala A, declaró que la acción es imprescriptible (ver nota 16); pero la misma Sala, en su ulterior composición, declaró que era aplicable la prescripción de 10 años (ver nota 17). Compartimos sin vacilaciones la solución dada por el primer fallo, puesto que mientras duran las molestias, éstas obran a manera de interrupción continuada de la prescripción.

(nota 1) De acuerdo: C. Paz Letrada Santa Fe, 24/4/1978, J. A., 1979-II, p. 349; PESCATORE, ALBANO y GRECO, Della Proprietà, t. 1, p. 198.

(nota 2) C. Apel. Rosario, 6/4/1945, L. L., t. 39, p. 166 con nota de SPOTA, quien coincide con el tribunal; NADUR, Molestias derivadas de la vecindad en la Reforma al Código Civil, J. A., Doctrina, 1972, p. 832, in fine; es también la solución de la jurisprudencia italiana: Trib. Cass. 30/9/1948, Jurisprudenza Italiana 1949, I, 1, 442.

(nota 3) Trib. Cass. italiano, 9/9/1949, Foro Italiano Rep., 1949, Proprietà, nº 30.

(nota 4) De acuerdo, C. Fed. Cap., 3/12/1971, E. D., t. 43, p. 322.

(nota 5) C. Fed. Cap., 3/12/1971, E. D., fallo n° 20.427; en el mismo sentido, PESCATORE, ALBANO y GRECO, Della Proprietà, p. 200, quienes citan el fallo del Trib. Cass. 20/4/1951, n° 1017, Foro italiano, 1952, I, 349. En cambio, MESSINEO piensa que basta la prioridad del uso cuando se ha consolidado un determinado estado de hecho: Manual de Derecho Civil y Comercial, t. 3, p. 304. En sentido concordante la Cámara de Paz de la Cap., resolvió que si el propietario adquirió el inmueble estando ya instalado el establecimiento que produce los ruidos molestos y ha vivido mucho tiempo soportándolos sin hacer ningún reclamo, carece del derecho a reclamar daños y perjuicios: 16/3/1945, J. A., 1945-I, p. 838.

(nota 6) C. Civil Cap., Sala E, 31/3/1975, E. D., t. 61, p. 265.

(nota 7) C. Civil. Cap., Sala E, 31/3/1975, E. D., t. 61, p. 265; C. Paz Letrada Santa Fe, 24/4/1978.

(nota 8) Es la solución de la jurisprudencia italiana, 16/7/1943, Jurisprudenza Torinese, 1943, 444.

(nota 9) Así lo han decidido los tribunales italianos, Trib. Cass., 9/2/1956, n° 387, en Mon. Trib., 1956, 83 (cit. por PESCATORE, ALBANO y GRECO, Della Proprietà, p. 200, quienes están de acuerdo con la solución).

(nota 10) De acuerdo: C. Civil Cap., sala E, 28/7/1980, L.L., 1980-D, p. 200; Sala E, 31/3/1975, L.L, t. 61, p. 264; C. Paz Let. Santa Fe, 24/4/1978, J. A. 1979-II, p. 349.

(nota 11) De acuerdo: NADUR, nota en J. A., Doctrina, 1972, p. 833.

(nota 12) De acuerdo: Trib. Cass. Italiano, 26/10/1964, n° 4133; íd., 5/5/1958, Jurisprudenza Civile, Cass., 1958, n° 529.

(nota 13) En Contra: NADUR, nota en J. A., Doctrina, 1972, p.832, quien cita algunos casos de jurisprudencia que se fundaron en el antiguo art. 2618 Ver Texto y que hoy resultan inaplicables.

(nota 14) De acuerdo: Trib. Cass. Italiano, 5/5/1958, Jurisprudenza Civile, Cass., 1958, n° 529.

(nota 15) De acuerdo: SALVAT, t. 2, n° 1101.

(nota 16) C. Civil. Cap., Sala A, 26/5/1978, L.L., 1978-D, p. 9.

(nota 17) C. Civil Cap., Sala A, 14/6/1986, L.L., 1986-A, p. 200.

1111/11290

B.— OBRAS Y TRABAJOS QUE PUEDEN PERJUDICAR AL VECINO

1111/497

497. NORMA LEGAL.— El art. 2615 Ver Texto establece que el propietario de un fundo no puede hacer excavaciones ni abrir fosos en su terreno que puedan causar la ruina de los edificios o plantaciones existentes en el fundo vecino o de producir desmoronamiento de tierra.

Es una restricción prudente, destinada a salvaguardar los derechos del propietario vecino. La norma no establece la distancia en la cual es permitido abrir las excavaciones o fosos, lo que es razonable, como el mismo VÉLEZ SARSFIELD lo demuestra en la nota perspectiva: “No es posible determinar las distancias de los edificios vecinos a las cuales pueden hacerse excavaciones o abrirse fosos. El peligro que puede sobrevenir a los edificios depende en mucha parte de la clase de terreno, ya sea piedra o tierra sólida, o por el contrario, arena o tierra deleznable; y también de la clase del edificio vecino, que puede ser de un gran peso o sólo tener por ese lado paredes sencillas o meramente divisorias. En un caso dado, los jueces, con informes de peritos resolverán sobre la distancia a que debe abrirse un foso y el género de calza que debe tener para evitar derrumbes”.

El derecho del vecino a accionar judicialmente no depende de que la ruina del edificio o el desmoronamiento de tierra se haya producido; basta el peligro de que ello ocurra. En consecuencia, el vecino tiene una doble acción: a) para impedir que se continúe una excavación que ha empezado a hacerse; b) para exigir que la excavación se cierre o bien para que la tierra o las paredes se calcen. Todo ello sin perjuicio de la acción por los daños que se hubieran producido.

Cabe advertir que la norma dice que el propietario no puede hacer excavaciones ni abrir fosos, lo que parecería indicar que en caso de infracción lo que corresponde es obligarlo a llenar la excavación, sin la alternativa de la calza del terreno a que se refiere la nota. Sin embargo, hay que admitir que también esta solución es viable, porque calzado debidamente el terreno, el propietario vecino no podría aducir interés alguno para obligar a llenar la excavación. Más aún, esto ocurre con gran frecuencia en las ciudades, en que las excavaciones indispensables para levantar un nuevo edificio afectan casi siempre la estabilidad del edificio lindero, lo que se resuelve mediante calzas que, al par que resguardan la seguridad del inmueble vecino, permiten realizar la nueva obra.

1111/11300

C.— FALTA DE CONSERVACIÓN DE LOS EDIFICIOS

1111/498

498. RESPONSABILIDAD LEGAL.— El art. 2616 Ver Texto establece que 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.

La falta de conservación en debido estado del edificio, importa una negligencia y, por lo tanto, el propietario es responsable de los daños ocasionados a los vecinos o transeúntes, conforme con la regla que rige los hechos ilícitos (ver nota 1). Es decir, no estamos en presencia de una restricción del dominio, sino de las consecuencias de un hecho ilícito.

Esta disposición se vincula estrechamente con el art. 1132 Ver Texto , según el cual el propietario de una heredad contigua a un edificio que amenace ruina no puede pedir al dueño de éste garantía alguna por el perjuicio eventual que podrá causarle su ruina. Tampoco puede exigirle que repare o haga demoler el edificio. Esta disposición importó la abolición de la caución damni infecti, que en el Derecho Romano se otorgaba al propietario de un fundo vecino cuando un edificio amenazaba ruina. VÉLEZ la suprimió entendiendo que la admisión de una acción preventiva en esta materia da lugar a pleitos de una resolución más o menos arbitraria y que los intereses de los vecinos de un edificio que amenace ruina, están garantizados por la vigilancia de la policía y por el poder generalmente concedido a las municipalidades de ordenar la reparación o demolición del edificio que amenace ruina (nota al art. 1132 Ver Texto). El acierto del criterio de nuestro

codificador es más que discutible; no es admisible condenar a los vecinos a que permanezcan impasibles ante la amenaza de ruina de un edificio que puede provocarles ingentes daños materiales y aun personales; y tampoco es posible librarlo todo a la diligencia de las autoridades policiales o municipales que, ya se sabe, no siempre cumplen con su deber.

La necesidad de conceder al vecino una acción para exigir las medidas de seguridad necesarias era palmaria; fue reconocida por todos los proyectos de reforma (Anteproyecto de BIBILONI, arts. 1424 y 2427; Proyecto de 1936, art. 868 y 1561; Anteproyecto de 1954, art. 1563), y consagrada finalmente por la ley 17711, que agregó al art. 2499 Ver Texto el siguiente párrafo: quien tema que de un edificio o de otra cosa deriva un daño a sus bienes puede denunciar ese hecho al juez, a fin de que se adopten las oportunas medidas cautelares.

Del cotejo de este párrafo con el art. 1132 Ver Texto resulta: a) que éste se mantiene en vigor en cuanto niega la acción damni infecti, es decir, el vecino puede pedir garantía contra el perjuicio eventual que pueda causar la ruina del edificio; b) que ha quedado derogado el segundo párrafo que niega acción para reclamar la reparación o demolición del edificio, ya que el art. 2499 Ver Texto permite pedir las medidas cautelares tendientes a evitar el daño.

1111/499

499. ACCIÓN DE DAÑO TEMIDO.— ¿Quién tiene la acción del art. 2499 Ver Texto, 2º párrafo? La ley dice: quien tema que de un edificio o de otra cosa derive un daño a sus bienes. La disposición es amplísima; no sólo tiene la acción el propietario vecino, sino toda persona que tema pueda resultarle un daño a sus bienes: el poseedor, sea de buena o mala fe, el simple tenedor, el que ostenta un simple derecho personal como el locatario, el comodatario, el depositario, etc. (ver nota 2). Además, y esto es muy importante, la acción no sólo puede nacer del peligro originado en la ruina de un edificio, sino también de cualquier otro evento.

De más está decir que no se necesita ser vecino en el sentido de colindante con la cosa que amenace ruina. Puede muy bien ocurrir que los mismos ocupantes de la cosa que amenace ruina soliciten esas medidas.

1111/500

500.— En cuanto al procedimiento, el texto del art. 2499 Ver Texto es claro en el sentido de que se trata de una medida cautelar, es decir, que el juez puede tomar las providencias del

caso inaudita parte (ver nota 3). Pero pensamos que si la medida que se pide es la demolición del edificio o cosa, el juez no podría adoptarla sin escuchar al dueño, pues de lo contrario se afectaría la garantía constitucional de la propiedad (ver nota 4).

1111/11310

D.— INSTALACIONES INMEDIATAS A PAREDES MEDIANERAS O DIVISORIAS

1111/501

501. REGLAMENTACIÓN LEGAL.— Los arts. 2621 Ver Texto a 2624 establecen algunas normas reglamentarias que son propias de ordenanzas municipales y no de un Código Civil. Se explica, sin embargo, que VÉLEZ SANSFIELD descendiera a esta menuda reglamentación, dadas las deficiencias de las ordenanzas municipales de la época.

El art. 2621 Ver Texto establece que nadie puede construir cerca de una pared medianera o divisoria, pozos, cloacas, letrinas, acueductos, que causen humedad; establos, depósitos de sal o de materias corrosivas, artefactos que se muevan por vapor, u otras fábricas, o empresas peligrosas a la seguridad, solidez y salubridad de los edificios o nocivas a los vecinos, sin guardar las distancias prescriptas por los reglamentos y usos del país, todo sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior. A falta de reglamento, se recurrirá a juicio de peritos.

Se discute en doctrina si esta disposición es aplicable sólo al supuesto de que las propiedades linderas pertenezcan a distintos vecinos o si también lo es en el caso de que ambas propiedades pertenezcan al mismo propietario. Se ha sostenido que en esta última hipótesis no regiría la prescripción del art. 2621 Ver Texto , porque la circunstancia de que el propietario sea dueño exclusivo de la pared medianera lo autoriza a realizar los actos de disposición material a sí mismo (ver nota 5). Por nuestra parte, pensamos que estas disposiciones se aplican siempre, aun cuando el titular del inmueble vecino sea el mismo. Basta pensar que esta disposición tiene por objeto proteger a los que efectivamente viven en un inmueble; que aunque el inmueble vecino pertenezca al mismo propietario, éste puede haberlo alquilado, dado en comodato, etc.; que, finalmente, puede disponer de uno de los inmuebles, enajenándolo a una tercera persona. Es decir, que estas disposiciones tienen por objeto asegurar de manera permanente las buenas condiciones de habitabilidad de un inmueble, cualquiera que sea su propietario (ver nota 6).

1111/502

502.— Completando la regla general del art. 2621 Ver Texto , los siguientes establecen disposiciones concretas referidas a ciertos casos especiales. El art. 2622 Ver Texto dispone que el que quiera hacer una chimenea o un fogón o un hogar contra una pared medianera, debe hacer construir un contramuro de ladrillo o piedra de dieciséis centímetros de espesor. A continuación, el art. 2623 Ver Texto dispone que el que quiera hacer un horno, o fragua contra una pared medianera, debe dejar un vacío o intervalo entre la pared y el horno o fragua de dieciséis centímetros. Finalmente, el art. 2624 Ver Texto establece que el que quiera hacer pozos, con cualquier objeto que sea, contra una pared medianera o no medianera, debe hacer un contramuro de treinta centímetros de espesor.

1111/11320

E.— UTILIZACIÓN DE PAREDES MEDIANERAS O DIVISORIAS

1111/503

503. DISPOSICIONES LEGALES Y REMISIÓN.— En el título referente a las restricciones del dominio, el Código trae dos disposiciones, los arts. 2626 Ver Texto y 2627, referentes a medianería. Acorde con el primero, el propietario de un 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 pared, debiendo levantar inmediatamente la nueva pared. La restricción al dominio consiste, obviamente, en la obligación del propietario del terreno contiguo de permitir que sea destruida su pared medianera o divisoria. Y debe soportarlo sin derecho a indemnización alguna, salvo, claro está, que el lindero que destruyó la pared no la levante inmediatamente tal como lo dispone la ley; por el contrario, si ha demorado más del tiempo indispensable en hacerlo y de ello ha resultado un perjuicio al vecino o si al levantar la nueva pared le causa perjuicio por su culpa, entonces la indemnización es evidentemente procedente (ver nota 7). Por su parte, el art. 2627 Ver Texto agrega 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 construye la obra la indemnización del daño que causare.

Desde luego, sólo son reparables aquellos perjuicios que sobrevengan por falta de la técnica debida en la construcción o reparación o los que se ocasionan por falta de la debida diligencia, pero no las molestias que son connaturales o propias de la restricción al dominio que el texto impone (ver nota 8).

Nos hemos limitado aquí a hacer una brevísima exégesis de los arts. 2626 Ver Texto y

2627, pues el estudio detallado de estas normas y de otras concordantes, es propio del tema de la medianería que abordaremos más adelante.

1111/11330

F.— ÁRBOLES, RAMAS Y RAÍCES

1111/504

504. PLANTACIÓN DE ÁRBOLES Y ARBUSTOS: DISTANCIAS QUE DEBEN OBSERVARSE.— Establece el art. 2628 Ver Texto que el propietario de una heredad no puede tener en ella árboles sino a una distancia de tres metros de la línea divisoria con el vecino, sea la propiedad de éste predio rústico o urbano, esté o no cercado, o aunque sean ambas heredades de bosques. Arbustos no pueden tenerse sino a una distancia de un metro. La ley procura evitar los inconvenientes que la sombra, la humedad, la caída de hojas o ramas, puedan tener para el vecino.

La distancia señalada por la ley debe contarse desde el centro del árbol y no de la corteza exterior, porque ésta está expuesta a las modificaciones permanentes que resultan del mayor desarrollo del árbol (ver nota 9).

La prohibición comprende tanto las plantas puestas por el hombre, como las nacidas espontáneamente (ver nota 10).

La ley distingue entre árboles y arbustos, señalando la distancia de tres metros para los primeros y de uno para los segundos. La cuestión de si se trata de árbol o arbusto es problema que queda librado a la apreciación judicial (ver nota 11). De igual modo, es cuestión de hecho determinar si ciertas plantas de poco desarrollo son o no arbustos, porque la ley no establece ninguna limitación para aquellas que no pueden ser calificadas como árboles o arbustos. Por consiguiente, las otras plantas o almácigos pueden llegar hasta la misma línea divisoria; así, por ejemplo, se ha resuelto que las enredaderas que cubren el alambrado divisorio de los fundos no están comprendidas en la prohibición del art. 2628 Ver Texto (ver nota 12).

La ley se aplica a toda clase de inmuebles, sean rurales o urbanos, estén o no cercados y aunque ambas sean heredades de bosques (art. 2628 Ver Texto).

1111/505

505. ¿ES ABSOLUTA LA PROHIBICIÓN DEL ART. 2628?— Se ha discutido en nuestro derecho si la prohibición establecida en el art. 2628 Ver Texto tiene o no carácter absoluto, vale decir, si ella es aplicable aunque se demuestre que los árboles o arbustos no provocan ningún daño al vecino.

La tesis según la cual esta prohibición tiene carácter absoluto, se apoya en que ésta era la opinión de las fuentes del codificador (MARCADÉ, DEMOLOMBE, DURANTON, AUBRY y RAU, citados en la nota respectiva) y en que del texto mismo de la norma resulta que la prohibición se aplica aun al caso de que ambas heredades sean de bosques, hipótesis en la que sería muy difícil alegar un perjuicio para los propietarios colindantes (ver nota 13). Pero en nuestra más moderna jurisprudencia y doctrina tiende a predominar la tesis de que la norma contenida en el art. 2628 Ver Texto no brinda al propietario vecino un derecho incausado o absoluto. Adherimos sin reserva a este punto de vista. Obvio resulta que al establecerse la prohibición del art. 2628 Ver Texto se ha procurado impedir los perjuicios que de los árboles o arbustos puedan resultar al vecino. Por consiguiente, si se demuestra que no hay perjuicio alguno, la prohibición deja de tener un fundamento razonable y no da pie para el ejercicio por el vecino del derecho de hacer retirar las plantas (ver nota 14). Frente a estas consideraciones, pierde toda importancia el argumento fundado en las fuentes que, ya se sabe, es de valor casi siempre deleznable, porque el intérprete no está ligado a lo que pensaron quienes inspiraron la norma; en la alternativa de dos soluciones posibles, su labor interpretativa debe estar dominada por la apreciación de cuál es el resultado más justo, teniendo en cuenta los intereses individuales y sociales en juego. Más importante es el argumento fundado en que la norma mantiene la prohibición aun en el caso de que ambas heredades sean boscosas, hipótesis en que resulta poco menos que imposible que puedan aducirse perjuicios. Pero aunue poco probable, el perjuicio puede existir, como ocurriría en el caso de que el propietario de uno de los fundos quisiera mantener libre el deslinde. De cualquier modo, es evidente que el art. 2628 Ver Texto no puede funcionar en el vacío; para invocar la facultad que él reconoce al vecino, es necesario que éste pueda aducir algún interés.

Bien entendido, sin embargo, que la norma presume la existencia de un perjuicio como consecuencia del mero hecho de no haberse guardado la distancia legal; de tal manera, que al vecino que pretende el retiro de los árboles, le basta con acogerse a las prescripciones del art. 2628 Ver Texto sin tener que demostrar, además, la existencia de un perjuicio; es el demandado que resiste el retiro de los árboles quien debe demostrar que no hay perjuicio alguno para el actor.

1111/506

506.— Hay que destacar que la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, aun

admitiendo el carácter absoluto de la prohibición del art. 2628 Ver Texto , declaró que se adquiere por prescripción el derecho o servidumbre activa de plantar árboles a menor distancia que la señalada en la ley, la que se opera por el transcurso del tiempo establecido para la usucapión de mala fe (ver nota 15). No estamos de acuerdo con las conclusiones de este fallo. Pensamos que la tolerancia que se ha tenido con el vecino está lejos de constituir una servidumbre y que desde el momento que se demuestre que el árbol causa un perjuicio verdadero, debe reconocerse el derecho a hacerlo retirar. Es perfectamente posible que un árbol colocado a menos de la distancia legal no produzca ningún perjuicio si la propiedad lindera es un baldío o un jardín; pero que, en cambio, se perjudicial cuando el vecino hace una construcción en su predio. Las relaciones de buena vecindad hacen frecuentísimo que los propietarios colindantes no protesten, ni reclamen de sus vecinos el retiro de los árboles o arbustos por más que alguna pequeña molestia les ocasione; ello no debe dar derecho al propietario infractor de la ley, a ampararse en esa tolerancia, cuando se demuestra que el perjuicio que está sufriendo en este caso de acuerdo con el punto de vista que hemos sostenido, el vecino no tenía derecho a hacer retirar el árbol hasta que el perjuicio se produjo.

1111/507

507. RAMAS Y RAÍCES.— También las ramas y raíces pueden extenderse sobre la propiedad lindera aun tratándose de árboles ubicados a más de tres metros del linde. Para este supuesto el art. 2629 Ver Texto dispone: si las ramas de algunos árboles se extendiesen sobre las construcciones, jardines o patios vecinos, el dueño de estos 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. Aunque la ley habla solamente de la invasión de las ramas sobre las construcciones, jardines o patios vecinos, debe entenderse que la ley ha querido indicar toda invasión de propiedad vecina, trátase de una finca urbana o rural (ver nota 16).

Adviértase que, respecto de las ramas, la ley reconoce al vecino solamente el derecho de pedir que se corten las que se extiendan sobre su predio; en tanto que, tratándose de raíces, le da derecho a cortarlas por sí mismo. No parece justificarse la distinción. Desde el momento que el árbol vecino invada el suelo o el espacio aéreo que pertenece al colindante, es evidente que éste debe tener el derecho a proceder por sí al corte de raíces o ramas. En el fondo, tanto un supuesto como otro supone una turbación de la posesión, que el poseedor está autorizado a repeler por las vías de hecho (art. 2469 Ver Texto); no es razonable obligarlo a recurrir a un juicio por causas generalmente nimias.

1111/11340

G.— GOTERAS DE TECHOS Y DESAGÜES

1111/508

508. GOTERAS DE TECHOS.— Recuerda el codificador en la nota al art. 2631 Ver Texto , que existía en los pueblos de nuestro país la costumbre de construir las casas a dos aguas, de tal manera que las aguas pluviales (llamadas goteras de los techos) caían sobre el terreno vecino. El Código resuelve el problema en dos artículos, que disponen: 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 (art. 2630 Ver Texto). A continuación se prevé el caso de que el edificio estuviese ya construido de manera que las goteras cayeran sobre el vecino: cuando por la costumbre del pueblo, los edificios se hayan construido de manera que las goteras de una parte de los tejados caigan sobre predio 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 al goteraje del predio vecino, pero con la obligación de hacer las obras necesarias para que el agua caiga en el predio en que antes caía (art. 2631 Ver Texto).

Son éstas, materias que deben dejarse libradas a la reglamentación municipal y que no son propias de un Código Civil.

1111/509

509. AGUAS PLUVIALES.— Dispone el art. 2634 Ver Texto que el propietario de una heredad no puede por medio de un cambio que haga en el nivel de su terreno, dirigir sobre el fundo vecino las aguas pluviales que caían en su heredad. Aquí no se trata ya de las aguas que caen sobre los techos, sino de las que caen sobre el terreno mismo. y con razón se prohíbe toda obra que desvíe las aguas al fundo vecino pues ello importaría un uso abusivo de la propiedad.

1111/510

510. AGUAS DE POZOS O SERVIDAS.— Según el art. 2632 Ver Texto , el propietario de una heredad por ningún trabajo u obra puede hacer correr por el fundo vecino las aguas de pozo que él tenga en su heredad, ni las de servicio de su casa, salvo lo que en adelante se dispone sobre las aguas naturales o artificiales que hubiesen sido llevadas o sacadas allí para las necesidades de establecimientos industriales. El artículo siguiente agrega que el propietario está obligado en todas las circunstancias a tomar las medidas necesarias para

hacer correr las aguas que no sean pluviales o de fuentes, sobre terreno que le pertenezca o sobre la vía pública.

Con respecto a las aguas de pozo, el principio es que el propietario que las ha alumbrado debe tomar todas las precauciones necesarias para evitar que ellas puedan correr sobre el fundo vecino. Sin embargo, cuando se han alumbrado aguas sea para riego, sea para establecimientos industriales, que por su abundancia no pueden contenerse en el terreno superior, los dueños de los terrenos inferiores están obligados a recibirlas debiendo satisfacerles una justa indemnización por los perjuicios que les causaren (art. 2650 Ver Texto y 3097 Ver Texto).

1111/11350

H.— AGUAS QUE DESCIENDEN NATURALMENTE A LOS FUNDOS INFERIORES

1111/511

511. OBLIGACIÓN DE LOS FUNDOS INFERIORES.— Mientras los dueños de los fundos inferiores no están obligados a recibir las aguas alumbradas por el propio vecino (salvo los casos de excepción señalados en los números anteriores), en cambio están obligados recibir las aguas que descienden a ellos naturalmente desde los terrenos superiores (art. 2647 Ver Texto). Solución lógica, porque los propietarios de los fundos deben admitir las consecuencias de los hechos de la naturaleza, aunque les sean perjudiciales; lo que no se permite es que, por efectos de trabajos realizados por el hombre, pueda perjudicarse a los fundos inferiores. Y aunque todo esto estaba ya expresado con toda claridad, el art. 2648 Ver Texto agrega una disposición que en verdad es sobreabundante. Establece que lo dispuesto en el artículo anterior (vale decir la obligación de recibir las aguas que descienden naturalmente de los terrenos superiores) no comprende las aguas subterráneas que salen al exterior por algún trabajo del arte; ni las aguas pluviales caídas de los techos o de los depósitos en que hubiesen sido recogidas, ni las aguas servidas que se hubiesen empleado en la limpieza doméstica o en trabajos de fábricas, salvo cuando fuesen mezcladas con el agua de lluvia. La última parte de la disposición hace la excepción de las aguas servidas que descienden mezcladas con las aguas de lluvia, porque siendo imposible separarlas, el legislador ha creído justo que las aguas servidas pudiesen seguir el curso de las pluviales (ver nota 17).

1111/512

512. ARENAS Y PIEDRAS.— De igual modo está obligado el dueño de los terrenos inferiores a recibir las arenas y piedras que arrastren en su curso las aguas pluviales o las que naturalmente desciendan a ellos (arts. 2649 Ver Texto y 2651 Ver Texto).

Así como el dueño de los terrenos inferiores no puede reclamar porque desciendan a ellos piedras o arenas de los fundos superiores, tampoco el dueño de éstos puede reclamar la propiedad de las arenas o piedras que hayan sido depositadas en los terrenos inferiores arrastradas por el curso de las aguas que descienden naturalmente a ellos (art. 2649 Ver Texto).

1111/513

513. PROHIBICIÓN DE AGRAVAR LA SITUACIÓN DEL TERRENO INFERIOR.— Si bien el propietario del terreno inferior está obligado a recibir las aguas que naturalmente descienden a él de los terrenos superiores, sin derecho a indemnización alguna, 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, de manera que pueda perjudicar al terreno inferior (art. 2653 Ver Texto).

La disposición es razonable, porque si bien es justo que el propietario de los fundos inferiores sufra el perjuicio de las aguas que descienden naturalmente a ese terreno, en cambio no lo es que deba sufrir también una agravación de su obligación debida a los trabajos realizados en el terreno superior. Esto no quiere decir que el dueño del terreno superior no pueda realizar ningún trabajo que suponga un desvío de las aguas, sino sólo que está prohibido el desvío que perjudique al terreno inferior. Así, por ejemplo, se ha resuelto que los canales para escurrimiento de las aguas abiertos en el fundo superior no contrarían la prohibición del art. 2653 Ver Texto si no está probado que hubieran venido a agravar o a perjudicar la condición del fundo inferior (ver nota 18). La violación de esta prohibición legal da derecho al propietario del fundo inferior a reclamar la remoción o destrucción de la obra que hubiera desviado o hecho más perjudiciales el curso de las aguas y a pedir la indemnización de los daños.

1111/514

514. OBRAS EN LOS TERRENOS INFERIORES.— Consecuencia de la obligación del dueño del terreno inferior de recibir las aguas que desciendan naturalmente de los terrenos o fundos superiores, es la prohibición legal que pesa sobre él de hacer ningún dique o construcción que contenga o haga refluir sobre el terreno superior las aguas, arenas o piedras que naturalmente desciendan 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 veinte años de existencia (art. 2651 Ver Texto).

Conforme con esta disposición, el derecho a pedir la destrucción de la obra sólo se pierde:

a) Por haber visto y conocido la construcción de la obra cuando es evidente que ésta tendría por resultado hacer refluir las aguas sobre el terreno superior. Lo que se quiere evitar con esta disposición es que el vecino dueño del terreno superior permita dolosamente la construcción de una obra cuyo resultado conoce y cuya destrucción se propone pedir. Si, en cambio, ha podido razonablemente creer que la obra no le causaría perjuicio o que el propietario del fundo inferior adoptaría las precauciones necesarias para evitarlo, la circunstancia de haber visto y conocido que se construía no lo priva del derecho de reclamar la destrucción.

b) Si la obra tuviese una existencia de veinte años. En este caso se adquiere definitivamente el derecho de mantener la obra, y consecuentemente, se extingue la acción del dueño del terreno superior para pedir su destrucción. Es una solución razonable y práctica, porque aclara y define los derechos de las partes con relación al curso de las aguas y pone fin a eventuales acciones destinadas a modificar un estado de cosas que el largo tiempo transcurrido ha convertido en normal.

1111/515

515.— Lo dicho en el número anterior se refiere al supuesto de aguas que corren naturalmente desde los fundos superiores a los inferiores, es decir, al caso de que el dueño del fundo inferior no tenga derecho a impedir la entrada de agua. En cambio, es perfectamente legítimo que el propietario del fundo inferior haga obras para impedir la entrada de aguas que su terreno no está obligado a recibir y, en tal caso, no responderá por el daño que tales obras puedan causar (art. 2652 Ver Texto). Es natural que así sea, porque el dueño del fundo superior no tiene derecho a desviar las aguas hacia los fundos inferiores y, por consiguiente, no tiene tampoco derecho a agraviarse por la construcción de obras que aseguran los derechos que la ley reconoce a los dueños de los fundos inferiores.

1111/11360

I.— LUCES Y VISTAS

1111/516

516. CONCEPTO.— Se llaman luces a las ventanas o aberturas que permiten sólo el pasaje de la luz o el aire, no así la vista hacia el exterior. Son vistas, en cambio, aquellas aberturas que permiten también ver los fundos contiguos. El Código contiene una serie de disposiciones tendientes a evitar que las luces y, particularmente las vistas, puedan perturbar la vida de vecindad.

1111/517

517. PAREDES MEDIANERAS.— En caso de que se trate de muros medianeros, ninguno de los condóminos podrá abrir ventanas o troneras en dicho muro, sin consentimiento del condómino (art. 2654 Ver Texto). La disposición es lógica, porque se trata de un muro que pertenece en condominio a ambos propietarios y, por consiguiente, no es posible admitir que uno de los condóminos horade el muro para hacer una ventana sin el consentimiento del otro.

1111/518

518. PAREDES NO MEDIANERAS.— Sobre luces y vistas en paredes no medianeras el Código contiene disposiciones excesivamente minuciosas, propias de una reglamentación municipal, pero no de un Código Civil.

1111/519

519. a) Luces.— El art. 2655 Ver Texto establece que el dueño de una pared no medianera contigua a finca ajena puede abrir en ella ventanas para recibir luces a tres metros de altura del piso de la pieza a que quiera darse luz, con reja de fierro cuyas barras no dejan mayor claro que tres pulgadas. El artículo siguiente aclara que esas luces constituyen una servidumbres y el dueño de la finca de propiedad contigua puede adquirir la medianería de la pared y cerrar las ventanas de luces siempre que edifique apoyándose en la pared medianera. A mayor abundamiento el artículo 2657 Ver Texto agrega que el que goza de luz por ventanas abiertas en su pared no tiene derecho para impedir que en el suelo vecino se levante una pared que la cierre y le prive de la luz.

1111/520

520. b) Vistas.— Nuestro Código distingue dos clases de vistas: las que están de frente al predio vecino y las oblicuas a la divisoria de los predios.

El art. 2658 Ver Texto dispone que no se puede tener vistas sobre el predio vecino cerrado o abierto por medio de ventanas, balcones u otros voladizos, a menos que intermedie una distancia de tres metros de la línea divisoria. Y el artículo siguiente agrega que tampoco pueden tener vistas de costado u oblicuas sobre propiedad ajena, si no hay setenta centímetros de distancia.

Las ventanas o balcones que estén a menor distancia que la establecida, deben clausurarse (ver nota 19). Pero si se trata de paredes no divisorias levantadas a una distancia menor que la prescripta en los arts. 2658 Ver Texto y 2659, es posible la apertura de luces (no vistas), puesto que éstas pueden abrirse aun en las paredes divisorias no medianeras conforme con lo dispuesto en el art. 2655 Ver Texto (ver nota 20) y en las condiciones señaladas por esta norma o sea a tres metros de la altura del piso.

El art. 2660 Ver Texto agrega que las distancias que prescriben los artículos anteriores se cuentan desde el filo de la pared donde no hubiese otras voladizas; y desde el filo exterior de éstas, donde las haya; y para las oblicuas, desde la línea de separación de las dos propiedades.

1111/521

521. TITULARES DE LA ACCIÓN.— El contralor del cumplimiento de los reglamentos legales, sean leyes propiamente dichas u ordenanzas municipales, corresponde a las autoridades del municipio. Son ellas, por medio de las oficinas pertinentes, las encargadas de hacer cerrar las aberturas que contrarían dichas disposiciones. Pero además los propietarios y los poseedores tienen acción contra los que violan las reglamentaciones legales, como que las disposiciones de los artículos sobre luces y vistas han sido establecidas en beneficio de ellos. En cuanto a los poseedores propiamente dichos, su acción surge de lo dispuesto en el art. 2418 Ver Texto .

Se discute, en cambio, si tienen también acción los locatarios. Nos inclinamos decididamente por reconocerles legitimación. Las restricciones referidas a las vistas, no tienen en mira al inmueble vecino, ni al derecho de propiedad o posesión en sí mismo, sino sobre todo al vecino, a la persona de carne y hueso que habita en el inmueble contiguo y a quien se afecta en su derecho a la privacidad, que la ley procura resguardar (ver nota 21).

1111/11370

J.— RESTRICCIÓN A LA FACULTAD DE DIVIDIR LAS COSAS

522. NORMA LEGAL.— La ley 17711 agregó al artículo 2326 Ver Texto un párrafo que importa una restricción a la facultad que tiene el propietario de dividir las cosas de su propiedad que son naturalmente divisibles. Dice que no podrán dividirse las cosas cuando ello convierte en antieconómico su uso o aprovechamiento. Las autoridades locales podrán reglamentar en materia de inmuebles la superficie mínima de la unidad económica.

Aunque la disposición tiene carácter general, es claro que la preocupación esencial que inspiró esta norma es poner coto al minifundio. Muchas tierras regadas del país han quedado inutilizadas por su excesiva y antieconómica división. Así, por ejemplo, el valle de Catamarca está en buena medida esterilizado por la excesiva e incontrolada división de la tierra, a punto que se ha convertido en un lugar en donde los habitantes de la ciudad tienen sus pequeñas propiedades de fin de semana. Si se piensa que aquella provincia padece un agudo problema de falta de agua, se comprenderá la inusitada gravedad de que una de las pocas extensiones aptas para cultivos intensivos de la provincia, haya quedado inutilizada. El mismo fenómeno se repite en La Rioja, Jujuy y Santiago del Estero, principalmente.

El agregado al artículo 2326 Ver Texto deja librado a las autoridades locales la fijación de la superficie mínima de las unidades económicas. Debe entenderse por tal la mínima extensión compatible con el aprovechamiento óptimo de la tierra, conforme las modernas técnicas agrícola-ganaderas. Y es natural que no se fije una superficie uniforme para todo el país, porque muy distinta es la unidad económica en la Patagonia y en la pampa húmeda; muy distinta también, en tierras con riego artificial y en tierras de secano. Aun dentro de las tierras con riego, la unidad puede variar según sea el destino más adecuado de la tierra, teniendo en cuenta su clima y demás características peculiares.

(nota 1) De acuerdo: SALVAT, t. 2, n° 1114.

(nota 2) De acuerdo: MARIANI DE VIDAL, Denuncia del daño temido, Lecciones y Ensayos, n° 40 y 41; en cambio, ADROGUÉ piensa que sólo tienen legitimación el propietario y el poseedor, pero no el simple tenedor ni quien ostenta un derecho personal: *Obra vieja o ruinoso*, L.L., t. 139, p. 925.

(nota 3) De acuerdo: MARIANI DE VIDAL, loc. cit., ADROGUÉ, loc. cit., aunque con la reserva de que sólo se procederá inaudita parte cuando las circunstancias del caso así lo requieran, lo que parece prudente.

(nota 4) De acuerdo: MARIANI DE VIDAL, loc. cit. en nota anterior.

(nota 5) En este sentido, SALVAT, t. 2, n° 1098; MACHADO, t. 7, p. 23, en nota; SEGOVIA, t. 2, p. 1115, nota 8; AUBRY y RAU, t. 2, § 198, texto y nota 2; DEMOLOMBE, t. 11, n° 515 y 516; PLANIOL-RIPERT-PICARD, t. 3, n° 907 y siguientes.

(nota 6) De acuerdo: LAFAILLE, t. 2, n° 84; LLERENA, t. 7, art. 2621, n° 1.

(nota 7) De acuerdo: SALVAT, t. 2, n° 1121.

(nota 8) LEGÓN, Derechos reales, t. 7, p. 337; ARGANÑARAZ, en SALVAT, t. 2, n° 1123, nota 101 b.

(nota 9) De acuerdo: SALVAT, t. 2, n° 1126; LEGÓN, Derechos reales, t. 7, p. 262; MACHADO, t. 7, p. 28, en nota; PLANIOL-RIPERT-PICARD, t. 3, n° 909; BAUDRY-LACANTINERIE y CHAUAUX, n° 1011; AUBRY y RAU, t. 2, § 197.

(nota 10) LEGÓN, Derechos reales, t. 7, p. 263; SALVAT, t. 2, n° 1127.

(nota 11) De acuerdo: SALVAT, t. 2, n° 1126.

(nota 12) S. T. Entre Ríos, 30/4/1942, J. A., 1943-I, p. 171.

(nota 13) En este sentido: S. C. Buenos Aires, 2/7/1946, J. A., 1946-III, p. 820 y L. L., t. 44, p. 192; SALVAT, t. 2, n° 1128; LLERENA, t. 7, p. 436; MACHADO, t. 7, p. 27.

(nota 14) En este sentido, C. Civil Cap., Sala C, 13/12/1965, E. D., t. 15, p. 865 (con importante voto del Dr. Chute); SPOTA, nota al fallo citado y nota en J. A., 1953-II, p. 1219.

(nota 15) S. C. Buenos Aires, 2/7/1946, L.L., t. 44, p. 192 y J. A., 1946-III, p. 820. De acuerdo: HIGHTON, Dominio y usucapión, t. 1, § 178.

(nota 16) De acuerdo: SALVAT, t. 2, p. 1130.

(nota 17) En este sentido, SALVAT, t. 2, n° 1142.

(nota 18) S. C. Buenos Aires, 2/9/1947, Acuerdos y Sentencias, serie 20, t. IX, p. 144; en sentido concordante, SALVAT, t. 2, n° 1147.

(nota 19) C. Civil 1ª Cap., 27/6/1932, J. A., t. 38, p. 726; C. Civil 2ª Cap., 21/9/1932, J. A., t. 39, p. 492; SALVAT, t. 2, n° 1156 y su anotador ARGAÑARAZ, n° 1157 a.

(nota 20) De acuerdo: C. Civil 2ª Cap., 4/10/1933, J. A., t. 43, p. 1091.

(nota 21) De acuerdo: LEGÓN, t. 7, p. 286; en contra, SALVAT, t. 2, n° 1158.

1111/11380

CAPÍTULO XI - PROPIEDAD DE LAS AGUAS (ver nota 1)

1111/523

523. IMPORTANCIA DEL TEMA.— El agua es un elemento vital para la vida humana. Es indispensable para satisfacer la sed, para el cuidado de la higiene y limpieza, para la agricultura y ganadería y para usos industriales múltiples, entre los cuales debe destacarse el de ser una de las fuentes básicas de la generación de electricidad.

En nuestro días, la explosión demográfica, la concentración de la población en grandes ciudades, el crecimiento no menos espectacular de la industria, devora cantidades enormes de agua. Las fuentes naturales, aprovechadas cada vez más intensamente, han empezado a ser insuficientes. El problema es hoy grave y pronto puede ser dramático. Los técnicos han vuelto sus miradas al mar y han puesto en práctica procedimientos de desalinización que resultan todavía excesivamente costosos y antieconómicos.

Entretanto, es obvia la necesidad en que se encuentra el Estado de regular el uso de todos los recursos hídricos naturales y de concluir con el aprovechamiento irracional y antisocial de las aguas por los particulares, especialmente por los propietarios en cuyos predios brota

natural o artificialmente el agua o por los cuales cruzan ríos y arroyos.

Este requerimiento de las sociedades modernas debe necesariamente reflejarse en la legislación, que hoy reputa pertenecientes al dominio público aguas que antiguamente eran del dominio privado del dueño de la tierra, y que regula cada vez más prolijamente su aprovechamiento.

Ya veremos cómo la reforma del Código Civil de 1968 ha seguido esa tendencia legislativa en normas destinadas a tener una gran repercusión en todo lo que atañe a la propiedad y uso de las aguas.

1111/524

524. AGUAS PÚBLICAS Y PRIVADAS; LÍMITES DE NUESTRO ESTUDIO.— Por las razones que hemos dado en el número precedente, la mayor parte de las aguas pertenecen al dominio público del Estado. En esta situación se encuentran: a) el mar territorial (art. 2340 Ver Texto , inc. 1º, C. Civil, ley 17094); b) los ríos y demás cursos de agua que corren por cauces naturales (art. 2340 Ver Texto , inc. 3º, y art. 2637 Ver Texto); c) los lagos navegables (art. 2340 Ver Texto , inc. 5º); en cuanto a los no navegables se plantea una cuestión que estudiaremos en su lugar (nº 539); d) las aguas subterráneas (art. 2340 Ver Texto , inc. 3º); e) las aguas pluviales que caigan en lugares públicos (art. 2636 Ver Texto); f) finalmente, cualquier agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general (art. 2340 Ver Texto , inc. 3º). En cambio pertenecen al dominio privado; a) las aguas pluviales que caen en los inmuebles de los particulares o entran en ellos (art. 2635 Ver Texto); b) las aguas que brotan en los terrenos de los particulares siempre que no corran por cauces naturales (art. 2637 Ver Texto); c) las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad aunque formen cauce (art. 2350 Ver Texto). Dada la índole de este Tratado, que solamente se ocupa del derecho privado, limitaremos nuestro estudio a las aguas sobre las cuales se puede ejercer el derecho de propiedad aunque para ello será ineludible referirse a los casos en los cuales existen dudas de si pertenecen al dominio público o privado, como también a los problemas derivados de la transformación de aguas del dominio privado en aguas del dominio público, como consecuencia de la reforma de la ley 17711 .

1111/11390

§ 1. Aguas pluviales

1111/525

525. NATURALEZA JURÍDICA.— Las aguas pluviales que caen sobre la tierra tienen distintos destinos: a veces, sirven simplemente de riego, confundiéndose con la tierra que fertilizan; en ocasiones, sobre todo cuando son copiosas, penetran a través de las capas superiores de la tierra, aumentando el caudal de las napas subterráneas e indirectamente el de los ríos y arroyos que nacen de vertientes; otras veces, sobre todo cuando la capa superficial es impermeable, forman depósitos de agua ya sea naturales (bañados, lagunas, etc.) o bien resultantes de la obra del hombre (represas).

Para establecer la naturaleza jurídica de las aguas pluviales, es necesario distinguir entre las que caen en terreno privado y las que caen en terreno público del Estado.

Respecto de las primeras, el art. 2635 Ver Texto prescribe que ellas pertenecen a los dueños de las heredades donde cayesen o donde entrasen.

No cabe duda, por tanto, que ellas pertenecen al dominio privado del propietario. Pero se discute si ese dominio se adquiere por ocupación o por accesión. Los autores que se inclinan por la primera teoría, sostienen que el agua de lluvia es, por naturaleza, res nullius y, por tanto, se necesita un acto de apropiación para adquirir el dominio, acto que no puede realizar legalmente sino el propietario del fundo donde las aguas han caído (ver nota 2).

Por nuestra parte, nos inclinamos por la teoría de la accesión. Nos parece decisivo para rechazar la idea de que en este caso existe ocupación o apropiación, el argumento basado en que la apropiación requiere un acto de aprehensión realizado con el ánimo de apropiarse de las cosas (art. 2525 Ver Texto). Es evidente que nada de esto ocurre en el caso de las aguas pluviales, cuya propiedad adquiere el dueño del terreno aun ignorando que hayan caído en él.

Bien entendido que las aguas pluviales pertenecen a los dueños de las heredades en tanto continúen dentro de los límites de su propiedad; si, por el contrario, luego de caer en una propiedad, se desviasen o entrasen en la de un vecino, desde el momento que entran en la propiedad de éste, le pertenecen (art. 2635 Ver Texto), lo que constituye otro importante argumento en favor de la teoría de la accesión.

1111/526

526.— Queda ahora por considerar la naturaleza jurídica de las aguas caídas en lugares públicos. Advertimos, ante todo, que al hablar de lugares públicos, aludimos a la tierra que es propiedad del Estado y no al mar, los ríos o los lagos del dominio público, porque el

agua, al caer sobre éstos, se confunde con las aguas del mar, ríos y lagos, perdiendo su individualidad, de tal manera que no puede determinarse (ver nota 3).

Respecto de las aguas caídas en terrenos públicos se renueve la discusión relativa a la naturaleza jurídica. El art. 2636 Ver Texto dice que todos pueden reunir las aguas pluviales que caigan en lugares públicos o que corran por lugares públicos, aunque sea desviando su curso natural, sin que los vecinos puedan alegar ningún derecho adquirido. Éste parece ser un argumento irrefutable en favor de la tesis de que el agua pluvial caída en propiedad pública del Estado es res nullius, dado que cualquier particular puede apropiarse de ella. Éste es el punto de vista sostenido por la mayor parte de los autores (ver nota 4). Otros, por el contrario, sostienen que se trata de aguas de dominio público y que el art. 2636 Ver Texto lo único que hace es reconocer a todos el derecho de usar este bien del dominio público que es el agua pluvial, con lo que no se hace sino reglamentar la disposición general del art. 2341 Ver Texto , según el cual los particulares tienen el uso y goce de los bienes públicos del Estado (ver nota 5).

Sin embargo, una cosa es usar y gozar de los bienes públicos del Estado, dejándolos indemnes y en condiciones de ser aprovechados también por otras personas (que es el derecho que reconoce el art. 2341 Ver Texto) y otra apropiarse de las aguas pluviales, que es lo que claramente prescribe el art. 2636 Ver Texto . Es necesario concluir, por consiguiente, que las aguas pluviales caídas en lugares públicos son res nullius y que cualquier particular puede apropiarse de ellas. Sin embargo, hay que hacer la salvedad, de que si esas aguas comienzan a correr por cauces naturales formando un río o arroyo, pierden su condición de res nullius para transformarse en cosas de derecho público (ver nota 6). Y si dichas aguas caídas en lugares públicos corren hacia terrenos particulares sin formar ríos o arroyos, desde el momento que entran dentro de los límites particulares se convierten en propiedad de los dueños del terreno (ver nota 7).

No obstante admitir que dentro de nuestro derecho positivo las aguas pluviales caídas en lugares públicos son res nullius, reconocemos que es indudable la conveniencia de considerarlas como cosas del dominio público, porque de esta manera se permitiría la reglamentación de uso y el mejor aprovechamiento del agua (ver nota 8).

1111/527

527. USO DE LAS AGUAS CAÍDAS EN TERRENOS PRIVADOS.— Dispone el art. 2635 Ver Texto que las aguas pluviales pertenecen a los dueños de las heredades donde cayesen o donde entrasen y les es libre disponer de ellas o desviarlas sin detrimento de los terrenos inferiores. Vale decir, el dueño de la heredad donde cae el agua, es propietario de ella y tiene, por consiguiente, todos los derechos de uso, goce y consumo propios del derecho de propiedad. Muy importante es la facultad que se concede al propietario de desviar las aguas, pues ello significa que las aguas que naturalmente discurrirían hacia los

fundos vecinos, pueden ser desviadas por represas o tajamares por fines de riego, acumulación de aguas en represas, etc. Cabe notar que este artículo ha sido tomado de FREITAS (art. 4270), del que se aparta, sin embargo, en un punto importante. Donde nuestro Código dice sin detrimento, la fuente dice en detrimento. BIBILONI creyó encontrar en este cambio un simple error de imprenta que debía rectificarse (nota al art. 2484 del Anteproyecto). Por nuestra parte, pensamos que no ha habido un error de imprenta o de traducción, sino una modificación deliberada del texto que sirvió de fuente. La rectificación, además, es razonable, y concuerda con el art. 2653 Ver Texto , según el cual está prohibido al dueño del fundo superior desviar las aguas de modo de hacer más impetuosa o perjudicial la corriente que cae sobre el terreno inferior. Tampoco podría desviarla hacia partes del terreno vecino que antes no las recibía o hacer desagotar en el terreno vecino las aguas que antes quedaban en el fundo superior (ver nota 9).

1111/528

528.— Hemos dicho, que el propietario del fundo donde las aguas pluviales han caído tiene un derecho de dominio sobre ellas y que puede desviarlas impidiendo que las aguas corran hacia el fundo inferior. Cabe preguntarse, sin embargo, si el dueño del fundo inferior no puede adquirir el derecho a recibir dichas aguas. No cabe duda alguna que ese derecho puede adquirirse por contrato, constituyéndose una servidumbre en favor del dueño del fundo inferior; tampoco es dudoso que puede adquirirse por disposición de última voluntad del dueño de los dos terrenos que luego se dividen entre sus herederos (ver nota 10). Pero cabe preguntarse si se puede adquirir también por prescripción de veinte años. La mayor parte de los autores se inclina por la solución afirmativa (ver nota 11). Puesto que en definitiva estamos en presencia de una servidumbre, es evidente que ella se puede adquirir por todos los medios establecidos para ésta, o sea por contrato (art. 2977 Ver Texto), por disposición de última voluntad y destino del padre de familia (art. 2978 Ver Texto) y por usucapión de veinte años (art. 3017 Ver Texto).

Asimismo, puede adquirirse el derecho del propietario del fundo inferior a no recibir las aguas del predio superior; ese derecho puede resultar también de contrato, de disposición de última voluntad y de prescripción. Pero para que se adquiriera por prescripción el derecho de no recibir, es indispensable que se hayan realizado obras en el fundo inferior que revelen el propósito del propietario de ejercer el derecho de no recibir aguas. Esta prescripción se cumple en el plazo de veinte años (art. 2651 Ver Texto) (ver nota 12).

1111/529

529. AGUAS QUE CAEN SOBRE TIERRA DEL DOMINIO PÚBLICO.— Se ha dicho ya que las aguas caídas en lugares públicos son res nullius. La consecuencia de este punto de partida es que la autoridad administrativa no puede conceder a los particulares el uso exclusivo de las aguas caídas en terrenos públicos, ya que el Estado no puede otorgar una

concesión sobre bienes que no le pertenecen (ver nota 13).

Es necesario llamar la atención sobre lo que consideramos un error del art. 2636 Ver Texto . Dice, en efecto, que todos pueden reunir las aguas pluviales que caigan en lugares públicos o corran en lugares públicos aunque sea desviando su curso natural. No se advierte cómo podría un particular desviar el curso natural de las aguas caídas en terrenos públicos sino mediante la realización de obras, que por la misma razón de ser un dominio público, no pueden realizar los particulares. Ni siquiera, creemos, podrían hacerlo con autorización del Estado, porque ello significaría en la práctica conceder el uso y utilización exclusiva de las aguas caídas en terreno público, lo que, ya lo dijimos, escapa a las facultades de la Administración Pública.

1111/11400

§ 2. Ríos y arroyos

1111/530

530. RÍOS Y ARROYOS DEL DOMINIO PÚBLICO Y DEL DOMINIO PRIVADO.— El principio general es que los ríos y arroyos y demás aguas que corren por sus cauces naturales pertenecen al dominio público del Estado (art. 2340 Ver Texto , inc. 3º y art. 2637 Ver Texto). En el Código Civil esta disposición estaba completada por otra, el art. 2637 Ver Texto , que limitaba sus efectos considerablemente. Decía así: las aguas que broten en los terrenos privados pertenecen a los dueños de éstos y pueden libremente usar de ellas y mudar su dirección natural. El simple hecho de correr por los terrenos inferiores no da a los dueños de éstos derecho alguno, pero si ellos fuesen el principal alimento de un río o fuesen necesarios a algún pueblo, están sujetos a expropiación por utilidad pública.

Resultaba contradictorio que, por una parte, el art. 2340 Ver Texto , inc. 3º, estableciera que todas las aguas que corren por sus cauces naturales son del dominio público, y que, por otra, el art. 2637 Ver Texto hiciese la muy importante excepción de las aguas que brotan en el terrenos privados.

Todos los innumerables ríos y arroyos que nacen, por ejemplo, en las sierras de Córdoba, brotan de vertientes. El art. 2637 Ver Texto significaba que no obstante el indudable carácter público de tales cursos de agua, los propietarios de los fundos en los cuales nacen podían represar, detener y desviar sus aguas, extinguiendo los ríos o arroyos.

Así, la solución del art. 2637 Ver Texto no sólo era contradictoria con el art. 2340 Ver Texto , inc. 3º, sino también gravemente contraria a los intereses públicos.

La ley 17711 dio al art. 2637 Ver Texto la siguiente redacción: las aguas que surgen en los terrenos de particulares pertenecen a sus dueños, quienes pueden usar libremente de ellas y cambiar su dirección natural. El hecho de correr por los terrenos inferiores no da a los dueños de éstos derecho alguno. Cuando constituyen un curso de agua por cauces naturales pertenecen al dominio público y no pueden ser alterados.

Como puede apreciarse, la ley distingue ahora dos cursos de agua: los que corren por sus cauces naturales, que pertenecen al dominio público del Estado aunque tengan su vertiente en una propiedad privada, y los que por su poca importancia no llegan a formar un cauce natural, que pertenecen al dueño del predio donde brota. Hay que agregar, sin embargo, que también pertenecen al dominio privado del propietario las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad (art. 2350 Ver Texto), aunque lleguen a formar un cauce natural.

Se ha criticado la nueva redacción del art. 2637 Ver Texto afirmándose que las aguas siempre corren por sus cauces naturales, de tal modo que la primera parte del art. 2637 Ver Texto no tendría aplicación posible (ver nota 14). La crítica no parece justa. En verdad existen numerosas vertientes que por su poco caudal o por la naturaleza del suelo por el que corren no llegan a formar verdaderos cauces. El que las cruza no advierte otra cosa que pastos más verdes y lozanos allí donde corre el agua. No hay ninguna diferencia morfológica entre la tierra por donde corre el agua y las adyacentes; no hay cauce o lecho propiamente dicho. A ello se agrega que estos cursos de agua suelen variar de recorrido en forma muy caprichosa, sobre todo cuando la pendiente no es pronunciada. Esto acontece principalmente en las vertientes que sólo tienen agua durante las temporadas de lluvias o de deshielo; mientras están secas, la erosión eólica, un ligero deslizamiento de tierra, bastan para hacerlas cambiar de recorrido. Éstas son las aguas que conforme a la nueva disposición legal, pertenecen al propietario del fundo en donde nacen, aunque en su recorrido lleguen a propiedades abajeñas. Y se justifica de modo pleno que sólo respecto de estos cursos de agua de menor importancia pueda el dueño del terreno donde nacieron disponer de ellas y hasta privar a los abajeños del agua. Pero si la corriente tiene importancia como para haber formado su propio lecho, entonces ya no puede ser considerada como dominio privado. La importancia de su caudal justifica que se la considere de dominio público y que nadie pueda pretender derechos exclusivos sobre sus aguas.

1111/531

531. USO Y GOCE DE LAS AGUAS PRIVADAS.— Conforme lo hemos dicho en el número anterior, sólo pertenecen al dominio privado los siguientes cursos de aguas; 1) los

que brotan en una heredad, sin llegar a formar cauces naturales; 2) las vertientes que nacen y mueren en una misma heredad, aunque lleguen a formar cursos naturales. Respecto de estas aguas, el derecho del dueño del predio donde brotan es pleno. Puede, en consecuencia, usar y disponer de ellas, consumirlas íntegramente, impedir que lleguen a las propiedades abajeñas. Tiene pues derecho a usar, gozar y consumir dichas aguas. Claro está que ese derecho no puede ser ejercido abusivamente. En consecuencia, el propietario de las aguas que las deja correr por los fundos inferiores no puede emplearlas en un uso que las haga perjudiciales para ellos (art. 2638 Ver Texto), como ocurriría, por ejemplo, si vertiese en ellas productos químicos o desperdicios que dañen a los predios inferiores; asimismo, está prohibido al dueño del terreno superior agravar la obligación del dueño del terreno inferior de recibir las aguas dirigiéndolas a un solo punto o haciendo más impetuosa la corriente de tal modo que pueda perjudicar al terreno inferior (art. 2653 Ver Texto).

1111/532

532. USO DE LAS AGUAS DEL DOMINIO PÚBLICO.— Sabido es que el uso de los bienes del dominio público es común a todos los habitantes; de ahí que todos ellos puedan usar las aguas del dominio público siempre que no sea en detrimento de los derechos de los demás.

Veamos ahora los principales problemas:

1111/533

533. a) Consumo.— Todos los habitantes tienen derecho a beber, bañarse, lavar la ropa u otros objetos, abreviar o bañar animales, e incluso extraerlas de su curso natural en recipientes manuales. Se trata de derechos no establecidos expresamente en el Código, pero reconocidos por una costumbre milenaria, que algunos códigos de aguas provinciales han recogido expresamente (Código de La Rioja, art. 68; Código de aguas de Río Negro, art. 4).

Adviértase que hemos hablado del derecho de extraer aguas del curso con recipientes manuales; distinto es si se la pretende extraer con bombas u otros medios mecánicos. Esto sólo sería lícito mediando concesión administrativa de la autoridad pública, dado que los medios mecánicos de los que hoy dispone el hombre son tan poderosos, que su uso irrestricto permitiría agotar o disminuir gravemente las corrientes de agua, sobre todo las de poco caudal. Ese problema se vincula con el desvío de las aguas del dominio público, de que trataremos más adelante (nº 536).

1111/534

534. b) Navegación.— El derecho de navegar los ríos ha sido reconocido por la Constitución Nacional a todos los habitantes de la Nación (art. 14 Ver Texto). Y el art. 2641 Ver Texto del C. Civil prohíbe el uso de las aguas de cualquier modo que estorbe o perjudique la navegación o el transporte fluvial.

1111/535

535. c) Pesca.— Todos los habitantes de la Nación tienen derecho a pescar en aguas del dominio público (art. 2548 Ver Texto), con sujeción a los reglamentos de las autoridades locales (art. 2549 Ver Texto). Esta restricción se justifica plenamente porque las autoridades tienen todo el derecho a impedir la destrucción de la fauna acuática por medio de una pesca comercial indiscriminada y abusiva.

La segunda parte del art. 2548 Ver Texto dice: cada uno de los ribereños tiene el derecho de pescar por su lado hasta el medio del río o arroyo. Esta disposición debe reputarse referida sólo a los ríos no navegables ya que en los navegables, la pesca es libre en todo su ancho, inclusive para los ribereños. Hemos tratado anteriormente esta cuestión (véase nº 302).

1111/536

536. d) Riesgo, represas, utilización industrial, energía hidráulica.— Aquí ya no se trata del supuesto que hemos considerado en el apartado a) en que la utilización del agua pública no pone en peligro el derecho igual del resto de la población, sino de usos que significan la utilización de una parte importante del caudal del río o arroyo. En principio, toda obra que importe mudar el curso natural de las aguas, cavar el lecho de ellas o sacarlas de cualquier modo o cualquier volumen para los terrenos de los ribereños, está prohibido salvo especial concesión de la autoridad competente (art. 2642 Ver Texto). En su texto anterior el art. 2645 Ver Texto agregaba que ni con licencia del Estado, provincia o municipalidad, podrá ningún ribereño sin consentimiento de los otros propietarios ribereños, represar las aguas de los ríos o arroyos de manera que alcen fuera de los límites de su propiedad, haciendo más profundo el río o arroyo en la parte superior o que inunde las inferiores; ni detener las aguas de una manera que los vecinos queden privados de ellas. Esta disposición entraba demasiado dentro del campo del derecho administrativo; parecía prudente dejar librado a las reglamentaciones nacionales y locales lo referente a la construcción de represas; y, por ello, esa norma fue sustituida por la ley 17711 por el siguiente texto: la construcción de represas de agua de ríos o arroyos, se regirá por las normas del derecho administrativo.

Cabe agregar que el art. 2646 Ver Texto dispone que ni con licencia del Estado, provincia o municipalidad, podrá ningún ribereño extender sus diques de represas más allá del medio del río o arroyo. Si se piensa que el art. 2642 Ver Texto prohíbe desviar las aguas de los ríos

o arroyos sin autorización de la autoridad competente, forzoso será concluir que el art. 2646 Ver Texto está dirigido más que a los particulares, a las autoridades públicas, a las que veda toda autorización para construir represas que cubran más de la mitad del río o arroyo. Pero como a su vez, la reforma introducida al art. 2645 Ver Texto deja todo el problema de la construcción de represas al derecho administrativo, forzoso será concluir que hoy las autoridades competentes pueden dar estas autorizaciones, siempre que se acomoden a las reglamentaciones administrativas en vigor. Sin embargo, en tanto no existan tales reglamentaciones, el art. 246 Ver Texto conserva su normatividad.

Está claro que la prohibición del art. 2646 Ver Texto se refiere a las represas destinadas a desviar el agua, sea para consumo o para riego, pero no impide la construcción de represas que, aunque cubran todo el ancho del río o arroyo, están destinadas a la producción de energía eléctrica, volviendo todo el caudal al cauce inferior (ver nota 15). En tal caso, ningún perjuicio público ni privado podrá aducirse para justificar la prohibición.

Adviértase que conforme con el art. 2642 Ver Texto no solamente está prohibido desviar el curso natural de las aguas, sino también sacarlas de cualquier modo. Actualmente los medios mecánicos son extremadamente poderosos y permiten extraer caudales de agua muy importantes. Por ello, la captación de las aguas para riego, usos industriales, fuentes de energía eléctrica, etc., está sujeta a la concesión o permiso de la autoridad administrativa. Sin embargo, hay que decir que una práctica inveterada y muy antigua en muchas provincias del centro y norte del país, ha hecho que los propietarios ribereños capten las aguas de los ríos y arroyos para riego o represas. Cabe preguntarse si esa captación inveterada no produce una prescripción en favor del propietario ribereño. Parecería que tratándose de bienes del dominio público, como son las aguas de ríos o arroyos, no puede hablarse de prescripción, ya que una de las características del dominio público es precisamente su imprescriptibilidad (véase nuestro Tratado de Parte General, t. 2, n° 803). Sin embargo, se ha sostenido que en este caso cabe adquirir por prescripción el derecho al uso de las aguas (ver nota 16). Sin dejar de reconocer que la cuestión es extremadamente dudosa, nos inclinamos por reconocer un derecho al uso, que se nutre a veces de costumbres inmemoriales y que ha sido ejercido desde muy antiguo por los propietarios ribereños.

La reglamentación del uso de las aguas tiene particular importancia respecto de las tierras de riego artificial. En esos casos, el uso está reglamentado y directamente controlado por las autoridades administrativas. En estas zonas, el “robo” de aguas suele ser frecuente y ha llegado a tener graves derivaciones, lo que ha motivado que en el Código Penal se incremine como delito la desviación ilegal de aguas, así como estorbar o impedir de cualquier manera el ejercicio de los derechos que un tercero tuviera sobre dichas aguas (art. 182 Ver Texto , C. Penal).

537. CAUCES ABANDONADOS.— Suele ocurrir que los ríos mudan su curso o simplemente se secan, dejando abandonado su cauce. ¿A quién pertenece éste? Desde luego, la duda sólo se presenta respecto de los ríos y arroyos que pertenecen al dominio público del Estado y no a los que son propiedad privada del dueño de la heredad. Es una vieja cuestión que nuestro Código no resuelve de modo expreso. Se sostienen tres soluciones: a) De acuerdo a la primera, los cauces abandonados pertenecen a los propietarios ribereños, quienes los adquieren por accesión. Es la solución tradicional, adoptada por el Derecho Romano (Institutas, Lib. II, t. 1, L. 23) y seguida por las Partidas (Partida 3, tít. 28, L. 31); b) los propietarios por cuyos predios pasa el nuevo curso, toman del anterior, a título de indemnización, el antiguo lecho abandonado, cada uno en proporción al terreno de que ha sido privado; es el sistema del derecho francés (C. Civil, art. 563); c) el cauce abandonado pertenece al dominio privado del Estado. Ésta es la solución propiciada por nuestros Proyectos de Reformas (Anteproyecto de BIBILONI, art. 2411; Proyecto de 1936, art. 1493; Anteproyecto de 1954, art. 1500). En los dos primeros, la disposición se complementa con una idea tomada del derecho francés, si bien modificándola: los propietarios ribereños del cauce originario tendrán derecho preferente a la adquisición del dominio del cauce y el importe se pagará, a título de indemnización, a los propietarios por cuyas tierras pasa el nuevo cauce.

En nuestra doctrina y jurisprudencia predomina decididamente la tesis de que el cauce abandonado pertenece por accesión a los propietarios ribereños (ver nota 17). Importante apoyo de esta doctrina la constituye el art. 2573 Ver Texto , según el cual pertenecen a los ribereños los terrenos que el curso de las aguas vaya dejando a descubierto, retirándose insensiblemente de una de las riberas hacia la otra. Si en este supuesto el cauce pertenece a los ribereños, obvio resulta que la misma solución debe aplicarse al supuesto del abandono total del cauce. parece también que ésta es la mejor solución del punto de vista práctico, pues ni el Estado ni otros particulares que no sean los ribereños tendrán posibilidad de explotar eficazmente una estrecha y sinuosa lonja de tierra.

1111/11410

§ 3. Lagos

1111/538

538. PROPIEDAD DE LOS LAGOS.— En su redacción original, el art. 2340 Ver Texto , inc. 5º, establecía que pertenecen al dominio público del Estado general o de los Estados particulares, los lagos navegables por buques de más de 100 toneladas y también sus márgenes. Consecuente con su propósito de extender al máximo el dominio público de las aguas, la reforma de 1968 dio al inc. 5º la siguiente redacción: los lagos navegables y sus

lechos. Es decir, ya no se requiere para ser considerado del dominio público que el lago sea navegable por buques de más de 100 toneladas; basta que sea navegable. Esta reforma era tanto más necesaria en nuestro país, cuanto que existen numerosos lagos y lagunas no navegables por buques de más de 100 toneladas pero que, sin embargo, tienen una utilidad pública notoria. Bastaría recordar que la laguna de Iberá o la de Chascomús no son navegables por buques de más de 100 toneladas, para comprender cómo era necesario extender el dominio público también a estas aguas.

Hoy basta la simple posibilidad de navegar en lancha sobre un espejo de agua para que él pertenezca al dominio público. Creemos, sin embargo, que por aplicación analógica del art. 2350 Ver Texto deben considerarse del dominio privado los lagos o lagunas que estén comprendidos dentro de una misma heredad.

1111/539

539.— Si no cabe dudar acerca del carácter de bienes públicos de los lagos y lagunas navegables, no ocurre lo mismo respecto de los que no lo son. La duda surge del art. 2349 Ver Texto , según el cual el uso y goce de los lagos que no son navegables, pertenecen a los propietarios ribereños. La interpretación de esta norma ha dado lugar a dos doctrinas opuestas:

a) Conforme con una de ellas, estos lagos pertenecen al dominio privado de los ribereños. Esta doctrina se funda en lo siguiente: 1) Puesto que el art. 2340 Ver Texto , inc. 5° sólo menciona como bienes del dominio público a los lagos navegables, por argumento a contrario surge claramente que los lagos que no son navegables pertenecen al dominio privado; 2) Si el art. 2349 Ver Texto da a los ribereños el derecho exclusivo de usar y gozar los lagos, quiere decir que les reconoce el dominio, porque sólo él justifica la exclusividad (ver nota 18).

b) De acuerdo con una segunda opinión, que por nuestra parte compartimos, los lagos y lagunas no navegables, pertenecen al dominio público del Estado. En apoyo de esta tesis se aduce: 1) El argumento a contrario tiene muy poco valor interpretativo; la circunstancia de que en el art. 2340 Ver Texto , inc. 5°, no se haya mencionado a los lagos no navegables entre los del dominio público, no significa excluirlos; 2) el art. 2349 Ver Texto habla de que solamente el uso y goce de dichos lagos pertenece a los ribereños, lo que está indicando claramente que no les pertenece el derecho de propiedad; 3) esta solución es la que mejor consulta los intereses generales (ver nota 19).

Ello no significa, sin embargo, que cualquier espejo de agua, por pequeño que sea, deba considerarse como propiedad pública del Estado. Pensamos que por aplicación analógica del art. 2350 Ver Texto , los lagos cuyos límites están íntegramente dentro de una propiedad

privada pertenecen al dominio privado de su propiedad. Del mismo modo, deben considerarse del dominio privado de los propietarios ribereños las lagunas más o menos extensas que suelen formarse en la pampa húmeda como consecuencia de las precipitaciones pluviales. En verdad, más que lagunas son represas, cuyo caudal varía según las lluvias y que llegan inclusive a desaparecer por temporadas. También aquí, una costumbre inmemorial ha hecho que estas lagunas sean reputadas del dominio privado de los propietarios de la tierra, como es razonable y conveniente.

1111/540

540.— Recordamos que en la redacción primitiva del inc. 5º, art. 2340 Ver Texto , no solamente se consideraban del dominio público los lagos navegables sino también sus márgenes; al sustituir este inciso, la ley 17711 lo redactó de la siguiente manera: los lagos navegables y sus lechos. Sin duda ha sido un error de la reforma no incluir los márgenes de los lagos dentro del dominio público, lo que haría más claro el derecho de todos los ciudadanos de utilizarlas (ver nota 20). Pensamos, sin embargo, que en la práctica esta omisión no ha de traer inconvenientes.

1111/541

541. DERECHO DE LOS PARTICULARES SOBRE LOS LAGOS.— En cuanto a los lagos navegables, los derechos de todos los habitantes son los mismos que hemos enumerado respecto de los cursos de agua (véase nº 532 y sig.). Respecto de los lagos no navegables, esos derechos quedan limitados a los propietarios ribereños, sin perjuicio de las atribuciones que le corresponden al Estado en su carácter de titular del dominio público. De cualquier modo, esas aguas nunca podrían ser usadas abusivamente, por ejemplo volcando en ellas desperdicios o sustancias químicas que las hicieran inaprovechables para los otros propietarios ribereños (arg. art. 2638 Ver Texto).

En cuanto a los lagos que son del dominio privado del propietario del suelo, este dominio supone todas las facultades reconocidas por los arts. 2513 Ver Texto y 2514.

1111/11420

§ 4. Aguas subterráneas

1111/542

542. SU RÉGIMEN EN EL CÓDIGO CIVIL Y EN LA LEY 17711.— El Código Civil no tenía disposición alguna respecto de las aguas subterráneas, pero por aplicación del art. 2518 Ver Texto , según el cual la propiedad del suelo se extiende a toda su profundidad, era doctrina admitida que ellas pertenecían al propietario del suelo (ver nota 21). La solución era razonable en la época en que se sancionó el Código Civil, porque no existían entonces los poderosos medios mecánicos que en la actualidad permiten extraer el agua subterránea en cantidades enormes agotando muchas veces esta importante fuente hídrica. Era indispensable, por consiguiente, la reforma del Código y así lo hizo la ley 17711 , que en el inc. 3° del art. 2340 Ver Texto establece que pertenecen al dominio público las aguas subterráneas, sin perjuicio del ejercicio regular del derecho del propietario del fundo de extraer las aguas subterráneas en la medida de su interés y con sujeción a la reglamentación.

Se ha puesto en cuestión la constitucionalidad de esta norma. MARIENHOFF sostiene que ella importa un cercenamiento del derecho de propiedad del dueño de la superficie; que en nuestro régimen jurídico, ello no es posible sin la expropiación y la indemnización previa de los propietarios. Agrega que no obsta a esa conclusión ni siquiera la circunstancia de que las aguas subterráneas no hayan sido aún aprovechadas por los dueños de la superficie; ello influirá, sin duda, en el monto de la indemnización, pero no altera el principio acerca de su procedencia (ver nota 22). Esta crítica es la expresión de un pensamiento rígidamente individualista, que no se compagina ya con las ideas de nuestra época. La tesis de que sólo mediante expropiación previa pudo haberse establecido esta disposición, no resiste la crítica. El principio de la inviolabilidad de la propiedad privada, establecido por la Constitución no significa que tal derecho deba permanecer impoluto e indemne a toda restricción o modificación de su contenido, por más razonable que ella fuera. Significa así que la esencia de la propiedad, el derecho de usar y gozar de la cosa debe sustancialmente mantenerse. Ésta ha sido doctrina invariable de nuestra Corte Suprema, que ha convalidado las leyes de prórrogas de las locaciones y de los arrendamientos rurales, la de moratoria hipotecaria y muchas otras que implicaban un evidente cercenamiento del derecho de la propiedad, si bien razonable, según lo juzgó en su momento el Alto Tribunal. Si la doctrina que impugnamos fuera exacta, habría que admitir que también es inconstitucional la reforma de los arts. 2513 Ver Texto y 2514 (hecha por la ley 17711) que privó al propietario del derecho de degradar y destruir la propiedad y le quitó al dominio su carácter absoluto, al imponerle un ejercicio regular, no abusivo de sus atribuciones. ¡Son importantes restricciones a la potestad del dueño! Y, sin embargo, a nadie se le ha ocurrido sostener que tal reforma sea inconstitucional, simplemente porque éste es el derecho de propiedad reconocido por la conciencia jurídica de nuestro tiempo. En nuestro caso, la restricción al dominio del propietario del suelo que importa declarar del dominio público las aguas subterráneas no sólo era razonable, sino también impostergable. Hemos dicho ya que las máquinas modernas permiten extraer aguas subterráneas en cantidades enormes. Así, es perfectamente posible que uno de los vecinos utilice máquinas que disminuyan de una manera sensible o agoten las aguas subterráneas que son indispensables para el predio vecino. Actualmente, en distintas regiones de nuestro país se están aprovechando napas subterráneas para regadío de tierras, lo que ha convertido algunos desiertos en verdaderos vergeles. Se comprende que el aprovechamiento de estas aguas tenga que ser controlado

por el Estado y sujeto a reglamentación. De lo contrario, se harían posibles los mayores abusos. El argumento de que hubiera sido necesario la expropiación e indemnización previa aun a los propietarios que no hacen uso actual de sus aguas subterráneas, no se sostiene. Significaría que una medida tan necesaria como ésta no podría adoptarse sin indemnización a todos los propietarios de la Argentina. Basta mencionarlo para comprender que ello no sólo es imposible, sino también es irrazonable. ¿Cómo se fijaría esa indemnización si se ignora el caudal de aguas subterráneas de la inmensa mayoría de las tierras argentinas? ¿Será necesario perforar metro por metro el territorio nacional para evaluar su riqueza acuífera? Por lo demás, sería bien injusto indemnizar a una propietario en razón de una disposición que, en la gran mayoría de los casos, deja las cosas como están, permitiendo a los dueños de la superficie hacer un uso racional del agua; sólo que el Estado se reserva la facultad de reglamentarlo (o de usar esa agua) cuando mediaran razones de interés general que lo impusieran.

La doctrina del autor que hemos glosado llega al extremo de afirmar que no pudo haberse declarado de propiedad pública las aguas subterráneas ni aun por vía de reforma constitucional, porque tal reforma sería también inconstitucional, como ocurre cuando vulnera una garantía esencial asegurada en la Constitución originaria. Tal criterio nos parece francamente inadmisibile. Podrá decirse que el contenido de una reforma constitucional es injusto, contrario al derecho natural; pero si la reforma ha sido hecha conforme al procedimiento debido, no puede afirmarse que es inconstitucional sin introducir en esta idea una confusión de conceptos insoluble.

Por nuestra parte, pensamos que sólo habría lugar a expropiación si el Estado impidiera al propietario de la superficie el uso y goce normal de las aguas subterráneas (ver nota 23). Por uso normal entendemos aquel que se adecua a la reglamentación del Estado hecha con el propósito de conciliar los intereses del dueño con los de sus vecinos y los de la comunidad.

1111/543

543. USO POR EL PROPIETARIO DE LA SUPERFICE.— Si bien el art. 2340 Ver Texto , inc. 3º, declara que las aguas subterráneas son del dominio público, se trata de un dominio público de características singulares, desde que se reconoce al propietario de la superficie el derecho a extraer las aguas subterráneas en la medida de su interés y con sujeción a la reglamentación. El reconocimiento de este derecho demuestra que, en verdad, no se ha cercenado de una manera fundamental el derecho del propietario. La mejor prueba de ello es que el aprovechamiento de las aguas subterráneas en la inmensa mayoría de los casos ha seguido como antes, sin perjuicio alguno para el propietario del suelo. En suma, la reforma introducida por la ley 17711 , no importa privar al propietario de la superficie del derecho de utilizar las aguas subterráneas y de extraerlas en una forma no abusiva ni perjudicial para su vecino. Mientras el ejercicio de ese derecho se haga sin perjuicio de la comunidad, la Administración Pública no intervendrá en él; pero cuando pudiese derivar un daño,

intervendrá reglamentando la extracción, de manera de hacer compatible el interés del propietario con el de sus vecinos y el de la comunidad.

1111/11430

§ 5. Otras aguas de interés general

1111/544

544. NORMA LEGAL.— El art. 2340 Ver Texto , inc. 3º, declara del dominio público toda otra agua que tenga o adquiriera la aptitud de satisfacer usos de interés general. Puesto que por disposición expresa de la ley tienen carácter de dominio público las aguas de ríos o arroyos que corren por sus cauces naturales, las aguas de lagunas y lagos, y las subterráneas, queda ya poco margen para la aplicación de esta norma; podría, sin embargo, aplicarse a las vertientes que no corren por sus cauces naturales o a los arroyos que nacen y mueren en la misma heredad. Estas aguas podrían tener un valor específico como aguas terminales o minerales que le dieran el carácter de interés público. Basta con esto para ser reputadas del dominio público.

Pero es evidente que si el propietario del suelo está explotando aguas terminales o minerales, para lo cual ha hecho obras e instalaciones, el Estado no podría apropiarse de ellas sin indemnizar al propietario del suelo, que ha hecho las obras. De no proceder de este modo, habría, en este caso sí, un cercenamiento muy importante e injusto del derecho de propiedad.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: SPOTA, Tratado de derecho de aguas, Bueno Aires, 1941; MARIENHOFF, Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas, Buenos Aires, 1971; ALLENDE, Derecho de aguas, Buenos Aires, 1971; SALVAT, t. 2, n° 1159 y s.; LAFAILLE, t. 2, n° 854 y s.; MACHADO, t. VII, p. 35 y s.; PEÑA GUZMÁN, Derechos reales, t. 2, n° 708 y sigs.

(nota 2) En este sentido, SPOTA, Derecho de aguas, t. 2, n° 776; SALVAT, Derechos reales, t. 2, n° 1164.

Otros autores, por el contrario, sostienen que la adquisición del dominio se produce por accesión, porque la ocupación o apropiación requiere un acto de voluntad (art. 2525 Ver Texto) que en este caso no es necesario, bastando con que el agua caiga en la propiedad, para que su dueño la adquiriera. En este sentido, MARIENHOFF, Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas, n° 143; ALLENDE, Derecho de aguas, p.303; LAFAILLE, t.

2, nº 880.

(nota 3) MARIENHOFF, Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas, nº 146.

(nota 4) SPOTA, Derecho de aguas, t. 2, nº 776; SALVAT, t. 2, nº 1166; LAFAILLE, t. 2, nº 883; PEÑA GUZMÁN, Derechos reales, t. 2, nº 718.

(nota 5) En este sentido, ALLENDE, Derecho de aguas, p. 306; MARIENHOFF, Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas, nº 147 y sigs.

(nota 6) De acuerdo: SPOTA, Derecho de aguas, nº 776.

(nota 7) MARIENHOFF, Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas, nº 150.

(nota 8) En este sentido, LAFAILLE, t. 2, nº 883.

(nota 9) De acuerdo: ALLENDE, Derecho de aguas, p.304; ARGAÑARAZ, en SALVAT, t. 2, nº 1165, nota 141; MACHADO, t. 7, p. 39; SEGOVIA, t. 2, p. 120, nota 26.

(nota 10) Sobre este punto la doctrina es unánime.

(nota 11) SPOTA, Derecho de aguas, nº 783 y sigs.; MARIENHOFF, Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas, nº 158 y sigs.; PLANIOL-RIPERT-PICARD, t. 3, nº 476; DEMOLOMBE, t. 11, nº 107 y sigs.; AUBRY y RAU, t. 2, § 245.

(nota 12) De acuerdo: MARIENHOFF, Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas, nº 160; SPOTA, Derecho de aguas, t. 2, nº 783 y sigs.

(nota 13) En este sentido, SPOTA, Derecho de aguas, t. 2, nº 789; SALVAT, t. 2, nº 1168; MACHADO, t. 7, p. 40; DEMOLOMBE, t. 11, nº 116. En contra, MARIENHOFF, Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas, nº 161; ALLENDE, Derecho de aguas, p. 308; PLANIOL-RIPERT-PICARD, t. 3, nº 475, in fine.

(nota 14) MARIENHOFF, La reciente reforma al Código Civil en materia de aguas, J. A., Doctrina, 1970, p. 255 y sig.

(nota 15) De acuerdo: SALVAT, t. 2, n° 1184; PEÑA GUZMÁN, t. 2, n° 726.

(nota 16) MARIENHOFF, La reciente reforma al Código Civil en materia de aguas, J. A., Doctrina, 1970, p. 256.

(nota 17) En este sentido, C. S. N., 15/6/1936, Fallos, t. 175, p. 183 Ver Texto ; L.L., t. 3, p. 251 y J. A., t. 54, p. 666; C. Civil 2ª Cap., 15/12/1937, J. A., t. 60, p. 920; SPOTA, Derecho de aguas, t. 2, n° 709; ALLENDE, Derecho de aguas, p. 229 y s.; MARIENHOFF, Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas, n° 360.

Hay que añadir, sin embargo, que SPOTA y el fallo de la Cámara Civil 2ª de la Capital antes citados, hacen la importante salvedad de que si el cauce quedare abandonado como consecuencia de trabajos hechos por el Estado o sus concesionarios, pertenece al dominio del Estado porque sólo en caso de que el abandono se operase por causas naturales podría hacerse jugar la idea de la accesión. Es una distinción que no nos parece suficientemente fundada.

SALVAT no desarrolla la cuestión y se limita a afirmar que el cauce abandonado pertenece al dominio público del Estado (t. 2, n° 814).

(nota 18) En este sentido, C. S. N., 17/8/1923, Fallos, t. 138, p. 295 (caso Frederking c/Pcia. de Buenos Aires); ALLENDE, Lagos navegables y no navegables, L. L., t. 131, p. 1478; MARIANI DE VIDAL, Curso de derechos reales, t. 1, p. 306.

(nota 19) De acuerdo: MARIENHOFF, Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas, n° 306; SPOTA, Derechos de aguas, t. 2, n° 614; BIBILONI, nota al art. 2289, inc. 5º, del Anteproyecto. BIBILONI, que ha dedicado a este tema una de sus vigorosas notas (art. 2289, inc. 5º), luego de argumentar extensamente sobre el carácter público de los lagos, dice que no puede concebirse una interpretación de la ley tan contraria a los intereses públicos como la que atribuye a los lagos carácter privado. Si, en cambio, los lagos no navegables se mantienen dentro del dominio público del Estado, no obstante el derecho de uso y goce de los ribereños, aquél puede utilizar sus aguas en la irrigación, provisión a las poblaciones, e incluso puede canalizarlos para transformar el lago en navegable o para alimentar canales.

(nota 20) En este sentido, ALLENDE, Lagos navegables y no navegables, L. L., t. 131, p. 1478.

(nota 21) C. S. N., 12/5/1924, Fallos, t. 140, p. 282 y J. A., t. 12, p. 648.

(nota 22) MARIENHOFF, La reciente reforma del Código Civil en materia de aguas, J. A., Doctrina, 1970, p. 255.

(nota 23) Conf.: ALLENDE, Derecho de aguas, p. 279; MARIANI DE VIDAL, Curso de derechos reales, t. 1, p. 308.

1111/11440

CAPÍTULO XII - CONDOMINIO (ver nota 1)

1111/11450

§ 1. Nociones Generales

1111/545

545. COMUNIDAD Y CONDOMINIO.— En términos generales, hay comunidad cuando varias personas tienen idénticos derechos sobre una cosa o sobre un conjunto de bienes. Es necesario advertir, sin embargo, que no siempre que existen derechos de naturaleza análoga o idéntica sobre una misma cosa, hay comunidad. Existen supuestos en que esos derechos son excluyentes, de tal modo que cada uno conserva su individualidad de una manera plena y perfecta; así ocurre, por ejemplo, en el caso de que dos o más hipotecas concurren sobre la misma cosa. Los acreedores hipotecarios no tienen ninguna comunidad entre sí, porque sus derechos son excluyentes los unos de los otros. Para que haya comunidad debe haber una confluencia armónica, una compatibilidad, de tal manera que los distintos titulares puedan ejercer los derechos en forma no excluyente.

El condominio es una especie dentro de la comunidad o comunión de bienes; es la comunidad existente entre los copropietarios de una misma cosa. Desde ya, puntualizamos que para que haya condominio, la propiedad debe recaer sobre una cosa; de lo contrario, la comunidad de bienes no es condominio (art. 2674 Ver Texto).

1111/546

546. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.— Los orígenes del condominio en Roma son un tanto oscuros. En la doctrina más moderna priva la opinión de que tal origen debe encontrarse en la comunidad familiar derivada de la muerte del padre de familia; como esta comunidad de bienes se demostró útil en ciertas situaciones, posteriormente se admitió que también se podía establecer dicha comunidad por convenio o contrato entre varias personas (ver nota 2). En su última etapa y tal como ha llegado a nosotros a través del Corpus Juris, el condominio es un derecho real que recae sobre toda una cosa, pero por una parte indivisa. De esta manera, cada uno de los condóminos podía disponer libremente de su parte indivisa, con lo cual el Derecho Romano puso más el acento en la protección del interés individual de los copropietarios que en el interés del grupo social (ver nota 3).

También el condominio germánico tuvo su origen en la comunión que se verificaba naturalmente entre los componentes de la familia a la muerte del jefe. Pero en esa forma típica del derecho germano actual que se llama la *gesammte hand*, se ha mantenido la predominancia del interés colectivo sobre el individual de una manera notable. A la inversa de lo que ocurre en el condominio del tipo románico, los miembros de la propiedad en mano común o *gesammte hand*, no pueden disponer de su cuota ni gravarla ni tampoco pueden reclamar la disolución de la comunidad. En realidad, no existen tampoco cuotas sino que la cosa es gozada en común entre todos los comuneros. En definitiva, aunque esta comunidad no sea propiamente una persona jurídica, en la práctica viene a comportarse como tal (ver nota 4).

1111/547

547. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONDOMINIO.— Una de las cuestiones clásicas del derecho es la naturaleza jurídica del condominio, tal como está legislado en los códigos modernos que siguen la tradición románica.

a) Para algunos autores, cada uno de los condóminos es propietario de una cuota ideal del derecho de propiedad, entendida ella como una parte intelectual o por indivisa de la cosa (ver nota 5). Pero esta doctrina no ha resistido la crítica. Una cuota abstracta no puede ser objeto de un derecho de propiedad, que debe recaer sobre una cosa concreta. Además, si cada uno de los condóminos es dueño de su cuota, que es diversa de la cosa material, ¿quién es el propietario de esa última cosa? (ver nota 6).

b) De acuerdo con otros autores, el condominio es una persona jurídica, la colectividad de la condóminos, que sería la verdadera propietaria de la cosa (ver nota 7). BRANCA adhiere a esta posición introduciéndole un matiz; dice que no se trata de una persona jurídica propiamente dicha, sino de una colectividad organizada o persona jurídica colectiva, cuya

capacidad como tal es menor que la de una persona jurídica (ver nota 8).

Pero esta doctrina no puede ser sostenida, al menos en nuestro derecho positivo, sin alterar totalmente la naturaleza jurídica del condominio, tal como ha sido regulado en nuestro Código. Nada permite afirmar que el condominio hace surgir una persona jurídica distinta de los condóminos; son éstos los titulares del derecho y quienes los ejercen. Considerar que el condominio hace surgir una persona jurídica, es desvirtuar los hechos y meter a la fuerza esta institución dentro del esquema de la personería jurídica.

c) Conforme con otros autores, el condominio sería un derecho real distinto de la propiedad individual; ésta sería la única forma de poder combinar los dos extremos de la exclusividad del derecho de propiedad y de la existencia de sujetos múltiples (ver nota 9).

1111/548

548.— Toda esta discusión sobre la naturaleza jurídica del condominio parece en buena medida estéril. El jurista debe concentrar su atención en el interés económico y a veces espiritual (como ocurre con el condominio de una cosa en la que se ha puesto una fuerte carga afectiva) que se procura satisfacer con la regulación legal del condominio. Ese interés consiste en que una cosa pueda tener más de un dueño o, para decirlo en otras palabras, en que varias personas puedan detentar simultáneamente el dominio de una cosa. Es decir, no se trata de establecer un derecho nuevo, ni de crear una persona jurídica, ni de ser dueño de una creación puramente intelectual como es la cuota. Se trata del ejercicio simultáneo del derecho de propiedad por varias personas (ver nota 10). Se ha dicho que hay en esto una contradicción insanable, porque el dominio es excluyente de todo otro derecho análogo. Pero esto no pasa de ser una mera y vana afirmación. El dominio del que es titular una sola persona es exclusivo. Pero eso no significa que sea necesariamente excluyente, porque esa persona puede admitir que otra comparta su derecho de propiedad. Nada en la esencia de este derecho se opone a esa comunión.

La concepción románica que nuestro Código ha adoptado traduce muy bien esta concepción. Todos los condóminos son dueños de toda la cosa; pero su derecho a ella no es pleno, sino que está naturalmente limitado por el derecho análogo de los restantes condóminos. Esta limitación se expresa diciendo que su derecho se ejerce por su cuota parte o por su parte indivisa. Pero no por ello deja de ser un derecho de dominio sobre la cosa (art. 2673 Ver Texto).

1111/549

549.— Pero los problemas no concluyen aquí. ¿Qué es la cuota parte o parte indivisa de

cada condómino? Hemos dicho ya que la teoría de que se trata de una parte puramente intelectual o ideal, en que estaría dividida la cosa, no resiste el análisis, pues no se puede ser dueño de algo puramente abstracto, de una creación intelectual que no tiene existencia en el mundo concreto de los bienes (véase número 547, a). Tampoco es una parte material de la cosa, ya que el derecho de los condóminos (o para decirlo con mayor precisión, algunos de esos derechos) se extiende a toda la cosa. Cuando se quiere concebir a la parte indivisa como una fracción ideal o real de la cosa, se fracasa irremediablemente, porque las soluciones legales no se avienen en ninguna de estas ideas. A veces, la ley trata al condómino como dueño de toda la cosa, al permitirle poseerla toda, usar y gozarla, reivindicarla toda. Otras reduce su derecho a una proporción o parte: sólo esa parte puede vender, hipotecar, etc. Y es que el condominio no ha surgido como una construcción lógica de juristas, no es un producto elaborado en gabinete o bibliotecas, sino que se ha ido conformando en los hechos, en la vida real, del modo que mejor llenase sus necesidades y satisficiera los intereses prácticos y económicos implicados, aunque la construcción total no resulte siempre de una lógica impecable.

Ahora bien: si la cuota no es ni parte real ni una parte intelectual de la cosa, ¿qué es? En verdad, cuando se habla de la cuota parte o de la parte indivisa, no se hace más que echar mano de una expresión cómoda y simple para designar el haz de derechos y cargas de que es titular cada condómino. Siempre tiene una expresión cuantitativa (por ejemplo, un tercio, un quinto, un octavo) porque ésa es la medida en que se reconocen ciertos derechos y responsabilidades. Es la base que indica la proporción en que se dividen entre los condóminos los frutos y las cargas y en que se dividirá la cosa misma cuando llegue el momento de la liquidación del condominio (ver nota 11). Para decir con mayor precisión, la cuota es la medida en que algunos de los derechos que la ley reconoce a los condóminos, pueden ser ejercidos.

Lo explicado hasta aquí pone de manifiesto que cuando nuestra ley dice que se puede vender o hipotecar la parte indivisa, se utiliza un lenguaje impropio. El condómino no enajena la cosa o una parte de ella; lo que hace es ceder o alienar su derecho de propiedad, lo que coloca al adquirente en la situación que tenía el enajenante respecto de la cosa y de los demás condóminos. En consecuencia, cuando la ley habla de alienación de la cuota o parte indivisa entiende hablar de la alienación o cesión del derecho de copropietario, limitado a la proporción que el enajenante tiene (ver nota 12).

Finalmente, debemos destacar una característica peculiar de ese conjunto de derechos que se llama la cuota o parte indivisa: tiene en sí una fuerza de expansión, una suerte de derecho de acrecer similar al de los coherederos, de tal forma que si uno de los condóminos abandona su parte indivisa, ésta acrece la de los demás (véase nº 572).

550. COMPARACIÓN CON OTRAS INSTITUCIONES JURÍDICAS.— Conviene destacar la diferencia entre el condominio y otras figuras jurídicas con las que tiene una cierta analogía:

a) Con la sociedad.— La diferencia es neta: la sociedad hace surgir una nueva persona jurídica, que es la titular de los derechos; en tanto que el condominio no hace nacer ningún ente nuevo. En consecuencia, la titular del derecho de dominio en el primer caso es la sociedad, mientras que en el segundo es cada uno de los condóminos.

Aparte de esta diferencia fundamental, podemos señalar otras:

1) El condominio es un derecho real que se tiene sobre una cosa; la sociedad confiere a los socios un derecho personal; 2) la sociedad sólo puede surgir del acuerdo de voluntades, en tanto que el condominio puede resultar además del testamento o de la ley; 3) la sociedad puede ser titular de cualquier derecho patrimonial, en tanto que el condominio sólo puede recaer sobre cosas, no sobre derechos (art. 2674 Ver Texto); 4) en cuanto al funcionamiento y administración de la sociedad, ella depende del contrato social que crea los órganos de gobierno de la entidad; en tanto que la administración del condominio está regida por las disposiciones de la ley; 5) En la sociedad no existe la institución del abandono, que en cambio puede ser hecho por el condómino (art. 2685 Ver Texto).

Nos limitamos a destacar las diferencias más notorias, porque en realidad ellas son múltiples y derivan de la circunstancia antes apuntada de que la sociedad es un ente distinto y nuevo, lo que no corre en el condominio.

Para ciertos casos dudosos, véase Tratado de Contratos, t. , nº 1282.

1111/551

551. b) Con la indivisión hereditaria.— Aquí el paralelismo es más estrecho, porque el condominio es también una forma de comunidad. Pero las diferencias son claras: 1) el condominio sólo puede recaer sobre cosas (art. 2674 Ver Texto); la comunidad hereditaria existe también sobre bienes que no son cosas; 2) en el condominio la administración de la cosa común es decidida por la mayoría (art. 2700 Ver Texto); en la indivisión hereditaria la minoría no está constreñida a conformarse con la decisión de la mayoría y es el juez quien debe decidir estas diferencias (art. 3451 Ver Texto); 3) la comunidad hereditaria es forzada y esencialmente transitoria, caracteres que no se dan nunca unidos en el condominio que o bien es voluntario y, en tal caso, esencialmente precario (art. 2692 Ver Texto), o bien es forzoso, y en tal caso no hay posibilidad de división; 4) el condominio tiene por objeto servir los intereses actuales de los titulares, intereses que se sirven precisamente

manteniendo la indivisión; la comunidad hereditaria tiene un objeto de liquidación; no sirve los intereses de los coherederos sino en cuanto medio de terminar con la indivisión; 5) la indivisión hereditaria nace solamente de la muerte del causante; en tanto que el condominio puede surgir también del acuerdo de voluntades. Todavía debemos agregar que a nuestro concepto, la comunidad hereditaria es una persona jurídica (véase Tratado de sucesiones, t. 1, n° 507), lo que ya hemos dicho no se da en el supuesto del condominio.

1111/552

552. c) Con la comunidad conyugal.— La sociedad conyugal es una forma de comunidad que tiene importantes analogías con el condominio, particularmente en lo que hace al uso y goce de los bienes. pero también las diferencias son claras: 1) en el condominio la administración de la cosa común está regida por el principio de la mayoría; la sociedad conyugal es administrada, en cambio, de acuerdo con un sistema legal que ha establecido dos masas separadas de bienes, cuya administración y disposición corresponde a cada uno de los cónyuges; 2) la comunidad conyugal puede recaer sobre cosas y sobre derechos, en tanto que el condominio sólo puede recaer sobre cosas; 3) la comunidad conyugal es en principio indivisible, y sólo concluye por las causas taxativamente numeradas por la ley; el condominio en su forma típica es esencialmente divisible.

1111/553

553. d) Con la propiedad horizontal.— Aquí también la diferencia es neta: 1) en la propiedad horizontal, cada uno de los integrantes del consorcio o copropietario, es dueño exclusivo de la unidad que le pertenece; sólo él puede usarla y gozarla, disponer de ella, hipotecarla, etc. El condominio propiamente dicho sólo se da en la propiedad horizontal respecto de las llamadas partes comunes, que son accesorias y no constituyen el nudo del derecho del copropietario; 2) la propiedad horizontal hace nacer una nueva entidad jurídica: el consorcio, lo que ya hemos dicho, no ocurre en el condominio; 3) la administración del consorcio se regula por las reglas convencionales del reglamento o estatuto, en tanto que el condominio es administrado conforme con los arts. 2699 Ver Texto y siguientes, en que la regla de la mayoría es rigurosa.

1111/554

554. DISTINTAS CLASES DE CONDOMINIO.— El condominio puede ser sin indivisión forzosa o con ella. En el condominio sin indivisión forzosa, cada uno de los condóminos puede pedir la división del condominio. El condominio viene a ser así una situación inestable, precaria, dependiente del mantenimiento permanente de la voluntad de los condóminos de conservar el condominio. Ésta es la forma típica de la copropiedad; de ahí que el Código la legisle en un primer capítulo de carácter general titulado Del condominio;

de manera que estas disposiciones son aplicables también al condominio con indivisión forzosa en cuanto no contraríen las normas o principios propios de éste.

En el condominio con indivisión forzosa la situación de copropiedad se mantiene en tanto se den los presupuestos legales que la originan. En otras palabras habrá indivisión forzosa cuando la ley prohíbe la división de la cosa común o cuando la prohíbe una estipulación válida y temporal de los condóminos o un acto de última voluntad también válido (art. 2715 Ver Texto).

Ejemplos de indivisión forzosa son el condominio sobre muros, cercas y fosos, sobre los bienes hereditarios en los supuestos de indivisión temporaria previstos por la ley 14395 (arts. 51 y sigs.), los sepulcros, el bien de familia, etc.

(nota 1) SALVAT, t. 3; LAFAILLE, Derechos Reales, t. 2; MACHADO, t. 7; PEÑA GUZMÁN, Derechos Reales, t. 2; MARIANI DE VIDAL, Curso de derechos reales, t. 2, PUIG BRUTAU, Fundamentos del Derecho Civil, t. 3; SALIS, La comunione, Torino, 1939; BRANCA, Della comunione, Bologna-Roma, 1968; PESCATORE, ALBANO y GRECO, Della Proprietà, libro 3, t. 3; PLANIOL-RIPERT-PICARD, ed. La Habana, t. 3; BAUDRY-LACANTINERIE y CHAUVEAU, Des biens.

(nota 2) En este sentido véase PUIG BRUTAU, Fundamentos del Derecho Civil, t. 3, p. 254, y autores allí citados.

(nota 3) En este sentido véase PUIG BRUTAU, Fundamentos del Derecho Civil, t. 3, p. 257.

(nota 4) SALIS, La comunione, p. XXIV.

(nota 5) En este sentido, AUBRY y RAU, t. 2, § 167; POTHIER, Comunione, nº 185.

(nota 6) BRANCA, Comunione, p. 2.

(nota 7) En este sentido LUZZATTO, Comproprietà, nº 17 y 18; CARNELUTTI, citado por BRANCA, p. 6.

(nota 8) BRANCA, Comunione, p. 7. En nuestro derecho esta doctrina ha sido sostenida

por LAFAILLE, t. 2, n° 1064.

(nota 9) LAFAILLE, t. 2, n° 1063.

(nota 10) De acuerdo, MARIANI DE VIDAL, Curso de derechos reales, t. 2, p. 12; ALLENDE, Panorama de derechos reales, p. 110.

(nota 11) En este sentido: SALIS, La comunione, n° 23.

(nota 12) SALIS, La comunione, n° 49.

1111/11460

§ 2. Constitución

1111/555

555. FUENTES DEL CONDOMINIO.— Conforme con el art. 2675 Ver Texto el condominio puede constituirse por contrato, por testamento o resultar de las disposiciones de la ley.

Se constituye por contrato cuando varias personas adquieren conjuntamente una cosa común, como por ejemplo, Pedro y Diego compran o reciben en donación una propiedad. De igual manera habrá condominio por contrato cuando el propietario de una cosa enajena una parte de ella a un tercero.

El condominio resultará del testamento cuando el causante legue una misma cosa a más de una persona. Por último, la ley dispone la existencia de condominio en distintos casos; así, por ejemplo, en el caso de muros, cercos y fosos, de los sepulcros, del bien de familia.

Otras hipótesis no encuadran típicamente en ninguno de los tres casos previstos por el art. 2675 Ver Texto ; en verdad vienen a estar encabalgados entre los contratos y la ley, como fuente del condominio. Así ocurre en los siguientes casos:

a) Puede suceder que un condómino enajene su parte a un tercero; en tal supuesto, no puede decirse que el condominio haya surgido de un contrato entre los condóminos, porque ellos no se han puesto de acuerdo para adquirir en común el dominio. El condominio resulta así totalmente ajeno a la voluntad de los condóminos no enajenantes y se opera por un acto unilateral del enajenante. En otras palabras, el condominio no resulta de un contrato sino de una voluntad unilateral (unilateral en el sentido de que los otros condóminos son ajenos al acto, aun cuando en las relaciones entre enajenantes y adquirentes, es bilateral).

b) En el caso anterior hemos examinado el supuesto de sucesión singular en los derechos de uno de los condóminos; también puede ocurrir la sucesión universal: los herederos de uno de los condóminos suceden en los derechos del causante a éste y entran a ser condóminos de quien lo era del causante.

c) Igualmente puede surgir la copropiedad del hecho de que varias personas hayan poseído simultáneamente un inmueble durante el término necesario para usucapir.

1111/556

556. FORMA Y PRUEBA.— La forma de la constitución depende naturalmente de la fuente que tenga el condominio. Si se hubiera constituido por contrato y se refiriese a inmuebles, se requiere escritura pública (art. 1184 Ver Texto , inc. 1º). Si se constituye por testamento, basta que éste sea formalmente válido. En cuanto al condominio resultante de una disposición legal, no requiere formalidad alguna porque él surge de pleno derecho por disposición misma de la ley.

En el supuesto de sucesión singular en la parte de un condómino sobre un inmueble, también se requiere escritura pública (art. 1184 Ver Texto , inc. 1º). Finalmente, en el caso de usucapión conjunta, basta la sentencia que reconoce el derecho.

En todos estos casos, la constitución del condominio no producirá efectos respecto de terceros mientras no sea inscripto en el Registro de la Propiedad (art. 2505 Ver Texto).

1111/557

557.— Una consideración especial exige el problema del condominio surgido de la comunidad hereditaria. Hemos dicho ya anteriormente que la comunidad hereditaria por sí misma no es un típico condominio. Pero a veces esa situación se prolonga, con el añadido de que la declaratoria de herederos es inscrita en el Registro de la Propiedad. Cabe preguntarse cuándo la indivisión hereditaria se transforma en condominio propiamente dicho.

De acuerdo con una opinión que debe considerarse predominante, para que tal efecto se opere no basta con la inscripción de la declaratoria de herederos en el Registro de la Propiedad, sino que es indispensable el otorgamiento de la escritura pública (arts. 2675 Ver Texto y 1184 Ver Texto , inc. 2º) (ver nota 1). Para llegar a la conclusión de que la inscripción de la declaratoria de herederos no puede por sí sola transformar la indivisión en condominio basta, nos parece, la consideración de que tal inscripción puede ser pedida por uno solo de los coherederos y no se concibe la constitución de un condominio sin la conformidad de todos los interesados. Por nuestra parte, estamos de acuerdo, en principio, en que la constitución del condominio exige otorgamiento de escritura pública; pero las circunstancias del caso pueden inducir a reconocer su existencia sin el cumplimiento de ese requisito formal si la inscripción en el Registro, pedida por todos los herederos data de largos años, durante los cuales los coherederos se han comportado como condóminos. Así lo han reconocido nuestros tribunales (ver nota 2). De igual modo sería suficiente la aprobación de una cuenta particionaria en la que con la conformidad de todos los herederos se hubiese constituido un condominio sobre todos o parte de los bienes del sucesorio e inscripto como tal en el Registro de la Propiedad.

(nota 1) C. Civil Cap., Sala C, 10/11/1970, E. D., t. 37, nº 17.958; Sala B, 12/9/1956, J. A., 1957-II, p. 396 y L. L., t. 85, p. 473; C. Civil 1ª Cap., 25/7/1923, J. A. t. 11, p. 113; C. Civil 2ª Cap., 5/9/1934, J. A., t. 47, p. 943; íd., 21/8/1947, L. L., t. 47, p. 854. De acuerdo: LEGÓN, La declaratoria de herederos y la desintegración de la comunidad hereditaria, J. A., t. 47, p. 943, cuya lectura recomendamos. En contra: FORNIELLES, Sucesiones, t. 1, nº 43.

(nota 2) C. Civil Cap., Sala A, 19/12/1959, j. A., 1959-V, p. 435; íd., 30/6/1959, causa 39.841; Sala E, 29/12/1966, J. A., 1967-III, p. 147 (el tribunal dijo que son las circunstancias de hecho las que deciden si se ha constituido un verdadero condominio o se ha mantenido la indivisión hereditaria); Sala F, 1/12/1964, E. D., t. 10, p. 751.

1111/11470

§ 3. Condominio normal o sin indivisión forzosa

1111/11480

A.— FACULTADES DE LOS CONDÓMINOS

1111/558

558. IDEA GENERAL.— El Código Civil, dice con acierto SALVAT, al reglamentar esta materia, ha tenido como base la idea de que la copropiedad no es otra cosa que un estado particular de la propiedad: los derechos derivados de ella son los mismos que corresponden al propietario único de una cosa, solamente que estando la propiedad repartida entre varias personas, el derecho de cada propietario queda sujeto en su ejercicio a las limitaciones derivadas del concurso del derecho igual de los otros condóminos (ver nota 1).

A esta idea liminar corresponden las facultades que el Código atribuye a los condóminos sea sobre la cosa en su totalidad, sea sobre la parte indivisa. La conciliación de los intereses, a veces coincidentes, a veces encontrados de los copropietarios, ha exigido una reglamentación legal que estudiaremos en los párrafos que siguen.

(nota 1) SALVAT, t. 3, nº 1242.

1111/11490

1.— Facultades sobre la parte indivisa

1111/559

559. PRINCIPIO GENERAL Y APLICACIONES.— El art. 2676 Ver Texto sienta el principio general que rige esta materia: cada condómino goza respecto de su parte indivisa, de los derechos inherentes a la propiedad, compatible con la naturaleza de ella, y puede ejercerlos sin el consentimiento de los demás copropietarios. Hemos dicho ya que la parte indivisa no existe como una cosa que tenga entidad propia; de tal manera que no es sino el haz de derechos que se le reconocen al condómino sobre la cosa común. Sobre este

conjunto de derechos, que es el que se centra en cabeza de cada uno de los condóminos, cualquiera de ellos puede disponer sin consentimiento de los demás copropietarios. Éste es el sentido que debe atribuirse a la ley cuando habla de que los derechos que se conceden al propietario deben ser compatibles con la naturaleza de la parte indivisa.

Veamos ahora cuáles son esos derechos concretos que el copropietario puede ejercer sin el consentimiento de sus condóminos.

1111/560

560. a) Venta.— Los condóminos pueden enajenar su parte indivisa (art. 2677 Ver Texto), sin limitación ninguna y sin necesidad del consentimiento de los demás copropietarios. Estos carecen del derecho de invocar preferencia a la adquisición, de tal manera que el condómino que desee vender su parte indivisa no está obligado a conceder un derecho de tanteo a sus condóminos (ver nota 1).

Se ha declarado que no es obstáculo para la venta de la parte indivisa el hecho de hallarse en trámite el juicio de división (ver nota 2) lo que es razonable: el comprador ocupará el lugar del enajenante y la división tramitará con él.

1111/561

561. b) Hipotecas; remisión.— El principio general en esta materia es que el condómino puede hipotecar su parte indivisa, si bien esa hipoteca queda subordinada al resultado de la partición. Tratamos detenidamente esta cuestión en otro lugar (véase nº 1160), al que nos remitimos.

1111/562

562. c) Usufructo.— El copropietario puede constituir usufructo sobre su parte indivisa (art. 2846 Ver Texto); se acepta generalmente que ello lleva involucrado la posibilidad de ceder el uso y la habitación de los derechos del condómino (arg. art. 2949 Ver Texto) (ver nota 3). Bien entendido que la constitución del usufructo, el uso o la habitación por parte del condómino, sólo puede importar el ejercicio de esos derechos en la medida que puede ejercerlos el propio condómino, es decir, de modo que no perturbe el derecho análogo de los otros condóminos. En otras palabras, lo que se cede en usufructo, uso y habitación, no es la totalidad de la cosa, sino los derechos que sobre ella tiene el condómino que ha constituido dichos derechos reales. En cambio, no parece posible constituir servidumbre sobre la cuota parte del copropietario, porque aquel derecho no se concibe sino con

referencia a la totalidad, o una parte material de la cosa sobre la que recae, lo que excede el contenido de la cuota (ver nota 4). Ello no significa empero, que la servidumbre constituida por un condómino esté totalmente desprovista de valor. Tratamos este tema en otro lugar (véase nº 1027) al que remitimos.

1111/563

563. d) Acciones.— El condómino tiene, desde luego, las acciones posesorias para defender su derecho contra los otros condóminos que pretendan excluirlo del condominio o bien contra terceros. Estas acciones surgen muy naturalmente de la circunstancia de ser el condómino poseedor de la cosa.

De igual modo tiene el condómino acción reivindicatoria contra los otros condóminos que le nieguen su derecho y contra terceros que pretendan excluirlo de su dominio. Tratamos el tema en otro lugar (véase nº 1487 y sig.), al que remitimos.

(nota 1) Este derecho es reconocido por el art. 682, C. Civil suizo.

(nota 2) C. Civil 2ª Cap., 23/4/1937, L. L., t. 9, p. 759.

(nota 3) En este sentido, SALVAT, t. 3, nº 1248; LAFAILLE, t. 2, nº 1082.

(nota 4) De acuerdo, LAFAILLE, t. 2, nº 1082; en contra, SALVAT, t. 3, nº 1248.

1111/11500

2.— Facultades sobre toda la cosa

1111/564

564. DERECHO DE USO Y GOCE.— El principio general es que cada uno de los condóminos tiene el uso y goce de toda la cosa; es decir, que su derecho no se limita a una parte sino que se ejerce sobre ella. Claro está que el uso y goce debe ejercerse sin perjuicio

del derecho análogo que tienen los condóminos. Ya volveremos sobre este tema. Por ahora queremos puntualizar que el derecho de usar la cosa por cada uno de los condóminos no es irrestricto sino que debe hacerse conforme con el destino de ella y de modo de no deteriorarla en su interés particular (art. 2684 Ver Texto). Esto marca una considerable diferencia con el propietario exclusivo, porque éste puede cambiar el destino de la cosa; así, por ejemplo, dedicar un predio que ha estado destinado a la ganadería a hacer una forestación, o lo que ha estado destinado a tambo, convertirlo en una residencia de fin de semana o de descanso. En cambio, el condómino está obligado a no cambiar el destino de la cosa.

¿Cómo se fija ese destino? En primer lugar, es determinante la convención de las partes; de tal manera que si un inmueble ha tenido un determinado destino y por acuerdo de todos los condóminos se decide alterarlo y darle otro, este destino es el que deberá dársele por cada uno de los condóminos. A falta de convención, se estará a la naturaleza de la cosa y al uso al cual ha estado afectado en el momento de constituirse el condominio. Así lo dispone el art. 2713 Ver Texto para el supuesto de condominio con indivisión forzosa; pero es obvio que esta disposición debe aplicarse también al supuesto del condominio normal (ver nota 1).

1111/565

565.— Hemos dicho que este derecho de uso y goce debe ejercerse sin perjuicio del derecho análogo de los condóminos. A veces el condominio puede ejercerse por todos simultáneamente sin que se estorbe el uno al otro. Así, por ejemplo, si varias personas propietarios de inmuebles contiguos tienen en copropiedad la franja de terreno por la cual está trazada la calle de acceso, es evidente que los condóminos pueden ejercer el derecho de transitar por la calle sin molestarse los unos a los otros. Pero normalmente el uso y goce de toda la cosa no puede ser hecho simultáneamente por los condóminos sin un acuerdo que limite sus facultades. Ese acuerdo puede asumir diferentes formas. Si el inmueble es extenso, los condóminos pueden convenir que cada uno de ellos gozará de una parte del inmueble proporcional a su parte indivisa. En cambio, si el uso simultáneo fuera imposible o difícil o no conviene a los intereses de los condóminos, ellos pueden acordar el uso de la cosa por períodos también proporcionales a su parte.

Pero cabe preguntarse qué ocurre si los condóminos no se ponen de acuerdo en la forma de dividir el uso y goce de la cosa. Digamos desde ya que esta hipótesis es poco probable en el condominio sin indivisión forzosa, porque si existe desinteligencia sobre la forma de aprovechar la cosa común, lo más probable es que los condóminos hagan uso de su derecho de pedir la división de la cosa. Pero puede ocurrir que por razones afectivas, los condóminos no quieran pedir la división del condominio o que se trate de un condominio temporariamente indivisible. En ese caso, el juez deberá decidir el conflicto y teniendo en cuenta la naturaleza de la cosa, podrá dividirla materialmente a los efectos del uso o bien decidir su uso sucesivo por los condóminos (ver nota 2).

1111/566

566.— Pero supongamos que sea uno solo de los condóminos el que use y goce de la cosa, ya sea por ausencia del otro o por indiferencia de éste. ¿Tienen derecho los condóminos no usuarios a reclamar un alquiler o arrendamiento del usuario? La jurisprudencia dominante se ha decidido en el sentido de que el condómino que toleró que otro usara de la cosa, no tiene derecho a exigirle el alquiler en tanto no haya manifestado su oposición al uso exclusivo de la cosa o no haya reclamado una indemnización por dicho uso exclusivo (ver nota 3). En general se ha juzgado que el silencio o pasividad ante la ocupación de la cosa por uno de los condóminos, importa un consentimiento que hace improcedente el cobro de los alquileres al ocupante (ver nota 4). Pero ante el pedido de los condóminos, procede la fijación de una suma mensual a título de compensación a cargo del condómino ocupante (ver nota 5).

1111/567

567. FRUTOS Y PRODUCTOS.— El derecho de uso y goce de la cosa lleva consigo la facultad de aprovechar de los frutos que la cosa produce.

En lo atinente a este tema, es necesario distinguir entre los frutos naturales, industriales y los productos, por una parte, y los frutos civiles, por la otra.

Respecto de los primeros, los condóminos tienen la copropiedad no solamente mientras los frutos están pendientes de recolección sino también después de la separación de la cosa productiva, y hasta tanto se haga la división de dichos frutos entre los distintos condóminos. Es necesario decir, sin embargo, que la división de los frutos puede tener lugar aun antes del momento de la recolección; por ejemplo, se pueden distribuir entre los distintos condóminos distintas fracciones o potreros para que cada uno de ellos recoja y coseche por cuenta suya los frutos que ellos den. En este caso la división se produce desde el momento en que las partes han convenido la forma de división de los frutos y, por consiguiente, cada uno de los condóminos soporta los riesgos relativos a su propia porción. Del mismo modo, cada uno de los condóminos puede transferir libremente, sin necesidad de requerir el consentimiento de los otros participantes, la propiedad de su porción de frutos o productos a un tercero o a otro condómino (ver nota 6).

Suponiendo que no haya acuerdo para la división de los frutos antes de la recolección, cada uno de los condóminos tiene el derecho de proceder directamente a la cosecha o recolección pero no a apropiarse de una porción de los frutos, para lo cual se requiere la división con acuerdo de todos los condóminos (ver nota 7).

Las soluciones varían cuando se trata de frutos civiles, es decir, los intereses de un capital, el alquiler de una cosa común dada en locación, etc. Como en este caso la comunión tiene por objeto un crédito que por su naturaleza es esencialmente divisible, es necesario admitir que la división se produce ipso jure desde el momento en que se devengan los frutos, por lo cual cada uno de los condóminos no puede demandar el pago del crédito sino por la porción que a él le corresponde; y puede reclamar dicha porción sin necesidad del consentimiento previo de los otros condóminos (ver nota 8).

1111/568

568. ACTOS MATERIALES DE DISPOSICIÓN.— Dispone el art. 2680 Ver Texto que ninguno de los condóminos puede sin el consentimiento de todos ejercer sobre la cosa común ni sobre la menor parte de ella, físicamente determinada, actos materiales o jurídicos que importen el ejercicio actual e inmediato del derecho de propiedad. La oposición de uno bastará para impedir lo que la mayoría quiera hacer a este respecto.

La expresión, actos materiales o jurídicos que importen el ejercicio actual e inmediato del derecho de propiedad, no es feliz. Poseer la cosa, usarla y gozarla, tal como tienen derecho a hacerlo los condóminos, son actos que importan el ejercicio actual del derecho de propiedad; es obvio que la ley ha querido referirse a aquellos actos materiales que importen el ejercicio de un derecho de disposición física de la cosa, tal como lo aclara a continuación el art. 2681 Ver Texto : ninguno de los condóminos puede hacer en la cosa común innovaciones materiales, sin el consentimiento de todos los otros.

Por innovación material debe entenderse toda obra o cambio realizado en la cosa que importe una modificación física de ella; por ejemplo: levantar un edificio, construir un dique, un canal, etc.; en otras palabras, toda alteración sustancial en la materia o forma de la cosa.

Sin embargo, esta idea general necesita ser precisada. Ante todo, es necesario excluir de lo que está prohibido a los condóminos, aquellas obras necesarias para la conservación de la cosa (ver nota 9), lo que es natural porque si estas reparaciones puede hacerlas inclusive el poseedor de mala fe y tiene derecho a exigir el importe de esos gastos, es obvio que también debe tener derecho a hacerlo el condómino. También deben excluirse aquellas innovaciones que son necesarias para poder gozar de la cosa conforme a su destino (ver nota 10), como podría ser, por ejemplo, la construcción de un silo o un galpón para guardar los granos cosechados. Y de una manera general debe concluirse que cada condómino tiene derecho a hacer las innovaciones que son útiles para él sin causar ninguna molestia o daño serio a los otros comuneros y que, además, respetan la naturaleza y destino del inmueble (ver nota 11). Dadas esas condiciones, la oposición de los otros copropietarios importaría

un evidente abuso del derecho, vedado por el art. 1071 Ver Texto .

1111/569

569. ACTOS JURÍDICOS DE DISPOSICIÓN O ADMINISTRACIÓN.— A los condóminos les está vedado realizar separadamente cualquier acto de enajenación o administración de la cosa común. En este sentido dice el art. 2682 Ver Texto que el condómino no puede enajenar, constituir servidumbres ni hipotecas con perjuicio del derecho de los copropietarios. El arrendamiento o el alquiler hecho por alguno de ellos es de ningún valor.

Digamos desde ya que la enajenación o disposición de la cosa común por uno de los condóminos es nula aun respecto de la porción del vendedor (art. 1331 Ver Texto). Sobre el tema de la nulidad de la venta de cosas parcialmente ajenas remitimos a lo dicho en el Tratado de Contratos, t. 1, n° 88 y siguientes.

1111/570

570.— Sin embargo, agrega el art. 2683 Ver Texto , la enajenación, constitución de servidumbre o hipotecas, el alquiler o arrendamiento hecho por uno de los condóminos vendrán a ser parcial o integralmente eficaces si por el resultado de la división de todo o parte de la cosa común le tocase en su lote. Vale decir, el acto originalmente carente de eficacia jurídica queda convalidado por la circunstancia de que la cosa ha venido a corresponder al enajenante en la partición.

La ley supone que uno de los condóminos ha vendido toda la cosa y que luego en la participación le toca toda ella o sólo una parte. Si le toca toda, el contrato es plenamente eficaz y obliga tanto al comprador como al vendedor. Si le toca parte, el contrato obliga al enajenante a transferir el dominio de esa parte material, si el comprador la acepta. Pero éste no está obligado a aceptar una parte si ha comprado el todo, ya que eso altera fundamentalmente el objeto del contrato. En otras palabras: la parte que contrató con el condómino tendrá derecho a optar entre la rescisión del contrato y su cumplimiento parcial. Y, por supuesto, el comprador no está obligado a esperar la partición para demandar la nulidad del acto. Si a la fecha en que el enajenante quedó constituido en mora no cumplió, el comprador tiene derecho a demandar la resolución del contrato y los daños y perjuicios (ver nota 12).

1111/11510

3.— Derecho de los acreedores de los condóminos

1111/571

571. REGLA LEGAL.— Los acreedores tienen derecho a hacer embargar y vender la parte indivisa de cada condómino (art. 2677 Ver Texto). Como este problema era discutido en la doctrina, el codificador dejó bien aclarado que la venta podía efectuarse antes de hacerse la división entre los comuneros (art. citado).

Según ya lo dijimos, la parte indivisa no es ni una parte ideal ni una parte material de la cosa, sino solamente el conjunto de derechos que cada uno de los comuneros tiene sobre la cosa. Lo que se embarga y subasta es, por consiguiente, la posición que ocupaba el deudor en el condominio. En otras palabras: los acreedores personales de cada uno de los copropietarios puede exigir la subasta de los derechos de su deudor y el comprador vendrá a sustituir al deudor en la posición que aquél tenía en el condominio.

1111/11520

4.— Abandono de la parte indivisa

1111/572

572. EFECTOS.— La ley le reconoce al condómino el derecho de hacer abandono de su parte indivisa (arts. 2608 Ver Texto y 2685 Ver Texto). Ordinariamente, cuando se hace el abandono de una cosa, ésta se convierte en res nullius y puede ser objeto de apropiación por cualquiera. Pero el abandono de la parte indivisa no transforma esa parte en res nullius, sino que provoca una expansión del derecho de los demás condóminos, que vienen así a adquirir automáticamente la parte abandonada en proporción a sus respectivas porciones (ver nota 13).

Esta solución se explica muy simplemente por distintas razones. En primer lugar, porque aquí no hay una cosa abandonada. Ya hemos dicho que la parte indivisa no es una cosa sino simplemente un haz de derechos. El fenómeno se explica también por la tendencia del derecho de propiedad de adquirir esa plenitud que le es propia; en otras palabras, el derecho de propiedad tiende a reconstituirse en su integridad en cabeza de un titular único. Dice SALIS que suponiendo que los condóminos sean dos, no puede hablarse con propiedad de que el efecto del abandono de uno de ellos importe acrecer la parte del otro, sino que debe

decirse que el derecho de éste se reconstituye en su plenitud por el hecho de la falta de un cotitular (ver nota 14).

Este fenómeno de la expansión del derecho de propiedad de los condóminos se opera también en el caso de insolvencia de uno de los copropietarios. Según lo dispone el art. 2690 Ver Texto , la parte del condómino insolvente debe repartirse entre los otros en proporción del interés que tengan en ella y según el cual hubiese contribuido a satisfacer la parte del crédito que correspondía al insolvente. Ya volveremos sobre est tema más adelante (véase nº 579); por ahora nos limitamos a destacar que aquí también se opera ese fenómeno de acrecimiento que está en potencia en la parte indivisa.

Nos ocuparemos del tema del abandono en el nº 574.

(nota 1) De acuerdo, ARGAÑARAZ, en SALVAT, t. 1251, nota 23.

(nota 2) Sobre este punto véase, SALIS, La comunione, nº 41.

(nota 3) C. Civil Cap., Sala D, 15/3/1977, E. D., t. 75, p. 143; íd., 12/12/1977, J. A., 1978-III, p. 383; C. Civil 1ª Cap., 10/11/1933, J. A., t. 44, p. 137; íd., 16/12/1936, J. A., t. 57, p. 157; C. Civil 2ª Cap., 12/2/1936, J. A., t. 53, p. 363; C. Apel. 1ª La Plata, 18/3/1947, J. A., 1947-I, p. 762; íd., 23/9/1971, J. A., t. 13, p. 537; Sup. Trib. Santa Fe, 4/11/1941, L. L., t. 26, p. 18.

(nota 4) C. Civil 1ª Cap., 4/4/1941, J. A., t. 74, p. 131; C. Civil 2ª Cap., 22/11/1945, L. L., t. 37, p. 839.

(nota 5) C. Civil Cap., Sala C, 12/4/1973, E. D., t. 50, p. 202.

(nota 6) SALIS, La Comunione, nº 42.

(nota 7) SALIS, La comunione, loc. cit. en nota anterior.

(nota 8) SALIS, La comunione, nº 42.

(nota 9) SALIS, La comunione, nº 84.

(nota 10) SALIS, loc. cit., en nota anterior.

(nota 11) BAUDRY-LACANTINERIE y CHAUVEAU, Des biens, n° 269. En sentido concordante dijo la C. Civil 1ª Cap., 16/12/1936, L. L., t. 5, p. 260 y J. A., t. 57, p. 158, 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.

(nota 12) De acuerdo, ARGAÑARAZ, en SALVAT, t. 3, n° 1256 a.

(nota 13) Aunque no hay ninguna norma que así lo disponga expresamente, la doctrina es unánime en la existencia de este derecho de expansión; véase SALVAT, t. 3, n° 1261, texto y nota 38; y su anotador ARGAÑARAZ, t. 3, n° 1234 a; SALIS, La comunione, n° 2 bis; BRANCA, Della comunione, p. 151.

(nota 14) SALIS, La comunione, n° 2 bis.

1111/11530

B.— OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDAD DE LOS CONDÓMINOS

1111/573

573. CONTRIBUCIÓN A LOS GASTOS DE CONSERVACIÓN O REPARACIÓN DE LA COSA.— Los condóminos están obligados a contribuir a los gastos de conservación o reparación de la cosa común en proporción a sus partes. Ordinariamente esta obligación debería cumplirse en el momento de realizar el gasto; pero con frecuencia ocurre que uno de los condóminos paga la totalidad por razones de urgencia, ausencia del otro condómino, o por cualquier otro motivo. En ese caso, el condómino que hace el gasto puede obligar a los copropietarios a restituirle lo que hubiera gastado en proporción a sus partes (art. 2685 Ver Texto).

1111/574

574.— Sin embargo, los condóminos que no hubieran contribuido al gasto pueden liberarse de su obligación abandonando su derecho de propiedad (art. 2685 Ver Texto). Este abandono supone el acrecimiento del derecho de los restantes copropietarios en proporción a sus respectivas cuotas. Así, por ejemplo, supongamos una propiedad de la cual una persona tiene una mitad y otras dos, una cuarta parte. Si una de estas últimas hace abandono de su derecho, el propietario de la mitad tomará las dos terceras partes de esa cuota y el otro condómino un tercio.

Queda excluido de la posibilidad de liberarse de la obligación haciendo abandono de la cuota, el supuesto de que la reparación haya sido necesaria por un hecho imputable al condómino que pretende hacer el abandono (ver nota 1). Esta solución se justifica porque en este caso la deuda no tiene origen en el condominio, sino en el hecho del condómino que provocó el daño.

Se admite generalmente que el derecho de abandono debe ser ejercido al ser requerido el copropietario para contribuir al pago de los gastos; pasada esa oportunidad el abandono es extemporáneo (ver nota 2).

1111/575

575.— Supongamos ahora que el copropietario no contribuya al gasto ni haga abandono de su derecho. En tal caso los condóminos que han realizado el gasto pueden demandarlo por el pago de la deuda, incluidos los intereses; además, los condóminos que hubieran hecho el pago tendrán derecho a retener la cosa hasta que se verifique la contribución (art. 2686 Ver Texto). Más aún, si el condómino que no pagó es insolvente, los que hubieran hecho el pago tienen derecho a repartirse su parte en la cosa en proporción al interés que tengan en ella y según el cual hubieran contribuido a satisfacer la parte del crédito que correspondía al insolvente (art. 2690 Ver Texto). Volveremos sobre este punto más adelante (nº 579).

En cuanto a los intereses, ellos corren de pleno derecho y sin necesidad de interpelación (ver nota 3).

1111/576

576. DEUDAS CONTRAÍDAS EN PROVECHO DE LA COMUNIDAD.— Hasta aquí nos hemos ocupado de las deudas contraídas en concepto de gastos de conservación o reparación de la cosa común. Estas deudas son, sin duda, contraídas en provecho de la

comunidad; pero dado su carácter de urgencia y necesidad, el Código las ha tratado con un régimen especial. Separadamente de ellas trata de las otras obligaciones personales adquiridas en beneficio de la comunidad y de las obligaciones resultantes de las cargas reales. Nos ocuparemos de estas obligaciones y responsabilidades a continuación.

1111/577

577. a) Obligaciones personales.— Supongamos, ante todo, que la deuda haya sido contraída por uno solo de los condóminos, aunque en provecho de la comunidad. En ese caso, frente al tercero únicamente está obligado el condómino que contrajo la obligación y el acreedor sólo tiene acción contra él; ello sin perjuicio del derecho que tiene el que realizó el gasto de demandar a sus condóminos el reembolso de lo que hubiera pagado (art. 2687 Ver Texto).

Supongamos ahora que la deuda hubiera sido contraída por los condóminos colectivamente. Aquí pueden presentarse varios casos:

1) Que en el contrato se hubiera estipulado solidaridad entre los condóminos, en cuyo caso el tercero podrá dirigirse contra cualquiera de ellos por el todo, sin perjuicio de la acción de regreso que tiene el condómino contra sus copropietarios conforme a las reglas de la solidaridad.

2) Puede ocurrir que sin estipular la solidaridad, los condóminos al contraer la deuda hayan expresado cuál es la cuota por la cual se obligan o la cuota que tienen en el condominio, en cuyo caso los acreedores tendrán que dirigir su acción contra cada uno de los condóminos en proporción a sus respectivas cuotas.

3) Finalmente, puede ocurrir que la deuda haya sido contraída por los condóminos sin expresión de cuotas y sin haberse estipulado solidaridad; en este caso los condóminos están obligados respecto del acreedor por partes iguales, cualquiera sea la parte que tengan en el condominio; sin perjuicio del derecho que tiene el condómino que haya pagado de más, contra sus otros condóminos (art. 2688 Ver Texto). Así, por ejemplo, si dos personas son condóminas, la una por $\frac{2}{3}$ de la cosa y la otra por $\frac{1}{3}$, y esta última hubiera pagado la mitad de la deuda de acuerdo a lo que establece el art. 2688 Ver Texto , tendrá derecho a reclamar de su condómino la diferencia entre esa mitad y las dos terceras partes.

1111/578

578. b) Cargas reales.— Dispone el art. 2689 Ver Texto que en las cargas reales que graven

la cosa, como la hipoteca, cada uno de los condóminos está obligado por el todo de la deuda. Como puede apreciarse, en este caso la deuda no se divide entre los condóminos sino que cada uno de ellos está obligado por el todo.

Se ha discutido en nuestro derecho si esta disposición importa o no establecer la solidaridad entre los condóminos. Algunos autores sostienen que no habría propiamente solidaridad sino indivisibilidad de la deuda (ver nota 4). Pero esta tesis resulta difícil de sostener en el plano de nuestro derecho positivo. En todos los casos que se dan en la práctica, la carga real importa en definitiva una deuda en dinero; y no se puede admitir que esta deuda — típicamente divisible— sea reputada indivisible sin desvirtuar todo el sistema del Código en torno a la noción de divisibilidad e indivisibilidad (véanse arts. 667 Ver Texto y sigs. y 679 Ver Texto y sigs.). No cabe sino concluir que el art. 2689 Ver Texto ha establecido la solidaridad entre los deudores frente al acreedor.

Pero supongamos ahora que como consecuencia de la obligación o carga impuesta a los condóminos se ejecute el bien y luego de vencido resulte todavía un saldo impago. ¿Se mantiene la solidaridad entre los ex condóminos? La cuestión ha sido decidida por la Cámara Civil de la Capital reunida en Tribunal Plenario en el sentido de que por el saldo de la deuda no existe solidaridad (ver nota 5). Esta solución se justifica porque si bien el art. 2689 Ver Texto se refiere a la solidaridad en la deuda, debe tenerse presente que esta solidaridad legal se funda en el carácter real de la carga que pesa sobre la cosa común; es lógica, por consiguiente, que una vez vendida ésta y desaparecido el motivo de la solidaridad, el saldo de la deuda recobre el carácter de obligación divisible y se reparta entre los condóminos en proporción a la parte de cada uno (ver nota 6).

Se ha declarado que tienen el carácter de cargas reales, comprendidas dentro de las disposiciones del art. 2689 Ver Texto , además de la hipoteca, mencionada expresamente en el texto legal, las siguientes obligaciones: las que tienen su origen en los impuestos que gravan el inmueble (ver nota 7), las tasas de alumbrado, barrido y limpieza (ver nota 8), el impuesto de obras sanitarias (ver nota 9), la contribución por mejoras (ver nota 10), la deuda por medianería (ver nota 11). Se ha juzgado, en cambio, que la obligación de pagar los gastos de conservación de cloacas y los de luz eléctrica no es una carga de la propiedad y pesa solamente sobre el condómino ocupante del inmueble (ver nota 12).

1111/579

579. INSOLVENCIA DE UNO DE LOS COPROPIETARIOS.— Dispone el art. 2690 Ver Texto que cuando entre los condóminos hubiere alguno insolvente, su parte en la cosa debe repartirse entre los otros en proporción del interés que tengan en ella y según el cual hubieren contribuido a satisfacer la parte del crédito que correspondía al insolvente. La ley supone aquí el caso de una deuda contraída en provecho de la comunidad y que ha sido pagada por uno de los condóminos. Abonada la deuda, el condómino que la pagó tiene una

acción de regreso contra los otros condóminos para obligarlos a contribuir al pago realizado en proporción a sus respectivas partes. Pero supongamos que intentada la acción contra el condómino que no pagó, éste resultara insolvente. En este caso su parte en la deuda es distribuida entre los otros condóminos que también se reparten entre sí su parte en la cosa. Ejemplo; Pedro es propietario de la mitad de un inmueble, Juan de una cuarta parte, Diego de otra cuarta parte. Pagada la deuda por Juan, Diego resulta insolvente. En ese caso, su parte en la deuda pesará sobre Juan y Pedro en proporción a sus respectivas cuotas pero en compensación, éstos adquirirán el dominio de la parte correspondiente a Diego también en proporción a sus respectivas cuotas.

Sin embargo, es necesario decir que el régimen del art. 2690 Ver Texto no es claro. Se supone la insolvencia de uno de los copropietarios; pero éste tiene al menos su parte indivisa que es embargable y ejecutable (art. 2677 Ver Texto). Es claro que no obstante ello puede ser insolvente, lo que requiere que sus bienes no alcancen a pagar sus deudas, es decir, que éstas sean superiores al valor de su parte indivisa. Pero si existen otros acreedores, éstos tienen derecho en paridad con los copropietarios acreedores, de hacer subastar la parte indivisa del deudor y no podrían los condóminos acreedores adjudicarse la parte del deudor excluyendo a los otros acreedores, porque ninguna ley les reconoce ese privilegio.

En consecuencia, para que el art. 2690 Ver Texto pueda jugar, parece por tanto necesario: 1) que no existan otros acreedores del copropietario insolvente o que éstos hayan sido desinteresados; 2) que el deudor no tenga otros bienes contra los cuales puedan ir los condóminos porque de lo contrario no habría insolvencia; 3) que la deuda del copropietario sea superior al valor de su parte indivisa, porque no siendo así tampoco habría insolvencia. La interpretación que propugnamos es además la que conduce a resultados más justos, porque si la parte del condómino deudor vale más que su deuda, no es justo que sea privado de ese mayor valor en beneficio de sus copropietarios, beneficio que carecería de causa legítima.

(nota 1) ARGAÑARAZ, en SALVAT, t. 3, nº 1261, nota 38; MACHADO, t. 7, p. 95.

(nota 2) SALVAT, t. 3, nº 1261; MACHADO, t. 7, págs. 95 y 96; SEGOVIA, t. 2, p. 143, nota 32; PEÑA GUZMÁN, Derechos reales, t. 2, nº 1121.

(nota 3) SALVAT, t. 3, nº 1262.

(nota 4) ARGAÑARAZ, en SALVAT, t. 3, nº 1266-A; LAFAILLE, t. 2, nº 1091.

(nota 5) C. Civil Cap. en Pleno, 24/8/1923, J. A., t. 11, p. 350.

(nota 6) Así lo explica con justeza SALVAT, t. 3, n° 1267.

(nota 7) C. Civil 1ª Cap., 3/12/1936, L. L., t. 5, p. 306; C. Civil 2ª Cap., 3/5/1943, L. L., t. 30, p. 321; C. Com. Cap., 8/8/1941, J. A., t. 76, p. 512.

(nota 8) C. Civil 1ª Cap., 3/12/1936, J. A., t. 56, p. 761; C. Civil 2ª Cap., 16/12/1935, J. A., t. 52, p. 862.

(nota 9) C. Civil 1ª Cap., 15/10/1923, J. A., t. 11, p. 742.

(nota 10) C. Civil 1ª Cap., 29/9/1941, L. L., t. 25, p. 115; S. C. Buenos Aires, 30/4/1946, J. A., 1946-II, p. 593; S. C. Tucumán, 2/8/1937, L. L., t. 7, p. 1135; en contra, C. Civil 1ª Cap., 26/12/1944, L. L., t. 37, p. 746; C. Apel. 2ª La Plata, 14/3/1947, L. L., t. 46, p. 50; C. Apel. Córdoba, 20/5/1947, L. L., t. 49, p. 71; C. Apel. Rosario, 16/4/1946, RSF, t. 3, p. 168; S. T. Entre Ríos, 28/10/1942, J. E. R., 1942, p. 925.

(nota 11) C. Civ. Cap., Sala D, 21/4/1958, J. A., 1958-II, p. 380.

(nota 12) C. Civ. 2ª Cap., 16/12/1935, J. A., t. 52, p. 862.

1111/11540

C.— ADMINISTRACIÓN DE LA COSA COMÚN

1111/580

580. EL PRINCIPIO DE LA MAYORÍA.— La facultad de administrar la cosa común está dentro del concepto de uso y goce que la ley reconoce a cada uno de los condóminos; todos ellos tienen, por consiguiente, el derecho de administrar la cosa común. Esto significa que ante la ausencia o pasividad de algunos de los condóminos, otro puede asumir con plenos derechos la administración de toda la cosa; significa también que todos ellos pueden

administrarla conjuntamente. Pero muchas veces la administración común de la cosa será imposible por la calidad de ella o por la oposición de alguno de los condóminos; en ese caso la administración será hecha por el modo y la persona que decida la mayoría de los condóminos (art. 2700 Ver Texto). En otras palabras, todos los condóminos tienen el derecho de administrar la cosa común y todos pueden ejercitar este derecho cuando haya acuerdo entre ellos; en caso de desacuerdo, la deliberación de la mayoría obliga a la minoría (ver nota 1).

1111/581

581. DELIBERACIONES Y DECISIONES.— Las determinaciones relativas a la administración de la cosa común son tomadas por mayoría; pero es indispensable que sean tomadas en reunión de todos los condóminos o de sus legítimos representantes (art. 2703 Ver Texto). La presencia de los condóminos en la reunión es la garantía de que se respetará su derecho a ser escuchados en todos los problemas relativos a la administración, de tal manera que sería inválida una decisión mayoritaria tomada en una deliberación de la que no hubiese participado alguno de los condóminos.

Pero cabe preguntarse qué ocurre si citado uno de los condóminos no concurriese a la reunión. ¿Significa esto que la mayoría no pueda tomar ninguna determinación válida respecto de la administración de la cosa? La cuestión ha provocado opiniones encontradas:

a) Para SALVAT la disposición de la ley es terminante, de tal manera que la ausencia de uno de los condóminos invalida la decisión tomada en la reunión, aunque hubiera sido debidamente citado; en ese caso, el único camino posible para la mayoría, ante la actitud obstruccionista del disidente que se niega a participar de las reuniones, sería el derecho de pedir la liquidación del condominio (ver nota 2).

b) Por su parte, MACHADO sostiene que el juez debe nombrar representante al ausente (ver nota 3).

c) Finalmente, hoy se abre paso una opinión más flexible y razonable. Lo indispensable no sería la participación efectiva de cada uno de los condóminos o de sus legítimos representantes en la reunión, sino la citación de dicho condómino para participar de la reunión. Adherimos sin reservas a esta opinión. Cuando la ley exige la participación de todos los condóminos quiere dejar a salvo el derecho de todos ellos de hacer oír un problema tan importante como es la administración de la cosa común; salvado ese derecho, la comparecencia física de cada uno de los condóminos o de sus representantes legales en la reunión no podría convertirse en un requisito sine qua non de la validez de las deliberaciones, sin atribuir a los condóminos que están en situación de minoría un arma que vendría a desvirtuar el principio mayoritario y se constituiría en un verdadero abuso del

derecho. Carece de toda lógica que la inasistencia del condómino tenga una trascendencia que no tendría la disidencia del mismo condómino frente a la mayoría, de haber concurrido al acto; es decir, el voto negativo de la minoría carecería de influencia en la decisión tomada en la reunión, y en cambio no concurriendo uno de los condóminos, su abstención vendría a tener el alcance de un voto decisivo. Como dice GALDI, si esto fuera posible, la minoría triunfaría siempre merced a su abstención (ver nota 4). Claro está que no habría deliberación válida si la ausencia fuese motivada por razones serias, aunque hubiese sido debidamente citado (ver nota 5). De lo que se trata es de que el condómino renuente no pueda de mala fe o con una actitud obstruccionista impedir el juego de la mayoría, tal como lo quiere la ley.

Para demostrar que no cabe otro camino para resolver el conflicto que se presenta ante la ausencia deliberada de uno de los condóminos, basta pensar en los supuestos de indivisión temporaria resultante de un pacto de las partes o de la disposición del causante; si la ausencia de uno de los condóminos, hiciera imposible a la mayoría tomar cualquier decisión válida, la administración de la cosa común se haría imposible.

1111/582

582.— Reunidos los condóminos e injustificadamente ausente la minoría, la mayoría dispondrá el modo de administrar, nombrará y quitará los administradores (art. 2700 Ver Texto).

1111/583

583. CÓMO SE COMPUTA LA MAYORÍA.— A los efectos de decidir los problemas de la administración, se computará la mayoría en proporción de los valores de la parte de cada uno de los condóminos en la cosa común, aunque la mayoría corresponda a uno solo de ellos (art. 2704 Ver Texto). En otras palabras, la mayoría se cuenta por el interés que las partes tienen en el condominio y no por cabeza o personas.

La mayoría será absoluta, es decir, debe exceder el valor de la mitad de la cosa. No habiendo mayoría absoluta nada se hará (art. 2705 Ver Texto). Puede ocurrir en efecto que los condóminos sean muchos y que no existan dos grupos sino varios; por ejemplo, el 45% vota por un administrador, el 40% por otro y el 15% por otro. En ese supuesto, el voto del 45% no tiene fuerza necesaria para decidir la cuestión.

El Código dice que en ese supuesto nada se hará; es decir, el voto de la simple mayoría (en nuestro ejemplo, el del grupo que alcanzó el 45%) no tiene fuerza legal. En tal caso habrá que recurrir a la solución que el art. 2706 Ver Texto prescribe para el caso de empate; es

decir, el juez decidirá sumariamente a solicitud de cualquiera de los condóminos y con audiencia de los otros (ver nota 6).

1111/584

584. CASO DE EMPATE.— Dispone el art. 2706 Ver Texto que habiendo empate y 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. En consecuencia, la ley ofrece a los condóminos que han empatado la posibilidad de decidir la cuestión sea por la suerte, sea por árbitros; pero si no se ponen de acuerdo, de todas maneras el conflicto deberá ser decidido por el juez sumariamente a solicitud de cualquiera de los condóminos, pero siempre con audiencia de todos los restantes. El juez no está obligado a seguir alguno de los criterios en pugna. Puede resolver el conflicto según su prudente arbitrio, procurando conciliar, en la medida de lo posible, las opiniones e intereses encontrados.

1111/585

585. CONDICIÓN LEGAL DEL ADMINISTRADOR.— El administrador de la cosa común puede ser uno de los condóminos o bien un tercero. Cuando uno de los condóminos ejerciera la administración será reputado mandatario de los otros, aplicándosele las disposiciones sobre el mandato y no las disposiciones sobre el socio administrador (art. 2701 Ver Texto). Con esta disposición el Código ha puntualizado que el condominio no tiene el carácter de socio administrador. Se lo reputa simplemente un mandatario de los otros.

Inclusive puede ocurrir, ya lo hemos dicho, que cualquiera de los condóminos asuma la administración, no ya por mandato, sino en ausencia o ante la pasividad de los restantes. Para esa hipótesis el art. 2709 Ver Texto establece que cualquiera de los condóminos que sin mandato de los otros administrase la cosa común, será juzgado como gestor oficioso. Se aplicarán entonces las disposiciones sobre la gestión de negocios (véase Tratado de Contratos, t. 2, nº 1792 y sig.).

En cuanto al tercero administrador, obviamente tiene el carácter de simple mandatario (arts. 1869 Ver Texto y 1870, inc. 3º).

Esto significa que sea el administrador uno de los condóminos o un tercero, está sujeto a las obligaciones propias de todo administrador de bienes ajenos en lo que hace a la diligencia con que ha de cumplir su mandato, su responsabilidad y, desde luego, su obligación de rendir cuentas.

1111/586

586. REMOCIÓN DEL ADMINISTRADOR.— Puesto que todo lo relativo a la administración es competencia de la mayoría, es ella también la que dispondrá la remoción de los administradores (art. 2700 Ver Texto). La mayoría puede ejercer esta atribución inclusive sin expresión de causas, dado que el mandato es esencialmente revocable (art. 1970 Ver Texto).

Pero supongamos ahora un administrador desaprensivo que actúa ante la pasividad, la indiferencia o quizá la complicidad de la mayoría. El caso puede ser particularmente grave si uno de los condóminos tiene por sí solo la mayoría del condominio y valiéndose de ella se ha impuesto a sí mismo como administrador o ha designado a un tercero. ¿Significa esto que la minoría debe permanecer impasible ante los abusos del administrador, sin forma alguna de obtener su remoción? Tal solución resultaría repugnante a la idea de justicia; es necesario admitir que la minoría tiene siempre una acción judicial para obtener la remoción del administrador negligente, incapaz o deshonesto. Así lo resolvió la antigua Cámara Civil 1ª de la Capital ante el pedido de la minoría que invocaba la falta de rendición de cuentas y de depósitos de fondos percibidos (ver nota 7). Es la solución razonable.

1111/587

587. ARRENDAMIENTO DE LA COSA.— Los condóminos, por decisión de la mayoría, pueden también alquilar o arrendar la cosa común. Si así fuera, debe ser preferido a persona extraña el condómino que ofreciere el mismo alquiler o la misma renta (art. 2702 Ver Texto). La ley consagra así un derecho de preferencia muy razonable, que deriva del carácter de copropietario o condómino.

Puede ocurrir que dos o más condóminos ofrezcan el mismo alquiler que el tercero; para tal supuesto predomina en doctrina el criterio de que debe aplicarse analógicamente el art. 2706 Ver Texto ; es decir, la cuestión debe decidirse por la suerte o por árbitros; y si los interesados no se pusiesen de acuerdo en esos procedimientos, deberán ocurrir ante el juez (ver nota 8).

1111/588

588.— El condómino locatario importa un supuesto de contrato consigo mismo, desde que el locatario es al propio tiempo condómino de la cosa. Desde el punto de vista puramente lógico esta situación es una verdadera anomalía, porque no resulta simple explicar cómo

una misma persona puede ser al propio tiempo locador y locatario. Pero lo que ocurre es que el condómino locatario no es propietario exclusivo de la cosa; que sobre la cosa confluyen otros derechos de propiedad; y que, por tanto, no es enteramente cierto que se trate de un contrato consigo mismo porque la voluntad de los condóminos que decide el arrendamiento no es la voluntad del condómino arrendador sino la que resulta expresión de la mayoría de los copropietarios. Se trata de una voluntad distinta y, como tal, con autonomía suficiente para contratar ya sea con el condómino, ya sea con un tercero.

Y como los intereses prácticos que juegan en materia de condominio y de locación se satisfacen adecuadamente permitiendo la locación de la cosa por uno de los condóminos, el legislador no ha vacilado en admitir esta solución, cualesquiera puedan ser los reparos que desde el punto de vista de una lógica estricta pueda ofrecer.

1111/589

589. FRUTOS.— Dispone el art. 2707 Ver Texto que los frutos de la cosa común no habiendo estipulación en contrario o disposición de última voluntad, serán divididos por los condóminos en proporción de los valores de sus partes.

En otras palabras: ante todo se aplicará lo convenido por las partes o lo dispuesto por el testador que legó la cosa en condominio; en defecto de una disposición del contrato o del testamento, los frutos se dividen entre los condóminos en proporción de los valores de sus partes.

1111/590

590. DUDAS SOBRE EL VALOR DE LA PARTE DE CADA CONDÓMINO.— El art. 2708 Ver Texto dispone que habiendo duda sobre el valor de la parte de cada uno de los condóminos, se presume que son iguales. En el caso de los inmuebles, la hipótesis de duda es muy remota, porque de los antecedentes del título resulta casi siempre la parte de cada condómino. Pero no es inimaginable que dos o más personas compren en común una cosa sin especificar la parte que le corresponde a cada uno, en cuyo caso se aplica la regla del art. 2708 Ver Texto . Y ella es de aplicación muy frecuente en el caso de las cosas muebles que se adquieren sin título por la sola tradición. La presunción adquiere en este caso una importancia relevante.

La regla del art. 2708 Ver Texto se aplica: a) para la distribución de frutos; b) para el cómputo de los votos en todo lo que atañe a la administración de la cosa; c) para la asignación de partes materiales en caso de división o liquidación del condominio (ver nota 9).

(nota 1) SALIS, La comunione, nº 72.

(nota 2) SALVAT, t. 3, nº 1278.

(nota 3) MACHADO, t. 7, p. 124.

(nota 4) GALDI, cit. por ARGANÑARAZ, en SALVAT, t. 3, nº 1278, nota 59, autor que adhiere a esa opinión. LAFAILLE, de acuerdo con este criterio, dice que lo legítimo sería compeler al renuente por al vía judicial, bajo apercibimiento de celebrarse el acto con quienes concurren (t. 2, nº 1102). Por nuestra parte, nos parece que la intervención judicial para la notificación al renuente es excesiva y sin justificación, bastando cualquier notificación fehaciente.

(nota 5) De acuerdo, SEGOVIA, t.2, p. 158, nota 67, quien dice que una inasistencia fundada en motivos fútiles no impide la validez de la resolución adoptada por los demás condóminos.

(nota 6) SALVAT, siempre apegado a la letra de la ley, dice que a diferencia de lo que ocurre en el caso de empate en que el juez puede decidir la cuestión, en este supuesto carece de toda atribución: t. 3, nº 1283. no podemos compartir este criterio que importa una ciega aplicación de la letra de la ley, sin considerar un argumento decisivo: que todo conflicto humano en el campo de los intereses económicos, requiere necesariamente la intervención judicial, cuando las partes no se ponen de acuerdo. De lo contrario sería el imperio de la fuerza y no del derecho.

(nota 7) C. Civil 1ª Cap., 26/9/1945, L. L., t. 40, p. 218.

(nota 8) LAFAILLE, t. 2, nº 1105; SEGOVIA, t. 2, p. 157, nota 66; ARGANÑARAZ, en SALVAT, t. 3, nº 1275 “in fine”; PEÑA GUZMÁN, Derechos Reales, t. 2, nº 1130.

(nota 9) C. Civil 2ª Cap., 6/4/1918, J. A., t. 1, p. 438; SALVAT, t. 3, nº 1288.

D.— CONCLUSIÓN DEL CONDOMINIO

1111/11560

1.— Causas generales de extinción

1111/591

591. APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES.— Puesto que el condominio constituye un estado particular de la propiedad, le son aplicables a ella los modos de extinción de este derecho, ya se trate de extinción absoluta, ya de pérdida de la propiedad (ver nota 1). En consecuencia, el condominio se extingue de una manera absoluta por la destrucción o consumo total de la cosa o cuando la cosa es puesta fuera del comercio (art. 2604 Ver Texto); o cuando los animales salvajes o domesticados recuperan su antigua libertad o pierden la costumbre de volver a la residencia de su dueño (art. 2605 Ver Texto); o cuando todos los condóminos abandonan la cosa (art. 2607 Ver Texto) sin que nadie se apodere de ella. Se extingue de una manera relativa cuando un tercero adquiere la propiedad de la cosa que era común a otros a título de transformación, accesión, o prescripción (art. 2606 Ver Texto); o cuando los condóminos la enajenan a un tercero (art. 2609 Ver Texto); o cuando la cosa resulta expropiada por causa de utilidad pública (art. 2610 Ver Texto).

El condominio tiene también sus modos propios de extinción. Concluye por abandono de su derecho hecho por uno de los copropietarios para librarse de contribuir a los gastos de conservación o reparación de la cosa común (art. 2685 Ver Texto); por enajenación de sus derechos que uno de los copropietarios hace en favor de otro (art. 2677 Ver Texto). Si los condóminos son varios, el condominio se extinguirá sólo respecto del condómino que ha enajenado sus derechos; si son sólo dos el condómino que ha enajenado sus derechos; si son sólo dos el condominio se extinguirá totalmente, pues el dominio quedará consolidado en cabeza del otro condómino que adquirió el derecho. Igualmente se extingue el condominio por haber adquirido uno de los condóminos la parte de otro por usucapión. Por último, se extingue también por división de la cosa común, lo que constituye el modo típico y normal de ponerle fin.

1111/11570

2.— Causa peculiar: división de la cosa común

1111/592

592. CONCEPTO.— En el condominio sin indivisión forzosa, cualquiera de los copropietarios está autorizado para pedir en cualquier momento la división de la cosa común (art. 2692 Ver Texto).

Este derecho tiene sólidos fundamentos: el buen funcionamiento del condominio exige una armonía, una coincidencia de intereses y a veces de afectos, desaparecidos los cuales el mantenimiento del condominio no es ya razonable. La regla de la mayoría se convertiría en la tiranía sobre la minoría; las desinteligencias entre los condóminos conducen a roces y cuestiones que muchas veces van más allá de los conflictos puramente patrimoniales para convertirse en desavenencias más hondas. En suma, desaparecida la armonía que es la esencia del condominio, éste pierde su razón de ser. Se justifica así que cualquiera de los condóminos pueda pedir en todo momento la división de la cosa común; y que este derecho sea, fuera de los casos establecidos expresamente en la ley, irrenunciable. Por ello, el art. 2693 Ver Texto dispone que los condóminos no puedan renunciar de una manera indefinida al derecho de pedir la división; y sólo les reconoce la posibilidad de convenir la suspensión de la división por un término que no exceda de cinco años renovables.

Claro está que el derecho a pedir la división cesa si la cosa ha sido vendida (aunque todavía no escriturada) a un tercero (ver nota 2). En tal caso, tanto los otros condóminos como el adquirente, podrían oponerse a la división. Los primeros, porque la participación los coloca en situación de no poder cumplir lo prometido; el adquirente, porque tiene derecho a exigir la entrega de toda la cosa.

1111/593

593. NATURALEZA DE LA ACCIÓN DE PARTICIÓN.— La naturaleza jurídica de la acción de división de la cosa común ha suscitado divergencias:

a) Según una primera opinión, la acción es de carácter real. Sustancialmente esta opinión se funda en que, por medio de ella, se pone en movimiento un derecho de carácter real como es el condominio (ver nota 3).

b) De acuerdo con una segunda opinión, la acción tiene carácter personal. En apoyo de esta opinión se hace notar que la acción de división no implica ninguna discusión en torno al derecho mismo de copropiedad, que no está en juego; la acción simplemente tiende al

ejercicio del derecho estrictamente personal que tienen los condóminos de requerir de sus otros condóminos la división de la cosa común.

c) Acorde con una tercera opinión la acción de partición de carácter mixto. Esta opinión se sustenta en los textos del Corpus Juris, que enunciaba como acciones mixtas la de *communi dividundu* (división de las cosas comunes), *familiae erciscundae* (división de la herencia) y *finium regundorum* (deslinde). Pero el derecho moderno ha repudiado esta categoría de acciones mixtas que no tiene verdadero contenido ni consecuencias jurídicas.

En el plano conceptual la razón parece asistir a quienes piensan que la acción es de carácter personal. Es convincente el argumento de que en este caso no se pone en cuestión ni la existencia ni la plenitud, del derecho de copropiedad de cualquiera de los condóminos. No se da, en consecuencia, en defensa de un derecho real. Cabe agregar, finalmente, que esa opinión ha predominado en nuestra legislación procesal, pues el art. 5 Ver Texto , inc. 1º, luego de decir que las acciones reales sobre bienes inmuebles deben ejercitarse en el lugar donde está situada la cosa, añade en un párrafo aparte que regirá la misma regla respecto de distintas acciones, entre ellas la de división del condominio; lo que significa que se reputa que esta acción no tiene carácter real, porque de lo contrario hubiera bastado con la norma general sobre acciones reales. De todas maneras, bueno es destacar que a la acción de división del condominio se aplica la misma regla de competencia judicial que las acciones reales.

El juicio de división de la cosa común tramita por vía sumaria (art. 676 Ver Texto , C. Procesal).

1111/594

594. EFECTO DECLARATIVO DE LA DIVISIÓN.— La regla capital en materia de efectos de la división ha sido establecida por el art. 2695 Ver Texto , que dispone: la división entre los copropietarios es sólo declarativa y no traslativa de la propiedad, en el sentido de que cada condómino debe ser considerado como que hubiese sido, desde el origen de la indivisión, propietario exclusivo de lo que le hubiere correspondido en su lote, y como que nunca hubiese tenido ningún derecho de propiedad en lo que ha tocado a los otros condóminos.

El Código ha sido consecuente al mantener aquí el mismo principio que acepta en materia de partición hereditaria (véase Tratado de las Sucesiones, t. 1, p. 619). En efecto, la partición puede ser considerada como un acto traslativo de derechos, por medio del cual cada uno de los condóminos enajena al condómino adjudicatario la parte que le corresponde; o bien puede ser concebida como un acto declarativo, por el cual se reputa que los derechos atribuidos al condómino adjudicatario los ha tenido éste desde el origen del

condominio, y que los condóminos que ceden sus derechos jamás han tenido parte alguna en la propiedad de la cosa.

La superioridad del sistema declarativo sobre el traslativo desde el punto de vista práctico es evidente. Supongamos un condominio dividido entre los distintos condóminos, que pueden ser tres o cuatro. De aceptarse el sistema traslativo cada uno de los condóminos vendría a ser sucesor singular de todos y cada uno de los condóminos, es decir, cada uno de ellos vendría a tener un título fragmentario y diverso; subsistirán las hipotecas convenidas por cada uno de los condóminos, etc. El sistema declarativo resuelve todos estos problemas al reputar que la transmisión de los bienes que componen cada lote se ha hecho directamente al condómino adjudicatario por la persona de quienes dichos condóminos recibieron la cosa en común.

1111/595

595.— Agrega el art. 2697 Ver Texto que las consecuencias de la retroactividad de la división serán las mismas que en este Código se determinan sobre la división de las sucesiones. Es aplicable en consecuencia lo que sobre este punto decimos en nuestro Tratado de la Sucesiones, t. 1, n° 623. Brevemente debemos señalar:

a) Que quedan sin efecto las hipotecas, usufructos o servidumbres que hubiese constituido uno de los condóminos no adjudicatarios sobre la cosa común (arts. 2679 Ver Texto , 2682 Ver Texto y 3504 Ver Texto).

b) Los embargos trabados por los acreedores particulares de los condóminos caducarán si el bien sobre el cual recargan se adjudica a otro (ver nota 4), salvo el derecho del acreedor de impugnar por fraude la partición.

c) La partición o división no constituye un título de adquisición del dominio sino solamente un acto determinativo de las cosas en las cuales cada condómino ha sucedido a quien fuera el causante; en consecuencia, no podrá usucapir sobre la base de él porque no es el justo título que la ley exige (ver nota 5).

d) Puesto que no importa una enajenación, está exenta de los impuestos que gravan estas operaciones (ver nota 6).

1111/596

596.— El principio de que se reputa que cada uno de los adjudicatarios ha tenido la cosa del causante común y no de sus condóminos, empero no es absoluto. El rigor del principio sufre las siguientes limitaciones:

a) Los frutos percibidos y divididos durante el condominio son definitivamente adquiridos por cada uno de los condóminos, sin que los que resulten adjudicatarios definitivos de la cosa tengan derecho a pretender que le sean devueltos por quienes lo percibieron oportunamente (ver nota 7), por la muy simple razón de que una vez adjudicados los frutos, éstos dejan ya de estar en condominio y se incorporan definitivamente al patrimonio de cada uno de los condóminos.

b) Los condóminos se deben entre sí la garantía de evicción de los objetos que se han adjudicado a algunos de ellos (art. 3505 Ver Texto).

Esta garantía no se aviene con la lógica del carácter declarativo de la partición. Porque si los bienes adjudicados a cada condómino se juzgan recibidos directamente del causante, no se explica porqué los condóminos no adjudicatarios deben la garantía de evicción. Sin embargo la solución se ha impuesto por razones de equidad.

c) De igual modo los condóminos se deben la garantía por los vicios redhibitorios de la cosa (art. 3510 Ver Texto). Cabe en este caso hacer la misma consideración que en el caso anterior (sobre estos temas, véase Tratado de las Sucesiones, t. 1, nº 625).

d) Se admite asimismo que los condóminos que han dividido la cosa común pueden atacar el acto por vicio de lesión (ver nota 8). Lo que surge naturalmente de la circunstancia de que la división o partición es un acto liberal y oneroso. Parecería que hay una desviación del principio del efecto declarativo de la partición, puesto que si se supone que el condómino adjudicatario ha recibido el bien del causante y no de sus condóminos, no parece haber título para reclamar de éstos la nulidad por lesión. Pero en verdad no hay aquí una excepción al principio declarativo de la división. Para que tal efecto se produzca debe tratarse de una partición válida; y la lesión vicia la partición de la misma manera como puede viciarla cualquier otro defecto legal susceptible de generar una acción de nulidad.

1111/597

597. SUPRESIÓN DE LA LICITACIÓN.— La licitación era uno de los medios establecidos en nuestro Código tanto para la partición de las herencias (art. 3467 Ver Texto), como para la división del condominio (art. 2696 Ver Texto). Consistía en una suerte de puja reservada a los coherederos o condóminos; el que ofrecía el más alto precio resultaba adjudicatario del bien. (Para mayor desarrollo del concepto véase Tratado de las

Sucesiones, t. 1, n° 597).

Este procedimiento dejaba a los coherederos o condóminos de menos recursos en una evidente situación de inferioridad respecto de los más pudientes, que imponían fácilmente su voluntad para adjudicarse la cosa. Eso motivó que en materia sucesoria los jueces echaran mano de cualquier recurso para considerar improcedente el procedimiento de licitación, cuya aplicación se fue reduciendo más y más hasta convertir prácticamente en letra muerta esa institución. (Véase sobre este tema Tratado de las Sucesiones, 3ª edición, t. 1, n° 598). En materia de división de condominio no se aplicó nunca, pues cuando toda la cosa se adjudicó a uno de los condóminos a cambio de un precio en dinero fue porque esa operación convenía realmente a los restantes. De lo contrario, éstos hacían uso del derecho de reclamar la división de la cosa en especie con lo que imposibilitaban el procedimiento de la licitación.

Todo ello explica que esta institución fuera suprimida por la ley 17711 que derogó en materia sucesoria el art. 3467 Ver Texto y en materia de condominio modificó el art. 2696 Ver Texto , suprimiendo toda alusión a la licitación. La reforma no hizo otra cosa que enterrar una institución que ya estaba muerta (ver nota 9).

1111/598

598. APLICACIÓN DE LAS NORMAS DEL DERECHO SUCESORIO.— En todo lo relativo a la división del condominio que no estuviese expresamente modificado por las disposiciones de los arts. 2691 Ver Texto -2697, deben aplicarse las reglas de la división de las sucesiones. Así lo dispone el art. 2698 Ver Texto : las reglas relativas a la división de las sucesiones, a la manera de hacerla y a los efectos que produce, deben aplicarse a la división de cosas particulares. Como consecuencia de estos principios, deben aceptarse las siguientes soluciones:

a) Existiendo posibilidad de dividir y adjudicar los bienes en especie, no se podrá exigir por los coherederos la venta de ellos (art. 3475 bis Ver Texto). Volveremos sobre este tema en el número siguiente.

b) En cuanto a la forma de la partición, ella puede hacerse privadamente en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen conveniente los herederos si todos son capaces (art. 3462 Ver Texto). En cambio será necesaria la partición judicial: 1) cuando haya menores aunque estén emancipados o incapaces interesados o ausentes cuya existencia sea incierta; 2) cuando terceros, fundándose en un interés jurídico, se opongan a que se haga partición privada; 3) cuando los herederos mayores y presentes no se acuerden en hacer la división privadamente (art. 3465 Ver Texto); sobre todo este tema remitimos al Tratado de Sucesiones (t. I, n° 581 y sig.).

En caso de que la división sea judicial, deberá ser hecha por un partidor designado por el juez. Sobre este tema, véase Tratado de las Sucesiones (t. 1, n° 600 y sigs.).

c) En cuanto a los efectos de la partición hemos dicho ya que teniendo carácter declarativo, sus efectos se retrotraen al origen de la indivisión (véase n° 594).

1111/599

599. EL PRINCIPIO DE LA DIVISIÓN EN ESPECIE Y SUS LIMITACIONES.— Hemos dicho ya que, como principio, los condóminos tienen derecho a exigir la división de la cosa en especie, siempre que ello sea posible. Este principio que ya había sido consagrado por la jurisprudencia, fue finalmente sancionado de forma expresa por el art. 3475 bis Ver Texto , incorporado al Código Civil por la ley 17711 .

Es lógico que así sea, pues los bienes no tienen solamente un valor económico sino también uno afectivo. Además, el principio de la división en especie es una precisión aportada a la regla de la igualdad o proporcionalidad de los lotes, la refuerza y la conforma exigiendo una igualdad material, tangible, exenta de los riesgos e imprecisiones y errores que suponen la tasación y enajenación de las partes de los condóminos no adjudicatarios.

Basta pues que uno sólo de los condóminos pretenda la partición en especie para que así se haga, aunque la mayoría solicite la venta (ver nota 10).

Deben reputarse indivisibles no solamente aquellas cosas que lo son en sentido propio, conforme con lo dispuesto por el art. 2326 Ver Texto , primer párrafo, sino también aquellas otras cosas que aunque materialmente divisibles, no pueden dividirse sin convertir en antieconómico su uso y aprovechamiento (art. 2326 Ver Texto , segundo párrafo, ley 17711). Aquí hay una razón de orden social que priva sobre los intereses particulares. La disposición citada agrega que las autoridades locales podrán reglamentar en materia de inmuebles la superficie mínima de la unidad económica. Esta unidad no podrá dividirse entre los condóminos aunque todos ellos se pongan de acuerdo en la conveniencia de hacerla, porque repetimos, aquí no está en juego tan sólo el interés particular de los condóminos, sino también el interés social de impedir la destrucción o el aprovechamiento económico ineficiente de los bienes en general y, en particular, de la tierra.

Debe admitirse la división en especie de un inmueble divisible en propiedad horizontal (ver nota 11), salvo que resulte antieconómico y antifuncional (ver nota 12).

En suma, no podrá hacerse la división de los bienes en especie: 1) cuando la división sea material o jurídicamente imposible; por ejemplo, si se trata de una alhaja, de un lote urbano de medidas mínimas, o de una unidad económica fijada por las leyes provinciales (art. 2326 Ver Texto); 2) cuando la división de bienes convierta en antieconómico el aprovechamiento de las partes, como, por ejemplo, si se trata de un fondo de comercio, industria, o si un establecimiento se desnaturalizara al dividirse en especie, etcétera.

(nota 1) Así lo dice con acierto SALVAT, t. 3, nº 1289.

(nota 2) De acuerdo: SALVAT, t. 3, nº 1298; PEÑA GUZMÁN, Derecho Reales, t. 2, nº 1156.

(nota 3) En este sentido, SALVAT, t. 3, nº 1294; MACHADO, t. 7, p. 103 y sigs.

(nota 4) SALVAT, t. 3, nº 1313; SOMARRIVA UNDURRAGA, Indivisión y partición, t. 2, nº 564.

(nota 5) JOSSERAND, t. 3, vol. 2, nº 1194.

(nota 6) SALVAT, t. 3, nº 1313; KIPP, Sucesiones, t. 5, vol. 2, § 86; SOMARRIVA UNDURRAGA, Indivisión y partición, t. 2, nº 574.

(nota 7) BRANCA, Della comunione, p. 311.

(nota 8) BRANCA, Della comunione, p. 315 y doctrina allí citada.

(nota 9) Es lástima que la comisión reformadora inadvertidamente, dejase sin modificar el art. 2678 Ver Texto en el que también se hace alusión a la licitación. El reproche cae sobre el propio autor de esta obra que integró la comisión reformadora.

(nota 10) C. Civil 2ª Cap., 22/8/1940, J. A., t. 71, p. 621.

(nota 11) C. Civil 1ª Cap., Sala B, 4/9/1958, L. L., t. 93, p. 119; Sala D, 26/3/1965, E. D., t. 11, p. 364. De acuerdo: BENDERSKY, Partición en especie mediante el régimen de

propiedad horizontal, L. L., t. 94, p. 668.

(nota 12) C. Civil Cap., Sala B, fallo citado en nota anterior.

1111/11580

§ 4. Condominio con indivisión forzosa

1111/600

600. CAUSAS DE INDIVISIÓN.— En esta materia, ya se ha dicho, el principio es que los condóminos pueden pedir en cualquier momento la división de la cosa común. Pero la ley admite ciertos casos de indivisibilidad. Ésta puede surgir bien sea de la voluntad de los propios condóminos o del testador, bien sea de la disposición de la ley.

El origen de la indivisión (voluntad de los interesados o ley) tiene gran importancia práctica porque la indivisión surgida de la voluntad de los interesados es esencialmente precaria, tiene un término máximo que no puede ser excedido y se rige, salvo supuestos excepcionales, por las mismas reglas del condominio normal o sin indivisión forzosa; en cambio, cuando la indivisión tiene su origen en la ley, tiende a tener carácter permanente lo que motiva un régimen legal propio y distinto del ordinario.

1111/601

601. INDIVISIÓN SURGIDA DE LA VOLUNTAD DE LOS CONDÓMINOS O DEL TESTADOR.— Ya hemos dicho que la ley permite que los interesados puedan convenir la indivisión de la cosa común durante un lapso de tiempo fijado por la ley. Veamos los distintos supuestos:

a) Puede ocurrir, ante todo, que la indivisión sea pactada por los condóminos que no son coherederos, como sucede, por ejemplo, cuando dos personas adquieren una cosa en común. En tal supuesto, los condóminos pueden pactar la indivisión por un plazo que no exceda de cinco años (art. 2715 Ver Texto), pero que es renovable a su vencimiento.

b) Si no se trata de condominio propiamente dicho sino de comunidad hereditaria, los coherederos pueden acordar la indivisión por un plazo no mayor de diez años, renovable a su vencimiento (art. 52 Ver Texto , ley 14394).

c) También puede imponer la indivisión el causante por disposición testamentaria y por un lapso no mayor de diez años; pero si se tratare de un bien determinado o de un establecimiento comercial agrícola, ganadero, minero o cualquier otro que constituya una unidad económica, el plazo de la indivisión podrá extenderse hasta que todos los herederos alcancen la mayoría de edad, aun cuando ese plazo exceda los diez años. La indivisión impuesta por el causante obliga inclusive a los herederos forzosos (art. 51 Ver Texto , ley 14394).

d) Por último, cuando en el acervo hereditario existe un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero o de otra índole que constituya una unidad económica, el cónyuge supérstite que lo hubiera adquirido o formado en todo o en parte podrá oponerse a la división del bien por un término máximo de diez años (art. 53 Ver Texto , ley 14394). Igual derecho tendrá el cónyuge supérstite con relación a la casa habitación construida o adquirida con fondos de la sociedad conyugal formada por el causante, si fuese la residencia habitual de los esposos (art. 53 Ver Texto , in fine, ley 14394).

1111/602

602.— Todos los supuestos de indivisión de la masa hereditaria previstos en la ley 14394 (a los que hemos aludido en el número anterior, bajo las letras b, c y d) han sido estudiados en nuestro Tratado de las Sucesiones, t. 1, n° 550 y siguientes, adonde nos remitimos. Sólo agregaremos que en todos estos casos el principio es que el condominio está sujeto a las mismas reglas del condominio sin indivisión forzosa con una importante salvedad: que durante la indivisión autorizada por la ley 14394 , 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 correspondiente a su respectivo deudor (art. 55 Ver Texto , ley 14394).

1111/603

603. INDIVISIONES LEGALES: ENUNCIACIÓN.— A diferencia de las indivisiones surgidas de la voluntad de los interesados, que son esencialmente precarias o limitadas a un término legal máximo, las indivisiones que surgen de la ley tienden a permanecer en el tiempo, por lo menos mientras subsista la causa legal que las ha provocado. Los supuestos de condominio con indivisión forzosa son los siguientes: el que recae sobre las cosas afectadas como accesorios indispensables al uso común de dos o más heredades (arts. 2710

Ver Texto y sigs.); el supuesto de que la división resultare nociva para la cosa (art. 2715 Ver Texto); los sepulcros; el bien de familia; la vivienda que hubiera constituido el hogar conyugal en las condiciones señaladas por los arts. 1277 Ver Texto y 3573 bis Ver Texto ; los muros, cercos y fosos que dividen dos heredades (arts. 2716 Ver Texto y sigs.). Nos ocuparemos de ellos a continuación.

1111/11590

A.— ACCESORIOS INDISPENSABLES

1111/604

604. CONCEPTO.— El condominio es indivisible cuando recae sobre cosas afectadas como accesorios indispensables al uso común de dos o más heredades que pertenezcan a diversos propietarios (art. 2710 Ver Texto). La ley ha previsto así el caso de pasillos, calles, pozos o bebederos, canales de desagüe, que sean de uso común de dos o más inmuebles. Pero hay que tener presente que para que haya condominio es necesario que la cosa sobre la cual se ejerce el derecho pertenezca en común a los dos propietarios linderos, pues si pertenece a uno sólo de ellos y sirve a ambos, habrá servidumbre constituida en favor de uno de los linderos, el no propietario, y que grava al otro (ver nota 1). Siendo así, la posibilidad de que exista este condominio es poco menos que nula, a menos que se trate de las partes comunes de una propiedad horizontal, caso que tiene un régimen propio que estudiamos en su lugar (Cap. XII).

Esto explica que en la práctica no se den estas situaciones sino muy raramente; de todas maneras, el codificador creyó necesario preverlas y afirmar la condición de verdadero condominio (art. 2711 Ver Texto), y no de servidumbre, cuestión que era objeto de controversias doctrinarias.

De esta naturaleza del derecho de los comuneros resulta que ellos tienen las acciones posesorias o petitorias; y que el derecho puede ser adquirido por usucapión (ver nota 2).

1111/605

605. DERECHOS DE LOS CONDÓMINOS.— Los condóminos tienen derecho a usar la totalidad de la cosa accesoria común; ese derecho tiene solamente dos limitaciones; a) no hacerla servir a otros usos que aquellos a que está destinada; y b) no embarazar el derecho igual de los condóminos (art. 2712 Ver Texto).

El destino de la cosa común se determina en primer lugar por la convención de los condóminos; y no habiendo convención, por la naturaleza del inmueble y por el uso al cual ha sido afectada la cosa (art. 2713 Ver Texto). Así, por ejemplo, si se trata de una calle común, ésta no puede ser usada para tendedero de ropa, jardín, etc.

El art. 2714 Ver Texto contiene una limitación final al derecho de los copropietarios respecto del uso de la cosa común: no pueden usar de ella sino para las necesidades de las heredades en el interés de las cuales la cosa ha sido dejada indivisa. Así, por ejemplo, si se tratara de un pozo para el servicio de dos lotes y luego el propietario de uno de ellos adquiriese otro lote contiguo no puede utilizar ese pozo para el servicio del nuevo lote (ver nota 3).

1111/606

606.— Mientras el derecho de usar y gozar de la cosa accesoria común es muy amplio, el derecho de disponer de ella es, por el contrario, muy restringido. Los condóminos carecen de la facultad de enajenar libremente su parte indivisa, como puede hacerlo un copropietario sin indivisión forzosa; puesto que la cosa es accesoria y, por decirlo así, está al servicio de la heredad, el copropietario no puede enajenar su parte en el condominio sino juntamente con la heredad en cuyo interés el condominio se encuentra establecido. En este caso, la cosa poseída en condominio es accesoria de la principal y no puede ser enajenada independientemente de ésta (ver nota 4).

1111/607

607.— Finalmente los condóminos tienen derecho a la administración de la cosa común, debiendo aplicarse en este punto las reglas que rigen la administración del condominio ordinario (ver nota 5).

1111/608

608. OBLIGACIONES DE LOS CONDÓMINOS.— Los copropietarios de la cosa común deben contribuir al pago de las cargas (impuestos, tasas, etc.) y de los gastos de conservación o de reparación de ella, en proporción al interés de cada uno. Es una solución razonable, impuesta por la ley en los casos análogos del condominio sin indivisión forzosa (art. 2685 Ver Texto), como también en el supuesto de indivisión forzosa de los muros o paredes medianeras (art. 2722 Ver Texto); la aplicación de la misma solución para nuestro caso es, pues, incuestionable (ver nota 6).

1111/609

609.— Cabe preguntarse si los condóminos de una parte accesorias tienen derecho de liberarse de la obligación de pagar los gastos de conservación o reparación que hubiera hecho el condómino, haciendo abandono de su derecho de copropiedad. La cuestión está discutida. En favor del derecho de abandono puede invocarse el art. 2685 Ver Texto que lo reconoce para el supuesto de condominio ordinario o sin indivisión forzosa y el art. 2723 Ver Texto , que lo reconoce para el condómino de la pared medianera. Nos inclinamos, sin embargo, por la solución contraria, en virtud de los siguientes argumentos: a) es necesario tener presente que se trata de accesorios indispensables, de tal modo que no se concibe que el propietario de uno de los inmuebles pueda abandonar algo que le es indispensable; b) si bien es cierto que el art. 2723 Ver Texto admite la renuncia a la medianería para liberarse de los gastos, niega tal derecho cuando el condómino que pretende hacer abandono haya apoyado su edificio en la pared; es decir, le niega ese derecho cuando la pared evidentemente le es útil, como ocurre también en el caso del accesorio indispensable; c) finalmente, éste es el régimen vigente en la situación evidentemente análoga de las partes comunes de la propiedad horizontal (ver nota 7). De cualquier modo, ésta es una cuestión casi puramente académica, porque ya hemos dicho que en la práctica no se da, tal menos en nuestro país, esta situación de condominio sobre partes accesorias indispensables.

1111/11600

B.— DIVISIÓN NOCIVA

1111/610

610. SUPUESTO LEGAL.— Dispone el art. 2715 Ver Texto 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.

Ante todo, hay que distinguir el supuesto de división nociva de que habla este artículo y el supuesto de indivisibilidad jurídica. Así, por ejemplo, un lote urbano mínimo, una unidad económica rural mínima, un brillante, pueden ser físicamente divididos, pero como su división importa perjuicios de orden particular y social, la ley lo prohíbe. Estrictamente estamos también en este caso en un supuesto de división nociva, por lo cual lo prohíbe la ley de modo absoluto. pero la situación a que se refiere el art. 2715 Ver Texto es distinta. No se trata aquí de un bien definitivamente indivisible, sino de cosas que pueden ser divididas, pero que circunstancialmente no conviene que lo sean porque la división puede

ocasionar perjuicios individuales o sociales. En ese caso, la ley establece que la división debe ser demorada cuanto sea necesario para que no haya perjuicio a los condóminos. De lo que se trata, en definitiva, es de que el derecho de pedir la división de la cosa común no sea ejercido abusiva o intempestivamente.

Corresponde a los jueces determinar cuándo se da el supuesto de nocividad que obliga a postergar la división pedida por uno de los condóminos. Es una cuestión de hecho que debe ser resuelta de acuerdo con su prudente arbitrio. Pero debemos agregar que los jueces han sido muy cautos en la utilización de esta facultad de postergar la división de la cosa común. Así, se ha declarado 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 (ver nota 8); tampoco permite postergar la división el valor afectivo que la cosa puede tener para uno de los condóminos (ver nota 9); ni el hecho de que la división del inmueble trajera aparejado un cambio en la explotación a que se lo dedicaba (ver nota 10).

(nota 1) En este sentido, ARGAÑARAZ, en SALVAT, t. 3, n° 1317, nota 3 a; SEGOVIA, t. 2, p. 159.

(nota 2) SALVAT, t. 3, n° 1319.

(nota 3) Ejemplo tomado de SALVAT, t. 3, n° 1325.

(nota 4) SALVAT, t. 3, n° 1321; BAUDRY-LACANTINERIE y CHAUVEAU, n° 274; PLANIOL-RIPERT-PICARD, t. 3, n° 297.

(nota 5) LAFAILLE, t. 2, n° 1140.

(nota 6) De acuerdo, SALVAT, t. 3, n° 1326.

(nota 7) De acuerdo SALVAT, t. 3, n° 1327, de quien hemos tomado los dos primeros argumentos; en cambio, la doctrina francesa se inclina por admitir el abandono; BAUDRY-LACANTINERIE y CHAUVEAU, n° 277; PLANIOL-RIPERT-PICARD, t. 3, n° 297; AUBRY y RAU, § 221 ter.

(nota 8) C. Civil 1ª Cap., 9/8/1940, J. A., t. 71, p. 668.

(nota 9) C. Apel. 1ª La Plata, 15/5/1925, J. A., t. 15, p. 1089.

(nota 10) C. Apel. 1ª La Plata, 15/5/1925, J. A., t. 15, p. 1089.

1111/11610

C.— SEPULCROS (ver nota 1)

1111/611

611. NATURALEZA JURÍDICA.— El problema de la naturaleza jurídica de los sepulcros es de las cuestiones más complejas y controvertidas. Se explica que así sea por el carácter peculiar de estos bienes y porque confluyen a complicar la cuestión problemas de derecho público y de derecho privado. Prescindiendo de matices y de opiniones intermedias, puede afirmarse que las principales teorías son las siguientes:

a) De acuerdo con un primer puntos de vista, las sepulturas concedidas a perpetuidad son una propiedad sui generis del titular. Ésta puede considerarse la opinión tradicional en esta materia (ver nota 2). No es una propiedad típica, desde el momento que sólo puede destinarse a sepulcros, lo que limita fundamentalmente el contenido del dominio; tampoco puede dividirse libremente, y hasta está considerablemente limitado el derecho a disponer de la parte indivisa que corresponde a los condóminos. Estas limitaciones fundamentales, desdibujan, sin duda, la tipicidad del derecho de propiedad, pero no lo desvirtúan; de tal modo que las bóvedas pueden enajenarse, son susceptibles de acciones posesorias y de reivindicación y aun pueden adquirirse por prescripción.

Esta opinión tradicional tropieza con el grave inconveniente de que hoy es unánime la opinión de que los cementerios constituyen un bien del dominio público del Estado (ver nota 3). Prueba inequívoca de ello es que el Estado puede clausurar un cementerio transfiriendo los restos a otro lugar.

b) Acorde con otra doctrina, el derecho a la sepultura es simplemente una concesión otorgada por el Estado a un particular sobre una porción de un bien del dominio público; esta concesión se rige por las propias leyes y ordenanzas dictadas a fin de reglamentar las condiciones del uso del dominio público (ver nota 4).

Esta concepción simple y clara del derecho a los sepulcros, encuentra, sin embargo, algunas objeciones derivadas del régimen tradicional en esta materia; si el sepulcro es una simple concesión, no se explica que se pueda ceder su uso y goce a perpetuidad, ni que sea adquirible por usucapión, ni que los interesados puedan enajenar sus derechos sin intervención ninguna del concedente.

c) Se sostiene, asimismo, la necesidad de hacer una distinción: respecto del terreno, el concesionario tendría nada más que el uso y goce de él; en cambio, sería propietario de las construcciones o edificios levantados en dicho terreno.

Esta concepción choca con el inconveniente que supone dividir la propiedad del suelo, de lo que es accesorio de él. Se ha pretendido explicar esta anomalía diciendo que la concesión municipal lleva implícito un derecho real de superficie en favor del concesionario y que este derecho de superficie autoriza a edificar sobre suelo del Estado, manteniendo la propiedad de lo edificado como separada de la propiedad del suelo (ver nota 5). Esta concepción peca de artificiosa, proque en nuestro derecho no se pueden admitir otros derechos reales que los establecidos expresamente en la ley (art. 2502 Ver Texto) y no hay ninguna ley de derecho privado o público que cree este derecho de superficie (ver nota 6). Encasillar un determinado derecho dentro de una figura o categoría jurídica, tiene sentido cuando esa categoría ha sido admitida y reglamentada por la ley, pues entonces se aplicará al derecho en cuestión esa reglamentación legal. Pero ya dijimos que ninguna ley ha creado ni regulado este supuesto derecho de superficie; de tal manera que afirmando que el derecho sobre las sepulturas es de superficie, no avanzamos un solo paso en la dilucidación de los problemas relativos a los sepulcros. Es, cuanto más, una pura elucubración teórica, sin contenido práctico ni jurídico.

d) Finalmente, se ha sostenido que la concesión administrativa implica reconocer al concesionario un derecho real administrativo sobre la fracción del terreno que se le ha cedido; derecho para cuya defensa el concesionario tiene las acciones judiciales pertinentes frente al concedente y frente a terceros que lo turben en su ejercicio (ver nota 7).

Tal como está configurado actualmente a través de nuestra jurisprudencia, es necesario admitir que el derecho a los sepulcros es un régimen híbrido (ver nota 8), que participa de algunos caracteres del régimen de la propiedad y del régimen de las concesiones administrativas. Así, por ejemplo, de la propiedad tiene el carácter de perpetuidad (aunque pueda ser temporaria), el derecho de uso y goce (aunque estrictamente limitado al destino de sepulcros), la posibilidad de usucapir, la enajenabilidad (aunque también muy limitada, según veremos), el goce de las acciones posesorias y petitorias. De la concesión tiene el carácter de que se trata de un servicio público, que el terreno es del dominio público del Estado, que el origen del derecho es un acto del poder concedente, que éste tiene derecho a clausurar el cementerio o transportar un cementerio de un lugar a otro (aunue en este último caso se reconoce generalmente al concesionario el derecho a reclamar un terreno igual en el

nuevo cementerio) (ver nota 9) y que, finalmente, el uso y goce del inmueble está sujeto a las reglamentaciones administrativas.

1111/612

612.— Lo dicho hasta acá tiene aplicación especial referido a las concesiones a perpetuidad. En cambio, tratándose de concesiones temporarias, el derecho del usuario se tipifica más claramente como una concesión del Estado. No cabe ya hablar de propiedad (ni aun limitando el concepto con el aditamento de que es sui generis, porque el carácter esencial del derecho de propiedad es su perpetuidad. Pero la precariedad de la concesión no obsta al reconocimiento de un derecho real en favor del concesionario y surgido como consecuencia del acto administrativo. Lo cierto es que aparte de la diferencia, sin duda muy importante, de la precariedad o temporaneidad del derecho, en lo demás el régimen legal de los sepulcros concedidos a perpetuidad o por un término de años prolongado (por ejemplo, 75 o 99 años), es sustancialmente el mismo.

1111/613

613.— Cabe agregar finalmente que debido a la ausencia de disposiciones legales, el régimen de los sepulcros está regido casi exclusivamente por la jurisprudencia. Y cabe decir, en honor de nuestros jueces, que el régimen articulado resuelve de manera satisfactoria la mayor parte de los problemas planteados. Empero, no siempre la jurisprudencia es firme y la falta de regulación legal crea incertidumbres que sería bueno despejar legislando una materia tan importante (ver nota 10).

1111/614

614. PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA.— La cuestión de si los sepulcros pueden adquirirse por usucapión, dio lugar en nuestro país a jurisprudencia contradictoria, que motivó un plenario de las cámaras civiles de la Capital, que se pronunciaron en el sentido de la prescriptibilidad de los sepulcros (ver nota 11). En ese plenario se puso de relieve que la divergencia tenía su origen en la distinta concepción acerca de la naturaleza jurídica de los sepulcros. Los jueces que coincidían en que los sepulcros no eran susceptibles de usucapión partían de la base de que no se trataba de un derecho de propiedad sino, o bien de una concesión del poder público (ver nota 12), o bien de una fundación (ver nota 13). Y siendo así, no se concibe la usucapión. Se adujo, asimismo, otra razón de no poco peso: que la posesión del dueño está latente en todo su vigor mientras se mantenga el uso que constituye el destino especial de la concesión o sea la guarda de los restos humanos que se encuentran dentro del sepulcro; basta con ello, aunque el dueño del sepulcro no concurra a visitar la tumba ni haga otro acto de posesión, porque para ésta basta con la conservación de los restos; y la posesión así caracterizada, se adujo, excluye e impide toda otra posesión

encaminada a la usucapión (ver nota 14).

No obstante tan importantes razones terminó predominando en el plenario la tesis de que los sepulcros podían adquirirse por prescripción, pues el derecho que se tiene sobre el sepulcro es una propiedad sui generis, susceptible de ser poseída y, por lo tanto, adquirible por usucapión. Sea como se lo llame, el derecho que posee el titular de una concesión tiene un valor económico y forma parte de su patrimonio. En consecuencia, es transmisible por causa de muerte y susceptible de protección posesoria y de reivindicación, lo que conduce a decidir que el derecho de uso y goce del concesionario puede ser materia de prescripción (ver nota 15).

1111/615

615.— Son actos posesorios en materia de sepulcros: la detentación de las llaves, la inhumación de cadáveres, la disposición sobre el destino de los restos sepultados, la contratación y pago del cuidador (ver nota 16). En cuanto a la detentación del título no es en sí un acto posesorio, sino algo que brinda la posibilidad de hacer actos posesorios (ver nota 17).

1111/616

616. INDIVISIBILIDAD DE LOS SEPULCROS.— La naturaleza peculiar de los sepulcros, su destino de guardar los restos de los ascendientes u otras personas de la familia, el respeto casi sagrado que el hombre común suele sentir por la sepultura de sus familiares, ha movido a los jueces a sentar el principio de la indivisibilidad del condominio, a menos que medien razones graves o especiales que aconsejen lo contrario (ver nota 18). En verdad, por más que los sepulcros tienen un valor económico, son adquiridos no con ánimo de lucro ni de acrecentar el patrimonio de su dueño, sino para darse a sí mismo y a su descendencia un lugar de descanso definitivo. No es posible que las querellas o el espíritu utilitario de los herederos aventen el cadáver del causante, privándolo del lugar de reposo. La tumba con los restos de la familia debe permanecer en condominio forzoso para perpetuar la tradición y la veneración por los antepasados (ver nota 19).

Empero se ha admitido la división no obstante la oposición de alguno de los condóminos, en los siguientes casos:

a) Si el sepulcro se encuentra desocupado (ver nota 20), pues lo que hace respetable la oposición de los coherederos a la venta es la presencia en el sepulcro de los restos del causante o de los ascendientes o allegados de los que se oponen. Consideramos que también debería hacerse lugar a la división si la tumba sólo tuviera restos desconocidos o

de personas que no tienen relación de parentesco con el causante o el heredero que se opone.

Claro está que para que se pueda invocar la desocupación como causal que permite reclamar la división, esa desocupación debe haberse producido regularmente y no por un acto arbitrario del que luego reclama la división (ver nota 21).

b) Cuando el sepulcro puede ser materialmente dividido entre los condóminos, de manera que los cadáveres puedan ser conservados en el mismo recinto, aunque deban ser cambiados de lugar (ver nota 22) y siempre que el sepulcro no se desvalorice ni se menoscabe su estructura arquitectónica (ver nota 23).

Debe agregarse, sin embargo, que no es practicable la división de la bóveda en propiedad horizontal (ver nota 24), ni tampoco es procedente la adjudicación entre los condóminos de los catres de la bóveda, ya que ésta integra un todo indivisible por su naturaleza y finalidad (ver nota 25).

La necesidad de mejorar la situación económica de uno de los condóminos no es razón suficiente para apartarse del principio de la indivisibilidad, pues por muy respetable que pueda ser aquel motivo, debe ceder ante los más fundamentales de orden moral (ver nota 26). Tampoco basta que el pedido sea hecho por la mayoría de los condóminos (ver nota 27); sólo la unanimidad puede disponer la venta. Habiendo unanimidad de los condóminos nada se opone a la división (ver nota 28).

1111/617

617.— ¿Puede el condómino vender su parte en el sepulcro? En principio, cabe reconocerle esa facultad, desde que ya no está en juego la división de la bóveda (ver nota 29). Es claro que ello posibilita la intromisión de un extraño en el condominio, la que puede significar inconvenientes serios; por ello, se ha declarado que debe hacerse lugar a la oposición formulada por los demás condóminos a la venta de la porción indivisa cuando se afectan los fines piadosos o los sentimientos de los restantes condóminos (ver nota 30). En consecuencia con estos principios, se decidió que no correspondía admitir la cesión de la porción que corresponde en una indivisión forzosa a los herederos, si el testamento decía “que en realidad su deseo sería que nunca se enajenara” (ver nota 31). Pero se ha resuelto razonablemente, que si la porción indivisa es el único bien con que el heredero cuenta para afrontar el pago del impuesto a la herencia y demás gastos del juicio sucesorio, debe reconocerse el derecho de vender dicha parte indivisa, tanto más si se ofrece a los condóminos la oportunidad de adquirirla (ver nota 32).

1111/618

618. INEMBARGABILIDAD.— Son inembargables los sepulcros, salvo que el crédito corresponda a su precio de venta, construcción o suministro de materiales (art. 219 Ver Texto , C. Procesal). Esta norma contenida en el Código Procesal de la Nación, recoge una solución tradicional (art. 12 , ley 4128), admitida invariablemente por la jurisprudencia (ver nota 33). Esta solución es aplicable tanto a la ejecución individual como a la colectiva resultante de un concurso o quiebra (ver nota 34). Por iguales razones, se ha decidido que en la cesión de bienes hecha por el concursado no queda incluido el derecho de condominio que tiene sobre un sepulcro (ver nota 35).

De la prohibición de embargar y vender los bienes, quedan exentos los créditos derivados del precio de venta, la construcción o suministros de materiales, sea para la construcción o refacciones del sepulcro. Es una excepción que se justifica plenamente, porque en ese caso el crédito tiene su fundamento justamente en la adquisición o construcción del sepulcro y no sería lógica que tales créditos no se pudieran hacer valer respecto de la cosa enajenada o construida. Por iguales motivos pensamos que el constructor posee el derecho de retención sobre la sepultura hasta tanto se le pague su crédito.

Se ha declarado que el constructor puede hacer enajenar el sepulcro para hacer efectivo el saldo de su crédito por esa obra pese a la prohibición de toda enajenación de la autoridad concedente (ver nota 36).

1111/11620

D.— BIEN DE FAMILIA

1111/619

619. NOCIÓN Y REMISIÓN.— La institución del bien de familia tiende a poner a ésta al abrigo de las vicisitudes económicas de los malos negocios o aun de la muerte del padre. Puede consistir en la casa donde habita la familia o en un inmueble que sirve con su producido al sostenimiento de ella. Es decir, que se protege la vivienda o el sustento del núcleo familiar. Este tema lo hemos desarrollado en el Tratado de Familia, t. 1, n° 355 y siguientes, adonde nos remitimos. Ahora sólo queremos poner de manifiesto que una de las características del bien de familia en su inenajenabilidad y su inembargabilidad. La inenajenabilidad supone que los propietarios del inmueble, sea el constituyente o sus herederos, no podrán dividir el condominio mientras el bien no haya sido desafectado. La inembargabilidad significa que el bien no puede ser ejecutado ni dividido tampoco a pedido

de los acreedores.

1111/11630

E.— VIVIENDA DONDE ESTABA CONSTITUIDO EL HOGAR CONYUGAL

1111/12160

619 bis. NOCIÓN Y REMISIÓN.— Disuelta la sociedad conyugal, la vivienda en que estaba constituido el hogar conyugal no podrá enajenarse ni dividirse sin el consentimiento de ambos cónyuges si hubieren hijos menores o incapaces (art. 1277 Ver Texto). Esto significa que si el bien era ganancial, y a la disolución de la sociedad correspondiera en condominio a ambos cónyuges, ese condominio es indivisible hasta que los hijos menores hayan llegado a la mayoría o cese la incapacidad de los mayores. De este importante tema nos ocupamos en el Tratado de Familia, t. 1, nº 404.

Otro supuesto que guarda similitud con el anterior es el previsto en el nuevo art. 3573 bis Ver Texto , incorporado al Código Civil por la ley 20798 . Dispone que si a la muerte del causante éste dejare un solo inmueble habitable como integrante del haber hereditario y que hubiera constituido el hogar conyugal, cuya estimación no sobrepase el indicado como límite máximo a las viviendas para ser declaradas bien de familia y concurrieren otras personas con vocación hereditaria o como legatarios, el cónyuge supérstite tendrá derecho real de habitación en forma vitalicia y gratuita. Este derecho se perderá si el cónyuge contrae nuevas nupcias.

Dadas las condiciones legales, se origina prácticamente un estado de indivisión del bien, desde que los sucesores deben respetar el derecho de habitación del cónyuge supérstite.

El desarrollo de est tema corresponde al Tratado de Sucesiones.

1111/11640

F.— MUROS, CERCOS Y FOSOS

620. NOCIONES GENERALES.— Dispone el art. 2716 Ver Texto que el condominio de las partes, muros, fosos y cercos que sirvan de separación entre dos heredades contiguas, es de indivisión forzosa. El régimen legal de esta indivisión será estudiado en los párrafos que siguen.

Por pared o muro debe entenderse el construido con materiales de albañilería; los cercos, en cambio, pueden ser hechos con cualquier otro material como, por ejemplo, alambrados, cercos vivos, etc. Es necesario distinguir entre muro encaballado y muros contiguo. El primer es aquel cuyo eje se levanta sobre el límite mismo de las dos heredades contiguas, en forma que la mitad del muro está sobre una propiedad y la otra mitad sobre la propiedad vecina. El muro contiguo es aquel construido en el mismo límite pero totalmente sobre la propiedad del que lo construyó, de tal modo que su plano externo toca la línea separativa de las heredades. Esta distinción es importante, porque según hemos de verlo más adelante, tiene consecuencias jurídicas respecto de la adquisición del dominio y la prescripción.

Nos ocuparemos primero de la medianería en las ciudades y luego trataremos el mismo tema en el campo.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: CARNELLI, Naturaleza jurídica de las sepulturas, L. L., t. 6, p. 29; AMEGLIO ARZENO, El condominio hereditario del sepulcro de familia, L. L., t. 36, p. 36, p. 992; DIEZ, Prescriptibilidad de los sepulcros, Buenos Aires, 1943; ALLENDE, Sepulcros. Aspectos jurídicos fundamentales, L.L., t. 124, p. 821; ADROGUÉ, Régimen jurídico de los sepulcros, I. L., t. 148, p. 534; RUIZ MORENO, Algunos problemas legales en materia de sepulturas, J. A., Doctrina, 1971, p. 304; LAJE, Naturaleza jurídica de los sepulcros y sus problemas, L. L., t. 124, p. 551; MOLAS, Una creación jurisprudencial: el régimen de sepulcros, E. D., t. 80, p. 426; SPISSO, Régimen de los cementerios y los sepulcros, L.L., diario del 8/7/1983; y notas de jurisprudencia sobre Naturaleza y comercialidad de los sepulcros, en L. L., t. 59, p. 229 y t. 136, p. 603.

(nota 2) Así lo afirman PLANIOL-RIPERT-PICARD, t. 3, nº 139; en sentido de que se trata de una propiedad sui generis; C. Civil Cap., Sala A, 2/6/1972, L. L., t. 148, p. 534; Sala d, 2/6/1972, E. D., t. 44, p. 301; C. Civil Cap., 20/3/1939, L. L., t. 14, p. 21; C. Civil 2ª Cap., 14/9/1938, L.L., t. 11, p. 146; C. Civil 2ª Cap., 19/6/1950, J. A., 1950, t. 4, p. 63; voto del Dr. BARRAQUERO en el Plenario de las C. Civiles Cap., 21/8/1942, L. L., t. 27, p. 657 y J. A., 1942-III, p. 673; C. Apel. Rosario, 28/6/1945, R. S. F., t. 10, p. 267.

(nota 3) C. S. N., 16/12/1925, Fallos, t. 145, p. 307.

(nota 4) C. S. N., 16/12/1925, Fallos, t. 145, p. 307.

(nota 5) En este sentido, ARGAÑARAZ, en SALVAT, t. 3, n° 1436 e, quien cita en su favor algunos autores italianos (D'ALESSIO, STOLFI, MESSINEO, BARBERIS MIGLIARINI), sin advertir que en el derecho italiano se admite un derecho de superficie que no admite el nuestro.

(nota 6) ADROGUÉ se hace cargo de este argumento y lo replica, sosteniendo que la regla del art. 2614 Ver Texto que prohíbe la constitución de derechos de superficie es de derecho privado, pero no impide la creación de derechos reales administrativos de superficie (L. L., t. 128, p. 534, n° 7). Pero es que tampoco las leyes administrativas han creado este supuesto derecho real de superficie. Como decimos en el texto, esta teoría no contribuye en lo más mínimo a resolver los problemas originados en los sepulcros.

(nota 7) COVIELLO, cit. por ARGAÑARAZ, en SALVAT, t. 3, n° 1436 b; PLANIOL-RIPERT-PICARD, t. 3, n° 49, quienes dicen que las concesiones a perpetuidad en los cementerios constituyen una verdadera propiedad de carácter administrativo. ADROGUÉ sostiene que se trata de un derecho real administrativo de superficie, L. L., t. 148, p. 534.

(nota 8) Así lo califica PELAT, cit. por CARNELLI, L.L., t. 6, p. 35.

(nota 9) Véase PLANIOL-RIPERT-PICARD, t. 3, n° 139; y doctrina citada por CARNELLI, L. L., t. 6, p. 31 y sigs.

(nota 10) En este sentido, véase la opinión y sugerencias de RUIZ MORENO, J. A., Doctrina, 1971, p. 304.

(nota 11) C. Civiles de la Cap. en pleno, 21/8/1942, L. L., t. 27, p. 657. La jurisprudencia posterior ha mantenido la solución: C. Civil Cap., Sala C, 23/5/1968, L. L., fallo 20.222-S; Sala D, 10/2/1967, L. L., t. 125, p. 621; Sala F, 29/9/1964, L. L., t. 116, p. 504; C. Fed. Cap., 22/3/1983, L. L., fallo n° 81.995.

(nota 12) Voto del Dr. GRANDOLI.

(nota 13) Voto del Dr. TOBAL.

(nota 14) Así lo afirmó en su voto el Dr. GRANDOLI en el mismo plenario.

(nota 15) C. Civil Cap., Sala C, 24/9/1951, L. L., t. 64, p. 218; C. Civil 2ª Cap., 30/11/1939, L. L., t. 16, p. 1097.

(nota 16) C. Civil Cap., Sala A, 25/11/1968, L. L., t. 135, p. 739 y E. D., t. 27, p. 404; Sala C, 28/6/1966, L. L., t. 123, p. 75 y E. D., t. 15, p. 179; Sala D, 10/2/1967, L. L., t. 125, p. 621 y J. A., 1967-VI, p. 65; DÍAZ DE GUIJARRO, nota en J. A., t. 67; sec. doct. p. 47; ALLENDE, nota en L. L., t. 124, p. 825. Estos fallos y autores atribuyen carácter posesorio a todos los actos que se enumeran en el texto.

(nota 17) Así lo hace notar ALLENDE, loc. cit. en nota anterior. Tanto los fallos citados en nota anterior, como DÍAZ DE GUIJARRO consideran que la tenencia del título es un acto posesorio.

(nota 18) C. Civil Cap., Sala A, 2/6/1973, L. L., t. 148, p. 534; Sala A, 17/11/1965, L. L., t. 124, p. 821; C. Civil 1ª Cap., 8/10/1936, L. L., t. 4, p. 952; íd., 7/12/1942, J. A., 1943-I, p. 23; C. Civil 2ª Cap., 10/7/1936, L.L., t. 3, p. 241; íd., 27/7/1945, L. L., t. 40, p. 171 y J. A., 1945-IV, p. 10; C. Apel. Civil y Minas Mendoza, 10/5/1941, J. M., t. 6, p. 305.

(nota 19) C. Civil 2ª Cap., G. F., t. 20, p. 312.

(nota 20) C. Civil Cap., Sala C, 24/12/1968, L.L., t. 136, p. 619; C. Civil 2ª Cap., 14/9/1938, L. L., t. 11, p. 146; íd., 27/7/1945, L.L., t. 40, p. 171.

(nota 21) C. Apel. 2ª La Plata, 26/9/1947, J. A. 1948-I, p. 467.

(nota 22) C. Civil 2ª Cap., 14/3/1932, J. A., t. 37, p. 1050.

(nota 23) C. Civil Cap., Sala C, 24/12/1968, L. L., t. 136, p. 619; C. Civil 2ª Cap., 14/9/1938, J. A., t. 63, p. 961 y L. L., t. 11, p. 1146; C. Apel. Azul, 18/11/1941, J. A. 1942-III, p. 637.

(nota 24) C. Paz Cap., Sala III, 19/5/1961, L. L., t. 103, p. 543 con nota aprobatoria de m. j. B.; en contra, en el sentido de que el régimen de propiedad horizontal es aplicable a los sepulcros, REFFINO PEREYRA, La propiedad horizontal de los inmuebles, p. 201 y sigs.

(nota 25) C. Civil Cap., Sala B, 19/2/1952, J. A., 1952-II, p. 478 y L. L., t. 65, p. 633; Sala D, 2/6/1972, L. L., t. 148, p. 534; C. Paz Cap., 19/5/1961, L. L., t. 103, p. 543.

(nota 26) C. Civil 2ª Cap., 27/10/1937, L. L., t. 8, p. 846; íd., 15/4/1942, J. A., 1942-II, p. 300.

(nota 27) C. Civil 2ª Cap., 14/9/1938, L. L., t. 11, p. 1146 (en el caso, los condóminos que pedían la división sumaban las tres cuartas partes).

(nota 28) La jurisprudencia es unánime; puede verse: C. Civil Cap., Sala D, 2/6/1972, L.L., t. 148, p. 534; C. Civil Cap., Sala C, 24/12/1968, L.L., t. 136, p. 619; C. Civil 2ª Cap., 14/9/1938, L.L., t. 11, p. 1146; C. Apel. Azul, 18/11/1941, J. A., 1942-III, p. 637.

(nota 29) C. Civil 1ª Cap., 8/10/1936, L. L., t. 4, p. 592; C. Civil 2ª Cap., 3/7/1940, L. L., t. 19, p. 531.

(nota 30) C. Civ. 2ª Cap., 7/5/1945, L.L., t. 38, p. 623 y J. A., 1945-III, p. 273; 1ª Instancia Cap. 29/6/1956, L. L., t. 85, p. 565 y J. A., 1957-I, p. 237; C. Paz Cap., Sala III, 19/5/1961, L. L., t. 103, p. 542.

(nota 31) C. Paz Cap. Sala III, 19/5/1961, L.L., t. 103, p. 542.

(nota 32) 1ª Instancia Cap., 29/6/1956, J. ., 1957-I, p. 237 y L.L., t. 85, p. 565.

(nota 33) C. Civ. 1ª Cap., 21/9/1938, L. L., t. 12, p. 76; C. Civ. 2ª Cap., 20/9/1944, L. L., t. 36, p. 335; C. Civ. Cap., Sala C, 26/5/1961, L. L., t. 103, p. 154 y J. A., 1961-V, p. 435.

(nota 34) C. Civ. 1ª Cap., 21/9/1938, L. L., t. 12, p. 76; C. Civ. Cap, Sala C, 26/5/1961, L. L., t. 103, p. 154 y J. A., 1961-V, p. 435.

(nota 35) C. Civ. Cap., Sala C, 26/5/1961, L.L., t. 103, p. 154 y J. A. 1961-V, p. 435.

(nota 36) C. Civ. 2ª Cap., 20/9/1944, L. L., t. 36, p. 335.

1111/11650

G.— MURO MEDIANERO (ver nota 1)

1111/11660

1.— Derecho de asentar la pared en terreno vecino

1111/621

621. NORMA LEGAL Y NATURALEZA JURÍDICA.— Dispone el art. 2725 Ver Texto que el que en los pueblos o en sus arrabales edifica primero en un lugar aún no cerrado entre paredes, puede asentar la mitad de la pared que construya sobre el terreno vecino con tal que la pared sea de piedra o de ladrillo hasta la altura de tres metros y su espesor entero no exceda de dieciocho pulgadas.

Dos son, por tanto, las condiciones exigidas por la norma para reconocer el derecho de asentar la mitad de la pared en el terreno del vecino: a) que la pared sea de piedra o de ladrillo hasta la altura de tres metros; y b) que su espesor no exceda de dieciocho pulgadas. El primer requisito se explica porque el legislador no quiere que cualquier construcción aun precaria o sin valor definitivo o permanente dé derecho a tomar parte del terreno del vecino; debe tratarse de una pared apta para separar dos construcciones de material vecinas. En cuanto al requisito de que el espesor no exceda de dieciocho pulgadas, debemos añadir que esta medida coincide aproximadamente con la de cuarenta y cinco centímetros que mencionan los reglamentos municipales, aunque éstos admiten también que la pared medianera sea de treinta centímetros.

1111/622

622.— Cabe preguntarse cuál es la naturaleza jurídica de este derecho que se reconoce a tomar parte del terreno vecino para construir la pared medianera:

1) De acuerdo con una primera doctrina, habría una expropiación de la franja del vecino en

favor del que construye la pared (ver nota 2). Pero esta doctrina no resiste el análisis. En primer lugar, se trataría de una expropiación sin indemnización previa, lo que está vedado por la Constitución Nacional (art. 17 Ver Texto); en segundo lugar, esta idea no se compagina con la doctrina admitida por nuestra jurisprudencia (véase n° 263) de que el vecino adquiere desde el primer momento el condominio del muro encaballado. Ni se explicaría tampoco que si el vecino hubiese adquirido la propiedad de la franja por asentar su pared encaballada, luego la pierda cuando el vecino se sirva de la pared.

2) Predomina en nuestra doctrina la opinión simple y clara que se trata de una restricción al dominio del vecino impuesta por la ley (ver nota 3). En efecto, el colindante sobre cuyo límite se construye una pared no pierde la franja sino que está obligado a soportar que su vecino la construya tomando parte de su propiedad. Se trata claramente de una restricción al dominio.

(nota 1) Además de la bibliografía general indicada en nota 544, es capital en esta materia la obra de SPOTA, Tratado de Medianería, 2ª edición, Bs. Aires, 1938; véase también ARRAGA PENIDO, Medianería: adquisición por venta o enajenación forzosa, J. A. 1982-I, p. 757.

(nota 2) En este sentido, LAFAILLE, t. 12, n° 1177.

(nota 3) SALVAT, t. 3, n° 1332, y su anotador ARGAÑARAZ, nota 22-A; SPOTA, Tratado de Medianería, n° 44.

1111/11670

2.— Propiedad del muro medianero

1111/623

623. DISTINTOS SUPUESTOS.— ¿En qué momento adquiere el vecino que no construyó la pared el condominio sobre ella? ¿Desde el momento mismo de su construcción o cuando se sirve de la pared? Los textos del Código son en este punto confusos, lo que dio lugar a una jurisprudencia vacilante que, finalmente fue superada por dos plenarios, uno de la Cámara Civil de la Capital y otro de la Cámara de Paz de la Capital. Tanto de esos fallos como de la jurisprudencia posterior que los complementa, surge la siguiente doctrina:

1) Si se trata de un muro encaballado, es decir, de aquel cuyo eje pasa por el límite de ambas propiedades, los vecinos adquieren el condominio desde el momento mismo de la construcción, independientemente del pago de su valor por el vecino que no lo construyó o de la utilización que de él haga (ver nota 1).

Puesto que la pared pertenece en condominio a los dos vecinos, el que construyó tiene derecho a reclamar del otro la mitad de los gastos ocasionados con la construcción de la pared. Bien entendido que esta obligación se limita al pago de la pared de cerco, es decir hasta una altura de tres metros; en lo que excede de esa altura el vecino no tiene obligación de pagar el condominio sino cuando apoya su construcción en la parte sobreelevada (ver nota 2). Esta solución admitida por la jurisprudencia predominante, recibió consagración legislativa con el nuevo art. 4022 Ver Texto (ref. por ley 17711), según el cual el vecino que apoya en la pared tiene derecho a invocar la prescripción de pagar la medianera hasta la altura del muro de cerramiento forzoso, o sea, tres metros. En otras palabras, la ley distingue entre el muro de cerramientos (en cuyo caso la prescripción empieza a correr desde que se lo construyó) y la parte sobreelevada (en cuyo caso la prescripción empieza a correr cuando se apoya). Ello quiere decir que la obligación de pagar la parte sobreelevada sólo surge con el apoyo, pues si naciera antes, también empezaría a correr la prescripción.

2) Tratándose de muros contiguos, es decir, edificados sobre el límite pero íntegramente en propiedad del que los construyó, las soluciones son distintas. El muro pertenece exclusivamente al edificador y, por consiguiente, carece de derecho a reclamar del vecino la mitad del valor de la pared, a menos que éste utilice el muro (ver nota 3). Bien entendido que no basta para que nazca el derecho de reclamar el importe de la mitad de la pared la circunstancia de que el muro sirva de cerramientos al fundo aunque se trate de cerramiento forzoso; debe tratarse de un aprovechamiento físico efectivo (ver nota 4).

Como puede apreciarse, la distinción es neta entre el muro encaballado y el contiguo; en el primero, el vecino adquiere el condominio del muro desde el mismo momento de su construcción; en el segundo, sólo lo adquiere cuando se sirve de él.

1111/624

624.— Puede ocurrir inclusive que por un error de cálculo o de mensura o aun por mala fe, el que construye la pared lo haga íntegramente sobre el terreno del vecino, o tomando de este terreno más de las nueve pulgadas que la ley permite. El principio general es que lo accesorio sigue la suerte de lo principal y, por consiguiente, la pared es de propiedad del vecino, sin perjuicio del derecho de éste de hacer destruir lo que ha sido levantado ilícitamente en su propiedad. Pero ocurre a veces que la pared medianera avanza ligeramente sobre el terreno vecino; que luego de construida toda la casa que quizá tenga varios pisos, el vecino se presente reivindicando la franja de terreno que el que construyó la

pared no tenía derecho a ocupar. En este caso la jurisprudencia ha declarado, con razón, que la conducta del reivindicante es abusiva y que su derecho se limita a reclamar el valor de la franja sobre la cual se ha asentado indebidamente la pared (ver nota 5).

1111/625

625. PAGO DEL PRECIO DE LA PARED.— Hemos dicho ya que la obligación de pagar el precio de la pared nace desde su construcción si se trata de un muro encaballado y hasta la altura de tres metros; y desde que el vecino se ha servido del muro cuando se trata de un muro contiguo o cuando se trata de la pared que excede de los tres metros del muro encaballado. Ahora bien, ¿en qué momento debe fijarse el valor de la medianera a los efectos del pago del precio? Esta cuestión había dado lugar a una jurisprudencia anárquica. Algunos fallos tomaron en cuenta el valor a la fecha de la sentencia (ver nota 6), otros a la de la demanda (ver nota 7); otros a la de utilización (ver nota 8); otros, finalmente, tomaron en cuenta el momento de la construcción o terminación de la pared medianera (ver nota 9). Se hacía impostergable introducir orden en esta materia, origen de tantos litigios. Por ello, la ley 17711 resolvió la cuestión agregando un párrafo al art. 2736 Ver Texto que dispone: el valor computable de la medianería será el de la fecha de la demanda o constitución en mora.

Es, parece, el criterio preferible. Pero cabe preguntarse si el valor de la pared en ese momento debe ser actualizado a la fecha de la sentencia en razón de la desvalorización monetaria. Algunos fallos han decidido que la redacción del agregado al art. 2736 Ver Texto supone cristalizar la indemnización en la fecha determinada por la ley, es decir, la de la constitución en mora o la demanda (ver nota 10). Con mejor criterio, otros han decidido que la deuda resultante al día de la mora o la demanda, debe ser actualizada a la fecha de la sentencia en consideración a desvalorización monetaria (ver nota 11), y ésta fue la solución que predominó en definitiva (ver nota 12). Cuando la ley ha elegido aquel momento, es para descartar otros criterios también sostenidos en la anterior jurisprudencia, por ejemplo, el de la cantidad invertida por el constructor o el valor a la fecha de la utilización de la pared por el vecino (ver nota 13). En efecto, la pared no vale lo mismo cuando se construye, que años después cuando se reclama su pago. En este momento debe apreciarse su valor teniendo en cuenta su estado, la medida de su vetustez, etc. Pero determinado dicho valor a la fecha establecida por la ley, esa deuda, como cualquier otra deuda de valor, debe reajustarse al momento de la sentencia, teniendo en cuenta la desvalorización monetaria (ver nota 14). En épocas de inflación acelerada como la que sufre la economía contemporánea, no puede dejar de tenerse en cuenta la desvalorización monetaria sin herir el valor justicia y sin dejar de lado el principio del pago del justo valor.

La nueva disposición habla de la fecha de la demanda o de la constitución en mora. Este último supuesto se ha previsto sobre todo teniendo en mira fijado el criterio con que las partes han de resolver su discusión acerca del valor cuando no hay pleito. Pero si lo hubiera

cabe preguntarse cuál de esos dos momentos debe tomarse en consideración. Pensamos que debe considerarse el de la demanda, que es el más próximo al pago y por consiguiente el que se ajustará mejor a la equidad y al principio de que debe pagarse el justo precio (ver nota 15).

El adquirente debe pagar la medianera en el estado en que se encuentra cuando la utiliza, sin que pueda pretender la eliminación de algunos rubros por falta de aprovechamiento (ver nota 16). Así, por ejemplo, no puede admitirse la pretensión de no pagar el revoque fino que fue inútil al que apoyó (ver nota 17); pero en cambio, no está obligado a pagar ornatos extraordinarios o pinturas artísticas (ver nota 18).

1111/626

626. LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA PARA EL COBRO DE LA MEDIANERÍA.— La obligación que surge de la medianería es un caso típico de obligación propter rem, tanto en su aspecto activo como pasivo (ver nota 19). Es decir, el crédito resultante de la medianería se transmite con el inmueble a los sucesivos adquirentes (ver nota 20). Quien demanda el pago debe exhibir su título de propiedad (ver nota 21) o bien demostrar que ha construido la pared ejerciendo un derecho que le es propio. Tal sería el caso del poseedor con boleto de compraventa (ver nota 22) del usufructuario, del acreedor anticresista, es decir, de quienes ejercen una posesión legítima. Del mismo modo, la obligación de pagar la medianería es una carga inherente a la posesión, por lo que el obligado a su pago es el propietario actual del inmueble lindero (ver nota 23), aun cuando los actos de utilización hayan sido practicados por el propietario anterior (ver nota 24). Se ha declarado también que esta obligación compete al poseedor del inmueble lindero (ver nota 25), pero no al simple tenedor (ver nota 26).

Sin embargo, la sentencia dictada contra el anterior propietario del inmueble beneficiado por el muro, no puede ser ejecutada contra el propietario actual, respecto de quien la sentencia es res inter alios judicata (ver nota 27); lo que es natural, porque de otro modo se vendría a condenar a una persona sin haberle dado oportunidad de defenderse, lo que es contrario al principio constitucional de la inviolabilidad de la defensa en juicio (art. 38 Ver Texto , Constitución Nacional).

Se ha decidido que en el supuesto de condominio, cualquiera de los condóminos del inmueble vecino puede ser demandado por el total de la deuda, sin perjuicio de la acción de contribución que el demandado tiene contra los otros condóminos (ver nota 28).

1111/627

627. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN POR COBRO DE MEDIANERÍA.— Puesto que no tiene término especial, la acción por cobro de medianería prescribe a los diez años (art. 4023 Ver Texto) (ver nota 29). Ahora bien, ¿en qué momento empieza a correr la prescripción? Esta cuestión está íntimamente vinculada con el momento del nacimiento del derecho a cobrar la medianería. Conforme con la jurisprudencia dominante, la prescripción empezará a correr: a) si se trata de un muro de cerco encaballado, desde el momento en que se terminó la pared; b) si se trata de la pared encaballada que excede la altura de tres metros, desde el momento en que se la utiliza (ver nota 30); c) si se trata de un muro contiguo desde el momento en que el vecino se sirve de él.

Sin embargo, suscitó dudas el siguiente problema: supongamos una pared medianera correspondiente a un edificio de varios pisos; hasta la altura de tres metros el que la construyó tenía acción para demandar al vecino, pero no lo hizo. Pasados diez años, el vecino construye a su vez y apoya su edificio en toda la pared por encima de los tres metros. No cabe duda de que el vecino que construyó la pared tiene acción a partir del momento en que el vecino apoyó en su pared para cobrar el importe de la pared medianera que excede de los tres metros; pero cabía preguntarse si al haberse apoyado en dicha pared nacía para el vecino que la construyó el derecho de cobrar también la medianería de los tres metros de la pared de cerco. La cuestión dio lugar a pronunciamientos contradictorios; un plenario de la Cámara Civil de la Capital Federal resolvió que la prescripción cumplida respecto de la pared de cerramiento forzoso, o sea de tres metros, se había operado definitivamente y que por consiguiente, el que apoyó su propio edificio tenía derecho a invocar esa prescripción (ver nota 31). Esta solución fue expresamente adoptada por la Reforma de 1968 al modificar el art. 4022 Ver Texto , dándole la siguiente redacción: la prescripción operada con relación a la obligación establecida en el art. 2726 Ver Texto puede ser invocada para eximirse de abonar la medianería en el supuesto del art. 2736 Ver Texto , hasta la altura del muro de cerramiento forzoso. En otras palabras, si uno de los vecinos ha construido una pared medianera que excede los tres metros y ha dejado transcurrir el tiempo de la prescripción sin cobrar la medianería correspondiente a esa pared de cerco (o sea de tres metros), esa prescripción es definitiva y el crédito no renace por la circunstancia de que el vecino apoye su edificación en toda la altura de la pared; pero naturalmente, el constructor de la pared tendrá derecho a reclamar el pago del valor de la misma por encima de los tres metros, pues en esa medida su acción no se ha prescrito, ya que nació recién al apoyar el vecino su edificio.

(nota 1) C. Civil Cap. en Pleno, 6/7/1955, J. A., 1955-III, p. 208 (debemos notar que la parte dispositiva del plenario no toca expresamente este punto; pero la doctrina sostenida en él se funda en esta concepción que fue la que predominó en el plenario); C. Paz Letrada Cap., en Pleno, 4/6/1948, J.A. 1948-II, p. 440; C. Apel. 2ª La Plata, 23/9/1952; L. L., t. 68, p. 536 y J. A., 1952-IV, p. 193; S. T. San Luis, 29/4/1944, J. A. 1944-II, p. 598.

(nota 2) Voto del Dr. Funes en el plenario de la C. Civil Cap., 6/7/1955, J. A. 1955-III, p. 208; C. Paz Cap., Sala II, 29/7/1955, J. A., 1955-IV, p. 104.

(nota 3) C. Civil 1ª Cap., 24/6/1936, L.L., t. 3, p. 317; íd., 4/5/1935, J. A., t. 50, p. 809; C. Civil 2ª Cap., 23/2/1939, L. L., t. 14, p. 144; C. Civil 2ª Cap., 29/4/1943, J. A., 1943-III, p. 278; C. Paz Letrada Cap., 22/9/1941, J. A., t. 76, p. 59; C. Apel. 1ª La Plata, 20/10/1939, J. A., t. 68, p. 69; íd., 19/4/1955, L.L., t. 79, p. 444.

(nota 4) Fallos citados en nota anterior.

(nota 5) C. Civil Cap., Sala F, 16/5/1963, L. L., t. 111, p. 252 (que cita fallos de J. A., t. 72, p. 97; 1947-I, p. 117 y L. L., t. 45, p. 288); C. Civil 1ª Cap., 21/5/1928, J. A., t. 27, p. 751.

(nota 6) C. Civil Cap., Sala D, 15/5/1956, G. F., t. 217, p. 378; íd., Sala F, 13/12/1960, L. L., t. 101, p. 656; C. Paz Letrada Cap., Sala II, 16/12/1949, L. L., t. 57, p. 416; íd., 6/4/1954, L. L., t. 75, p. 15 y J. A., 1954-III, p. 83; Sala III, 21/8/1946, g. P., t. 70, p. 25; C. Apel. Rosario, Sala I, 29/3/1959, Juris, t. 16, p. 163; etc.

(nota 7) C. Civil 1ª Cap., 25/11/1948, J. A., 1949-II, p. 461, s. C. Buenos Aires, 17/10/1963, D. J. B. A., t. 70, p. 202; C. Apel. Rosario, Sala II, 26/12/1965, Juris, t. 10, p. 197.

(nota 8) C. Civil Cap., Sala B, 15/9/1953, L.L, t. 72, p. 75; íd., Sala D, 21/5/1962, L. L., t. 107, p. 202; Sala E, 7/12/1962, L. L., t. 111, p. 906; Sala F, 13/2/1960, L. L., t. 101, p. 656; C. Com. Cap., Sala A, 6/3/1959, J. A., 1959-III, p. 256; C. Paz Cap., Sala III, 16/11/1935, L. L., t.9,p. 524, en nota; Sala IV, 28/9/1955, L. L., t. 81, p. 23; C. Apel. 1ª La Plata, 19/4/1956, L. L., t. 79, p. 444; C. 1ª Apel. Santa Fe, 27/11/1953, Juris, t. 4, p. 262.

(nota 9) C. 2ª Apel. Córdoba, 5/7/1954, Digesto Jurídico, L. L., t. 4, p. 1002, nº 109.

(nota 10) C. Civil Cap., Sala A, 12/12/1972, E. D., t. 48, p. 156 (con importante disidencia del Dr. Abelleyra); íd., 12/11/1974, J. A., 26-1975, p. 181; Sala C, 27/10/1971, E. D., t. 40, p. 521; Sala E, 28/8/1974, J. A., 25, 1974, p. 313, con nota en desacuerdo de MOSSET ITURRASPE.

(nota 11) C. Civil Cap., Sala C, 27/11/1972; E. D., t. 46, p. 278 (fallo en que el Tribunal rectificó su criterio anterior); Sala E, 31/5/1953, E. D., t. 49, p. 659; Sala F, 23/12/1972, E. D., t. 41, p. 704; Sala B, 18/8/1975, L.L., 1975-A, p. 107; Sala E, 10/9/1976, E. D., t. 71, p. 326; Sala C, 26/9/1974, J. A., t. 25, p. 315; C. Apel. Mar del Plata, 6/3/1975, E. D., t. 61, p.

(nota 12) C. Civ. Cap. en Pleno, 22/9/1978, L. L., 1978-D, p. 180, E. D., t. 80, p. 253 y j. A., t. 25, 1974, p. 313.

(nota 13) Así lo hizo notar el Dr. Abelleyra en su disidencia en el fallo de la Sala A, citado en nota 664.

(nota 14) En este sentido, MOISSET DE ESPANÉS, Reflexiones sobre el valor computable de la medianería, Temis, 9/6/1973; y MARIANI DE VIDAL, Deudas de valor, deudas de dinero y desvalorización monetaria, con especial referencia a la medianería, L. L., t. 148, p. 184.

Es conveniente agregar que ya antes de la sanción de la ley 17711 y su reforma al art. 2736 Ver Texto , se había discutido si la deuda por medianería era o no susceptible de actualización por desvalorización monetaria (en sentido negativo: C. Civil Cap., Sala B, 10/4/1967, E. D., t. 18, p. 67; Sala C, 8/11/1966, E. D., t.18, p. 68; sala D, 3/9/1965, E. D., t.18, p. 69; Sala E, 26/11/1966, E. D., t. 18, p.82; Sala F, 9/8/1966, E. D., t. 18, p. 71; en sentido afirmativo: S. C. Buenos Aires, 21/2/1967, E. D., t. 18, p. 492; C. Apel. Rosario, 29/3/1959, Juris, t. 16, p. 163; íd., 7/4/1964, L. L., t. 116, p. 595).

(nota 15) Modificamos así el criterio que hemos sostenido en nuestra obra La Reforma de 1968 al Código Civil, nº 276.

(nota 16) C. Civil Cap., Sala A, 5/7/1973, E. D., t.49, p. 658; íd. 28/6/1973, E. D., t. 49, p. 660.

(nota 17) Fue el supuesto resuelto en el primer fallo citado en nota anterior.

(nota 18) PEÑA GUZMÁN, Derechos real, t. 2, nº 1196; SPOTA, Tratado de Medianería, nº 214.

(nota 19) C. Civil Cap., Sala A, 18/9/1961, L.L., t. 104, p. 357; C. Civil Cap., Sala C, 5/10/1972, E. D., t. 46, p. 277; íd., 27/10/1971, L. L., t. 147, p. 717; C. Apel. Santa Fe, 4/10/1972, L. L., t. 148, p. 201, con nota aprobatoria de SPOTA.

(nota 20) C. Apel. La Plata, 19/8/1952, 1952-IV, p. 349.

(nota 21) C. Paz Letrada Mendoza, 6/9/1945, B. J. M., t. 46, p. 14.

(nota 22) C. Paz Cap., 12/12/1952; G.P., t. 98, p. 244. En contra, fallo citado en nota anterior.

(nota 23) C. Civil 1ª Cap., 30/3/1938, J. A., t. 61, p. 684; C. Civil 2ª Cap., 6/12/1922, J. A., t. 9, p. 901; C. Paz Cap., 10/7/1936, L. L., t. 3, p. 247; íd., 3/5/1944, G. P., t. 56, p. 189; C. Apel. 2ª La Plata, 19/8/1952, J. A., 1952-IV, p. 349.

(nota 24) C. Civil 1ª Cap., 1/4/1933, J. A., t. 41, p. 622.

(nota 25) C. Civil 1ª Cap., 30/11/1937, L. L., t. 8, p. 1078.

(nota 26) C. Apel. 2ª La Plata, 14/6/1963, J. A. 1953-III, p. 504.

(nota 27) C. Civil 1ª Cap., 30/3/1938, J. A., t. 61, p. 684.

(nota 28) C. Civil Cap., Sala B, 15/9/1953, L. L., t. 72, p. 165; Sala C, 5/10/1972, E. D., t. 46, p. 277; íd., 29/6/1968, t. 234, p. 305; Sala F, 15/5/69, L.L., t. 136, p. 1118, sum. 22.438-S.

(nota 29) C. Apel. III La Plata, 17/4/1979, E. D., t. 185, p. 156; C. Civil Cap., Sala C, 17/12/1974, E. D., t. 62, p. 350; Sala F, 20/12/1976, E. D., t. 73, p. 396.

(nota 30) C. Civil Cap., 15/9/1953, L. L., t. 72, p. 165; Sala C, 17/12/1974, E. D., t. 49, p. 659; Sala F, 15/5/69, L. L., t. 136, p. 118, sum. 22.438-S.

(nota 31) C. Civil Cap., en Pleno, 6/7/1955, J. A., 1955-III, p. 208.

1111/11680

3.— Prueba de la medianería

628. PRESUNCIONES LEGALES.— El art. 2717 Ver Texto dice que 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.

Este texto es sin duda defectuoso o al menos, equívoco. No cabe ninguna duda de que en el supuesto preciso establecido en el art. 2717 Ver Texto , el muro es medianero y, por tanto, pertenece en condominio a ambos vecinos; pero también es medianero cuando ha sido construido a cargo de uno sólo de los vecinos y está encaballado sobre el límite (véase nº 623); sólo que en este caso el que lo construyó tiene derecho a reclamar la mitad del valor del vecino.

Esta equivocidad de los textos legales se refleja más claramente aún en los arts. 2718 Ver Texto y 2719. Estas normas establecen presunciones de medianería, según lo dicen los textos; pero, en realidad, lo que establecen son presunciones de que la pared ha sido construida a costa de uno o de los dos medianeros, lo que implica, según los casos, el derecho de afirmar o negar acción para reclamar la mitad de la medianería.

El art. 2718 Ver Texto dispone que toda pared o muro que sirva de separación de dos edificios se presume medianera en toda su altura hasta el término del edificio menos elevado. La parte que pasa la extremidad de esta última construcción, se reputa que pertenece exclusivamente al dueño del edificio más alto, salvo la prueba en contrario por instrumentos públicos, 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. Volvemos a reiterar que siempre que una pared separe dos edificios es medianera; la presunción legal tiende a establecer no si existe o no condominio en dicha pared, sino si existe o no derecho de uno de los condóminos a reclamar la mitad de su precio del otro.

A su vez, el art. 2719 Ver Texto agrega que 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. No parece justificarse que no se presuma la medianería cuando se trata de muros o paredes que no dividen edificios; deberían jugar iguales principios, salvo, por cierto, el derecho a probar lo contrario.

Destacamos de manera especial que las presunciones del art. 2718 Ver Texto admiten prueba en contrario, sea por instrumentos públicos, 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.

Hay que agregar que la presunción legal establecida en el art. 2718 Ver Texto no excluye otras presunciones. Así, por ejemplo, se ha declarado que la pared debe reputarse común cuando habiendo pertenecido las dos heredades a un mismo dueño y encontrándose aquella asentada por mitades en ambas fincas no se declaró en la escritura traslativa de dominio que pertenecía a uno sólo de ellos (ver nota 1); esta presunción es aplicable tanto al caso de que el dueño anterior que construyó las propiedades vendiera ambas a terceras personas (ver nota 2), como al supuesto de que el propietario haya enajenado uno sólo de los fundos (ver nota 3); también se ha declarado que debe presumirse la medianería de la pared que divide patios si el resto de ella separa edificios (ver nota 4).

Si el propietario de dos inmuebles vecinos vende uno de ellos con “todo lo edificado y plantado”, no debe entenderse que vende la totalidad de la medianería sino sólo el condominio sobre ella (ver nota 5).

1111/629

629.— El art. 2720 Ver Texto precisa que los instrumentos públicos o privados que se invoquen para combatir la medianería deben ser actos comunes a las dos partes o a sus autores. Por aplicación de esta norma se ha declarado 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 (ver nota 6); de igual modo, hace fe la manifestación del antecesor común en el dominio de los inmuebles contenida en la escritura otorgada al adquirente del edificio más elevado, en el sentido de que la pared divisoria es medianera hasta donde alcanza la construcción más baja y que el resto pertenece exclusivamente a aquél (ver nota 7).

1111/630

630.— Suponiendo que haya conflicto entre un título del que resulte la existencia de la medianería y los signos de los que resultaría no haberla, el título prevalece sobre los signos (art. 2721 Ver Texto).

Pero si los signos son actos posesorios y éstos se han prolongado durante todo el tiempo necesario para la prescripción, el título cederá, no ya ante los simples signos, sino ante la usucapión operada (ver nota 8).

(nota 1) C. Civil Cap., Sala E, 7/12/1961, L. L., t. 106, p. 79 y j. A., 1962-II, p. 297; C.

Civil 1ª Cap., 12/3/1936, J. A., t. 53, p. 634; íd., 5/5/1938, L. L., t. 10, p. 695; C. Paz Cap., 18/12/1950, L. L., t. 62, p. 438; C. Apel. 2ª La Plata 3/11/1944, J. A., 1944-IV, p. 731; S. C. Tucumán, 29/2/1952, J. A., 1952-III, p. 279.

(nota 2) C. Civil 1ª Cap., 5/5/1938, L. L., t. 10, p. 695.

(nota 3) C. Paz Cap., 18/12/1950, L. L., t. 62, p. 438; C. Apel. 1ª Córdoba, 28/9/1954, C. J., t. 8, p. 70; C. Apel. Santa Fe, 22/12/1971, L. L., t. 147, p. 614, con nota aprobatoria de SPOTA.

(nota 4) C. Civil 1ª Cap., 18/11/1925, J. A., t. 18, p. 535.

(nota 5) C. Apel. Córdoba, 28/9/1954, C. J., t. 8, p. 70; S. C. Tucumán, 29/2/1952, L. L., t. 67, p. 108 y J. A., 1952-III, p. 279.

(nota 6) C. Civil Cap., Sala D, 10/6/1955, L. L., t. 79, p. 55.

(nota 7) C. Civil Cap., Sala B, 20/11/1953, L. L., t. 73, p. 645.

(nota 8) SPOTA, Tratado de medianería, nº 310.

1111/11690

4.— Obligaciones y cargas de la medianería

1111/631

631. PAGO DEL PRECIO.— La primera obligación del vecino que no ha construido la pared es pagar la mitad el precio de su construcción. Sin embargo, hay que hacer distinciones, a las que ya hemos aludido; a) si se trata de una pared de cerco, es decir de una altura no mayor de tres metros, la obligación de pagar la medianería surge desde el mismo momento de la construcción, cuando se trata de un muro encaballado; b) por el contrario, si el muro, aun encaballado, excede de tres metros de altura, la obligación de pagar el precio de la parte que excede de dicha altura sólo surge cuando el vecino se sirve

de la medianería; c) igual solución se aplica al caso del muro contiguo, es decir, construido íntegramente en el terreno de quien lo construyó; el vecino sólo tiene obligación de pagar el precio cuando se sirve de dicho muro cualquiera que sea su altura. Sobre este tema nos remitimos a lo dicho en el n° 625.

Hay que agregar que cuando el vecino se apoya en un muro contiguo (es decir, levantado totalmente en terreno del edificante), está obligado no sólo a pagar la mitad de la pared sino también la mitad del valor del terreno del vecino en que se asienta la pared (art. 2736 Ver Texto).

Se ha decidido que si los condóminos que asientan en la pared son varios (lo que ocurre especialmente en el supuesto de propiedad horizontal) cada uno de ellos puede ser demandado por el total de la deuda de medianería, sin perjuicio del derecho de contribución contra los demás condóminos que tiene el que ha pagado (ver nota 1).

1111/632

632.— Cuestión debatida en la jurisprudencia es la de si la utilización parcial de la pared medianera obliga a pagar solamente la parte utilizada o todo el muro (ver nota 2).

Nos parece, empero, que la solución legal es clara, puesto que el art. 2736 Ver Texto autoriza a adquirir la medianería en toda su extensión o sólo en parte. Es además, razonable que el vecino solamente esté obligado a pagar la mitad de la pared que utiliza y que en lo restante la pared medianera sea considerada como cerco y, por consiguiente, el vecino sólo esté obligado a pagar la mitad hasta la altura del cerco (ver nota 3). Supongamos que el vecino de una casa de diez pisos construya una de una sola planta. Es contrario a la razón y a la equidad obligarlo a pagar toda la muy onerosa pared medianera, aun en la parte que ninguna utilidad le presta (ver nota 4).

1111/633

633.— Lo dicho hasta aquí se refiere a la longitud y altura de la pared. En cuanto al espesor, el art. 2736 Ver Texto declara expresamente que no podrá limitar la adquisición a sólo una parte del espesor de la pared; de tal manera que si se la utiliza superficialmente, por ejemplo, en cinco o diez centímetros, hay que pagar la mitad de todo el espesor.

De igual modo corresponde el pago de los cimientos (art. 2736 Ver Texto). Pero se ha declarado, que si bien el art. 2736 Ver Texto establece la obligación de pagar también los cimientos, no se trata de una disposición de orden público, de tal manera que las partes,

mediante convenio y en atención a las características y altura de los edificios linderos, pueden convenir que se mantenga la propiedad exclusiva de los cimientos en cabeza de uno de los vecinos (ver nota 5).

1111/634

634. CONTRIBUCIÓN A LOS GASTOS DE REPARACIÓN O RECONSTRUCCIÓN.— Dispone el art. 2722 Ver Texto que 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. Adviértase que la ley dice en proporción de sus derechos; esto significa que sólo están obligados a contribuir en la medida en que sean verdaderamente condóminos. Así, por ejemplo, si el vecino ha levantado una pared medianera de quince metros, en la cual el otro propietario no apoya, éste sólo está obligado a pagar los gastos de reparaciones o reconstrucción del cerco de tres metros, pero no de lo que excede de esa altura. De la misma manera, si se ha adquirido parcialmente la medianera por la utilización parcial de ella, sólo se está obligado a pagar la reparación con proporción a la parte adquirida.

Esta disposición es una consecuencia de la obligación que tienen los condóminos en el condominio ordinario de contribuir en proporción de sus partes a los gastos de conservación o reparación de la cosa común (art. 2685 Ver Texto).

1111/635

635.— La obligación de contribuir a los gastos de reparación o reconstrucción surge si el deterioro de la pared ha tenido origen como consecuencia de vicios de la construcción, fuerza mayor, transcurso del tiempo o por el uso normal y moderado del muro (ver nota 6). Pero si el daño o destrucción de la pared se debe al hecho de uno de los propietarios vecinos, éste está obligado a reconstruir o reparar la pared a su exclusivo cargo (ver nota 7), porque en ese caso el daño se habría ocasionado por un hecho propio de uno de los vecinos y sólo él debe responder por sus consecuencias. Aplicando estos criterios la jurisprudencia ha declarado que si las grietas han aparecido como consecuencia de una carga excesiva hecha pesar por uno de los vecinos, es exclusivamente éste el que tiene a su cargo los gastos de reconstrucción (ver nota 8); que si cualquiera de los vecinos reconstruye a su costa el muro medianero por exigirlo así una nueva construcción, el otro mantiene sobre el nuevo muro su carácter de condómino hasta la altura del antiguo (ver nota 9). Pero si se demuestra que la vieja pared era antirreglamentaria y carecía de estabilidad suficiente, queda configurado el supuesto de necesidad de reconstrucción que autoriza a reclamar del vecino la mitad de los gastos (ver nota 10).

1111/636

636. FACULTAD DE ABANDONO.— La ley reconoce al propietario medianero la facultad de hacer abandono de sus derechos sobre la medianería tanto en caso que se demande el valor de la pared medianera construida por el vecino, como si se demanda el costo de la reconstrucción o reparación de la pared. Estudiaremos por separado ambas hipótesis.

a) Conforme con el art. 2727 Ver Texto , el vecino requerido para contribuir a la construcción de una pared divisoria o a su conservación en el caso del artículo anterior, puede librarse de esa obligación cediendo la mitad del terreno sobre que la pared debe asentarse y renunciando a la medianería. La ley alude, claro está, al supuesto de muro encaballado; pues si el muro es contiguo, es decir, construido exclusivamente en el terreno del vecino que lo construyó, el vecino que limita con él no tiene obligación de contribuir a la construcción mientras no apoye en la pared.

El abandono supone no solamente la renuncia al condominio sobre la medianería sino también la cesión del terreno de su propiedad sobre el que se asienta la mitad de la pared.

El derecho de hacer el abandono debe concretarse en el momento de ser requerido el pago de la medianería (ver nota 11). La jurisprudencia ha admitido la viabilidad del abandono hasta el momento en que queda trabada la litis en el juicio por cobro de medianería (ver nota 12).

El abandono no puede ya tener lugar si hubiese mediado utilización de la pared por el vecino que pretende abandonarla (ver nota 13), aunque después hubiera dejado de utilizarla (ver nota 14). En otras palabras, si el vecino ha ejercido la facultad de servirse del muro medianero, no puede luego hacer abandono de él retirando los elementos que había apoyado (ver nota 15), desde que los derechos del vecino no pueden quedar supeditados al juego caprichoso del lindero que tanto apoya su construcción como la retira del muro divisorio (ver nota 16).

¿Es admisible el abandono parcial de la medianería? La cuestión ha dado lugar a jurisprudencia contradictoria (ver nota 17). Por nuestra parte, pensamos que puesto que se admite la adquisición parcial de la medianería, debe admitirse también el abandono parcial (ver nota 18).

b) También admite la ley la facultad del vecino de hacer abandono de la pared medianera en el supuesto de que quiera liberarse de contribuir a los gastos de conservación. El art. 2723 Ver Texto dispone que cada uno de los condóminos de una pared puede liberarse 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.

Aquí no se trata de abandonar la pared para no concurrir al pago de los gastos que su construcción ha demandado, sino para eludir el pago de los gastos de conservación. Es decir, puede tratarse muy bien de una hipótesis en que el vecino ha pagado ya la medianería y ahora se niega a pagar los gastos de conservación. También en este caso el abandono supone no solamente la pérdida del condominio sobre el muro sino también de la franja de terreno sobre la que la pared se asienta. Ese es el efecto natural del abandono (art. 2724 Ver Texto).

Pero el condómino pierde la facultad de abandonar la pared y, por lo tanto, no puede liberarse de los gastos de conservación en los siguientes supuestos: a) que el condómino haya utilizado la pared; o b) que la reparación o reconstrucción haya llegado a ser necesaria por un hecho suyo. Sería, en efecto, inadmisibles que pudiera abandonarse la medianera si ella es utilizada por el que pretende abandonarla o si la reconstrucción ha llegado a ser necesaria por su culpa.

A la inversa, es obvio que el que reconstruye o repara la pared no tiene derecho a reclamar del vecino la mitad de los gastos cuando el deterioro de la pared se ha originado en un hecho del que la reparó, por ejemplo, la excesiva carga que le hizo soportar (ver nota 19).

1111/637

637.— El art. 2724 Ver Texto establece que la facultad de abandonar la medianería compete a cada uno de los vecinos aun en los lugares donde el cerramiento es forzoso. Con esta disposición se elimina una duda importante. En efecto, en los lugares en donde el cerramiento es forzoso, la pared medianera es aprovechada por ambos condóminos como muro de cerramiento. Y cabría preguntarse si en ese caso en que la pared es útil a ambos vecinos, uno de ellos puede hacer abandono. El texto legal citado resuelve expresamente la cuestión en sentido afirmativo. La solución legal es, por cierto, discutible. No parece fácil conciliar el carácter de orden público que tiene el derecho a exigir el cerramiento forzoso, con esta facultad de abandono. Si la ley reputa que la pared, a requerimiento de uno de los vecinos, debe hacerse, no es lógico admitir un arbitrio por medio del cual el vecino puede escapar a la obligación de contribuir a los gastos (ver nota 20).

1111/638

638. EFECTO DEL ABANDONO.— El abandono de la medianería no solamente tiene como consecuencia la renuncia al condominio sobre la pared, sino también la cesión del

terreno sobre el que la pared se asienta (art. 2724 Ver Texto). Ello implica el derecho del propietario en cuyo favor se hizo el abandono de hacer escriturar a nombre suyo la fracción de terreno sobre la cual se asienta la pared.

1111/639

639. READQUISICIÓN DE LA PARED ABANDONADA.— El abandono de la medianería no tiene carácter definitivo. Quien ha hecho abandono de la pared puede, sin embargo, readquirir la medianería incluida la mitad del terreno en que ella se asienta, pagando la mitad de los gastos y el valor de la mitad del terreno (arts. 2739 Ver Texto y 2735 Ver Texto). La solución legal tiene plena justificación. De lo contrario, se obligaría a quien ahora está en condiciones de pagar la pared y la necesita, a construir una nueva pared pegada a la anterior, lo que importa un gasto estéril y como tal inconveniente del punto de vista social e innecesariamente gravoso para el vecino.

(nota 1) C. Civil Cap., Sala C, 5/10/1972, E. D., t. 46, p. 277; Sala E, 18/6/1976, L. L., 197-D, p. 295.

(nota 2) En el sentido de que el vecino sólo está obligado a pagar la parte utilizada: C. Civil 2ª Cap., 7/7/1937, L. L., t. 7, p. 446; *id.* 23/2/1939, L.L., t. 14, p. 144; C. Paz Cap., 21/8/1946, G. P., t. 70, p. 25. En el sentido de que la utilización parcial de la pared obliga a pagarla en toda su extensión; C. Civil 1ª Cap., 17/12/1941, L. L., t. 25, p. 689 y J. A., 1942-I, p. 445; *id.*, 19/6/1944, J. A., 1944-III, p. 254; C. Apel. Río Cuarto, 14/11/1962, J. A., 1963-II, p. 265; SPOTA adhiere a la tesis de que la adquisición de la medianería puede ser parcial: Tratado de medianería, n° 200.

(nota 3) Es la solución expresamente consagrada en el fallo de la C. Civil 2ª Cap., 7/7/1937, L. L., t. 7, p. 446.

(nota 4) De acuerdo: Civil Cap., Sala D, 10/3/1986, E. D., t. 119, p. 403.

(nota 5) C. Civil Cap., Sala B, 10/6/1955, L. L., t. 80, p. 495.

(nota 6) SPOTA, Tratado de Medianería, n° 338.

(nota 7) C. Civil Cap., Sala C, 13/6/1977, E. D., t. 77, p. 319; SALVAT, t. 3, n° 1375; SPOTA, Tratado de Medianería, n° 334; LAFAILLE, t. 2, n° 1222.

(nota 8) C. Civil 1ª Cap., 28/5/1941, L. L., t. 23, p. 143.

(nota 9) C. Civil 2ª Cap., 20/4/1937, L. L., t. 6, p. 267; C. Paz Letrada Cap., 2/9/1942, G. P., t. 46, p. 145; íd., 22/7/1938, L. L., t. 11, p. 449.

(nota 10) C. Civil 2ª Cap., 30/12/1938, L. L., t. 13, p. 708.

(nota 11) C. Civil 1ª Cap., 23/7/1932, J. A., t. 38, p. 1074; C. Civil 2ª Cap., 10/7/1933, J. A., t. 42, p. 1117; íd. 20/4/1937, J. A., t. 58, p. 167 y L. L., t. 6, p. 267; SPOTA, Tratado de medianería, nº 112; ARGAÑARAZ, en SALVAT, t. 3, nº 1345, nota 41 a. En contra, la opinión que hoy puede considerarse definitivamente abandonada de SALVAT, t. 3, nº 1345 y LAFAILLE, t. 2, nº 1179, según los cuales una vez construida la pared no se puede hacer el abandono.

(nota 12) C. Civil 1ª Cap., 14/12/1937, J. A., t. 60, p. 814; C. Civil 2ª Cap., 7/7/1937, L. L., t. 7, p. 446; C. Paz Cap., 21/3/1952, J. A., 1952-III, p. 99 y L. L., t. 68, p. 17. Esta solución resuelve con un criterio más práctico el problema y define más rápidamente las cuestiones entre los medianeros que la doctrina sostenida por SPOTA y ARGAÑARAZ, en SALVAT, t.3, nº 1345, nota 42, según los cuales recién con la sentencia que condena al pago, es que el lindero demandado se encontraría abocado a la disyuntiva ineludible de pagar la medianería o de renunciar a ella, con las consecuencias legales que esa renuncia trae aparejadas.

(nota 13) C. Civil 1ª Cap., 1/4/1939, J. A., t. 41, p. 642; C. Civil 2ª Cap., 18/3/1931, J. A., t. 35, p. 359; íd., 19/5/1937, L. L., t. 6, p. 884; C. Paz Letrada Cap., 24/7/1936, L. L., t. 3, p. 516; SALVAT, t. 3, nº 1345.

(nota 14) C. Civil 2ª Cap., 7/7/1937, L. L., t. 7, p. 446; C. Paz Cap., 24/7/1936, L. L., t. 3, p. 516.

(nota 15) C. Civil 2ª Cap., 7/7/1937, L. L., t. 7, p. 446; íd., 24/6/1936, J. A., t. 57, p. 52; C. Civil 2ª Cap., 18/3/1931, J. A., t. 35, p. 365; C. Paz Cap., 24/7/1936, L. L., t. 3, p. 516.

(nota 16) Así lo dijo la C. Civil 2ª Cap., 7/7/1937, L. L., t. 7, p. 446.

(nota 17) En el sentido de que la utilización parcial del muro por el vecino lo obliga a la

adquisición de la medianería en toda la extensión: C. Civil 1ª Cap., 30/6/1932, J. A., t. 38, p. 744; C. Civil 1ª Cap., 17/12/1941, J. A., 1942-I, p. 445; en el sentido de que debe admitirse el abandono parcial de la medianería, C. Civil 2ª Cap., 1/10/1937, L. L., t. 8, p. 272; C. Civil 2ª Cap., 23/2/1939, L.L., t. 14, p. 144; C. Paz Cap., 21/8/1946, G. P., t. 70, p. 25.

(nota 18) En este sentido, SPOTA, Tratado de Medianería, nº 135.

(nota 19) C. Civil 1ª Cap., 28/5/1941, L. L., t. 23, p. 143.

(nota 20) La doctrina es generalmente adversa al derecho de abandono; véase en este sentido: SPOTA, Tratado de medianería, nº 98, quien cita la opinión coincidente de la mayor parte de la doctrina francesa. El Anteproyecto de BIBILONI admite el abandono para eludir el pago de los gastos de conservación, pero no para contribuir a los gastos de cerramientos forzoso (arts. 2531 Ver Texto y 2534 Ver Texto). Lo mismo el Proyecto de 1936 (arts. 1598 y 1602). En cambio, el Anteproyecto de 1954 vuelve a la solución del Código (art. 1595).

1111/11700

5.— Derechos de los condóminos

1111/640

640. DERECHO A ADQUIRIR LA MEDIANERÍA.— Hemos dicho ya que si el muro está encaballado, el vecino que no lo ha construido adquiere su propiedad por el solo hecho de la construcción y está obligado a pagar su valor, salvo abandono. Pero ahora consideremos la situación del muro contiguo, es decir, del que linda inmediatamente con el límite de las heredades pero que está totalmente construido sobre la propiedad del vecino que lo construyó. Para esa hipótesis, el art. 2736 Ver Texto establece que todo propietario cuya finca linda inmediatamente con una pared o muro no medianero tiene la facultad de adquirir la medianería en toda la extensión de la pared o sólo en la parte que alcance a tener la finca de su propiedad hasta la altura de las paredes divisorias, reembolsando la mitad del valor de la pared, como esté construida, o de la porción de que adquiriera medianería, como también la mitad del valor del suelo sobre que se ha asentado; pero no podrá limitar la adquisición a sólo una parte del espesor de la pared. Si sólo quisiere adquirir la porción de la altura que deben tener las paredes divisorias, está obligado a pagar el valor de la pared desde sus cimientos.

En otras palabras, el propietario vecino está autorizado a servirse de la pared medianera indemnizando al que la construyó en la mitad de su valor. La ley aclara de manera concluyente, que la adquisición de la medianería puede ser total o parcial (ver nota 1) y que el propietario que apoya en ella sólo está obligado a adquirir aquella parte a que alcance la finca de su propiedad. Su obligación se limita estrictamente a la adquisición de la parte en que apoya tanto en longitud como en altura; pero el artículo que estamos glosando precisa que la adquisición no puede ser de una porción del espesor de la pared ni tampoco pueden quedar excluidos los cimientos.

Con respecto a la altura mínima que debe adquirirse ella está dada por los tres metros que fija la ley para la pared de cerco; de tal manera que aunque se sirviese de esa pared hasta una altura menor, está obligado como mínimo a pagar el valor de los tres metros (ver nota 2).

Si bien el lindero puede adquirir sólo la parte de la medianera que utiliza, tiene derecho a adquirir toda la medianería aunque la utilización sea sólo parcial (ver nota 3). Más aún, puede adquirirla toda aunque no la utilice ni pruebe la existencia de un interés particular en adquirirla (ver nota 4).

1111/641

641.— Hemos dicho ya que al utilizar la medianería el lindero está obligado a pagar también el cimiento. Se presenta el problema de saber, en el supuesto de que la pared se prolongase hacia abajo, no ya para cimiento propiamente dicho, sino en razón de que se ha construido un sótano, si el lindero está obligado también a pagar esa pared de sótano que no utiliza. Parece razonable admitir que la obligación del vecino que no utiliza la pared del sótano está limitada a aquella parte del muro indispensable para sostener la pared y no lo que se construya en la mayor profundidad por la existencia de sótanos (ver nota 5).

1111/642

642.— Supongamos ahora que la pared construida por el vecino no haya sido exactamente sobre el límite sino que deje algún espacio entre la pared y el límite de los predios. Como principio, debe negarse al vecino el derecho de apoyar en esa pared (ver nota 6); y esto, por la muy simple razón que no hay ninguna disposición legal que permita expropiar la parte de la propiedad vecina sobre la cual no está construida la pared; esta doctrina se afirma, además, en nuestro derecho, en el texto claro del art. 2736 Ver Texto que exige que la pared linde inmediatamente con la finca vecina. Pensamos, sin embargo, que si la distancia fuera mínima e inprovechable para el que construyó la pared, él no podría oponerse a la

adquisición de la medianería por el vecino, sin que su actitud importase un verdadero abuso del derecho, condenado por el art. 1701 Ver Texto (ver nota 7). Esta solución no sólo consulta los intereses individuales de los propietarios linderos, sino también los intereses sociales, pues se trata de evitar la inútil pérdida de espacio y de bienes, originados en una actitud caprichosa y abusiva del propietario que construyó la pared.

1111/643

643.— El derecho a adquirir la medianería es imprescriptible (ver nota 8), dado que se trata de una de las facultades propias del dominio y éste no prescribe por el no uso.

1111/644

644.— Cabe preguntarse, finalmente, quiénes tienen legitimación para adquirir la medianería. El art. 2736 Ver Texto habla del propietario. ¿Quiere decir que sólo el dueño o condómino tiene este derecho? Nos parece una conclusión excesiva; quien ejerce la posesión legal del inmueble vecino, sea como dueño, o como titular de otros derechos reales a quien la ley le reconoce carácter de poseedor (usufructuario, usuario, acreedor anticresista) debe contar con la posibilidad y el derecho de aprovechar la medianera (ver nota 9). La situación parece particularmente clara en el caso del poseedor con boleto de compraventa, ya que su posesión a título de dueño tiene carácter legítimo (art. 2355 Ver Texto). En cambio, este derecho no podría reconocerse al inquilino o locatario, que no tiene la condición de poseedor propiamente dicho (ver nota 10).

1111/645

645. DERECHO DE ALZAR LA PARED MEDIANERA.— Supongamos ahora que entre dos fincas linderas exista una pared de cerco o de mayor altura que no satisface las necesidades de uno de los vecinos, quien precisa alzarla más. El art. 2732 Ver Texto le reconoce ese derecho: puede alzar a su costa la pared medianera sin indemnizar al vecino por el mayor peso que cargue sobre ella.

El derecho de alzar la pared es independiente de que el condómino la necesite para apoyar en ella un nuevo edificio; puede servirle también para otros usos. De cualquier manera, es indudable que el derecho de alzar la pared no puede amparar la conducta abusiva del vecino que, sin interés real, cause perjuicios al vecino con la pared que pretende levantar, privándolo de luz o aire. Obvio es que esta conducta cae dentro del abuso del derecho que condena el art. 1071 Ver Texto y que no puede ser amparada por los tribunales (ver nota 11).

Tampoco establece la ley ningún límite a la altura de la pared que puede levantar uno de los vecinos; aunque, por regla general las ordenanzas municipales suelen establecer limitaciones. Puede ocurrir que la vieja pared medianera que existía no soporte la altura que uno de los vecinos quiere darle; en tal caso, dicho vecino puede demoler la vieja pared y alzar la nueva desde sus cimientos, todo ello a su exclusivo costo (art. 2733 Ver Texto).

Si la pared era ya propiedad de ambos vecinos, ningún problema presenta la aplicación de esta norma. Pero puede ocurrir que se trate de una pared encaballada, aun no pagada por el vecino que no la construyó, o de un muro contiguo hecho exclusivamente en terreno del vecino. Se discutió en doctrina y jurisprudencia si el vecino que desea alzar la pared y que todavía no es condómino en ella, puede echar abajo el muro y reconstruirlo sin adquirir antes el condominio de la pared. La cuestión quedó concluida razonablemente con un fallo plenario de las Cámaras Civiles de la Capital, que decidió que el art. 2626 Ver Texto resuelve la cuestión al reconocer al propietario del terreno contiguo a una pared divisoria el derecho de destruirla para hacerla más firme o para cargarla, sin establecer ninguna distinción entre el muro propiamente medianero y el muro contiguo. Además de las consideraciones fundadas en los textos, el tribunal adujo, con razón, que sería injusto que el lindero que había reemplazado la pared vieja y en mal estado por una nueva y en condiciones de poder ser cargada deba además pagar el valor de la mitad de la vieja pared demolida (ver nota 12).

1111/646

646.— ¿A quién pertenecen los materiales de la pared demolida? La doctrina se inclina a considerar que el que reconstruye la pared tiene derecho a usar dichos materiales (ver nota 13); y si no fueran empleados, parece justo decidir que pertenecen por mitades a ambos condóminos (ver nota 14).

1111/647

647.— El que reconstruye y alza la pared, debe tomar de su terreno el excedente del espesor (art. 2733 Ver Texto). La ley supone que la vieja pared estaba encaballada y se había tomado ya del terreno vecino la mitad a que tiene derecho el que construye una medianera. Si el espesor de cuarenta y cinco centímetros resultase todavía insuficiente, el excedente debe tomarlo el que reconstruye el muro de su propio terreno. Pero si se tratase de un muro contiguo o de una pared encaballada de treinta centímetros, siempre el que reconstruye la pared tendría derecho a apoyar la nueva pared en el terreno lindante hasta tomarle ventidós centímetros y medio (o sea la mitad de cuarenta y cinco) (ver nota 15).

1111/648

648.— El derecho de sobreelevar la pared implica el de continuarla en profundidad, pues la analogía es evidente (ver nota 16). Naturalmente, el que profundiza la pared debe tomar todas las precauciones para evitar derrumbes u otros daños.

1111/649

649.— La pared debe levantarse a costa de quien tiene interés en alzarla. Ello importa soportar también los gastos necesarios para dejar la pared del lado del vecino en las mismas condiciones en que se encontraba, con revoques, pinturas, etc. (ver nota 17); y, desde luego, si el muro medianero tuviese chimeneas o cañerías del vecino, el que las reconstruye está obligado a elevarlas cumpliendo las disposiciones reglamentarias (ver nota 18).

1111/650

650.— Agrega el art. 2733 Ver Texto que el vecino no puede reclamar ninguna indemnización por los embarazos que le cause la ejecución de los trabajos. La ley se refiere a las molestias normales resultantes de la construcción de una obra; pero no se aplica a las que son excesivas y denotan culpa de parte del vecino o de la empresa a quien él le encargó la construcción de la pared. En tal caso no cabe duda de que el vecino tiene derecho a reclamar se le indemnicen los perjuicios derivados de la culpa en la realización de la obra (ver nota 19).

1111/651

651.— Dispone el art. 2734 Ver Texto que en el caso del artículo anterior, el nuevo muro aunque construido por uno 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.

La solución es lógica: la pared pertenece en condominio hasta la altura del antiguo muro, porque si bien el otro vecino está obligado a soportar la demolición del viejo muro, es natural que rehaciéndose éste recupere su derecho hasta la altura del antiguo. Para el caso de que al construir el muro, el constructor haya tomado de su propio terreno más de veintidós centímetros y medio, ulteriormente tendrá derecho a retomar el exceso si la pared llegase a ser demolida.

1111/652

652.— De cualquier modo, 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 que se hubiese aumentado su espesor (art. 2735 Ver Texto). Es una mera aplicación del derecho que tiene el vecino a adquirir en todo o en parte la medianería.

1111/653

653. DERECHO DE SERVIRSE DEL MURO MEDIANERO.— Dispone el art. 2730 Ver Texto que la medianería da derecho a cada uno de los condóminos a servirse de la pared o muro medianero para todos los usos a que ella está destinada según su naturaleza, con tal que no causen deterioros en la pared o comprometan su solidez, y no se estorbe el ejercicio de iguales derechos para el vecino. El servirse de la pared es pues un derecho de los condóminos; pero conviene precisar el concepto, porque quien se sirve de una pared que todavía es propiedad exclusiva del vecino, está obligado a pagar la mitad (véase nº 625).

De una manera general, se puede decir que la palabra servirse empleada en la norma comprende todos aquellos casos que impliquen un aprovechamiento por el vecino de la pared existente (ver nota 20); en concordancia con esta idea, se ha resuelto que importa servirse de la pared, utilizarla para colocar cañerías (ver nota 21); empotrar una escuadra de hierro (ver nota 22); colocar ganchos para sostener una estantería de madera (ver nota 23); apoyar tirantes (ver nota 24); apoyar un galpón o tinglado (ver nota 25); arrimar un toldo (ver nota 26); tomar 15 centímetros de su espesor para emplazar columnas de sustentación del edificio vecino (ver nota 27). En cambio, se ha jugado que no importa servirse de la pared colocar en ella algunos clavos para tender cuerdas para colgar ropas o jaulas de pájaros (ver nota 28); o apoyar construcciones precarias, como una casilla de madera desmontable (ver nota 29); o apoyar en ella un zaguán con techo de lata fijado a la pared por medio de un listón de madera, una cocinita de igual material y un emparrado (ver nota 30). Un criterio rígido en la aplicación de los textos legales, obligaría a considerar que la solución dada a los últimos dos casos citados, es discutible, porque evidentemente ha habido un aprovechamiento de la pared; pero, sin duda, las circunstancias del caso han inducido a los tribunales que los fallaron a interpretar la ley con un criterio humano, para no obligar a pagar una costosa medianera a vecinos modestos y en razón del apoyo de construcciones precarias. En suma, los tribunales han seguido, con razón, un criterio flexible en lo que atañe a la delimitación del concepto de servirse de la pared.

Este derecho comprende el de arrimar toda clase de construcciones a ella, 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 de que él también quiera poner en ella 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 (art.

2731 Ver Texto).

La utilización de la pared es un acto definitivo, que produce todas las consecuencias legales (obligación de pagar la medianera, extinción del derecho de abandono) aunque después haya dejado de utilizarse (ver nota 31).

1111/654

654. IGUALDAD DE DERECHOS.— La adquisición de la medianería tiene el efecto de poner a los vecinos en un pie de perfecta igualdad en todo lo que atañe al uso y goce de la pared, como también en todo lo relativo a su conservación (art. 2740 Ver Texto y concordantes, especialmente, 2726 Ver Texto , 2730 Ver Texto y 2737 Ver Texto). Es la consecuencia natural del condominio.

Y por efecto de tal igualdad, el que la adquiere puede pedir la supresión de obras, aberturas o luces establecidas en la pared medianera que fueren incompatibles con los derechos que confiere la medianería (art. 2740 Ver Texto). Sin embargo, la sola adquisición de la medianería no permite exigir el cierre de luces y aberturas; para ello es menester que el vecino edifique apoyándose en la pared. Es lo que dispone el art. 2656 Ver Texto in fine. La solución es razonable, porque si el que adquirió la medianería no edifica, su pretensión de que se cierren las luces o aberturas sería abusiva.

Debe entenderse que el derecho existe sólo en el caso que la edificación llegue a la altura de la abertura o luz que se pretende suprimir.

1111/655

655.— Bien entendido que la ley se refiere solamente a las luces o aberturas de simple tolerancia, establecidas por la ley (arts. 2655 Ver Texto y 2656). Pero si se tratare de una servidumbre de vista legalmente constituida y que grava el inmueble del que adquiere la pared, la adquisición de la medianería no permite liberarse de la servidumbre (art. 2741 Ver Texto). Si, por ejemplo, se ha constituido una servidumbre de vista, la abertura no puede ser tapada por el que adquirió la medianería.

1111/656

656. LIMITACIONES AL DERECHO DE LOS MEDIANEROS.— Dispone el art. 2737 Ver Texto que el muro 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.

Son limitaciones establecidas en orden a mantener la igualdad de derechos entre los condóminos, a que nos hemos referido en el número anterior.

Este texto ha dado lugar a una interesante aplicación jurisprudencial. Una pared encaballada de 45 centímetros de espesor (es decir, 22,5 centímetros de cada lado) separaba dos propiedades vecinas, en una de las cuales se levantó un nuevo edificio. El edificador, redujo el ancho asentado sobre su propiedad a 15 centímetros. Demandado el edificador para que restituyera la pared a su espesor originario (demanda fundada en el art. 2737 Ver Texto , que prohíbe reducir el espesor de la pared medianera sin consentimiento del vecino), el Tribunal desestimó la demanda, sosteniendo que el art. 2737 Ver Texto , pensado para una realidad de más de 100 años atrás, debe ser interpretado más bien que en su letra, en su espíritu y finalidad; agregó el Tribunal que la técnica moderna permite hacer paredes menos anchas sin ningún desmedro de la seguridad de los edificios; que las Ordenanzas municipales permiten muros medianeros de 30 centímetros; y que, en tales circunstancias, la pretensión del actor de que se lo obligara al demandado a reconstruir la pared con todo el ancho originario, importaría ocasionarle al edificador un daño sin utilidad ni provecho alguno para el actor, lo que importa un ejercicio abusivo del derecho (ver nota 32).

1111/657

657.— El art. 2738 Ver Texto agrega: la disposición del artículo anterior no es aplicable a las paredes que hagan frente a las plazas, calles o caminos públicos, respecto de los cuales se observarán los reglamentos particulares que le sean relativos.

La disposición prevé el supuesto de que el terreno vecino pertenezca al dominio público del Estado (ver nota 33) y dispone que el art. 2737 Ver Texto no es aplicable al caso, lo que significa que el tratamiento igualitario de los medianeros puede ceder en este caso ante los intereses de orden público y por ello el Código se remite a la regulación administrativa.

1111/11710

6.— Cerramiento forzoso

1111/658

658. EL ART. 2726 Ver Texto .— Esta norma dispone que todo propietario de una heredad puede obligar a su vecino a la construcción y conservación de paredes de tres metros de altura y dieciocho pulgadas de espesor para cerramiento y división de sus heredades contiguas que estén situadas en el recinto de un pueblo o de sus arrabales. Estrictamente la obligación del vecino es de contribuir a la construcción por partes iguales con su lindero.

La obligación se refiere exclusivamente a los predios ubicados en el recinto de un pueblo o en los arrabales, es decir, debe tratarse de poblaciones, porque en la campaña la obligación, como ya veremos, tiene caracteres distintos.

Se trata de una obligación impuesta por consideraciones de orden general, vinculadas con una convivencia más cómoda y más segura. En consecuencia, debe reputarse de orden público y, por consiguiente, el derecho del vecino es irrenunciable (ver nota 34).

Esta obligación de contribuir a la construcción de la pared de cerco sólo puede ser eludida mediante el abandono del derecho de propiedad de la pared y de la franja de terreno sobre la que ella se asienta (véase nº 636).

(nota 1) No obstante la claridad del texto legal, la cuestión ha dado lugar a pronunciamientos contradictorios. En el sentido de que la utilización de una parte de la medianería obliga a pagarla toda: C. Civil 1ª Cap., 17/12/1941, L. L., t. 25, p. 689 y J. A., 1942-I, p. 445; íd., 19/6/1944, J. A., 1944-III, p. 254; C. Apel. Río Cuarto, 14/11/1962, J. A., 1963-III, p. 265. En el sentido de que la medianería puede adquirirse parcialmente: C. Civil 2ª Cap., 23/2/1939, L. L., t. 14, p. 144; C. Paz Cap., 21/8/1946, G. P., t. 70, p. 25.

(nota 2) C. Civil 1ª Cap., 9/7/1927, J. A., t. 25, p. 1302; SALVAT, t. 3, nº 1402.

(nota 3) C. Civil Cap., Sala C, 31/12/1954, L. L., t. 78, p. 125.

(nota 4) C. Civil Cap., Sala C, 31/12/1954, L. L., t. 78, p. 125.

(nota 5) En este sentido: SPOTA, Tratado de Medianería, nº 203; ARGAÑARAZ, en SALVAT, t. 3, nº 1406 a.

(nota 6) Ésta es la doctrina predominante en Francia (véase el estudio hecho por SPOTA, Tratado de Medianería, nº 180) y en nuestro derecho: SPOTA, loc. cit.; SALVAT, t. 3, nº

1400; MACHADO, t. 7, p. 142.

(nota 7) De acuerdo: MARIANI DE VIDAL, Curso de derechos reales, t. 2, p. 75.

(nota 8) LAFAILLE, t. 2, n° 1185; SPOTA, Tratado de Medianería, n° 159; ARGAÑARAZ, en SALVAT, t. 3, n° 1393 a.

(nota 9) En este sentido: SPOTA, Tratado de Medianería, n° 167 y sig. En contra: PEÑA GUZMÁN, Derechos reales, t. 2, n° 1184.

(nota 10) SPOTA, Tratado de Medianería, n° 172.

(nota 11) Aun antes de la reforma del art. 1071 Ver Texto que acogió la teoría del abuso del derecho, concordaban con esa solución: SALVAT, t. 3, n° 1386; LAFAILLE, t. 2, n° 1211; SPOTA, Tratado de Medianería, n° 400. Véase también en sentido concordante, PEÑA GUZMÁN, Derechos reales, t. 1, n° 1194.

(nota 12) C. Civiles Cap. en Pleno, 10/5/1935, L. L., t. 7, p. 561 (en nota).

(nota 13) MACHADO, t. 7, p. 157; SEGOVIA, t. 2, p. 167, nota 113; SPOTA, Tratado de Medianería, n° 60.

(nota 14) SPOTA, loc. cit. en nota anterior.

(nota 15) De acuerdo: SALVAT, t. 3, n° 1387; SPOTA, Tratado de Medianería, n° 407.

(nota 16) SPOTA, Tratado de Medianería, n° 425; SALVAT, t. 3, n° 1395. Es, por lo demás una práctica constante en las ciudades.

(nota 17) SALVAT, t. 3, n° 1388; LAFAILLE, t. 2, n° 1213; SPOTA, Tratado de Medianería, n° 409.

(nota 18) SPOTA, Tratado de Medianería, n° 409.

(nota 19) C. Civil Cap., Sala B, 24/6/1957, L. L., t. 89, p. 329; SALVAT, t. 3, n° 1388; SPOTA, Tratado de Medianería, n° 410; PEÑA GUZMÁN, Derechos reales, t. 2, n° 1195.

(nota 20) C. Civil 2ª Cap., 24/4/1939, J. A., t. 66, p. 212.

(nota 21) C. Civil 1ª Cap., 17/12/1941, J. A., 1942-I, p. 445; C. Civil 2ª Cap., 19/5/1937, L. L., t. 6, p. 884; C. Paz Cap., 9/3/1959, L. L., t. 95, p. 129.

(nota 22) C. Civil 1ª La Plata, 6/10/1950, J. A., 1951-II, p. 270.

(nota 23) C. Paz Letrada Cap., 31/10/1940, J. A., t. 72, p. 674.

(nota 24) C. Civil 2ª Cap., 18/9/1936, L. L., t. 4, p. 49.

(nota 25) C. Civil 1ª Cap., 2/4/1941, L. L., t. 22, p. 393.

(nota 26) C. Apel. Río Cuarto, 14/11/1962, J. A. 1963-II, p. 265.

(nota 27) S. T. Santa Fe, 31/8/1960, L.L., t. 101, p. 529 y J. A., 1961-III, p. 282.

(nota 28) C. Civil 2ª Cap., 18/10/1910, cit. por SALVAT, t. 3, n° 1347.

(nota 29) C. 2ª La Plata, 14/6/1953, J. A., 1953-III, p. 504.

(nota 30) C. Civil 2ª Cap., 1/4/1940, J. A., t. 70, p. 524.

(nota 31) C. Civil 1ª Cap., 24/6/1936, L.L., t. 3, p. 401; C. Civil 2ª Cap., 7/7/1937, L. L., t. 7, p. 446; C. Paz Cap., 24/7/1936, L. L., t. 3, p. 516.

(nota 32) C. Civil Cap., Sala B, 24/11/1972, j. A., t. 17, 1973, p. 510 y L. L., t. 150, p. 104.

(nota 33) SALVAT, t. 3, n° 1397; SPOTA, Tratado de Medianería, n° 432; PEÑA

GUZMÁN, Derechos reales, t. 2, nº 1197.

(nota 34) SALVAT, t. 3, nº 1339; SPOTA, Tratado de Medianería, nº 81.

1111/11720

H.— MEDIANERÍA EN LA CAMPAÑA

1111/659

659. PRINCIPIO GENERAL.— Dispone el art. 2742 Ver Texto que 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.

Conforme con el texto legal indicado, para que surja la obligación de compartir los gastos, es necesario que las heredades sean contiguas y que se encierren por el cerco, muro o foso. Cabe preguntarse qué ocurre si el campo vecino no queda totalmente cerrado, sino parcialmente abierto. El Código Civil no prevé el punto, pero sí lo han hecho los Códigos rurales locales, que en general obligan a contribuir al cerramiento cuando el campo vecino queda cerrado en los dos tercios o en los tres cuartos de su perímetros (ver nota 1). De cualquier modo, aunque el alambrado construido por el vecino fuera el único del campo lindero y, por consiguiente, el propietario de éste no esté obligado a pagar la mitad de los gastos, es evidente que esta obligación surge en caso de que posteriormente cierre el campo, aprovechando el alambrado ya construido (ver nota 2). La obligación de contribuir al pago de la mitad del valor del cerco, compete no solamente al propietario vecino, sino también al poseedor, ya sea al que posee a título de dueño o como usufructuario, usuario o anticresista (ver nota 3).

1111/660

660. PRUEBA DE LA MEDIANERÍA.— Dispone el art. 2743 Ver Texto que todo cerramiento que separa dos propietarios rurales se presume medianero, a no ser que uno de los terrenos no estuviese cerrado, o hubiese prueba en contrario.

Es una presunción lógica derivada de lo que generalmente sucede en las costumbres

rurales: los alambrados que dividen dos propiedades encerradas, se hacen siempre a medias.

Pero se trata de una simple presunción, que admite prueba en contrario; la ley no establece ninguna limitación a los medios de prueba admisibles y, en consecuencia, puede hacerse valer no solamente la prueba documental, sino también la de testigos y la de presunciones (ver nota 4).

Es necesario puntualizar que si los terrenos no estuviesen cerrados por el alambrado en cuestión, no funciona la presunción de medianería. Los derechos de las partes deben acreditarse entonces de acuerdo con los medios comunes de prueba; pero es evidente que si uno de los terrenos o campos está totalmente abierto, surge una presunción de que el alambrado divisorio con uno de los vecinos es de propiedad del que tiene su fundo encerrado. No se trata de una presunción legal pero sí de lo que generalmente sucede, ya que el propietario de un campo abierto no tiene normalmente interés en el alambrado que sólo cubre un costado (ver nota 5).

1111/661

661. DERECHOS Y OBLIGACIONES SURGIDOS DE LA MEDIANERÍA.— Establece el art. 2744 Ver Texto que 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 fuere aplicable respecto de zanjas o cercos o de otras separaciones de los terrenos en las mismas circunstancias. En otras palabras, lo dispuesto en materia de derechos y obligaciones de los condóminos respecto de las paredes medianeras en las ciudades, es aplicable a las zanjas o cercos de campaña en la medida que la naturaleza de ésta lo permita.

Entre esos derechos tiene particular importancia para el vecino que no construyó el cerco el de adquirir la medianería, porque una vez adquirida tiene derecho a oponerse a que quien lo construyó lo retire.

¿Puede el condómino vecino eximirse de la obligación de contribuir al pago del alambrado o cerco, haciendo abandono de su derecho? Está fuera de toda posible duda que no puede hacerlo (ver nota 6). En primer lugar, porque el derecho de abandono de la pared medianera cesa cuando el vecino se ha servido de la pared; el cerco o alambrado que divide dos campos sirve por el solo hecho de existir; no tiene otro destino ni puede ser aprovechado para otra cosa que para eso, es decir, para servir de cerco. Si, pues, el alambrado sirve al vecino ¿cómo podría éste hacer uso del derecho de abandono? En segundo lugar, hay que tener en cuenta que el derecho de abandono del muro medianero lleva implícito la obligación de ceder la franja de terreno sobre el que se apoya la pared; pero en nuestro caso, los alambrados no ocupan prácticamente ningún terreno del vecino. Pasan

exactamente por el límite, de tal modo que el vecino no tendría terreno que abandonar. El hecho es importante, porque la facultad de abandono que se reconoce en las ciudades tiene para el vecino que construyó la pared la compensación de recibir en propiedad la franja de terreno sobre la cual se asienta la pared, compensación que en el caso de los cercos de campaña no existiría, privando de equidad a la solución del abandono.

(nota 1) Véase códigos rurales citados por SPOTA, Tratado de Medianería, n° 451 y nota 40.

(nota 2) De acuerdo: SALVAT, t. 3, n° 1416.

(nota 3) Conforme: SPOTA, Tratado de Medianería, n° 445; de acuerdo en el poseedor con título provisional de propiedad extendido por el Estado está obligado a pagar el encerramiento; SALVAT, t. 3°, 1418.

(nota 4) De acuerdo: SALVAT, t. 3, n° 1422; SPOTA, Tratado de Medianería, n° 461.

(nota 5) De acuerdo: SPOTA, Tratado de Medianería, n° 462 in fine.

(nota 6) En este sentido: MACHADO, t. 7, p. 160; LLERENA, t. 7, p. 565; SPOTA, Tratado de Medianería, n° 447.

1111/11730

I.— CONDOMINIO DE ÁRBOLES

1111/662

662. DISPOSICIONES LEGALES.— El Código, que se resiente en esta materia de una minuciosidad excesiva, legisla también sobre el condominio de los árboles en cercos o zanjas medianeras. El art. 2745 Ver Texto establece que los árboles existentes en cercos o zanjas medianeras se presume que son también medianeros. Agrega la norma citada que 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.

Finalmente añade que lo mismo se observará respecto a los árboles comunes por estar su tronco en el extremo de dos terrenos de diversos dueños.

1111/11740

§ 5. Condominio por confusión de límites

1111/11750

A.— NOCIONES GENERALES

1111/663

663. CONCEPTO.— Según el art. 2746 Ver Texto , el que poseyere terrenos cuyos límites estuvieren confundidos con los de un terreno colindante, repútase condómino con el poseedor de ese terreno. Pero cabe preguntarse si efectivamente estamos en presencia de un condominio. La respuesta negativa se impone. Hay confusión de límites, no un condominio. La ley no regla las obligaciones y derechos emergentes de este supuesto condominio; por el contrario, la confusión de límites sólo es tenida en cuenta para hacerla cesar. El Título en el cual el Código se ocupa del condominio por confusión de límites no es otra cosa que la reglamentación de la acción de deslinde, es decir, de las vías legales conducentes a hacer cesar esa confusión que arroja dudas sobre los límites físicos de los derechos de los colindantes (ver nota 1).

Podría decirse, quizá, que los vecinos cuyos límites están confundidos tienen sobre dicha zona una suerte de coposesión; pero aunque esto puede ocurrir en la práctica, puede suceder también que uno sólo de los vecinos esté poseyendo la zona limítrofe sobre la cual versa la controversia o bien que uno de ellos posea una parte y el otro una distinta. Es decir, que ni aun provisoriamente puede hablarse de condominio. Tampoco las cargas son comunes, dado que los impuestos deben ser pagados por cada uno de los vecinos conforme con su título.

1111/11760

B.— LA ACCIÓN DE DESLINDE

1111/664

664. NATURALEZA.— Cuando se da el supuesto de límites confundidos, los vecinos colindantes tienen la acción de deslinde (llamada *finium regundorum* en el Derecho Romano), a fin de que los límites se investiguen y demarquen (art. 2746 Ver Texto).

Se ha discutido la naturaleza de esta acción. Algunos autores la consideran real, pues surge del dominio que se tiene sobre una cosa y se da al titular precisamente en defensa de su derecho (ver nota 2). Para otros, es una acción personal porque no está en juego ni el dominio ni la desmembración de éste; se trata sólo de un trámite judicial que obliga al vecino a participar en la investigación y señalamiento de los límites (ver nota 3). Otros, finalmente, siguiendo la tradición romana, conceptúan que es una acción mixta (ver nota 4).

En nuestra opinión, la clasificación de esta acción como personal o real carece de verdadero interés práctico porque, en definitiva, su regulación legal prescinde totalmente de su carácter real o personal. Lo que verdaderamente interesa son las soluciones prácticas, independientemente del carácter de la acción. Y sobre esta materia debemos señalar:

1) Que el Código Procesal, luego de establecer la competencia del juez del lugar donde está situado el bien para entender en las acciones reales relativas a inmuebles (art. 5 Ver Texto , inc. 1º), agrega que también es competente el mismo juez en la acción de deslinde. Parecería, por tanto, que la juzga personal, ya que de lo contrario bastaría con lo dispuesto para las acciones reales en general. Pero adopta la misma solución que para éstas. A los efectos procesales es, pues, considerada real aunque no se la califique así.

2) Que la acción es imprescindible. En efecto, el art. 4019 Ver Texto , inc. 3º, establece que es imprescriptible la acción de división mientras dura la indivisión de los comuneros; y ya se sabe que nuestro Código trata la confusión de límites como un caso de condominio.

Las consecuencias que acabamos de señalar acompañan generalmente —no siempre— a las acciones calificadas como reales, lo que daría pie a considerarla tal. Pero en definitiva sea real o personal, entiende en ella el juez del lugar donde está situado el bien y es imprescriptible. Y esto es lo que verdaderamente tiene interés jurídico.

1111/665

665. DISTINCIÓN CON LA REIVINDICATORIA.— Dispone el art. 2747 Ver Texto que 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 le restituya el terreno en cuya posesión estuviese el otro.

La redacción de esta norma deja bastante que desear e introduce confusión en las ideas. Por lo pronto, no es exacto que cuando los límites de los terrenos estén cuestionados, deba siempre recurrirse a la acción reivindicatoria. Precisamente, la hipótesis normal de la acción de deslinde es que los límites de los terrenos colindantes están cuestionados. La cuestión surge de que hay duda, incertidumbre, de que el actor no sabe con precisión hasta dónde llega su derecho y hasta dónde el del vecino. Para que se investiguen los límites y se los determine, está la acción de deslinde. Es evidente que el art. 2747 Ver Texto ha querido referirse a este supuesto: que uno de los linderos pretenda concretamente ser propietario de terrenos que el vecino está poseyendo. Él no considera dudoso su derecho. Cree que le pertenece exclusivamente esa fracción. En ese caso, debe ejercer la acción reivindicatoria, no la de deslinde.

Tampoco es feliz la disposición citada cuando dice que procede la acción de reivindicación en caso de que los terrenos hubiesen quedado sin mojones por haber sido destruidos. Si sólo se trata de investigar y proceder a una nueva demarcación sin que ninguno de los colindantes sepa a ciencia cierta por dónde pasa el límite de su propiedad, la acción que procede es la de deslinde. Sólo cabría la acción reivindicatoria si al desaparecer los mojones uno de los linderos pretendiese concretamente parte de la propiedad poseída por el otro.

En otras palabras; la acción de reivindicación se ejerce por quien, sobre la base de un título, pretende se le reconozca el dominio sobre un inmueble o una parte de él, que otro posee. Hay una pretensión concreta referida a una determinada fracción. En cambio, la acción de deslinde se brinda a quien no sabe ciertamente hasta dónde llega su propiedad y hasta dónde la del vecino; y su objeto es que se delimiten, demarquen y amojonen ambas propiedades.

1111/666

666.— Debemos decir, sin embargo, que la importancia de esta distinción es más bien conceptual que práctica. Se ha señalado que el interés de precisar cuál acción se ha instaurado es el siguiente: a) en la de reivindicación el cargo de la prueba pesa íntegramente sobre el actor y si ella no se produce, la acción se pierde; en la de deslinde, cada una de las partes es a la vez actor y demandado y debe, en consecuencia, probar su derecho; b) en la acción de deslinde, el juez tiene la facultad de dividir entre los colindantes la parte dudosa de los terrenos, facultad que en cambio no existe en la reivindicación (ver nota 5).

Pero el valor de estas diferencias es bastante relativo. En cuanto a la primera, trátase de la acción de deslinde o reivindicatoria, el actor producirá siempre toda la prueba que le sea posible en defensa de su derecho y, particularmente, presentará su título. Ambas acciones deben fundarse en el título, ambas son imprescriptibles, ambas deben interponerse ante el juez del lugar en donde la cosa está situada. Y como la calificación que las partes hagan de la acción que interponen es, en principio, indiferente, porque los jueces deben aplicar el derecho que corresponda conforme a los hechos aducidos por las partes, si uno de los vecinos, por una errónea interpretación de lo dispuesto en el art. 2747 Ver Texto , califica de acción reivindicatoria lo que es deslinde o viceversa, el juez debe resolver el caso conforme con lo que proceda en derecho, independientemente del acierto o desacierto de la calificación legal por el actor. Es decir, hará lugar a la acción reivindicatoria, si procede, aunque el actor la califique de deslinde y viceversa (ver nota 6).

1111/667

667. INMUEBLES A LOS QUE SE APLICA LA ACCIÓN DE DESLINDE.— Dispone el art. 2748 Ver Texto que la acción de deslinde tiene por antecedente indispensable la contigüidad y confusión de dos predios rústicos. Ella no se da para dividir los predios urbanos.

A pesar de que este artículo es terminante en el sentido de que la acción no se da para dividir predios urbanos, la doctrina nacional es unánime en el sentido de que la ley excluye solamente los terrenos edificados, pero no los baldíos. En éstos la confusión de límites es tan posible como en los predios rústicos y no hay razón alguna para excluirlos de la acción de deslinde (ver nota 7). En consecuencia, resulta que solamente si se ha edificado deja de ser aplicable la acción de deslinde. En efecto, si se ha edificado y construido la pared medianera, no puede hablarse ya de confusión de límites, puesto que ellos están perfectamente demarcados; sin perjuicio de la acción reivindicatoria para el caso de que el vecino hubiera construido sobre el terreno que no le pertenecía.

1111/668

668. LEGITIMACIÓN ACTIVA.— La acción compete únicamente a los que tengan derechos reales sobre el terreno (art. 2749 Ver Texto). Corresponde, por consiguiente, al propietario, al usufructuario; al usuario y al acreedor anticresista (ver nota 8). De igual modo, le corresponde al poseedor que tiene boleto de compraventa, ya que su posesión es legítima (art. 2355 Ver Texto). Sin embargo, en caso de que la acción sea ejercida por alguno de los titulares de derechos que importan una desmembración del dominio (usufructo, uso, anticresis), debe darse intervención en el juicio al propietario para la realización de las operaciones de deslinde (ver nota 9), puesto que también él está

interesado en la solución del problema y sólo así podría oponérsele la sentencia que se dictare.

En cambio, no compete la acción al acreedor hipotecario, que no detenta la posesión del bien (ver nota 10).

Tampoco tienen acción los locatarios o arrendatarios, por no ser titulares de derechos reales (ver nota 11).

1111/669

669. LEGITIMACIÓN PASIVA.— La acción se da contra el propietario del fundo contiguo (art. 2749 Ver Texto); no puede ejercerse directamente contra el titular de otro derecho real que confiera la posesión, tal como el usufructuario, el usuario, el acreedor anticresista, etc; sin perjuicio de que todos ellos deben ser citados al juicio en su carácter de terceros interesados (ver nota 12).

Puede dirigirse asimismo contra el Estado respecto de los terrenos de su dominio privado (art. 2750 Ver Texto). Si este primer problema no ofrece dificultades, en cambio sí las tiene la situación prevista en la segunda parte del art. 2750 Ver Texto ; el deslinde los fundos que dependen del dominio público corresponde a la jurisdicción administrativa. ¿Significa esto que si un terreno particular linda con uno del dominio público del Estado no corresponde la acción de deslinde? Así lo ha sostenido parte de nuestra doctrina (ver nota 13); pero es más razonable la opinión de LAFAILLE, que se atiene a la literalidad de los términos usados en el texto citado, que habla del deslinde de los fundos que dependen del dominio público. Es decir, sólo en el caso de que se trate de dos fundos dependientes del dominio público (por ejemplo, dos fundos del Estado nacional, o uno del Estado nacional y otro provincial o municipal), la cuestión deberá ser deferida a la jurisdicción administrativa. Pero si hay confusión de límites entre un terreno particular y uno del dominio público del Estado, no es concebible que el particular no pueda pedir el amparo a los tribunales para que se delimite su propio derecho y se fije los límites hasta dónde llega su propiedad. Concluimos, por tanto, que el propietario tiene también acción para obtener el deslinde con bienes del dominio público del Estado.

1111/11770

1.— Formas de hacer el deslinde

1111/670

670. DESLINDE EXTRAJUDICIAL.— El deslinde puede ser hecho por convenio de los vecinos. Aquí no hay ejercicio de la acción de deslinde, sino un simple acuerdo de partes.

Según el art. 2753 Ver Texto el deslinde extrajudicial debe constar en escritura pública; y agrega que bajo otras formas será de ningún valor. Cabe preguntarse si la escritura pública está exigida ad solemnitatem o simplemente ad probationem. Una parte de la doctrina sostiene que el requisito de la escritura pública es inexcusable y que sería inválido un acuerdo hecho bajo forma privada; ésta es la conclusión que se desprendería del texto expreso del art. 2753 Ver Texto , según el cual toda otra forma será de ningún valor (ver nota 14). Sin embargo, predomina la opinión de que se trata de una exigencia no solemne (ver nota 15). Es razonable que así sea. Mientras no haya escritura pública no habrá un título definitivo de propiedad, ni podrá inscribirse tampoco en el Registro; pero es evidente que el convenio hecho en forma privada debe dar acción para exigir la escritura pública, tal como lo dispone el art. 1185 Ver Texto .

Agrega el art. 2753 Ver Texto que 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 terceros.

La mensura será siempre indispensable para reflejar en el título de propiedad las exactas dimensiones y los límites de ambos predios. En cambio, no se comprende la exigencia de la intervención judicial. El juez nada tiene que aprobar, porque no podría rechazar un acuerdo de partes sobre los límites; y tanto más inútil se demuestra esta exigencia cuanto que el acuerdo de las partes y la mensura tienen valor solamente entre ellas y sin perjuicio de los derechos de terceros. Es decir, que la aprobación judicial no agrega nada al convenio de las partes y debería ser eliminada. Sin embargo, tanto el Anteproyecto de BIBILONI (art. 2506), como el Proyecto de 1936 (art. 1816), lo mantienen.

1111/671

671.— Hecha la partición privadamente, el acto sólo puede ser atacado por las causas que permiten volver sobre una convención (art. 2753 Ver Texto in fine; vale decir, por todas las causas que permiten atacar un convenio realizado entre partes.

1111/672

672. DESLINDE JUDICIAL.— El Código Civil, como es natural, deja librado la regulación legal del trámite del juicio a las leyes de procedimiento (art. 274 Ver Texto), no obstante lo cual establece algunas disposiciones que por su importancia el codificador creyó necesario establecer en el Código de fondo.

1111/673

673. a) Prueba.— A los efectos de la determinación del límite, deberá estarse, ante todo, a los títulos de ambos vecinos (ver nota 16). Puede ocurrir, sin embargo, que los títulos no permitan la solución del problema, sea porque se superpongan, sea porque sus especificaciones carezcan de la claridad y precisión que permitan resolver la duda. En tal caso, se tendrán en cuenta los vestigios antiguos (art. 2755 Ver Texto), es decir, las señales que permitan inducir que por allí ha pasado la línea demarcatoria, por ejemplo, antiguos restos de alambrados, de pared divisoria, etc. También se tendrá en cuenta por el juez la posesión; es decir, que a falta de otras pruebas suficientes, la tenencia efectiva de la tierra por parte de los colindantes será un elemento de juicio decisorio, porque, como dice SALVAT, la posesión, en tanto no se acredite una causa suficiente para modificarla, debe ser mantenida y respetada (ver nota 17).

Cabe agregar que el art. 2751 Ver Texto dispone que la posesión de buena fe de mayor parte de terrenos que la que expresan los títulos, no aprovecha al que la ha tenido. El significado de esta norma es el siguiente: la posesión, ni aunque sea de buena fe, puede hacerse prevalecer contra los títulos; tampoco sirve para la usucapión breve, lo que es lógico pues falta el justo título. En cambio, el art. 2751 Ver Texto no se opone a la prescripción veintañal, ya que ésta permite adquirir el dominio con entera independencia de los títulos (ver nota 18). En consecuencia, si en el juicio de deslinde uno de los vecinos prueba que ha poseído una determinada fracción por más de veinte años, debe reconocerse su propiedad sobre ella.

1111/674

674. b) Caso de duda.— Puede ocurrir finalmente que la prueba aportada por las partes no deje claro por dónde pasa la línea demarcatoria, ni haya tampoco una posesión exclusiva de las tierras que permita hacer la división; en ese caso, la parte dudosa de los terrenos será dividida entre los colindantes según el juez lo considere conveniente (art. 2755 Ver Texto). Es decir, el juez debe proceder según prudente arbitrio, dando una solución de equidad a una disputa que es necesario zanjar de cualquier modo, dejando en claro los derechos de las partes y los límites de sus propiedades.

1111/675

675. c) Mensura.— Establecida judicialmente la línea divisoria, se hará el deslinde por agrimensor (art. 2754 Ver Texto); de esta manera se asegura la medición técnica de las tierras y sus límites precisos. Consecuencia del deslinde será el amojonamiento, es decir, la colocación de mojonos que indican los límites por los que se divide la propiedad.

1111/676

676. GASTOS DEL DESLINDE.— Establece el art. 2752 Ver Texto que los gastos en mejoras de las líneas separativas 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.

La disposición es justa. Los gastos de amojonamiento propiamente dicho son comunes a los colindantes, sin interesar que uno de ellos haya quedado con más tierras que el otro; en cambio, los gastos de deslinde, particularmente la diligencia de mensura, serán soportados en proporción a la extensión de terreno que le corresponda a cada uno. Es también una solución equitativa.

Estas soluciones se aplican tanto al deslinde extrajudicial como al judicial; pero en este último, habrá también gastos de juicio y, particularmente, honorarios de los profesionales intervinientes. Salvo que el juez disponga expresamente lo contrario, estos gastos correrán en el orden causado, ya que se trata de una diligencia hecha en beneficio de cada uno de los condóminos.

1111/11780

2.— Efectos

1111/677

677. REGLAS GENERALES.— El deslinde tiene como consecuencia poner fin al estado de incertidumbre que se cernía respecto del límite de las propiedades vecinas. Los títulos quedan perfeccionados y en condiciones de ser inscriptos en el Registro de la Propiedad, produciendo efectos erga omnes.

Hecho por acuerdo de partes, sólo podrá ser impugnado por las causas que permiten atacar

un acto jurídico (art. 2753 Ver Texto); si fuese hecho por sentencia, solamente podrá serlo en los casos en que la sentencia judicial pudiera ser impugnada (ver nota 19).

Si los mojones colocados como consecuencia de la decisión judicial desaparecen por un hecho accidental, los interesados pueden pedir que sean restablecidos sin necesidad de una nueva mensura (ver nota 20); si la remoción o supresión fuera provocada por uno de los vecinos, podría dar lugar a las acciones posesorias correspondientes (ver nota 21).

(nota 1) En este sentido: SALVAT, t. 3, nº 1440; LAFAILLE, t. 2, nº 1237; PEÑA GUZMÁN, Derechos reales, t. 2, nº 1209; BIBILONI, nota al capítulo sobre Demarcación de los inmuebles (que comienza con el art. 2502 Ver Texto).

(nota 2) En este sentido: SALVAT, t. 3, nº 1448; MACHADO, t. 7, p. 166; RAYCES, Supuestos y sustancias de la acción de deslinde, E. D., t. 43, p. 1154; BAUDRY-LACANTINERIE y CHAUVEAU, Des biens, nº 902; PLANIOL-RIPERT-PICARD, t. 3, nº 432.

(nota 3) En este sentido: LAFAILLE, t. 2, nº 1240; BIBILONI, nota al capítulo sobre la Demarcación de los inmuebles; AUBRY y RAU, t. 2, § 199; MARCADÉ, t. 2, nº 596.

(nota 4) SEGOVIA, t. 2, p. 147, nota 43.

(nota 5) SALVAT, t. 3, nº 1450; LAFAILLE, t. 2, nº 1241; MARIANI DE VIDAL, Curso de derechos reales, t. 2, p. 70.

(nota 6) De acuerdo: RAYCES, nota en E. D., t. 43, p. 1153.

(nota 7) De acuerdo: SALVAT, t. 3, nº 1456; LAFAILLE, t. 2, nº 1238; MACHADO, t. 7, p. 171; RAYCES, notas en E. D., t. 43, p. 151; MARIANI DE VIDAL, Curso de derechos reales, t. 2, p. 68.

(nota 8) De acuerdo: LAFAILLE, t. 2, nº 1444; SEGOVIA, t. 2, p. 174, nota 137; RAYCES, nota en E. D., t. 43, p. 1151; SALVAT, t. 3, nº 1457 (autor que no menciona al acreedor anticresista entre los titulares de la acción); MARIANI DE VIDAL, Curso de derechos reales, t. 2, p. 71.

(nota 9) De acuerdo: RAYCES, nota en E. D., t. 43, p. 1151; PLANIOL-RIPERT-PICARD, t. 3, nº 434; MARIANI DE VIDAL, loc. cit. en nota anterior.

(nota 10) RAYCES, nota en E. D., t. 43, p. 1151; SEGOVIA, t.2, p. 174, nota 137; LAFAILLE, t. 2, nº 244; autor este último que admite que podría caer en concepto de medida conservatoria, aplicando los arts. 3157 Ver Texto y s. En contra: MARIANI DE VIDAL, Curso de derechos reales, t. 2, p. 71, que concede la acción al acreedor hipotecario y al titular de una servidumbre activa.

(nota 11) SALVAT, t. 3, nº 1457; PLANIOL-RIPERT-PICARD, t. 3, nº 434.

(nota 12) En este sentido: SEGOVIA, t. 2, p. 175, nota 137; BIBILONI, nota al art. 2504.

(nota 13) SALVAT, t. 3, nº 1460/61 y su anotador ARGAÑARAZ, nota 43 a.

(nota 14) SALVAT, t. 3, nº 1465; MARIANI DE VIDAL, Curso de derechos reales, t. 2, p. 72.

(nota 15) LAFAILLE, t. 2, nº 1242; MACHADO, t. 7, p. 174, nota.

(nota 16) De acuerdo: SALVAT, t. 3, nº 1471 y su anotador ARGAÑARAZ, nota 51 a; LAFAILLE, t. 2, nº 1248.

(nota 17) SALVAT, t. 3, nº 1472.

(nota 18) De acuerdo: LAFAILLE, t. 2, nº 1249; SALVAT, t. 3, nº 1475; MACHADO, t. 7, p. 181; PEÑA GUZMÁN, Derechos reales, t. 2, nº 1223; RAYCES, nota en E. D., t. 43, p. 1154.

(nota 19) En este sentido: BIBILONI, art. 2506 del Anteproyecto.

(nota 20) PLANIOL-RIPERT-PICARD, t. 3, nº 439.

(nota 21) PLANIOL-RIPERT-PICARD, loc. cit. en nota anterior.

1111/11790

CAPÍTULO XIII - PROPIEDAD HORIZONTAL (ver nota 1)

1111/11800

§ 1. Nociones Generales

1111/678

678. BREVE NOTICIA HISTÓRICA (ver nota 2).— Aunque la propiedad horizontal es una institución relativamente moderna, no ha sido desconocida por algunos pueblos antiguos. Si bien no muy difundida, parece indudable, a través de documentos y testimonios, que se practicó en alguna medida en la antigua Caldea, en Egipto y en Grecia.

¿La conocieron y practicaron en Roma? Algunos textos un tanto equívocos, han dado pie a sostener que no fue ignorada en aquella ciudad (ver nota 3), pero prevalece definitivamente la opinión de que los romanos no la practicaron.

En realidad la propiedad horizontal nace a comienzos del siglo XV y se encuentra ya regulada en las Costumbres de Bretaña, art. 714, de Orléans, art. 257, de Berry, título 11, arts. 15 y 16, etc. De allí pasó al Código Napoleón, que fue el primer Código moderno que acogió la institución.

VÉLEZ SARSFIELD, temiendo las cuestiones que pudieran surgir entre los copropietarios, la proscribió de manera expresa en el art. 2617 Ver Texto . Pero a mediados de este siglo la necesidad de admitir y regular la propiedad horizontal se hizo impostergable, dictándose en 1948 la ley 13512 , que derogó el art. 2617 Ver Texto y estableció el régimen de propiedad horizontal en nuestro país.

En nuestros días, la propiedad horizontal está admitida en forma prácticamente universal.

1111/679

679. IMPORTANCIA ACTUAL.— La explosión demográfica que está presenciando el mundo contemporáneo ha venido acompañada de otro fenómeno no menos intenso: la concentración masiva de la población en las grandes ciudades. En ellas y muy particularmente en los barrios de mayor densidad, la vivienda horizontal es un anacronismo dado el elevadísimo costo del terreno. Más aún, razones urbanísticas obligan a los municipios a dictar reglamentaciones estableciendo en ciertas zonas y calles algunas mínimas.

Afrontar una construcción de varios pisos es hoy inalcanzable para muchas personas que, en cambio, reunidas, pueden hacerlo. Ello explica el incremento notable de la construcción de viviendas producida a partir de la sanción de la ley 13512 . Nuestras grandes ciudades han crecido y se han modernizado.

Además, la ley de propiedad horizontal permitió a muchos inquilinos transformarse en propietarios. Los dueños de las grandes casas de renta, impulsados por la congelación de los alquileres, vendieron las casas a sus inquilinos a precios razonables, lo que les permitió recuperar su capital al tiempo que los locatarios se convertían en dueños.

El acceso a la propiedad privada de la vivienda es un importante factor de estabilidad social; no es ésta, por cierto, una de las menores ventajas del sistema. Y si bien es verdad que la convivencia forzosa en un mismo edificio con personas extrañas suele ser fuente de rocas y disgustos, lo cierto es que en la práctica el sistema de desenvuelve en la gran mayoría de los casos sin graves inconvenientes y con grandes ventajas.

La propiedad horizontal está definitivamente incorporada al mundo moderno.

1111/680

680. NATURALEZA JURÍDICA (ver nota 4).— La propiedad horizontal es una institución compleja y no es fácil desentrañar su naturaleza jurídica. Ello explica los esfuerzos de los juristas por intentar una explicación satisfactoria. Expondremos a continuación las principales teorías:

a) Derecho de superficie. Algunos autores, en su afán de vincular las nuevas instituciones al Derecho Romano, han sostenido que la propiedad horizontal es, en esencia, un derecho de superficie. pero obviamente la asimilación es imposible. El derecho de superficie consiste en desdoblar al dominio de tal forma que el superficiario tiene derecho a plantar, cultivar el

suelo, edificar y levantar construcciones a condición de no causar perjuicio al dueño del suelo, que a su vez tiene el derecho de realizar construcciones subterráneas siempre que no perjudique los derechos del superficiario. Fácil es advertir que hay un mundo de distancia entre una institución y otra. Los dueños de los departamentos son también dueños, en condominio con los restantes propietarios, del suelo. De tal modo que la propiedad de la superficie no está separada de la propiedad del edificio. Por lo demás, el complejo de derechos y obligaciones que tienen los propietarios en la propiedad horizontal, nada tiene que ver con el viejo derecho de superficie.

b) Servidumbre. Para otros autores, la naturaleza de la propiedad horizontal se explicaría fácilmente aplicando los principios de la servidumbre. Cada propietario sería dueño del piso en el que tiene su departamento, incluidas las partes de uso común, como escaleras, patios, ascensores, etc.; sobre ellos habría una servidumbre constituida en favor de los demás pisos. Esta teoría no explica porqué todos los condóminos son propietarios del suelo, ni porqué lo son también de las partes comunes o indivisas. Resulta totalmente insatisfactoria para explicar la naturaleza jurídica de la propiedad horizontal.

c) Teoría de la copropiedad o comunidad. Conforme con esta opinión, la propiedad por pisos o departamentos crea una comunidad de derechos que se ejerce sobre todo el edificio en su conjunto. Todos serían dueños de todo, con la salvedad que cada uno tiene facultades exclusivas de uso, goce y disposición de ciertas partes objetivamente determinadas, que son susceptibles de aprovechamiento independiente y que se les atribuye a condición de no interferir en el ejercicio de iguales derechos por parte de los demás partícipes.

Esta concepción de la propiedad horizontal es confusa y, desde luego, ajena a nuestro derecho positivo. Lo cierto es que cada uno de los propietarios no sólo se comporta como dueño autónomo de su unidad, sino que lo es realmente, con todas las facultades inherentes al derecho de dominio. No se trata de una copropiedad, sino de una propiedad exclusiva que recae sobre una parte del bien.

d) Communio pro diviso. Otros autores, que también conciben a la propiedad horizontal como un condominio, dicen que en este caso no se trata de un condominio clásico, en el cual las partes son ideales, siendo cada uno dueño del todo; aquí habría una communio pro diviso, es decir, una copropiedad en que las partes no serían ideales sino concretas y determinadas. Aunque la idea resulta a primera vista atrayente, parece contradictorio admitir una propiedad común que al mismo tiempo es exclusiva de cada condómino. Por lo demás, esta concepción no se ajusta a nuestro derecho positivo, según ya lo veremos.

e) Teoría de la sociedad o de las personas jurídicas. Según esta opinión, la propiedad horizontal, en el fondo, sería una sociedad de todos los condóminos que formarían así una persona jurídica independiente de cada uno de los integrantes. Pero explicar la propiedad horizontal como una sociedad obliga a forzar mucho los conceptos. Aquella supone un

dominio separado y ejercido sobre cada una de las unidades, pisos o departamentos. Concebirla como sociedad importa imponer a los copropietarios una vinculación excesivamente estrecha que no está en su ánimo ni en la esencia de la institución. No explica con suficiente claridad las diferencias de los pretendidos socios sobre las partes propias y las comunes. Finalmente, existen marcadas diferencias respecto de la constitución, duración, extinción, etcétera.

Pero es indudable que en el fondo de la propiedad horizontal hay en germen una idea asociativa; y ya veremos que la concepción de la persona jurídica no es totalmente extraña a nuestro derecho, ya que el consorcio de propietarios actúa como tal. Claro está que la circunstancia de que el consorcio actúe como persona jurídica, no quiere decir en forma alguna que esa persona jurídica sea la propietaria del edificio o cosa común.

f) El sistema de nuestra ley. Nuestra ley ha seguido sobre este punto un sistema claro y realista. Establece que cada propietario será dueño exclusivo de su piso o departamento y copropietario sobre el terreno y las demás cosas de uso común del edificio (art. 2 Ver Texto). Es decir, que la propiedad horizontal supone la coexistencia de una propiedad particular y exclusiva sobre el departamento o piso, con una copropiedad sobre las partes comunes.

Pero si bien la propiedad horizontal está constituida por estos dos elementos, no debemos olvidar que, como dice PERETTI GRIVA, el contenido central y más precioso de la propiedad horizontal está siempre constituido por la propiedad exclusiva, mientras que el condominio no representa sino el ambiente accesorio o moderador del derecho de propiedad (ver nota 5).

Es importante destacarlo, porque constituye un elemento interpretativo de la ley de primer orden; el juez debe tener siempre presente que la finalidad social del instituto reside en asegurar a los titulares singulares la mayor cantidad posible del contenido del derecho de propiedad, quedando limitado sólo por la necesidad de conciliar ese derecho con los concurrentes de los otros propietarios, de tal manera que las limitaciones deben ser consideradas solamente como el medio para salvaguardar lo más posible el derecho de cada uno (ver nota 6).

Pero el contenido de la propiedad horizontal no se agota en la comprobación de que existe una propiedad singular y exclusiva y una propiedad común. Hay también una suerte de voluntad asociativa que se manifiesta en el consorcio de propietarios, encargado de administrar y defender los intereses comunes (ver nota 7). Ese consorcio actúa y tiene vida, tomando las decisiones conforme a las mayorías establecidas en la ley o en el reglamento de copropiedad; esas decisiones dentro de la órbita letal de las atribuciones del consorcio, son obligatorias inclusive para los copropietarios disidentes, de donde resulta que el consorcio actúa con independencia de la voluntad personal de cada uno de los

copropietarios, constituyendo un verdadero sujeto de derechos, como lo ha reconocido reiteradamente nuestra jurisprudencia (véase nº 783). De todo lo dicho surge que la propiedad horizontal tiene una naturaleza compleja, que se resiste a ser encasillada dentro de los moldes rígidos de otras instituciones jurídicas, tal como se ha pretendido en las teorías que hemos analizado y desechado.

1111/681

681. DENOMINACIÓN.— Tradicionalmente se llama propiedad horizontal a esta institución; pero la denominación no es plenamente satisfactoria, desde que la ley permite no solamente la división en planos o pisos, sino también en departamentos dentro del mismo piso. Se han propuesto, por consiguiente, diversas variantes: condominio de casas divididas en partes, propiedad por pisos o departamentos, propiedad de fracciones habitables dentro de edificios en condominio forzoso, etc. Pero aunque algunas de estas denominaciones describen con mayor precisión la naturaleza de la institución, lo cierto es que ninguna de ellas ha podido desplazar a propiedad horizontal que en la vida de los negocios y en la doctrina jurídica ha prevalecido sobre las otras denominaciones. Tiene no sólo el mérito de la concisión, sino también la ventaja de expresar de manera categórica una concepción de la propiedad distinta de la romana, según la cual el derecho del propietario de la superficie se extendía hasta el cielo y hasta el infierno; en nuestros días, tiene además la importancia de un valor consagrado, cuyo significado es inteligible a todos, especialistas y profanos.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: RICCIATTI, Propiedad por pisos o por departamentos, Buenos Aires, 1958; LAJE, La propiedad horizontal en la legislación argentina, Buenos Aires, 1957; REFFINO PEREIRA, La propiedad horizontal, Buenos Aires, 1952; CORCHOM, Sistema jurídico argentino de la propiedad horizontal, Buenos Aires, 1949; HIGHTON, Propiedad horizontal y prehorizontalidad, Buenos Aires, 1979; PALMIERO, Tratado de la propiedad horizontal, Buenos Aires, 1974; FERNÁNDEZ MARTÍN GRANIZO, La Ley de Propiedad Horizontal en el derecho español, Madrid, 1962; ZANON MASDEU, La propiedad de casas por pisos, Barcelona, 1964; VENTURA-TRAVESET y GONZÁLEZ, Derecho de propiedad horizontal, Barcelona, 1961; POIRIER, La propiedad horizontal, trad. esp., Buenos Aires, 1955; GIVORD y GIVERDON, La copropriété, Paris, 1968; PERETTI GRIVA, Il condominio delle case divise in parti, Torino, 1960; SALIS, Il condominio negli edifici, 3ª ed., Torino, 1959; BRANCA, Condominio negli edifici, 4ª ed., Bologna-Roma, 1968.

(nota 2) Recomendamos el excelente estudio sobre los antecedentes históricos de la institución hecho por FERNÁNDEZ MARTÍN GRANIZO, La Ley de Propiedad Horizontal en el derecho español, p. 49 y s.; asimismo, RICCIATTI, Propiedad por pisos o por departamentos, nº 3 y s.

(nota 3) Véase FERNÁNDEZ MARTÍN GRANIZO, La Ley de Propiedad Horizontal, p. 54.

(nota 4) Sobre este tema, véase: RACCIATTI, Propiedad por pisos o por departamentos, n° 18 y s.; VENTURA-TRAVERSESET y GONZÁLEZ, Derecho de propiedad horizontal, n° 187 y s.; ZANON MASDEU, La propiedad de casa por pisos, p. 74 y s.; POIRIER, La propiedad horizontal, n° 1 y s. GIVORD y GIVERDON, La copropriété, n° 142 y s.

(nota 5) PERETTI GRIVA, Il condominio delle case divise in parti, p. 1.

(nota 6) PERETTI GRIVA, loc. cit. en nota anterior.

(nota 7) En este sentido: RACCIATTI, Propiedad por pisos o por departamentos, n° 18. La C. Civil Cap., Sala D se refirió en un fallo a “esa pequeña comunidad” que es una casa dividida por pisos o por departamentos: 2/10/1968, E. D., t. 25, p. 673.

1111/11810

§ 2. Derechos y obligaciones de los propietarios (ver nota 1)

1111/11820

A.— OBJETO DE LA PROPIEDAD

1111/682

682. EL EDIFICIO: PARTES PROPIAS Y COMUNES.— El objeto sobre el cual recae la propiedad horizontal es el edificio; en él hay partes propias de cada uno de los propietarios y partes comunes a todos ellos. Interesa pues distinguir con el mayor rigor posible cuáles son unas y otras.

1111/683

683. a) Partes propias.— Pertenece en propiedad exclusiva a cada propietario su propio departamento (art. 2 Ver Texto , ley 13512), o para hablar con mayor precisión, su unidad, que puede ser un departamento, una oficina, un local de negocios y tener como accesorios una cochera, una baulera, etc. Ahora bien: dentro de cada unidad hay muros maestros y divisorios o simples tabiques que separan las paredes de una habitación y otra. Según ya veremos, los muros maestros y los divisorios de los departamentos pertenecen en condominio a todos los propietarios. Lo mismo ocurre con los techos de un departamento que son los pisos de los que están situados en el plano superior. Pero aun respecto de estos muros o techos comunes, el propietario de la unidad debe considerarse dueño de su superficie, de tal manera que puede revocarla, pintarla, etc., libremente. Del mismo modo le pertenece la superficie de pisos y techos, los tabiques divisorios de las habitaciones de un mismo departamento, siempre que se trate de tabiques propiamente dichos y no de muros maestros. De igual modo pertenecen al propietario las puertas, balcones y ventanas de cada departamento, las cañerías de distribución que sirven exclusivamente a las diversas unidades (ver nota 2), las derivaciones particulares de las instalaciones de gas, calefacción, electricidad, etc. (ver nota 3)

1111/684

684. b) Partes comunes.— En el art. 2 Ver Texto , ley 13512 se da un concepto general de lo que deben considerarse partes comunes: ellas están constituidas por el terreno y todas las cosas de uso común del edificio o indispensables para mantener su seguridad. Para evitar dudas y resolver algunas situaciones que podrían ser debatidas, la ley hace la siguiente enumeración de cosas comunes: a) los cimientos, muros maestros, techos y azoteas, patios cerrados o solares, pórticos, galerías, vestíbulos comunes, escaleras y puertas de entrada, jardines; b) los locales e instalaciones de servicios centrales como calefacción, heladeras, agua caliente o fría, refrigeración, etc.; c) los locales para alojamiento del portero y portería; d) los tabiques o muros divisorios de los distintos departamentos; e) los ascensores, montacargas, incineradores de residuos y, en general, todos los artefactos e instalaciones existentes para servicios de beneficio común. La ley aclara que esta enumeración no tiene carácter taxativo (art. 2 Ver Texto); vale decir, que cualquier otra cosa no comprendida en ella pero que de todas maneras sea de uso común del edificio o indispensable para su seguridad, es también común.

Por lo mismo que se trata de cosas de uso común o indispensables para la seguridad del edificio no es admisible que los propietarios puedan acordar que alguna de ellas pertenezca en exclusividad a algunos de los propietarios. Tal cláusula sería nula porque contraría una disposición expresa de la ley que les confiere el carácter de comunes. Hay que hacer, sin embargo, la salvedad de los sótanos y azoteas, en cuyo caso la ley expresamente convalida la convención de las partes que les atribuye carácter de propios (art. 2 Ver Texto , in fine,

ley 13512). Y creemos que por analogía con el supuesto de las azoteas, puede convertirse en propio un patio común, si no se priva de aire o luz a las unidades (ver nota 4). Para convertir en propia una parte común se requiere unanimidad de los copropietarios (ver nota 5).

1111/685

685.— Ningún inconveniente hay en que en el reglamento de copropiedad se convenga que también otras partes del edificio serán comunes, como suele ocurrir con cierta frecuencia con los locales de planta baja, que el consorcio destina a aminorar los gastos de mantenimiento del edificio. Pero aquí ya no se trata del dominio forzoso que es inherente a la naturaleza del derecho de propiedad horizontal, sino de un simple condominio regido por las norma generales del Código Civil. Ello significa que los copropietarios pueden enajenarlo, venderlo, etc., independientemente de la propiedad del resto de los departamentos que forman el edificio, lo que no pueden hacer respecto de las partes que son comunes por naturaleza (art. 3 Ver Texto , ley 13512).

(nota 1) Véase ALTERINI, Derechos de los consorcistas, E. D., t. 68, p. 779.

(nota 2) C. Paz., 10/4/1961, E. D., t. 5, p. 256; íd., 9/12/1971, E. D., t. 39, p. 424.

(nota 3) De acuerdo con todo lo dicho en este párrafo, RACCIATTI, Propiedad por pisos o por departamentos, n° 56.

(nota 4) De acuerdo: MARIANI DE VIDAL, Curso de derechos reales, t. 2, p. 126.

(nota 5) C. Civil Cap., Sala D, E. D., t. 16, p. 351 y L. L., t. 125, p. 683; Sala E, J. A., 1962-V, p. 345; MARIANI DE VIDAL, Curso de derechos reales, t. 2, p. 126.

1111/11830

B.— DERECHOS Y OBLIGACIONES SOBRE LAS PARTES PROPIAS

1111/686

686. PRINCIPIO GENERAL.— El principio general es que cada propietario es dueño exclusivo de su parte propia, con todos los derechos inherentes a tal. Puede disponer de su unidad, alquilarla, darla en comodato, etc. (art. 4 Ver Texto , ley 13512).

En otras palabras: su derecho sobre el departamento es pleno y tiene todas las características del típico derecho de propiedad. Pero la circunstancia de estar todos los propietarios vinculados por esa situación de hecho que supone la convivencia en un mismo edificio, la de ser copropietarios y usuarios de las partes comunes, la estrecha vecindad, imponen ciertas restricciones al dominio que son características del derecho de propiedad horizontal. Estas restricciones están presididas por la idea de que es necesario regular la convivencia de modo que permita a todos los copropietarios gozar al máximo de su propio derecho (ver nota 1). O para decirlo de otra manera: las restricciones que se imponen a uno están destinadas a garantizar a los demás el goce lo más pleno posible de su derecho. Es importante retener esta idea, porque ya veremos que las restricciones pueden ser legales o convencionales; y estas últimas contenidas en el reglamento de copropiedad, dejan de ser legítimas si no sirven a ese fin esencial de compatibilizar armónicamente los derechos de todos los copropietarios.

1111/687

687. RESTRICCIONES AL DOMINIO.— Los propietarios no pueden hacer innovaciones o modificaciones que puedan afectar la seguridad del edificio o los servicios comunes (art. 5 Ver Texto), destinarlos a usos contrarios a la moral y buenas costumbres o a fines distintos a los previstos en el reglamento de copropiedad y administración; 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 (art. 6 Ver Texto , ley 13512).

La aplicación práctica de estas disposiciones ha dado origen a frecuentes problemas, que trataremos a continuación.

(nota 1) En este sentido: PERETTI GRIVA, *Il condominio delle case divise in parti*, p. 1.

1111/688

688. a) Destino de las unidades.— Hemos dicho ya que conforme con el art. 6 Ver Texto , ley 13512, los propietarios no pueden destinar sus unidades a usos contrarios a la moral o buenas costumbres o a fines distintos a los previstos en el reglamento de copropiedad y administración. Es habitual la inclusión de cláusulas en el reglamento de copropiedad relativas al destino de las unidades, ya sea estableciendo que solamente puede destinarse a vivienda, o solamente a oficinas, etc.

Se ha cuestionado la legitimidad de las cláusulas del reglamento que prohíben el establecimiento de un consultorio médico, dental o un estudio jurídico o arquitectónico, aduciéndose que los copropietarios no tienen el derecho de impedir el uso de su propiedad por cada uno de los condóminos, conforme a una actividad física, no contraria a la moral y a las buenas costumbres. Sin embargo, la jurisprudencia ha sido invariable en el sentido de reconocer la legitimidad de esas cláusulas (ver nota 1). Se justifica que así sea, porque ellas tienen por objeto evitar a los condóminos las molestias que implican el establecimiento de estos estudios, consultorios o comercios, con su inevitable secuela de afluencia de clientela, uso excesivo de las instalaciones comunes, particularmente, el ascensor, mayores gastos de electricidad, etc. (ver nota 2) Es frecuente que los reglamentos de copropiedad, luego de establecer que las unidades serán destinadas exclusivamente a viviendas, agreguen que los que las habiten pueden ejercer en ellas profesiones liberales. Se ha planteado la cuestión de si el propietario de la unidad puede destinarla exclusivamente a consultorio o estudio jurídico, sin habitarla. La Cámara Civil de la Capital ha resuelto que el propietario puede ejercer su profesión aunque no habite el departamento (ver nota 3), solución que parece razonable, porque el perjuicio que puede resultar de la existencia de un consultorio o estudio, se produce lo mismo habitando o no la unidad su dueño.

Se ha decidido que si el reglamento de copropiedad sólo permite que se instalen en las unidades consultorios de profesionales liberales, no puede dedicarse la unidad al expendio de productos ópticos, aunque a su frente esté un profesional con título correspondiente (ver nota 4); ni una peluquería de señoras, máxime si tiene varios empleados (ver nota 5); que puede instalarse un consultorio médico oftalmológico, aunque el reglamento prohíba la instalación de consultorios para la atención de enfermedades infecciosas y contagiosas (ver nota 6); que si el reglamento de copropiedad ha dispuesto que los departamentos deben destinarse exclusivamente para vivienda, corresponde condenar al propietario de la unidad donde se ha instalado una escuela maternal recreativa a que haga cesar el funcionamiento de ella (ver nota 7); de igual modo, corresponde ordenar el cese de actividades de una galería de arte (ver nota 8); que si el reglamento de copropiedad sólo autoriza el ejercicio en las unidades de profesiones que no tienen otra exteriorización que una chapa en la puerta y escasa o nula concurrencia de público, sin letreros comerciales ni exhibición de mercaderías, no puede ejercerse en ellas la profesión de relojero, que reviste aspecto comercial derivado de su anuncio mediante un cartel y la exhibición de mercaderías (ver nota 9). En cambio, no puede impedirse que la propietaria dé clases individuales en su departamento (ver nota 10); tampoco pueden prohibirse tareas menores, cuando se efectúan sin las molestias que estuvo en la razonable intención de las partes evitar (ver nota 11).

Suele ocurrir a veces que no obstante las disposiciones en contrario del reglamento de copropiedad, los copropietarios toleran la existencia de actividades prohibidas tales como consultorios, estudios jurídicos, arquitectónicos, etc. Consideramos que si esa tolerancia es de larga data y no existen hechos nuevos que impongan un cambio (por ejemplo, un aumento inusitada de la clientela, una extensión del negocio a otras actividades, etc.) debe reputarse que hay tácito consentimiento en que se dé a la unidad otro destino del previsto en el reglamento, creando así una situación jurídica que no puede ser modificada por voluntad de los demás consorcistas (ver nota 12). En sentido coincidente, se ha declarado que constituye un ejercicio abusivo del derecho, la acción contra un copropietario exigiéndole el cumplimiento de disposiciones contractuales respecto al destino del inmueble no respetadas por otros consorcistas, que ejercen actividades ajenas al destino específico de vivienda familiar, sin que la administración del consorcio hubiese intentado hacerla cesar (ver nota 13).

En otro caso se declaró que si el reglamento establece que los departamentos se destinarán exclusivamente a vivienda, debe cesar en sus actividades comerciales un negocio de modas que funcionaba desde largo tiempo atrás en el departamento que alquilaba quien más tarde lo adquirió, porque después de incorporado al consorcio como propietario debe respetar las prescripciones del reglamento (ver nota 14). No estamos de acuerdo con la solución dada por el Tribunal que pasó por alto el prolongado consentimiento tácito prestado a la actividad que se desarrollaba en el departamento. Pues tanto el consorcio como cualquiera de los copropietarios pudo haber demandado la cesación de tal actividad, sea que el desarrollara un condómino o un inquilino. Al haberla consentido durante largos años, se pierde a nuestro juicio la acción.

1111/689

689.— Si el reglamento de copropiedad no contuviera ninguna restricción, el propietario puede darle libremente cualquier destino que no sea contrario a la moral o a las buenas costumbres, que no comprometa la seguridad del inmueble o sea perjudicial para el edificio (art. 6 Ver Texto , incs. a y b, ley 13512). Con fundamento en estas disposiciones se ha resuelto que debe prohibirse en forma total el funcionamiento de un negocio de venta de artificios pirotécnicos (ver nota 15).

De igual modo está prohibido perturbar con ruidos la tranquilidad de los vecinos (art. 6 Ver Texto , inc. b). Por ello se condenó a cesar en sus actividades a un taller mecánico, no obstante que el reglamento no contenía previsión alguna (ver nota 16).

1111/690

690.— La autorización por las autoridades administrativas para la instalación de un negocio

o industria en un edificio de propiedad horizontal, en forma alguna es suficiente para allanar la prohibición contenida en el reglamento de copropiedad (ver nota 17). Es una solución lógica, porque la autorización administrativa sólo alude a que la instalación del negocio, consultorio, etc., se ajusta a las disposiciones generales del Código de la Edificación; lo que nada tiene que ver con la situación específica de cada edificio de propiedad horizontal, cuyo destino puede ser fijado por los reglamentos respectivos.

1111/691

691.— Comprobada la infracción al destino del inmueble, el juez dispondrá el cese de la infracción, pudiendo ordenar el allanamiento del domicilio, y el uso de la fuerza pública, si fuera menester (art. 15 Ver Texto , ley 13512). Más aún, comprobada la transgresión el juez tiene facultades para imponer al culpable pena de arresto hasta de 20 días o multa en beneficio del Fisco de \$ 200 a \$ 5.000; y si el infractor fuera un ocupante no propietario, podrá ser desalojado en caso de reincidencia (art. citado). Todo ello sin perjuicio de la acción por daños y perjuicios que compete al propietario o propietarios afectados (art. citado).

En la práctica, los jueces nunca hacen uso de la atribución de arrestar al transgresor, lo que parece excesivo dado que las otras medidas son suficientes para amparar el derecho violado de los copropietarios.

(nota 1) C. Civil Cap., Sala A, 7/8/1963, E. D.,t.9, p. 134; Sala B, 13/2/1970, E. D., t. 35, p. 441; Sala D, 28/5/1957, L.L.,t. 88,p. 182; S. C. Buenos Aires, 17/12/1968, I.L.,t. 137, p. 814, nº 23.173-S; etc.

(nota 2) C. Civil Cap., Sala A, 7/8/1963, E. D., t. 9, p. 134.

(nota 3) C. Civil Cap., Sala D, 5/11/1970, E. D., t. 35, p. 689.

(nota 4) C.Civil Cap., Sala F, 30/9/1969, E. D., t. 39, p. 301.

(nota 5) C. Civil Cap., Sala B, 9/11/1972, E. D.,t. 46, p. 491.

(nota 6) C. Civil Cap., Sala A, 10/7/1964, E. D., t.8, p. 562.

(nota 7) C. Civil Cap., Sala D, 19/9/1968, E. D., t. 26,p. 100.

(nota 8) C. Civil, Sala C, 14/5/1976, L. L., 1976-C, p. 240 (el reglamento sólo permitiría vivienda familiar).

(nota 9) C. Civil Cap., Sala F, 3/3/1970, E.D., t. 39, p. 287.

(nota 10) C. Civil Cap., Sala F, 21/4/1970, E. D.,t. 32,p. 512; el Tribunal tomó además en consideración la circunstancia de que en el edificio funcionaba un centro médico de cosmética, una academia de danzas y consultorios odontológicos.

(nota 11) C. Civil Cap., Sala B, 11/9/1973, E. D., t. 52, p. 204 (en el caso se decidió que el propietario de una vivienda destinada exclusivamente a vivienda, puede realizar tareas de plegado y pegado de cartones); Sala B, 11/9/1978, L.L., t. 154, p. 811 (declaró admisible las clases que puede dar un profesor sin sobrepasar un número discreto de alumnos, las tareas de un dibujante, copista o dactilógrafo y hasta otras tareas que entrarían dentro del típico trabajo a domicilio).

(nota 12) En contra, sosteniendo que el no uso del derecho a prohibir un destino vedado por el reglamento de copropiedad no extingue la acción, porque el silencio temporario del consorcio no puede cohonestar una clara violación del reglamento; pero el Tribunal agregó que ante una situación dudosa, el silencio prolongado del consorcio debe interpretarse como un consentimiento a darle el destino cuestionado: C. Civil Cap., Sala C, 17/7/1976, E. D., t. 72,p. 198 y L.L., 1977-A, p. 121.

(nota 13) C. Civil Cap., Sala B, 4/3/1974, E. D., t. 53, p. 599; Sala E, 27/8/1970, E. D., t. 35, p. 535; en sentido coincidente, C. Civil Cap., Sala F, 21/4/1970, E. D.,t. 32, p. 512.

(nota 14) C. Civil. Cap., Sala C, 27/2/1973, L.L., t. 150, p. 301.

(nota 15) C. Civil Cap., Sala B, 3/3/1966, E.D., t. 16, p. 339.

(nota 16) C. Civil Cap., Sala D, 25/9/1972, D. J. A., 4315.

(nota 17) C. Civil Cap., Sala A, 9/9/1969, E. D., t. 28, p. 524 (se trataba de la autorización dada por la Secretaría de Salud Pública para el funcionamiento de un consultorio médico); C. Civil Cap.,Sala F, 30/11/1967, E. D., t. 22, p. 761 (aprobación municipal para la

instalación de un negocio).

1111/692

692. b) Ventanas.— Si bien las ventanas son, en principio, de propiedad del dueño de cada unidad, el hecho de estar colocadas en una pared que da hacia el exterior, restringe los derechos del dueño. La prohibición del art. 5 Ver Texto de cambiar la forma externa del frente o decorar las paredes o recuadros existentes con tonalidades distintas a las del conjunto, debe considerarse aplicable a ellas. Se ha decidido así, que el propietario no tiene derecho a modificar las ventanas, alterando la uniformidad natural de una de las partes del espacio de aire y luz interna del edificio y ampliando la vista hacia el patio y hacia las habitaciones de la unidad que ocupa el actor (ver nota 1); es igualmente contrario al art. 5 Ver Texto de la ley 13512, la transformación de la ventana de una unidad de planta baja en vidriera (ver nota 2).

Es claro que no debe exagerarse el alcance de estas restricciones, de tal modo que si no hay un verdadero perjuicio estético o de otro orden, debe admitirse el derecho del propietario a modificar sus ventanas. Así, por ejemplo, se ha decidido que el propietario no puede ser obligado a restablecer un balcón que cerró, dado que el cierre no afecta el frente principal del edificio sino la fachada lateral que mira al interior, y frente a la cual y a escasa distancia se ha construido un edificio que le resta vista y perspectiva (ver nota 3).

La circunstancia de que la Municipalidad haya autorizado al copropietario a construir un balcón en su unidad en el contrafrente del edificio, no puede suplir ni interferir la voluntad de los miembros del consorcio (ver nota 4).

1111/693

693. c) Puerta de entrada a las unidades.— Las puertas de entrada a las unidades son propias del dueño del departamento y, por lo tanto, pueden ser modificadas mientras no desentonen con el resto de la construcción (ver nota 5); por ello, se ha resuelto que el consorcio no tiene facultades para lograr que se restituya al estado anterior una puerta cuyo traslado hecho por el dueño sólo cambió su ubicación sin alterar la estructura ni la estética del palier del edificio (ver nota 6); asimismo, se ha resuelto que la oposición de la mayoría de los consorcistas no obsta a que se conceda autorización judicial a uno de ellos, propietario de un local con vivienda y entrada independiente desde la calle, para abrir una puerta que le permita el acceso por la entrada principal, si se demuestra que ella es necesaria y no afecta en nada la estructura, solidez, salubridad, estética y destino del edificio (ver nota 7).

(nota 1) C. Civil Cap., Sala F, 13/2/1968, E. D., t. 23, p. 403.

(nota 2) C. Civil Cap., Sala F, 3/3/1970, E. D., t. 39, p. 287.

(nota 3) C. Civil Cap., Sala C, 4/11/1963, E. D., t. 8, p. 536.

(nota 4) C. Paz Cap., Sala I, 11/6/1968, E. D., t. 11, p. 416.

(nota 5) C. Civil Cap., Sala F, 27/6/1968, E. D., t. 26, p. 97.

(nota 6) C. Civil Cap., Sala C, 23/5/1969, E. D., t. 28, p. 527.

(nota 7) C. Civil Cap., Sala D, 17/3/1970, E. D., t. 19, p. 129.

1111/694

694. d) Animales domésticos.— Es válida la prohibición contenida en el reglamento de copropiedad de tener en las viviendas animales domésticos (ver nota 1) o animales que puedan molestar a los vecinos (ver nota 2).

Si el reglamento de copropiedad prohíbe la tenencia de animales domésticos que molesten a los vecinos, es necesario probar las molestias para pedir el retiro de los animales; a este respecto son suficientes los ladridos persistentes, los malos olores, los detritos, etc. (ver nota 3). Ocurriendo estas molestias, el retiro procede aunque el reglamento no haya previsto el caso expresamente (ver nota 4), pues el art. 6 Ver Texto , ley 13512 prohíbe perturbar con ruidos o de cualquier manera la tranquilidad de los vecinos.

Si los tenedores de animales domésticos se niegan a retirarlos de las unidades, se puede disponer para ello de la fuerza pública (ver nota 5).

(nota 1) C. Civil Cap., Sala A, 29/10/1968, E. D., t. 27, p. 419.

(nota 2) C. Civil Cap., Sala E, 1/8/1968, E.D., t. 27, p. 420.

(nota 3) C. Civil Cap., Sala E, 1/8/1968, E. D.,t. 27, p. 420.

(nota 4) Cám. Civil Cap., Sala A, 18/11/1969, E. D., t. 42, p. 282 (gatos); íd., 21/10/1969, E. D., t. 42, p. 280 (perro); Sala D, 29/2/1972, L. L., t. 149, p. 44 (perro); Sala E, 1/8/1968, E. D., t. 27, p. 420 y L. L., t. 133, p. 429 (perros). En un caso el Tribunal juzgó que si el reglamento establecía que los departamentos debían destinarse a la vivienda “honesta y decorosa” correspondía retirar un perro que molestaba con sus ladridos: Sala B, 18/2/1972, E. D.,t. 42, fallo 19.987.

(nota 5) C. Civil Cap., Sala A, 29/10/1968, E.D.,t. 27, p. 419.

1111/695

695. e) Acceso a las unidades.— Los copropietarios están obligados a permitir el acceso a su unidad de operarios y del administrador del consorcio para la reparación de caños u otros elementos comunes (ver nota 1); se ha declarado que cuando el copropietario no solamente no prestó la debida colaboración sino que obstruyó la acción del consorcio destinada a evitar filtraciones en el piso inferior, se hace pasible del máximo de la multa prevista en el art. 15 Ver Texto de la ley 13512 (ver nota 2).

1111/696

696. f) Modificación de las unidades.— Los propietarios tienen el derecho a modificar internamente su unidad, cuando de esos trabajos no resulte perjuicio para los copropietarios (ver nota 3); pero no les está permitido realizar obras que puedan perjudicar la solidez o seguridad del edificio o cambiar su destino, desvalorizar las unidades, etc. (ver nota 4).

(nota 1) C. Civil Cap., Sala B, 22/12/1970,E. D., t. 39, p. 285; Sala D, 2/10/1968, E. D., t. 25, p. 673.

(nota 2) C. Civil Cap., Sala D, 2/10/1968, E. D., t. 25, p. 673.

(nota 3) C. Civil 1ª Cap., 4/7/1961, E. D., t. 1, p. 383; Sala B, 22/7/1969, E. D., t. 32, p. 555; Sala C, 4/11/1963, E. D., t. 89, p. 536; Sala F, 18/2/1964, E. D., t. 8, p. 536; etc.

(nota 4) C. Civil Cap., Sala F,4/3/1971, E. D., t. 38, p. 128.

1111/697

697. g) Actos contrarios a la normal convivencia.— Sobre todo vecino, aunque no se trate de propiedad horizontal, pesa el deber de evitar las molestias que pueden ocasionar el humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones o daños similares (art. 2618 Ver Texto , C. Civil; véase nº 490 y sig.); pero la vida en común dimanada del régimen de propiedad horizontal hace que esa obligación deba ser contemplada con un criterio más estricto que en la simple vecindad (ver nota 1).

La apreciación de cuándo una actividad, un animal doméstico, los ruidos o la música o cualquier otro género de inmisiones perturban la tranquilidad de los demás consorcistas, es cuestión que queda librada al criterio judicial, cuya apreciación debe fundarse en el buen sentido y en lo que indican los cánones ordinarios de la vida (ver nota 2).

En consonancia con estos criterios, se ha declarado que el funcionamiento de una whiskería donde se efectúa música ruidosa, es incompatible con las reglas de convivencia de la propiedad horizontal, por lo que corresponde decretar su clausura (ver nota 3).

(nota 1) En este sentido: C. Civil Cap., Sala A, 27/7/1972, E.D.,t. 46, nº 21.651; Sala B, 23/12/1957, L. L., t. 91, p. 560; Sala D, 17/9/1965,E.D., t. 16, p. 323; Sala E, 26/9/1967, E. D., t. 22, p. 765; C.C.C. Esp. Cap., 27/8/1976, Rep. . L., t. XXXVI, p. 1087, sum. 10.

(nota 2) Así lo dijo la C. Civil Cap., Sala B, 3/3/1966, E. D., t. 16, p. 339.

(nota 3) C. Apel. B. Blanca, 13/4/1974, L. L., 1975-A, p. 3.

1111/698

698. LOCATARIOS.— El locatario de una unidad está obligado tanto como el propietario, a respetar el reglamento de copropiedad y las normas de convivencia propias de la propiedad horizontal (ver nota 1).

En caso de que el inquilino reincida en la violación al régimen de la propiedad horizontal, cabe inclusive demandar su desalojo (art. 15 Ver Texto , ley 13512).

Para que haya reincidencia en el concepto de la ley, es necesario que exista un primer pronunciamiento del Tribunal obligando al inquilino a cesar en la actividad contraria a la ley o al reglamento de copropiedad. Si no obstante dicha resolución persistiera en su conducta, entonces el propietario o el consorcio podrán accionar para obtener el desalojo (art. 15 Ver Texto , ley 13512) (ver nota 2).

(nota 1) C. Civil Cap., Sala A, 6/4/1964, E. D., t. 11, p. 401; Sala D, 19/9/1968, E. D., t. 26, p. 100; íd., 25/9/1972, E. D., t. 46, n° 21.653; C. Civil Cap., Sala F, 30/9/1969, E.D., t. 39, p. 301; C. Paz Cap., Sala I, 28/10/1966, E.D., t. 17, p. 558, etc.

(nota 2) De acuerdo en la necesidad de un pronunciamiento judicial anterior, C. Paz Cap., Sala I, 28/10/1966, E. D., t. 17, p. 558.

1111/699

699. OBLIGACIONES.— En los números precedentes nos hemos ocupado de las restricciones que pesan sobre los propietarios respecto de sus unidades propias; *latu sensu* se trata de obligaciones que pesan sobre los propietarios, a quienes la ley les impone el deber de abstenerse de determinadas conductas que puedan afectar la normal convivencia; pero si bien se mira, más que obligaciones en sentido propio, se trata de restricciones al derecho de propiedad. En otras palabras, la ley limita lo que serían las atribuciones normales de su propietario.

Ahora nos referiremos a las obligaciones en sentido propio que pesan sobre los

propietarios. Ellas son:

1111/700

700. a) Conservación y reparación del departamento.— Cada propietario está obligado a realizar los trabajos necesarios para la conservación y reparación de su propia unidad, a su costo (art. 5 Ver Texto , ley 13512).

1111/701

701. b) Impuestos y contribuciones.— Los impuestos, tasas o contribuciones de mejoras, se cobrarán a cada propietario en forma independiente. A tal efecto se practicarán las valuaciones en forma individual, computándose a la vez la parte proporcional indivisa de los bienes comunes (art. 13 Ver Texto , ley 13512).

1111/11840

C.— DERECHOS Y OBLIGACIONES SOBRE LAS PARTES COMUNES

1111/702

702. PRINCIPIO GENERAL.— Los propietarios son condóminos de las partes comunes en proporción al valor del departamento o piso de su propiedad (art. 3 Ver Texto , ley 13512). Pero este condominio es de una naturaleza particular, porque está ligado de una manera indisoluble al dominio de cada unidad; y por ello, no pueden los condóminos ni separada ni conjuntamente, transferir, vender, enajenar o gravar las partes comunes, independientemente de los departamentos a los que acceden (art. 3 Ver Texto , ley 13512). Es razonable que así sea, porque esas partes comunes integran o están al servicio de las unidades; de tal manera que no podría transferirse su propiedad a terceros separadamente, sin desvirtuar la naturaleza del derecho de propiedad horizontal, y sin crear graves problemas a los propietarios. Consecuente con este principio, la ley dispone que la transferencia, gravamen o embargo de un departamento, lleva implícita la de la propiedad de las partes comunes (art. 3 Ver Texto , ley 13512).

1111/703

703.— En cuanto al uso de las cosas comunes, todos los propietarios pueden usar de ellas con el único límite de no perjudicar o restringir el legítimo derecho de los demás (art. 3 Ver Texto , 1er. párrafo, ley 13512). Es decir, que el derecho a usar las cosas comunes no es proporcional al valor de cada departamento, sino que puede usarse por todos en un plano de plena igualdad.

Sin embargo, es posible que el reglamento de copropiedad establezca que ciertas cosas comunes serán de uso privativo de alguno de los copropietarios; así suele ocurrir, por ejemplo, con la azotea, cuyo uso privativo suele otorgarse al propietario del último piso; o con los jardines del fondo, cuyo uso suele otorgarse a los departamentos que dan hacia los jardines. Bien entendido que si el reglamento de copropiedad no dispusiera nada, estas partes son de uso común.

1111/704

704. PROBLEMAS SUSCITADOS POR LA UTILIZACIÓN DE PARTES COMUNES; JURISPRUDENCIA.— La utilización por los propietarios de las partes comunes de los edificios ha dado lugar a un sinnúmero de cuestiones prácticas, que los tribunales se ven obligados a resolver cotidianamente; la idea general que ha presidido las decisiones de la jurisprudencia, es que no les está permitido a los propietarios utilizar las partes comunes en beneficio propio con obras, modificaciones, etc., que perjudiquen, ya sea el uso por todos los condóminos de la parte común, ya sea la estética del conjunto. Pero si la jurisprudencia ha sido firme en impedir el aprovechamiento exclusivo de las partes comunes por uno de los propietarios, también se ha inclinado a no autorizar el ejercicio abusivo por el consorcio de su facultad de impedir obras en lugares comunes; estos problemas se han resuelto generalmente más que aplicando principios rígidos, sobre la base de soluciones circunstanciales apoyadas en la razón y la equidad. Veamos los principales problemas planteados en la jurisprudencia:

1111/705

705. a) Alteración de la fachada.— Conforme con el art. 5 Ver Texto , ley 13512, está prohibido cambiar la forma externa del frente o decorar las paredes exteriores con recuadros de tonalidades distintas a las del conjunto. Lo que se persigue es, sobre todo, una finalidad estética. Se quiere que los propietarios no puedan afean el frente introduciendo reformas que rompan el equilibrio estético de la fachada. Aplicando la norma legal, se ha resuelto que es ilegal la transformación de la ventana de una unidad de planta baja en vidriera y la colocación en ella de un cartel de propaganda (ver nota 1); que debe condenarse al propietario de una unidad horizontal a restituir al local a su forma de origen, cuando la modificación de frente afea la estética del edificio y perjudica su valor (ver nota 2); que corresponde condenar al propietario de un local a que restituya el frente del edificio a su estado anterior cerrando la apertura que hizo para colocar un negocio de venta de chocolatinas y otra de entrada para cajones (ver nota 3).

En cambio, se ha juzgado que debe rechazarse la pretensión de restituir el frente a su estado anterior si la innovación no representa una ruptura en la línea general del edificio ni un afeamiento de su estética, sino que, por el contrario, ella comporta una remodelación que supera la obsolescencia de los locales existentes (ver nota 4); que debe rechazarse la acción deducida por un copropietario si se trata sólo de una pequeña variación del frente que no altera su simetría ni afecta la armonía del conjunto, su aspecto a vista exterior (ver nota 5); que no corresponde hacer lugar al retiro de dos clavos puestos para colgar macetas de adorno, que no causan perjuicio al edificio (ver nota 6).

En los números que siguen trataremos algunos puntos vinculados también con la alteración de la fachada pero que presentan características singulares por lo cual conviene tratarlos separadamente.

1111/706

706. b) Aparatos de aire acondicionado.— La colocación de aparatos de aire acondicionado ha dado lugar a una jurisprudencia no siempre coincidente. Así, en un caso se resolvió que si el reglamento prohibía colocar cualquier tipo de aparato para cuyo funcionamiento sea necesario modificar el frente del edificio, procede condenar al propietario a retirar el aparato de aire acondicionado colocado en dicho frente (ver nota 7). No estamos de acuerdo con esta solución que importar privar a los propietarios de un elemento de confort que está incorporado a la vida moderna.

En otro pronunciamiento también se condenó al propietario a retirar el aparato de aire acondicionado, pero las circunstancias del caso eran muy peculiares, porque se trataba de un edificio moderno en que todos los departamentos tenían un acondicionador de aire que, en el caso, fue reemplazado por otro de formas totalmente distintas, que rompían la armonía del edificio (ver nota 8). Sólo las razones peculiares del caso justificaban la solución del Tribunal. Finalmente, con criterio que compartimos, otros fallos han declarado que no

procede la demanda entablada para hacer retirar un acondicionador de aire que no ha modificado la estructura arquitectónica del edificio ni afectó la seguridad o estética de aquél (ver nota 9). Pero procede el retiro si produce ruidos excesivos o despide agua (ver nota 10).

1111/707

707. c) Letreros.— El problema del derecho a colocar letreros en el frente del edificio, sean o no luminosos, es cuestión generalmente prevista en el reglamento de copropiedad y, en ese caso, hay que atenerse a sus disposiciones (ver nota 11).

Si el reglamento de copropiedad no lo prohíbe, la jurisprudencia se inclina a permitir la colocación de letreros luminosos en el frente de los locales, si con ello no se altera el aspecto arquitectónico ni la armonía o estética integral del inmueble y no se afecta a los demás copropietarios (ver nota 12). Otros fallos han aplicado un criterio menos liberal. Así, por ejemplo, se decidió que corresponde condenar a la empresa constructora de un edificio en propiedad horizontal para cocheras retirar el cartel luminoso colocado en el frente (ver nota 13).

Desde luego, debe ordenarse el retiro de los carteles luminosos que provoquen molestias a los propietarios; en ese caso, ni siquiera la mayoría de los copropietarios podría disponer o permitir la colocación si con ello se menoscaba los derechos de los ocupantes de algunos pisos, sea por las molestias que ocasiona la luz, sea porque le restan la vista de que antes disponían (ver nota 14).

Es interesante un caso en que el tribunal siguió un criterio conciliatorio. Declaró que si el reglamento de copropiedad contiene prohibiciones tales como la de contrariar las reglas de la convivencia entre los vecinos o de usar las partes autónomas del edificio para fines que puedan ser perjudiciales al sosiego de los ocupantes, corresponde intimar a la demandada a que no encienda el letrero luminoso después de las 21 horas (ver nota 15). Por nuestra parte, pensamos que en caso de no haberse previsto la colocación de carteles o letreros en el reglamento de copropiedad, su colocación solamente puede autorizarse en casos en que resulte del todo evidente que no se afecta la estética del inmueble ni se perjudican los demás copropietarios. Pues no hay que olvidar que los letreros modernos, suelen acarrear muy graves molestias a los habitantes del edificio no sólo por la a veces intolerable inmisión lumínica, sino también porque suelen ser foco de atracción de insectos.

1111/708

708. d) Toldos.— Mientras se observa una notoria benignidad de los Tribunales en lo que se

refiere a los letreros luminosos, según hemos podido comprobarlo en el número anterior, en cambio, la jurisprudencia es muy restrictiva en lo que atañe a los toldos colocados en el frente del edificio. Estas decisiones no parecen muy congruentes, desde que los letreros luminosos son evidentemente más molestos y perturbadores que los toldos. Así, se ha decidido que debe ser retirado el toldo metálico semi-rígido que afecta el aspecto de la fachada del edificio y priva a los consorcistas de la vista de la calzada y junta desperdicios con olores malsanos (ver nota 16), o si el toldo causa perjuicios a uno de los departamentos derivados del calor y del ruido en los días de lluvia (ver nota 17); de igual modo, se decidió que corresponde remover una marquesina de siete metros de largo por cuatro, colocada en la vereda frente a un local, si ella perjudica la unidad del primer piso al quitarle vista y acumular residuos en su parte superior (ver nota 18).

Se ha resuelto también que el copropietario que colocó un toldo en un patio de propiedad común, debe retirarlo si obró sin el consentimiento de los demás copropietarios (ver nota 19).

1111/709

709. e) Patios.— Los tribunales han sido firmes en el sentido de establecer el principio de que los propietarios no pueden hacer construcciones de cualquier tipo, habitaciones, baños, etc., en los patios comunes, aunque sean de uso exclusivo, sin la autorización del consorcio (ver nota 20).

Como principio nos parecen razonables las soluciones de la jurisprudencia, siempre que no se las tome como principio rígido. Si el patio es de utilización común, parece evidente que no pueda autorizarse ninguna construcción de uno de los propietarios; pero si es de uso exclusivo y con la construcción no se produce ningún perjuicio a los demás condóminos, no parece lógico negar autorización para realizar obras, siempre, claro está, que sean reglamentarias. Una negativa del consorcio, irrazonable y no fundada en ningún interés real, importa un verdadero abuso del derecho. Ya veremos cómo en materia de azoteas, la jurisprudencia ha seguido un criterio menos rígido.

1111/710

710. f) Azoteas y terrazas.— Como en el caso anterior, el principio es que no corresponde autorizar obras hechas o a realizar por uno de los propietarios, en la azotea del inmueble (ver nota 21). Pero la jurisprudencia ha seguido aquí un criterio razonable y prudente, admitiendo la realización de obras cuando ellas satisfacían un importante interés del propietario y no perjudicaban de modo significativo a los demás. Así, se ha declarado que no corresponde la demolición de una habitación construida en una terraza de propiedad común pero de uso exclusivo, si la actitud del demandado obedeció a la necesidad de un

ámbito habitable para una persona que ha vivido siempre en la casa y el único perjuicio invocado es el de que se modificaba la vista desde el departamento del actor (ver nota 22); o si el interés material lesionado es mínimo frente al perjuicio que ocasionará la demolición de la obra y, sobre todo, por la inútil destrucción de valores económicas que significa (ver nota 23); o si de las circunstancias surge que la demolición de una obra realizada en la terraza significaría una medida excesivamente severa e innecesaria (ver nota 24); o si la construcción de un office de reducidas dimensiones no compromete la seguridad del edificio, no molesta ni priva de ventajas a los demás consorcistas, ni afecta a la estética del edificio (ver nota 25).

Aprobamos esta jurisprudencia, que importa una inteligente aplicación del principio del abuso del derecho.

(nota 1) C. Civil Cap., Sala F, 3/3/1970, E. D.,t. 39, p. 287.

(nota 2) C. Civil Cap., Sala A, 9/11/1962, E. D., t. 5, p. 246; Sala B, 25/10/1967, E. D.,t. 21, p. 107.

(nota 3) C. Civil Cap., Sala F, 31/3/1970, E.D.,t. 32,p. 523.

(nota 4) C. Civil Cap., Sala A, 15/3/1971,E.D., t. 36, p. 723.

(nota 5) C. Civil Cap., Sala B, 14/8/1962, L.L., t. 109, p. 635.

(nota 6) C. Paz Cap., Sala III, 30/5/1963, E. D., t. 9, p. 140.

(nota 7) C. Civil Cap., Sala D, 18/8/1966, E.D.,t. 16,p. 315.

(nota 8) Véase fallo de la C. Civil Cap., Sala A, 30/9/1964, E. D., t. 11, p. 379.

(nota 9) C. Civil Cap., Sala C, 6/7/1964, E. D., t. 8, p. 565; Sala B, 4/4/1975, E. D., t. 64, p. 97.

(nota 10) C. Civil Cap., Sala A, 18/11/1969, L. L., t. 148, p.704, sum. 29.716-S; Sala B, fallo citado en nota anterior.

(nota 11) C. Civil Cap., Sala D, 22/9/1967, L. L., t. 131, p. 1096, fallo 17.668-S; íd., 26/5/1967, E.D., t. 39, p. 324; Sala E, 7/6/1968, E. D., t. 23, p. 403; C. Apel. Rosario, Sala III, 23/3/1972, Rep. L. L., t. XXXII, p. 1139, sum. 29; C. Civil Cap., Sala F, 8/5/1973, Rep. L. L., t. XXXIV, p. 1249, sum. 25 (aunque tenga permiso municipal).

(nota 12) C. Civil Cap., sala B, 14/8/1963, E.D., t. 6, p. 229; íd., 18/8/1965, E.D., t. 16, p. 336; Sala F, 31/3/1970, E. D., t. 32, p. 523.

(nota 13) C. Civil. Cap., Sala E, 19/4/1971, E.D., t. 38, fallo 18.649.

(nota 14) C. Civil Cap., Sala B, 13/11/1961, L. L., t. 106, p. 70.

(nota 15) C. Civil Cap., Sala A, 24/8/1960, L.L., t. 102, p. 893, fallo 6.651-S.

(nota 16) C. Civil Cap., Sala F, 4/12/1969, E. D., t. 32, p. 552.

(nota 17) C. Civil Cap., Sala F, 21/5/1970, E. D., t. 39, p. 335; en el mismo sentido C. Civil Cap., Sala C, 4/5/1971, E. D., t. 39, “Consortio de Propietario calle Zapiola 1961 c/Lence, Marcelino”.

(nota 18) C. Civil Cap., Sala B, 10/7/1969, E. D., t. 39, p. 310.

(nota 19) C. Civil Cap., Sala A, 27/7/1973, E. D., t. 46, n° 21.651.

(nota 20) C. Civil Cap., Sala B, 28/8/1968, L.L., t. 134, p. 1028, fallo 19.956-S; Sala C, 12/5/1961, E. D., t. 1, p. 210; Sala D, 7/2/1964, Ed., t. 6, p. 986; íd. 3/3/1966, E. D., t. 16, p. 326; íd. 28/12/1967, E. D., t. 22, p. 758; Sala E, 24/2/1961, L.L., t. 104, p. 756, fallo 7.264-S; íd., Sala F, 30/11/1967, E.D., t. 22, p. 761; Sala F, 19/7/1978, L. L. 1978-D, p. 519 (exigió la aquiescencia unánime de los copropietarios); etc.

(nota 21) C. Civil Cap., Sala F, 27/6/1968, E. D., t. 26, p. 97.

(nota 22) C. Civil Cap., Sala C, 23/9/1954, L. L., t. 77, p. 358.

(nota 23) C. Civil Cap., Sala D, 17/9/1965, E.D., t. 16, p. 323; en sentido concordante, C. Civil Cap., Sala F, 26/8/1977, L.L., 1977-D, p. 308; C.C.C. Esp. Cap., Sala III, 19/9/1981, E. D., t. 98, p. 425.

(nota 24) C. Civil Cap., Sala D, 31/10/1968, E. D., t. 26, p. 90.

(nota 25) C. Civil Cap., Sala E, 15/6/1970, E. D., t. 35, p. 692. En el caso mediaba además la circunstancia de que se había permitido a otros consorcistas hacer la misma obra.

1111/711

711. PARTES COMUNES DE USO EXCLUSIVO.— Ya hemos dicho que es posible que el reglamento establezca que algunas partes comunes del edificio sean de uso exclusivo. Tal cosa puede ocurrir principalmente con los patios, azoteas y jardines. En ese caso es indudable que los gastos de mero mantenimiento corresponden al copropietario que tiene el derecho al uso exclusivo, pero si se trata de reparaciones a fondo, que no son originadas en el uso que se le ha dado a esa parte, la reparación corresponde al consorcio (véase nº 720).

Aunque la cosa sea de uso exclusivo, el propietario que goza de él no puede oponerse a que el representante del consorcio tenga acceso a esa parte con el objeto de revisar y reparar los elementos de uso común que allí se encuentran (ver nota 1).

(nota 1) C. Civil Cap., Sala D, 29/12/1966, L. L., t. 126, p. 808, fallo 15.392-S.

1111/712

712. CARGAS DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL; REMISIÓN.— Los propietarios tienen la obligación de pagar los gastos normales de administración, así como también las reparaciones de mantenimiento y las realizadas para embellecer o mejorar el edificio. De todo ello nos ocuparemos más adelante (nº 717 y sig.).

1111/11850

D.— ACCIÓN PARA HACER RESPETAR LAS RESTRICCIONES AL DOMINIO

1111/713

713. QUIÉN TIENE LA ACCIÓN.— Cuando alguno de los propietarios realiza una obra o acto en violación de las restricciones al dominio impuestas por el régimen de propiedad horizontal, tienen acción para obligarlo a ajustarse a las prescripciones de la ley y del reglamento de copropiedad, tanto el representante del consorcio como los propietarios directamente afectados (ver nota 1). Pero hay que precisar que para que los propietarios tengan acción individualmente, es necesario que demuestren que la violación de la ley o del reglamento les causa un perjuicio personal y directo (ver nota 2), lo que no es sino una aplicación del viejo principio de que sin interés no hay acción.

(nota 1) En este sentido, C. Civil Cap., Sala A, 7/8/1963, E. D., t. 9, p. 134; Sala B, 11/7/1969, E. D., t. 39, p. 310; *id.*, 29/5/1969, L. L., t. 136, p. 1098, fallo 22.307-S; Sala C, 31/2/1975, J. A., t. 28, 1975, p. 328; Sala D, 8/7/1970, E. D., t. 39, p. 319. En contra, sosteniendo que la acción corresponde solamente al consorcio, C. Civil Cap., Sala F, 25/7/1967, L. L., t. 130, p. 765, fallo 17.399-S. Sin embargo, este mismo Tribunal ha atenuado después esa orientación admitiendo la acción individual si el copropietario sufre un perjuicio real; C. Civil Cap., Sala F, 18/2/1964, E. D., t. 9, p. 136; *id.*, 21/4/1970, E. D., t. 32, p. 549, *id.*, 8/5/1973, E. D., t. 49, p. 229.

(nota 2) Además de los fallos de la Sala F, citados en nota anterior, véase Sala B, 29/5/1969, L. L., t. 136, p. 1098, fallo 22.307-S; Sala C, 31/2/1975, J. A., t. 28, 1975, p. 328; Sala D, 21/7/1969, E. D., t. 39, p. 294.

1111/714

714. PROCEDIMIENTO.— El juicio tramitará por procedimiento sumarísimo (art. 15 Ver Texto , ley 13512); y comprobada la infracción, el juez adoptará las medidas necesarias para su cese, pudiendo ordenar el allanamiento del domicilio o el uso de la fuerza pública, si fuera menester (disposición citada).

1111/715

715. PRESCRIPCIÓN.— Supongamos ahora que uno de los propietarios ha realizado una obra o ha dado a su unidad un destino contrario a lo previsto en los reglamentos y sin la necesaria autorización del consorcio. Sea por tolerancia, sea por el deseo de evitar cuestiones judiciales, se deja transcurrir el tiempo sin tomar ninguna medida. ¿Prescribe la acción del consorcio y de los propietarios?

En el caso de obras indebidas realizadas por uno de los consorcistas, parece indudable el derecho del que la construyó a usucapir en los plazos del art. 4015 Ver Texto , C. Civil (ver nota 1).

Del mismo modo, se ha resuelto que prescribe por diez años la acción del consorcio contra el propietario que ha dado a la unidad un destino prohibido en el reglamento (ver nota 2). En este caso la aplicación de la prescripción parece discutible, porque la violación del reglamento obra a modo de interrupción constante de la prescripción. Pero lo cierto es que un silencio tan prolongado tiene el significado de un consentimiento tácito. Por ello mismo, pensamos que no se necesita el transcurso de diez años, sino que basta un tiempo suficientemente prolongado como para demostrar la existencia de un tácito consentimiento por parte de los restantes propietarios del edificio. En otras palabras, no se trata de prescripción propiamente dicha, sino de tácito y unánime consentimiento. Por iguales motivos, consideramos que el transcurso de un lapso prolongado, aunque no sea el de la usucapión, hace perder el derecho a los demás propietarios y al consorcio para reclamar la demolición de las obras realizadas en sitios comunes, sin perjuicio de que la usucapión se operará cuando transcurra el plazo del art. 4015 Ver Texto .

(nota 1) En este sentido: C.Civil Cap., Sala F, 11/10/1966, L.L., t. 125, p. 776, fallo 14.839-S. Es también la solución sostenida en el derecho español por ZANON MASDEU, La propiedad de casas por pisos, p. 249; y en el derecho italiano por SALIS, H., Il condominio negli edifici, n° 18; PERETTI GRIVA, Il condominio delle case divise in parti, p. 118.

(nota 2) C. Civil Cap., Sala D, 5/8/1968, E. D., t. 25, p. 643.

1111/11860

E.— CARGAS COMUNES

1111/716

716. NOCIÓN GENERAL.— La propiedad horizontal supone diversas cargas que pesan sobre todos los propietarios: el pago de los gastos de administración, de los de conservación y mantenimiento del edificio, de las innovaciones y mejoras, del seguro, etc. En principio y salvo convención en contrario, estos gastos pesan sobre todos los propietarios en proporción al valor de sus pisos o departamentos (art. 8 Ver Texto , ley 13512).

1111/11870

1.— Expensas de administración

1111/717

717. CONCEPTO.— Por expensas de administración se entienden todos aquellos gastos que demanda la administración normal del edificio: retribución del administrador, sueldos del portero, gastos de combustible para los servicios centrales, gastos de gas o de electricidad para la iluminación de las partes comunes y el funcionamiento de los ascensores; gastos de limpieza, etc.

1111/718

718. SERVICIOS NO PRESTADOS; JURISPRUDENCIA.— Se ha dicho ya que, salvo convención en contrario, las expensas se pagan en proporción al valor de los pisos o departamentos (art 8 Ver Texto , ley 13512). La convención en contrario se puede justificar por razón del uso que los distintos propietarios den a las cosas comunes. Bien entendido que el mayor o menor uso de las cosas comunes no autoriza a pretender una proporción distinta de la que se funda en el valor de los pisos o departamentos, porque es poco menos que imposible establecer la medida en que cada propietario utiliza las cosas comunes; y sentar el principio de la proporcionalidad fundada en el uso daría lugar a una interminable fuente de pleitos y cuestiones. Eso no quita que no sea justo que los propietarios convengan, teniendo en cuenta esa diferencia de uso, una proporción distinta (ver nota 1).

Sin embargo, la jurisprudencia ha admitido que corresponde eximir a los propietarios del pago de ciertos servicios que a ellos no se les presta. Así, se ha decidido que corresponde eximir del pago del servicio de calefacción al propietario cuya unidad carece de la instalación para recibirlo (ver nota 2); lo mismo se ha decidido respecto del servicio de agua caliente, cuando la unidad no tiene las cañerías correspondientes (ver nota 3); los propietarios de unidades de planta baja y cuyo suministro de agua se efectúa por conexión independiente del resto del edificio, deben ser eximidos del pago de los gastos de fuerza motriz para bombeo de agua (ver nota 4); el propietario de un local a la calle con entrada independiente y sin comunicación alguna con el resto del edificio, debe ser eximido del pago de los gastos de luz de los pasillos interiores del edificio y del precio de las lámparas que se reponen (ver nota 5).

En cambio, se ha declarado que no corresponde eximir a los propietarios de la unidad de planta baja de los gastos de portería, pues se trata de gastos generales de vigilancia y conservación de todos el inmueble (ver nota 6).

Respecto de los ascensores, la jurisprudencia no es firme. Algunos fallos han declarado que los propietarios de los locales que tienen entrada independiente a la calle y no tienen depósito en alguna de las plantas que requiera el uso del ascensor, no están obligados a contribuir a los gastos de uso, pero en cambio deben contribuir a los gastos que origine su conservación por ser un bien de propiedad común (ver nota 7). Otros fallos, en cambio, hacen pesar inclusive sobre los propietarios de planta baja el gasto de ascensor, fundándose algunas veces en que les pertenecen a ellos en condominio (ver nota 8); y otros, en que el uso del ascensor es necesario para el portero que tiene a su cargo el cuidado de las partes comunes del inmueble y de las persona encargadas de la conservación y reparación de los techos y motores de los ascensores, que son bienes de carácter común (ver nota 9).

1111/719

719. FORMA DE OBTENER LA LIBERACIÓN DEL PAGO DE SERVICIOS NO PRESTADOS.— El solo hecho de que se repute que no corresponde el pago de servicios no prestados, no autoriza al propietario a desligarse de la obligación de costearlos en la medida que establece el reglamento (ver nota 10); para ser eximido de ellos debe promover la reforma del reglamento de copropiedad y recién fracasada esa vía podrá reclamar el amparo judicial si la decisión de la asamblea fuese arbitraria o injusta (ver nota 11).

La sentencia que declara que un copropietario se halla eximido de contribuir a ciertas erogaciones comunes, tiene carácter de constitutiva y no declarativa de derechos, por lo que sus efectos rigen sólo para lo futuro (ver nota 12). Es natural que así sea porque hasta el momento de la sentencia sigue rigiendo el reglamento cuya cláusula se ha impugnado.

1111/11880

2.— Expensas de reparación y conservación

1111/720

720. PROPORCIÓN EN QUE SE PAGAN.— Los propietarios deben contribuir a los gastos de reparación y mantenimiento de las partes comunes del edificio en proporción al valor de sus unidades (art. 8 Ver Texto , ley 13512). Un problema delicado, no resuelto por la ley, se presenta en el caso de las partes comunes de uso exclusivo. En esa situación, consideramos necesario hacer la siguiente distinción: gastos de simple mantenimiento (limpieza, pintura, cuidado del jardín, etc) que deben ser a cargo del propietario que tiene el uso de esa parte; y gastos que no están originados en el uso sino en otras causas, que deben ser afrontados por el consorcio dado que se trata de un lugar común (ver nota 13).

1111/721

721. QUIÉN DEBE REALIZAR LA REPARACIÓN.— El mantenimiento y reparación de las partes comunes deben ser hechos por el consorcio, por la vía natural de su administrador. Pero puede ocurrir que el administrador esté ausente o simplemente no realice la obra. En tal caso la ley distingue dos situaciones:

1111/722

722. a) Reparaciones no urgentes.— En este caso, cualquiera de los propietarios en ausencia del administrador y no mediando oposición de los demás copropietarios previamente advertidos, puede realizar los gastos o reparaciones, con derecho a ser reembolsado (art. 8 Ver Texto , ley 13512). Como puede advertirse, la ley exige tres condiciones: ausencia del administrador, notificación a los demás propietarios de la reparación que piensa realizarse y falta de oposición de éstos. ¿Qué debe entenderse por ausencia del administrador? Pensamos que la expresión legal debe ser interpretada en forma lata y que por ausencia no debe sólo entenderse el alejamiento físico del administrador, sino también su negligencia revelada por su pasividad ante la necesidad de realizar obras de conservación o reparación (ver nota 14).

Cabe preguntarse qué ocurre si el propietario realiza reparaciones necesarias pero no urgentes, sin haber dado aviso a sus copropietarios ni al administrador; en tal supuesto actuará como gestor de negocios y tendrá derecho a ser reintegrado en la medida en que los

gastos realizados hayan sido de utilidad al consorcio (art. 2306 Ver Texto , C. Civil). Es decir, que mientras el propietario que ha obrado en ausencia del administrador y previa notificación a los demás copropietarios tiene derecho a ser reintegrado de todos los gastos que haya hecho, el que no ha cumplido con estos recaudos legales, solamente tiene derecho a ser reintegrado de aquellos gastos que se han convertido en utilidad del consorcio. Sin embargo, la diferencia es generalmente intrascendente, porque tratándose de gasto relativos al mantenimiento del edificio, evidentemente serán siempre útiles. Pero la distinción entre una y otra hipótesis puede tener repercusión práctica en casos como el siguiente: el propietario que asume la iniciativa, contrata con una empresa la realización de los trabajos, haciéndole un adelanto; luego la empresa no cumple y el propietario encarga el trabajo a otra empresa. Si ha obrado conforme a las previsiones del art. 8 Ver Texto , el propietario que asumió la iniciativa de hacer las reparaciones, tendrá derecho a reclamar a sus copropietarios inclusive lo que se adelantó a la empresa que no cumplió; en tanto que si actuó sin cumplir con esos requisitos, sólo podrá demandar lo pagado a la empresa que cumplió.

1111/723

723. b) Reparaciones necesarias y urgentes.— En este caso, el propietario puede actuar sin llenar los requisitos de la ausencia del administrador y notificación a los demás propietarios, pudiendo reclamar el reembolso en la medida que resultaren útiles (art. 8 Ver Texto , ley 13512). Como puede apreciarse, el propietario que realizó las reparaciones urgentes se encuentra exactamente en la misma situación del que realizó las reparaciones no urgentes, sin haber notificado a sus copropietarios.

Pero adviértase que estamos siempre en el caso de reparaciones necesarias; si, por el contrario, se tratara de mejoras o innovaciones, entonces los condóminos no pueden actuar por sí, ya que esas mejoras o innovaciones solamente pueden ser dispuestas por la mayoría de los condóminos (véase n° 724). Más aún, si esas obras hubiesen excedido de lo que es simplemente una reparación necesaria, el consorcio podrá ordenar la restitución de las cosas a su estado anterior a cota del propietario que hizo la obra (art. 8 Ver Texto , ley 13512).

(nota 1) C. Civil Cap., Sala B, 12/5/1961, E. D., t. 1, p. 535.

(nota 2) C. Civil Cap., Sala D, 22/2/1961, J. A., 1961-IV, p. 203; Sala E, 12/8/1964, E. D., t. 11, p. 397; pero el hecho de que uno de los radiadores del sistema de calefacción no funcione, no permite solicitar la exclusión del pago de dicho servicio, pues el propietario tiene derecho a recurrir a la administración para que el servicio funcione adecuadamente: C. Paz Cap., Sala IV, 5/11/1962, L.L., t. 111, p. 48.

(nota 3) C. Civil Cap., Sala F, 23/10/1969, E. D., t. 39, fallo 18.916; C. Paz Cap., Sala IV, 5/11/1962, L., t. 110, p.48; en contra: C. Paz Cap., Sala III, 22/4/1959, L. L., t. 94, p. 480.

(nota 4) C. Civil Cap., Sala F, 23/10/1969, E. D., t. 39, p. 290.

(nota 5) C. Civil Cap., Sala F, 12/11/1968, E. D., t. 39, Fallo 18.929; *id.*, 24/12/1968, E. D., t. 28, p. 532; *id.*, 23/10/1969, E. D., t. 39, Fallo 18.919; en contra: C. Civil Cap., Sala C, 9/10/1969, E.D., t. 32, p. 519; C. Paz Cap., Sala IV, 5/11/1962, L. L., t. 119, p.48; C. Civil Cap., Sala B, 9/2/1978, E. D.,t. 77, p. 395 (en este caso se lo eximió del pago de la energía eléctrica, pero no del cambio de lámparas). Sin embargo, véase en contra un fallo de la C. Civil Cap., Sala A, que declaró que el propietario de un local de planta baja está obligado a pagar inclusive los servicios que no usa; dijo el Tribunal que acoger su pretensión de no pagar la fuerza motriz por el uso de ascensores e iluminación de pasillos podría significar la necesidad de deslindar según exquisitas discriminaciones si la utilización de los ascensores o del servicio de calefacción, genera para cada uno de los copropietarios un gasto mayor o menor según la ubicación más arriba o más abajo de la unidad: 17/3/1978, L.L., 1978-B,p. 571, con nota de BENDERSKY.

(nota 6) C. Civil Cap., Sala B, 9/2/1978, E. D., t. 77, p. 395; Sala C, 9/10/1969, E. D., t. 32, p. 519; Sala E/ 5/4/1961, E. D., t. 5, p. 250; *id.*, 12/8/1964, E. D., t. 11, p. 397; C. Paz Cap., Sala IV, 5/11/1962, L. L., t. 110, p. 48.

(nota 7) C. Civil Cap., Sala E, 5/4/1961, E. D., t. 5, p. 250; Sala F, 12/11/1968, E.D., t. 39, Fallo 18.929 y L. L., t. 137, p. 486, con nota de GUTIÉRREZ ZALDÍVAR; *id.*, 24/12/1968, E. D., t. 28, p. 532; *id.*, 23/10/1969, E. D.,t. 39, Fallo 18.916.

(nota 8) C. Civil Cap., Sala C, 9/10/1969, E. D., t. 32, p. 519.

(nota 9) C. Civil Cap., Sala B, 10/4/1969, E. D., t. 39, p. 303; Sala D, 22/2/1961, J. A., 1961-IV, p. 203.

(nota 10) C. Civil Cap., Sala D, 11/10/1966, E.D., t. 16, p. 346; *id.*, 7/7/1966, E. D., t. 16, p. 328; C. Paz Cap.,Sala II, 31/3/1959, L. L., t. 95, p. 140.

(nota 11) C. Civil Cap., Sala D, 5/9/1961, E. D., t. 2, p. 216; *id.*, 11/10/1966, E. D., t. 16, p. 349; Sala F, 23/10/1969, E.D., t. 39, p. 289; Sala B, 12/5/1961, E. D., t. 1, p. 535. De acuerdo, GUTIÉRREZ ZALDÍVAR, nota en L.L., t. 137, p. 486.

(nota 12) C. Civil Cap., Sala D, 22/2/1961, J. A., 1961-IV, p. 203. En contra: C. Civil Cap., Sala F, 12/11/1968, L.L.,t. 137, p. 486, con nota de GUTIÉRREZ ZALDÍVAR.

(nota 13) La C. Civil Cap.,Sala B, 24/9/1957, causa 39.401, resolvió que están a cargo de todos los copropietarios las reparaciones de los lugares comunes aunque se haya concedido el uso exclusivo a uno de ellos; no hemos podido consultar la sentencia por cuyo motivo no sabemos a qué clase de reparaciones alude el Tribunal; pero de cualquier modo nos parece evidente que la doctrina no puede generalizarse a los simples gastos de mantenimiento.

(nota 14) De acuerdo: RACCIATTI, Propiedad por pisos o por departamentos, nº 120.

1111/11890

3.— Innovaciones y mejoras

1111/724

724. MAYORÍA REQUERIDA.— El principio general en materia de condominio normal es que no se puede hacer en la cosa común innovaciones materiales sin el consentimiento de todos los condóminos (art. 2681 Ver Texto , C. Civil). Pero evidentemente este sistema no se aviene con la propiedad horizontal. No sería admisible que la voluntad de un solo propietario, quizá caprichoso o irrazonable, impidiera a los demás realizar obras que son importantes para el mejoramiento del edificio común. Por ello, el sistema de la unanimidad ha sido reemplazado en este caso por el de la mayoría. Basta con ésta para disponer las innovaciones tendientes a obtener el mejoramiento del edificio o de su uso y goce, o hacerlo más cómodo u obtener una mayor renta (art. 8 Ver Texto , ley 13512). La regla es la mayoría absoluta de votos (art. 10 Ver Texto), salvo que el reglamento de copropiedad establezca una proporción distinta.

Sin embargo, esta facultad de la mayoría no puede ejercerse arbitrariamente. No sería lógico que se impusiera a la minoría mejoras excesivas, que tal vez algunos propietarios no estén en condiciones de afrontar.

Por eso el art. 8 Ver Texto dispone 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, pueden ser objeto de reclamación formulada ante la autoridad judicial; es decir, puede oponerse a su realización, debiendo tramitar el juicio mediante el procedimiento del interdicto de obra nueva, aunque la resolución de la mayoría no será suspendida sin una orden expresa de dicha autoridad (art. 8 Ver Texto , ley 13512).

De lo que se trata, es suma, es de que la mayoría utilice la facultad de hacer innovaciones o mejoras dentro de lo razonable y sin imponer a los propietarios disidentes un sacrificio excesivo.

Se ha decidido que si las obras que se realizaran en los lugares comunes significan modificar el porcentaje aplicable a alguna de las unidades de vivienda, es requisito indispensable la conformidad unánime de los copropietarios para llevarlas a cabo (ver nota 1).

1111/725

725.— Cabe advertir que el segundo párrafo del art. 7 Ver Texto , ley 13512, establece que toda obra nueva que afecte el inmueble común no puede realizarse sin la autorización de todos los propietarios. A primera vista, esta disposición resulta contradictoria con la del art. 8 Ver Texto , que autoriza a realizar innovaciones por la sola decisión de la mayoría. Consideramos que la única forma de resolver esta contradicción aparente, es vinculando el aludido párrafo del art. 7 Ver Texto con el primero del mismo artículo, que se refiere a obras realizadas en beneficio de uno de los propietarios: en ese caso, cualquier obra nueva podrá hacerse solamente con autorización de todos los copropietarios. Precisemos el concepto: el segundo párrafo del art. 7 Ver Texto , que establece la regla de la unanimidad, se refiere a las obras nuevas realizada en beneficio de uno de los condóminos; la regla de la mayoría establecida en el art. 8 Ver Texto , alude a las obras nuevas realizadas en beneficio común (ver nota 2).

Aun en el caso de obras realizadas por uno de los propietarios, la jurisprudencia ha interpretado el art. 7 Ver Texto con criterio elástico. Se ha declarado así, que esta norma no reviste carácter de orden público ni está dotada de una inflexibilidad tan rigurosa que impida la valoración de los motivos que aconsejan el mantenimiento de la obra hecha por uno de los condóminos sin haber requerido el consentimiento de todos los restantes (ver nota 3).

(nota 1) C. Civil Cap., Sala E, 3/9/1964, L. L., t. 118, p. 876, nº 11.841-S.

(nota 2) De acuerdo: RACCIATTI, Propiedad por pisos o por departamentos, n° 129.

(nota 3) C. Civil Cap., Sala D, 22/12/1967, L. L., t. 131, p.1096, fallo 17.668-S; íd., 17/8/3/1967, E. D., t. 19, p. 129; íd., 21/7/1969, E. D., t. 39, fallo 18.918.

1111/11900

4.— Otros gastos comunes

1111/726

726. ENUMERACIÓN.— Los propietarios están obligados a contribuir proporcionalmente a los siguientes gastos:

a) Seguros.— Una de las obligaciones que la ley pone expresamente a cargo de los propietarios, es el pago de las primas del seguro del edificio común (art. 8 Ver Texto , ley 13512). Hay que agregar que el seguro es obligatorio en la propiedad horizontal (art. 11 Ver Texto).

1111/727

727. b) Gastos de reconstrucción.— Si la destrucción del edificio fuese menor de dos terceras partes, 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 (art. 12 Ver Texto , ley 13512). Vale decir, la ley confiere a la minoría una opción: o bien pagar la reconstrucción decidida por la mayoría, o bien negarse a ello debiendo en tal caso venderle a la mayoría su parte, cuyo valor se determinará judicialmente. Igual solución se aplica en el caso de vetustez del edificio cuando la mayoría que represente más de la mitad del valor, haya decidido la reconstrucción (art. 16 Ver Texto , ley 13512).

1111/728

728. c) Hipoteca del terreno.— Si se hubiera hipotecado el terreno en que se asienta el edificio (para lo cual se requiere la conformidad de todos los propietarios, art. 14 Ver Texto

, ley 13512), los gastos que demande el servicio de la hipoteca y el pago de capital deben ser afrontados por todos los condóminos proporcionalmente a su parte.

1111/729

729. d) Gastos derivados de daños causados por las cosas comunes.— Puede ocurrir que las cosas comunes ocasionen daños a terceros o a los mismos copropietarios, tal como podría ocurrir como consecuencia de la caída de una cornisa, del uso del ascensor, etc. La responsabilidad derivada del art. 1113 Ver Texto , C. Civil, corresponde a todos los propietarios y debe ser afrontada por ellos proporcionalmente.

1111/11910

5.— Cobro de las expensas comunes

1111/730

730. LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA.— El problema de la legitimación activa y pasiva en relación al crédito por expensas comunes debe ser analizado distinguiendo dos situaciones: que las expensas hayan sido hechas por el consorcio o que hayan sido hechas por uno de los propietarios.

1111/731

731. a) Las expensas han sido hechas por el consorcio.— Ésta es la hipótesis normal. El único titular del crédito por expensas comunes es el consorcio de propietarios (ver nota 1); de tal modo que los propietarios individualmente carecen de acción para obligar al deudor a pagar sus deudas.

En cuanto al deudor, ningún problema hay mientras el propietario que ha incurrido en deuda no ha transferido el dominio de su unidad. En ese caso él es el único deudor. Pero supongamos que el dominio se ha transferido una o más veces. Para ese supuesto, el art. 17

Ver Texto , ley 13512, dice que la obligación que tienen los propietarios de contribuir al pago de las expensas y primas de seguros total del edificio, sigue siempre al dominio de sus respectivos pisos o departamentos en la extensión del art. 3266 Ver Texto del Código Civil, aun con respecto a las devengadas antes de su adquisición. Se trata pues de una obligación real o propter rem, que recae sobre el actual propietario del bien, aunque la deuda haya sido contraída antes de haber adquirido él el dominio (ver nota 2). Se ha cuestionado si esta solución es aplicable aun al caso de que el departamento se haya adquirido en pública subasta. ¿No es injusto hacer pesar en quien ha confiado en la subasta judicial una deuda que ignoraba y que aumenta el costo para el adquirente? La jurisprudencia se ha decidido firmemente por aplicar el art. 17 Ver Texto , ley 13512, aun en este caso. Además del argumento fundado en el texto legal que no hace ninguna distinción, es a nuestro juicio decisiva la consideración de que el consorcio no tiene porqué perjudicarse por la forma de venta del departamento. Que haya sido privada o en subasta pública, le es indiferente. No es posible hacer pesar sobre los condóminos una conducta a la que son ajenos.

¿Continúa obligado el anterior propietario que vendió la unidad? La ley no resuelve de modo expreso la cuestión, pero la jurisprudencia la ha decidido afirmativamente (ver nota 3). La solución es razonable, porque el verdadero deudor es el propietario que no pagó en su momento las deudas comunes; si la ley establece la transmisión de esa obligación a los adquirentes del departamento es con el propósito de asegurar a los copropietarios la percepción de su crédito.

Pero hay una diferencia entre el deudor originario y la situación de los sucesores en la propiedad del departamento: el primero está obligado personalmente con todo su patrimonio por la deuda contraída; en tanto que los sucesores particulares en el dominio sólo están obligados con la cosa transitada, es decir, con el valor del departamento (art. 3266 Ver Texto , C. Civil).

Y como el verdadero deudor es el propietario que no pagó en su momento la deuda, su sucesor que luego es obligado a pagarla tiene acción de repetición contra él.

Debe las expensas no sólo el propietario con título debidamente inscripto, sino también quien ha adquirido la unidad por boleto de compraventa y ha recibido la posesión (ver nota 4), lo que es justo, pues es poseedor legítimo (art. 2355 Ver Texto) y como tal, en nuestra opinión, titular de un dominio imperfecto (véase nº 272).

(nota 1) C. Civil Cap., Sala B, 25/7/1963,E.D., t. 6, p. 110; C. Com. Cap., Sala A, 21/11/1962, E. D., t. 5, p. 230.

(nota 2) C. Civil Cap., Sala A, 30/8/1973, E. D., t. 55, p. 214; íd., 30/4/1975, J. A., t. 28,

1975, p. 328; Sala B, 13/2/1970, J. A., t. 8, 1970, p. 916, núm. 217; Sala C, 28/2/1973, E. D., t. 48, p. 280; Sala D, 15/6/1972, J. A., t. 16, 1972, p. 41; Sala F, 24/4/1973, E. D., t. 48, p. 278; íd., 25/4/1972, J. A., t. 16, 1972, p. 41; C. Com. Cap., Sala B, 13/11/1968, E. D., t. 27, p. 571. En contra, juez Dr. Yáñez Álvarez, 14/4/1972, E. D., t. 43, p. 705.

(nota 3) C. Civil Cap., Sala A, 23/5/1967, J. A., 1967-IV, p. 451, n° 21; Sala D, 14/3/1966, L.L., t. 122, p. 463; íd., 15/6/1972, E. D., t. 47, p. 476, y J. A., t. 16, 1972, p. 41; Sala F, 25/4/1972, J. A., t. 16, 1972, p. 41. De acuerdo: RACCIATTI, Propiedad por pisos o por departamentos, n° 135.

(nota 4) C. Civil Cap., Sala A, 23/10/1969, E. D., t. 32, p. 367; Sala D, 11/10/1966, E. D., t. 16, p. 346.

1111/732

732. b) Gastos hechos por uno de los propietarios.— En este supuesto el titular de la acción es naturalmente el propietario que ha hecho los gastos, quien la conserva aun cuando se haya desprendido de la propiedad del inmueble. Se ha declarado que la acción debe interponerse contra el consorcio y no contra los propietarios (ver nota 1). Nos parece una solución discutible. Si bien no cabe duda de que es procedente la acción contra el consorcio, no se ve inconveniente procesal en que la acción se dirija contra cada uno de los copropietarios por separado en la proporción que cada uno le toca en la deuda, porque en definitiva ellos son los deudores últimos de la obligación. Claro está que razones de economía procesal y de comodidad inducirán casi siempre al propietario que ha realizado el gasto a dirigir su acción contra el consorcio y no dividirla entre todos los copropietarios.

(nota 1) C. Com., Cap., Sala A, 21/11/1962, E. D., t. 5, p. 230. El caso se refería a gastos hechos por el administrador, pero la solución es obviamente aplicable al caso de que hayan sido realizados por uno de los copropietarios.

1111/733

733. PROCEDIMIENTO.— El puntual cumplimiento de las obligaciones que surgen de la convivencia en la propiedad horizontal, es fundamental para el buen funcionamiento del consorcio. Es natural entonces que éste disponga de acciones rápidas para obtener el pago de las expensas comunes. La ley 13512 no había previsto el procedimiento ejecutivo para la

sustanciación del juicio; pero resultaba tan evidente su necesidad práctica, que los tribunales empezaron a admitirlo, no obstante que ninguna disposición legal lo autorizaba, cuando el reglamento de copropiedad preveía esa vía ejecutiva para el cobro de la obligación. Esa jurisprudencia cada vez más firme fue finalmente convalidada por el nuevo Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, cuyo art. 524 Ver Texto dispone que constituirá título ejecutivo el crédito por expensas comunes de edificios sujetos al régimen de propiedad horizontal. En el escrito en que se promueve la ejecución deberán acompañarse certificados de deuda que reúnan los requisitos exigidos por el reglamento de copropiedad. Si éste no los hubiera previsto, deberá agregarse copia protocolizada de las actas de las reuniones del consorcio, celebradas de conformidad con el reglamento, en las que se ordenaron o aprobaron las expensas.

Como puede apreciarse, la disposición legal prevé dos situaciones distintas: que el reglamento de copropiedad haya previsto o no los requisitos que deberán acompañarse con el certificado de deuda. Si los ha previsto, debe estarse a lo dispuesto en el reglamento de copropiedad, aunque siempre será indispensable presentar el testimonio del reglamento como prueba de cuáles son los requisitos que exige y el certificado de deuda.

Si el reglamento no los hubiera previsto, deberá acompañarse: copia protocolizada de las actas de las reuniones del consorcio en las cuales se ordenaron o aprobaron las expensas; y constancia de la deuda líquida y exigible y del plazo concedido a los copropietarios para abonarla, expedido por el administrador a quien haga sus veces.

Los Tribunales han declarado reiteradamente que si bien la ley manda ser cuidadoso en el examen del instrumento que lleva aparejada ejecución, no debe extremarse innecesariamente ese rigor dentro de un sistema en que el cobro regular de las expensas comunes es fundamental para su normal funcionamiento (ver nota 1). Por ello mismo, se ha declarado que en el juicio ejecutivo por cobro de expensas comunes, no procede discutir la nulidad de la designación del administrador del consorcio (ver nota 2); ni la nulidad de la asamblea que fijó el saldo deudor del consorcista y la proporción con que debía contribuir a los gastos del edificio (ver nota 3); ni cuestionar las cláusulas del reglamento de copropiedad (ver nota 4); ni aducirse la ineficacia o nulidad de la asamblea de los copropietarios que modificó el reglamento de copropiedad (ver nota 5). Se ha declarado asimismo que los certificados de las actas emanadas de un escribano que da fe de que son copia fiel de sus originales, equivale al acta protocolizada a que se refiere el reglamento de copropiedad para el cobro de las expensas comunes (ver nota 6); que la exigencia formal contenida frecuentemente en los reglamentos de copropiedad de notificar telegráficamente al deudor moroso antes de iniciar el juicio ejecutivo por cobro de expensas comunes, no constituye un requisito esencial, desde que el requerimiento quedará cumplido suficientemente con la intimación del pago y citación de remate que habrá de realizarse (ver nota 7).

En todas estas decisiones se revela la firme tendencia de los Tribunales de evitar toda

cuestión que dilate el cumplimiento puntual de la obligación de pagar las expensas comunes.

(nota 1) C. Civil Cap., Sala A, 21/9/1971, E. D., t. 39, p. 330; Sala B, 19/11/1971, E. D., t. 40, n° 19.270; C. Civil Cap., Sala C, 24/12/1968, E. D., t. 27, p. 575; íd., 11/6/1970, E. D., t. 39, p. 283; íd., 16/8/1972, E. D., t. 48, n° 22.279; C. Civil Cap., Sala D, 19/3/1965, E. D., t. 11, p. 395; Sala F, 16/11/1971, E. D., t. 40, n° 19.269.

(nota 2) C. Civil Cap., Sala A, 28/3/1967, E. D., t. 19, p. 131; íd., 9/4/1970, E. D., t. 34, p. 188; íd., 24/3/1972, E. D., t. 43, n° 20.571; Sala C, 31/5/1972, J.A., n° 20.946; Sala D, 27/3/1963, E. D., t. 5, p. 241; Sala F, 2/4/1964, E. D., t. 8, p. 23, etc.

(nota 3) C. Civil Cap., Sala C, 30/12/1969, E. D., t. 32, p. 524.

(nota 4) C. Civil Cap., Sala D, 3/9/1970, E. D., t. 36, p. 725.

(nota 5) C. Civil Cap., Sala A, 9/4/1970, E. D., t. 34, p. 188.

(nota 6) C. Civil Cap., Sala B, 30/6/1967, L. L., t. 127, p. 1158, fallo 15.840-S.

(nota 7) C. Civil Cap., Sala A, 16/6/1970, E. D., t. 39, p. 337; íd., 16/10/1969, E. D., t. 39, p. 334; íd., 21/9/1971, E. D., t. 39, p. 330; Sala C, 1/8/1966, L.L., t. 124, fallo 14.508-S.

1111/734

734. PRIVILEGIO.— Según el art. 17 Ver Texto , ley 13512, el crédito del consorcio contra los propietarios que no han pagado las expensas comunes goza del privilegio y derechos previstos en los arts. 2686 Ver Texto y 3901 Ver Texto del C. Civil.

El primero de ellos confiere el derecho de retención al condómino que hubiera realizado gastos de conservación o reparación de la cosa común hasta tanto sea pagado por sus condóminos. Sin embargo, hay que advertir que la posibilidad de que funcione el derecho de retención en la propiedad horizontal es remota, porque las deudas se originan mientras el deudor continúa teniendo en su poder el departamento; y, por consiguiente, el consorcio no

puede usar del derecho de retención sobre una cosa que no tiene en su poder. Sólo excepcionalmente, en caso de que se hubiera tratado de reformas importantes que hubiera exigido la entrega de la tenencia del departamento al consorcio, éste podrá retenerlo hasta no ser pagado en la parte que corresponde al propietario deudor.

El art. 3901 Ver Texto se refiere al privilegio del conservador; vale decir, el consorcio tiene el mismo privilegio de aquél. Cabe añadir que conforme con la ley 19551, art. 265 Ver Texto , en caso del concurso o quiebra del deudor, los gastos hechos para la construcción, mejora o conservación de una cosa sobre ésta mientras exista en poder del concursado, gozan del segundo rango entre los privilegios especiales, inmediatamente después del que goza el retenedor de la cosa. Esa disposición es aplicable en un todo a los gastos de expensas comunes, que, por consiguiente, ocupa el segundo rango entre los privilegios especiales.

1111/735

735.— Una colisión frecuente se produce entre el privilegio del acreedor hipotecario y el del consorcio por expensas comunes. La jurisprudencia ha decidido invariablemente que tiene preferencia el crédito del acreedor hipotecario (ver nota 1).

Sin embargo, después de entrar en vigencia la nueva Ley de Concursos 19551 , esta jurisprudencia sólo es aplicable al caso de que la concurrencia de ambos privilegios se opere sin que se haya dictado el concurso civil o comercial del deudor; por el contrario, en caso de concurso, los gastos por expensas comunes, tienen privilegio respecto de los créditos garantizados con hipoteca, prendas u otros derechos reales. Es lo que disponen claramente los arts. 265 Ver Texto y 267 Ver Texto , ley 19551, respecto del crédito de conservación, al cual, ya lo dijimos, hay que equiparar el nacido de las expensas comunes.

Pero no cabe duda que carece de sentido que el crédito del acreedor hipotecario tenga preferencia sobre las expensas comunes si no hay quiebra o concurso y que, en caso de haberlo, se invierta el orden de preferencia. Pensamos que dado la nueva situación surgida de la ley 19551 , los Tribunales deberán revisar su jurisprudencia y decidir en todo caso, haya o no concurso, que el privilegio por expensas comunes tiene preferencia respecto del acreedor hipotecario.

(nota 1) C. Civil Cap., Sala B, 19/5/1965, E. D., t. 11, p. 381; íd., 10/8/1965, J.A., 1965-VI, p. 580; Sala B, 2/7/1965, E. D., t. 11, p. 380 y J. a., 1965-VI, p. 572, con nota de LAQUIS; íd., 14/3/1966, E. D., t. 15, p. 408; Sala F, 21/9/1965, causa n° 110.223 (inérita); C. Com. Cap., Sala A, 30/4/1968, E. D., t. 23, p. 191.

1111/736

736. LAS EXPENSAS COMUNES Y EL BIEN DE FAMILIA.— La inembargabilidad del bien de familia no puede oponerse cuando se trata de la ejecución de un crédito originado en expensas comunes (ver nota 1). Esta solución se impone por la muy simple razón de que, de lo contrario, bastaría con afectar un departamento al régimen de bien de familia, para hacer imposible el cobro compulsivo de las expensas comunes. Esta reflexión es suficiente para comprender la necesidad de que el cobro de las expensas comunes autorice la ejecución inclusive del bien de familia.

(nota 1) C. Civil Cap., Sala B, 30/5/1970, J. A., fallo n° 20.944, con nota aprobatoria de RACCIATTI. Si bien la doctrina del Tribunal es correcta, no estamos de acuerdo con su fundamento. El Tribunal sostiene que las obligaciones originadas por las expensas comunes constituyen una obligación existente desde el principio mismo de la vida del consorcio y, por ende, anterior a la afectación del inmueble como bien de familia. Por nuestra parte pensamos que la duda nace a raíz del incumplimiento de las obligaciones derivadas de los gastos comunes y no de la constitución del consorcio.

1111/11920

§ 3. Constitución del consorcio

1111/11930

A.— PROCESO PREVIO

1111/737

737. EL PROBLEMA: LEY 19724 (ver nota 1).— La aplicación práctica de la Ley de Propiedad Horizontal trajo aparejados algunos graves problemas con relación a la venta de los departamentos, sobre todo en la etapa de la construcción. Constructores desaprensivos ofrecían en venta departamentos sobre terrenos aún no escriturados o hipotecaban el bien vendido, obligando a los compradores que ya habían pagado el precio a levantar la hipoteca, o simplemente, después de haber cobrado una parte importante del precio, caían en quiebra, arrastrando a ella los departamentos todavía no escriturados. El agudo problema

de la vivienda impulsaba a los compradores a adquirir departamentos sin tomar las seguridades del caso, suscribiendo verdaderos contratos de adhesión, en los que todas las cláusulas eran fijadas por el vendedor. Numerosas iniciativas se propusieron para resolver la situación de los adquirentes, e incluso se dictó el decreto-ley 9032/63, destinado precisamente a la protección de los adquirentes, pero que nunca llegó a tener vigencia efectiva por la imposibilidad práctica de estructurar el complejo mecanismo administrativo que requería. El nuevo art. 1185 bis Ver Texto , C. Civil, introducido por la ley 17711 , atenuaba algunos de estos graves inconvenientes para el caso de quiebra del vendedor de los departamentos. Pero la solución integral del problema fue afrontada recién por la ley 19724 que crea el régimen llamado de prehorizontalidad.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: GATTI y ALTERINI, Ley de Prehorizontalidad, L. L., t. 147, p. 1111; estudio ampliado en la obra de los mismos autores Prehorizontalidad y boleto de compraventa, Buenos Aires, 1973; BENDERSKY, Interpretación de la ley 19724 de prehorizontalidad, L.L., t. 147, p. 1308; MOSSET ITURRASPE, Acerca de la Ley de Prehorizontalidad, J. A., Doctrina, 1973, p. 614; LLACH, Prehorizontalidad; modalidades de los diferentes sistemas legales, Revista del Notariado, n° 724, p. 1193; LAQUIS, Reflexiones críticas sobre la Ley de Prehorizontalidad, L. L., t. 149, p. 982; MARIANI DE VIDAL, Curso de derechos reales, t. 2, p. 197 y s.

1111/11940

1.— Afectación del edificio

1111/738

738. OBLIGACIÓN DE SOMETERSE AL RÉGIMEN DE AFECTACIÓN.— Todo propietario de edificio construido o en construcción o de terreno destinado a construir en él un edificio que se proponga adjudicarlo o enajenarlo a título oneroso por el régimen de propiedad horizontal, debe hacer constar en escritura pública su declaración de voluntad de afectar el inmueble a la subdivisión y transferencia del dominio de unidades por tal régimen (art. 1 Ver Texto , ley 19724).

La Cámara Civil de la Capital, reunida en Tribunal Plenario, resolvió que el incumplimiento de esta obligación priva de todo derecho al propietario de reclamar de los compradores de las unidades, ya sea el cumplimiento del contrato, ya sea su resolución; y en el mismo fallo se resolvió que los derechos que la ley 19724 confiere al comprador son

irrenunciables (ver nota 1).

1111/739

739.— Conforme con la ley 20276, art. 1 Ver Texto , quedan excluidas de las disposiciones de la ley 19724 y, por consiguiente, de la obligación de someterse al régimen de afectación prevista en ella;

a) La adjudicación de unidades particulares de inmuebles que se haga a los condóminos comuneros, socios o asociados, por partición o división de condominio, comunidad hereditaria, sociedad o asociación; en este caso no se justificaría ajustarse al régimen de la ley 19724 que está pensado para proteger a terceros adquirentes y no a los condóminos, socios o comuneros que dividen un inmueble común;

b) La adjudicación o enajenación de unidades particulares en inmuebles del dominio privado del Estado nacional, las provincias y las 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 art. 32 Ver Texto de la ley 19724 y los contratos celebrados serán inoponibles al ente financiador y a quienes hubieran contratado con él. En los casos previstos por los incisos b y c, la intervención de los órganos del Estado asegura suficientemente a los adquirentes contra cualquier maniobra destinada a perjudicarlos;

d) Los edificios ya afectados o que se afecten al régimen de la ley 13512 dentro de los noventa días de la publicación de la presente y los que lo sean en lo sucesivo sin haberse comercializado previamente una o más de sus unidades.

1111/740

740. LA ESCRITURA DE AFECTACIÓN.— Al otorgarse la escritura de afectación, el

propietario del inmueble debe entregar al escribano la siguiente documentación que se agregará a aquélla: a) copia íntegra certificada del título de dominio, con constancia del escribano de haberlo tenido a la vista; b) plano de mensura debidamente aprobado; c) copia del plano del proyecto de la obra, con la constancia de aprobación de la autoridad competente; d) proyecto del plano de subdivisión firmado por profesional con título habilitante; e) proyecto de reglamento de copropiedad y administración. Asimismo se agregarán certificados expedidos por el Registro de Propiedad Inmueble y oficina catastral correspondiente en su caso, de los cuales resulten las condiciones de dominio del inmueble, sus restricciones, así como que éste y su propietario no estén afectados por medidas cautelares. La existencia de obligaciones garantizadas con derecho real de hipoteca no impedirá la afectación si el propietario acredita documentadamente en el mismo acto que están cumplidas las obligaciones exigibles emergentes de la hipoteca (art. 3 Ver Texto).

Aunque esta norma dice que todos estos documentos se presentarán al otorgarse la escritura, es evidente que ellos deben ser entregados al escribano antes de que éste redacte la escritura y que el escribano no debe proceder a redactarla mientras no los tenga en su poder, pues de lo contrario no podría otorgarla.

Dos acotaciones más. La primera es que la escritura no puede otorgarse si del certificado expedido por el Registro de la Propiedad resultan existir medidas cautelares que afecten el inmueble, tales como embargo, inhibición, anotación de litis, etc. La segunda, que el propietario no podrá afectar el inmueble hipotecado, si no se demuestra que está al día el pago de los servicios hipotecarios. Como los recibos de los pagos de intereses y amortización se hacen siempre por instrumento privado, bastará que el propietario presente estos recibos. Claro está que podría falsificarlos, pero en ese caso incurriría en la responsabilidad establecida en el art. 293 Ver Texto del Código Penal (art. 33 Ver Texto , ley 19724).

1111/741

741.— La escritura de afectación deberá tener las siguientes constancias: a) estado de ocupación del inmueble; 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 cierto plazo de un número determinado de ellas, dicho plazo no podrá exceder de un año ni el número de unidades ser superior al 50%; d) cumplimiento de los recaudos a que se refiere el art. 3 Ver Texto de la ley (art. 2 Ver Texto , ley 19724).

El problema considerado en el inciso c) se vincula con la eventualidad de la retractación de la afectación, a la que aludiremos más adelante (nº 745).

1111/742

742.— La escritura de afectación se anotará en el Registro de la Propiedad Inmueble y éste hará constar esa circunstancia en los certificados que expida (art. 4 Ver Texto).

Se ha resuelto que la inscripción del reglamento de copropiedad posterior a la firma de los boletos de compraventa, no hace inaplicables los efectos de la falta de anotación del bien al régimen de prehorizontalidad e inscripción de los respectivos boletos en el Registro de la Propiedad que prevé la ley 19724 , salvo que el enajenante ofreciere contemporáneamente la entrega de la posesión y escritura, estas operaciones estuvieran expeditas y el comprador no tuviere el derecho de resolver el contrato (ver nota 2).

1111/743

743. EFECTOS DE LA AFECTACIÓN.— La afectación del inmueble al régimen de prehorizontalidad tiene muy importantes efectos:

a) El propietario queda inhibido para disponer del inmueble o para gravarlo de forma distinta a la que la misma ley permite. La venta total o parcial del inmueble a terceros no afectará los derechos de los adquirentes de unidades cuyos contratos hayan sido registrados (art. 4 Ver Texto , ley 19724). Es decir, que la enajenación hecha por el propietario a terceros es válida entre las partes, pero inoponible a los anteriores adquirentes de unidades que hayan registrado el contrato conforme con lo ordenado en la ley.

La ley 19724 protege así a los adquirentes contra la enajenación o gravamen del inmueble, pero no contra la ejecución por parte de los acreedores comunes del vendedor, lo que es uno de los graves defectos de la ley, como hemos de ponerlo de manifiesto más adelante (véase nº 758).

b) Los acreedores con hipoteca constituida conforme con la ley están obligados a aceptar cancelaciones parciales al escriturarse cada unidad (art. 23 Ver Texto). Aunque la ley no lo prevé, pensamos que igual obligación tienen en el supuesto de ejecución de la hipoteca (véase nº 757).

c) En caso de ejecución del inmueble por acreedores hipotecarios o comunes, los adquirentes tienen el derecho a adjudicarse el inmueble en las condiciones que más adelante se analizarán (véase nº 757 y sig.).

744. PUBLICIDAD DE LA AFECTACIÓN.— La publicidad de la afectación resulta desde luego de su inscripción en el Registro de la Propiedad; pero la ley ha ido más allá y ha querido que esa publicidad tenga una exteriorización real que importe una protección práctica y afectiva de los adquirentes.

Así, el art. 8 Ver Texto dispone que 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.

El art. 9 Ver Texto impone una obligación de lealtad al oferente de unidades. Dice que queda prohibido en cualquier forma de oferta: a) anunciar el precio de venta o parte de él en forma que induzca a error o no indicar el precio total si se menciona una parte; b) anunciar en forma incompleta los planes de financiación y plazos de pago; c) ofrecer formas de pago, condiciones o planes de financiación por terceras personas o instituciones de crédito que no hayan sido efectivamente convenidos o acordados.

A su vez, el art. 10 Ver Texto dispone que 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 art. 3 Ver Texto 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.

Por último, insistiendo en el deber de lealtad contractual, el art. 11 Ver Texto establece que todas las personas que intervengan en operaciones comprendidas en la presente ley están obligada 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.

Son todas obligaciones tendientes a asegurar a los compradores una información leal y completa sobre el contrato, el estado del dominio, etc.; y su cumplimiento está garantizado por las penalidades establecidas en el art. 32 Ver Texto a quien las infringe, que pueden llegar hasta dos años de prisión.

1111/11950

2.— Retracción y desafectación

1111/745

745. RETRACTACIÓN.— Ocurre a veces que el propietario que se propone construir una obra en propiedad horizontal no encuentra interesados en adquirir los departamentos en número suficiente como para permitirle financiar la obra, para lo cual cuenta naturalmente con las entregas de dinero de los compradores. La ley prevé esta situación y permite al adquirente retractar la afectación y los contratos, siempre que al hacer la venta de las unidades, ella hubiera quedado condicionada a que el propietario haya logrado enajenar en un cierto plazo un determinado número de viviendas; pero el plazo no podrá exceder de un año ni el número de unidades al del 50% (art. 2 Ver Texto , inc. c y art. 6 Ver Texto). En ese supuesto, el propietario queda autorizado a dejar sin efecto los contratos de venta, devolviendo 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 del descuento (art. 6 Ver Texto).

La retractación se hará por escritura pública otorgada dentro de los diez días de expirado el plazo establecido en la escritura de afectación, ante el mismo escribano en que se otorgó ésta; la escritura de retractación será anotada en el Registro de la Propiedad Inmueble (art. 6 Ver Texto). 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 (art. citado).

1111/746

746. DESAFECTACIÓN.— Para retractar la afectación de un inmueble, basta la sola expresión de la voluntad del enajenante, siempre, claro está, que se cumplan los requisitos legales que hacen posible la retractación. La desafectación, en cambio, exige una resolución judicial, tomada a pedido del propietario enajenante.

Dispone el art. 7 Ver Texto que el propietario también puede solicitar judicialmente la desafectación, si acredita sumariamente que: a) transcurridos seis 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 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) deberá asimismo acreditar que está debidamente asegurada la restitución a los adquirentes de todo lo que hubiesen pagado por cualquier concepto, con más un interés igual al fijado por el Banco de la Nación Argentina para las operaciones normales de descuento.

No se justifica la intervención judicial en el supuesto de que no se hubiesen enajenado unidades, desde que no hay ningún interés legítimo de terceros comprometidos; en este caso, es obvio que debería bastar la simple expresión de la voluntad del propietario enajenante (ver nota 3).

En el supuesto del inciso b) se justifica la intervención judicial para que se acredite no sólo la rescisión voluntaria de los contratos registrados, sino también la restitución de lo pagado con más el interés. Más aún se justifica esa intervención en el supuesto del inciso c) porque allí el juez tendrá inclusive que valorar si existe justa causa en la imposibilidad de iniciar o continuar la obra.

(nota 1) C. Civil Cap. en Pleno, 28/2/1979, E. D., t. 82, p. 142 y L. L., 1979-A., p. 528.

(nota 2) C. Civil Cap. en Pleno, 26/3/1985, E. D., t. 113, p. 264 y L. L., 1985-B, p. 424.

(nota 3) De acuerdo: GATTI y ALTERINI, Ley de Prehorizontalidad, L. L., t. 147, p. 1117.

1111/11960

3.— Contratos de venta de unidades

1111/747

747. ESPECIFICACIONES QUE DEBEN CONTENER.— Los contratos de enajenación y adjudicación de unidades deben contener: a) los siguientes datos de las partes: I. Cuando se trate de personas de existencia visible su nombre, domicilio, estado civil, nacionalidad y número de documento de identidad; II. Cuando se trate de personas jurídicas, la razón social o denominación y el domicilio, acreditándose la existencia de la entidad, su inscripción en el Registro Público de Comercio cuando fuere exigible, y la representación de quienes comparecieren por ella. En cualquiera de los dos casos, cuando se invocare mandato o representación debe dejarse constancia del documento que lo pruebe; b) datos correspondientes al dominio del enajenado, con las condiciones de su inscripción; c) constancia de la escritura de afectación, de su anotación y de que en poder del escribano obra copia simple certificada para el adquirente; d) la individualización y características de la unidad enajenada, su ubicación y el porcentaje estimado que se asigna a ella; e) forma de pago del precio y cuando el saldo adeudado fuere en cuotas, el número de ellas y si son documentadas, total o parcialmente en pagarés u otros títulos de crédito; f) plazos, monto y condiciones de los gravámenes que el propietario hubiere constituido o se proponga constituir y que afecten al inmueble; g) plazos y condiciones en que se otorgará la posesión; h) en su caso, la condición prevista en el inciso c) del art. 2 Ver Texto (art. 13 Ver Texto). El inciso h) se refiere a la condición que el enajenante puede poner en los contratos, de que la enajenación sólo quedará firme si se vende en un cierto tiempo un determinado número de unidades.

1111/748

748. FORMA DE LA REDACCIÓN.— El art. 14 Ver Texto vuelve sobre el deber de lealtad que es una preocupación dominante en la ley. Dice que 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, como así los supuestos previstos en los incisos f) y h) del art. 13 Ver Texto sólo tendrán efecto si son expresamente aceptadas por el adquirente en cláusula especial firmada por éste.

No se entiende bien qué significa el requerimiento de la cláusula especial firmada por el adquirente. Obviamente, estas cláusulas deben figurar en el contrato, y basta con ello para que tengan plena validez. Pensamos que la más razonable interpretación de esta disposición es que debe tratarse de cláusulas claramente redactadas y de que todas ellas deben ser expresas.

Con el mismo propósito de proteger al adquirente, el art. 5 Ver Texto le otorga el derecho de 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 art. 3 Ver Texto .

1111/749

749. CLÁUSULAS DE REAJUSTE.— La grave inflación que padece nuestra economía, ha hecho necesario prever las cláusulas de reajuste, que son habituales en las ventas de departamentos a construirse. El art. 15 Ver Texto dispone que tales cláusulas deberán constar de manera que resulte con toda claridad el criterio de reajuste aplicable. Y agrega que 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.

Vale decir, la ley no excluye la posibilidad de que el reajuste del precio se dirima por árbitros; sólo prohíbe la designación como tales de terceros vinculados con los propietarios vendedores o constructores. La limitación es desafortunada. ¿Qué debe entenderse por terceros vinculados al propietario, vendedor o constructor? ¿Se trata de una vinculación comercial o simplemente amistosa? Y, finalmente, ¿cómo probar dicha vinculación?

Pensamos que debió prohibirse de manera absoluta la fijación del reajuste por árbitros, de modo que dicho reajuste se haga efectivo sobre la base de criterios objetivos, expresa y claramente establecidos en el contrato.

1111/750

750. SEÑAS O ANTICIPOS.— El art. 16 Ver Texto establece que 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.

Obviamente la ley se refiere a los supuestos en que deben restituirse tales anticipos o señas, es decir, a los supuestos de rescisión del contrato.

Este artículo adolece de una imprecisión desconcertante. ¿Quiénes son todos los intervinientes? Sería absurdo, por ejemplo, que fuera responsable el simple comisionista que se ha limitado a poner en contacto a comprador y vendedor, parecería justo que solamente el vendedor que ha recibido las señas o anticipos deba considerarse responsable.

1111/751

751. REGISTRO DE LOS CONTRATOS.— El propietario debe registrar los contratos celebrados con los adquirentes en el Registro de la Propiedad Inmueble correspondiente a la jurisdicción del inmueble afectado, poniéndose nota de ello en el contrato. El adquirente puede en cualquier tiempo registrar el contrato. 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 posesión otorgada en virtud de un contrato no registrado, es inoponible a quien ejerce su derecho a consecuencia de un contrato debidamente registrado (art. 12 Ver Texto). El último inciso importa una restricción de los derechos que el art. 2355 Ver Texto del C. Civil reconoce a quien ha adquirido la posesión de inmuebles de buena fe mediando boletos de compraventa, que conforme a la disposición citada se reputa legítima. La implantación del régimen de registro para la venta de unidades en la propiedad horizontal, justifica que en este supuesto, el contrato registrado tenga preferencia sobre el no registrado aunque se haya otorgado la posesión.

El incumplimiento de la obligación de afectar el inmueble al régimen de la prehorizontalidad y, en su caso, con la inscripción registral en los contratos que otorgare con relación a las unidades, impide al propietario reclamar de los adquirentes el cumplimiento de sus obligaciones y la resolución del contrato (ver nota 1). Pero esta doctrina, sentada en Tribunal Plenario de la Capital Federal, no se aplica al caso de que se haya dictado el reglamento de copropiedad y se lo ha inscripto en el Registro de la Propiedad, lo que justifica que el bien está íntegramente construido y dividido por el régimen de la ley 13512 ; en ese caso el incumplimiento de las exigencias de la ley 19724 no obsta al reclamo de la resolución del boleto (ver nota 2).

También se ha declarado que la inscripción del boleto es una obligación pura y simple, que precisa de la interpelación para su constitución en mora; y el Tribunal agregó, con cierto, que sería irrazonable exigir al vendedor que para oponer la teoría de la imprevisión registrara previamente el contrato —cuando no fue constituido en mora para ello— si lo que se persigue es precisamente desligarse del contrato (ver nota 3).

1111/752

752. CESIÓN DEL CONTRATO.— 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 (art. 17 Ver Texto). Es una disposición razonable. Importando la compraventa un contrato que supone obligaciones recíprocas, es claro que la transferencia del boleto de compraventa no podrá liberar al comprador de las obligaciones contraídas con el propietario mientras éste no dé su conformidad.

Cabe preguntarse, sin embargo, si es posible anotar una transferencia que no haya tenido la conformidad del propietario. Pensamos que sí lo es. El interés del propietario vendedor queda satisfecho desde el momento que, faltando su conformidad, el que transfirió los derechos permanece obligado respecto de él. En otras palabras la transferencia del boleto de compraventa es válida e inscribe en el Registro de la Propiedad, haya o no conformidad del propietario; pero sólo mediando dicha conformidad queda liberado el transmitente del contrato, de las obligaciones que éste le impone (ver nota 4).

1111/753

753. RESCISIÓN O RESOLUCIÓN DEL CONTRATO.— La rescisión o resolución del contrato debe anotarse en el Registro de la Propiedad Inmueble. La omisión de dicho acto importa para el propietario la prohibición de disponer de la unidad (art. 18 Ver Texto).

1111/12170

753 bis. APLICACIÓN DE LA LEY 14005.— La Cámara Civil de la Capital, reunida en Tribunal Plenario, declaró que la ley 14005 acerca de renta de inmuebles fraccionados en lotes y cuyo precio deba satisfacerse en cuotas, rige también el supuesto en el cual se hubiera indicado en el boleto que la venta en mensualidades era de una unidad funcional, que el adquirente debía construir a su cargo bajo el régimen de la ley 13512 de propiedad horizontal (ver nota 5).

(nota 1) C. Civil en Pleno Cap., 28/2/1979, L. L., 1979-A, p. 527, E. D., t. 82, p. 142 y J. A., 1979-I, p. 559 Ver Texto . Véase la aguda crítica a la doctrina del Plenario de ABELLEYRA, La Ley de Prehorizontalidad, L.L., 1979-C, p. 915.

(nota 2) C. Civil Cap., Sala A, 9/6/1979, E. D., t. 85, p. 269.

(nota 3) C. Civil Cap., Sala C, 23/8/1979, E. D. t. 87, p. 293.

(nota 4) MOSSET DE ITURRASPE está de acuerdo en que la cesión es válida con el alcance que decimos en el texto, aunque no se pronuncia sobre la posibilidad de registración: Acerca de la Ley de Prehorizontalidad, J. A., Doctrina 1973, p. 614, n° V.

(nota 5) C. Civil Cap. en Pleno, 20/11/1986, E. D., t. 121, p. 497.

1111/11970

4.— Hipoteca del inmueble afectado

1111/754

754. OBLIGACIONES RESPECTO DEL 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 encuentran 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 (art. 19 Ver Texto). Son disposiciones tendientes a proteger el interés del acreedor hipotecario.

1111/755

755. CONSTITUCIÓN DE HIPOTECA NO PREVISTA EN LOS CONTRATOS.— La constitución del derecho real de hipoteca no prevista en los contratos de adjudicación o enajenación, no puede efectuarse sin media oposición de adquirentes cuyos contratos estén anotados en el Registro de la Propiedad Inmueble. Sin perjuicio de ello, el propietario podrá solicitar judicialmente autorización para constituir derecho real de hipoteca en favor de persona determinada si acreditará justa causa. El juicio tramitará por vía sumarísima (art. 20 Ver Texto). Al hablar de las hipotecas previstas en los contratos de adjudicación o enajenación se alude a la llamada reserva de hipoteca, a que se refiere específicamente el art. 13 Ver Texto , inc. f) que dispone que en los contratos de adjudicación y enajenación de unidades, debe especificarse el plazo, monto y condiciones de los gravámenes que el propietario hubiere constituido o se propone constituir y que afecten al inmueble. Mediando esta cláusula, los adquirentes no tienen derecho a oponerse a la constitución de la hipoteca. En cambio pueden hacerlo, si tal previsión no se hubiera hecho en sus contratos.

Sin embargo, la ley, razonablemente, permite al propietario vencer la oposición de los adquirentes, solicitando judicialmente autorización para constituir la hipoteca, para lo cual deberá acreditar justa causa. La ley no dice en qué consiste dicha justa causa, que queda, por consiguiente, librada a la apreciación judicial. Puede, en efecto, ocurrir que la hipoteca sea indispensable para continuar o concluir la obra. Si ello es así y si además el constructor

demuestre haber procedido con honestidad y prudencia en la marcha de la obra, el juez puede conceder la autorización. Será también un elemento de juicio importante el consentimiento prestado por la mayoría de los adquirentes, pues no es posible que la actitud irrazonable o caprichosa de algunos adquirentes frustre la prosecución de la obra en perjuicio de todos.

Se dispone igualmente que el juicio tramite por vía sumarísima, lo que es razonable, porque pueden existir problemas urgentes que obliguen a recurrir al crédito. La paralización prolongada de la obra puede causar perjuicios muy graves o quizás irreparables.

1111/11980

5.— Ejecución judicial del edificio

1111/756

756. DISTINTAS HIPÓTESIS.— La ley distingue dos hipótesis en caso de ejecución del inmueble afectado: cuando se origine en un crédito hipotecario o cuando se fundare en un crédito quirografario.

1111/757

757. a) Ejecución por acreedores hipotecarios.— Cuando la ejecución se hiciera 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 hubiere efectivamente abonado, con más un interés igual al fijado por el Banco de la Nación Argentina para las operaciones normales de descuento (art. 24 Ver Texto , inc. a).

Hay que advertir que los adquirentes de los departamentos están suficientemente protegidos contra la eventualidad de una ejecución hipotecaria, desde que ella sólo se concibe si la hipoteca es anterior al boleto (art. 13 Ver Texto , inc. e) o si medió reserva de la facultad de constituirlo (art. 13 Ver Texto , inc. f) o si, posteriormente, tuvo autorización de los adquirentes o subsidiariamente del juez, para constituirlo (art. 20 Ver Texto). Y es natural que en todos estos casos, la ejecución hipotecaria afecte a los compradores, por más que tengan inscripto el boleto. Pero aun en la hipótesis de la ejecución del bien, la ley confiere a los adquirentes el derecho a sustituirse al comprador abonándole el precio obtenido y todos los gastos que aquél hubiese efectivamente abonado, con más un interés igual al fijado por

el Banco de la Nación para las operaciones de descuento.

Es un recurso complicado y de difícil utilización práctica. Por lo pronto, es evidente que este derecho es reconocido a todos los adquirentes en su conjunto, y no a cualquiera de ellos por separado. No se justificaría, en efecto, que uno de los adquirentes pudiera sustituir al comprador en remate judicial en todo el edificio, pues nada justificaría que se le reconozca ese derecho privilegiado. Esto significa que todos los adquirentes tienen que ponerse de acuerdo para pagar la totalidad del precio obtenido en el remate judicial, con más los gastos y costas, lo que hace muy difícil que en la práctica pueda funcionar este recurso.

La ley incurre en un evidente error al reconocerles el derecho de la adjudicación del edificio, si abonan al comprador el precio y los gastos. No es al comprador a quien se debe abonar el precio, sino al acreedor hipotecario; al comprador sólo deben restituirle la parte del precio que él haya pagado y los gastos, más el interés correspondiente.

Tampoco dice la ley qué plazo tienen los adquirentes para hacer uso del derecho de adjudicación del bien. Pensamos que el derecho a pedir la adjudicación del bien, se extingue una vez que el comprador ha depositado la totalidad del precio, siempre que lo haya hecho como es normal, después de la aprobación del remate por el juez. Abonado el precio por el comprador, la operación de compraventa queda concluida y no sería ya posible dejarla sin efecto.

Hay que agregar que los adquirentes con contrato registrado tienen en todo momento el derecho de abonar al acreedor hipotecario la parte correspondiente a su unidad en caso de falta de pago por el deudor, quedando desde luego libre de los efectos de la ejecución (art. 22 Ver Texto). Es lamentable que la ley no haya dispuesto expresamente la obligación de notificar a los compradores la iniciación de la ejecución hipotecaria, para darles la oportunidad de ejercer su derecho, lo que no obsta a nuestro juicio, a que los jueces lo dispongan.

1111/758

758. b) Ejecución por acreedores quirografarios.— Si la ejecución se hiciera 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 (art. 24 Ver Texto , inc. b).

No cabe duda que ésta es una de las disposiciones más infortunadas de la ley. Las

objecciones a que se hace acreedor este inciso son múltiples y gravísimas:

1) En primer lugar, se aplica únicamente en el caso de no mediar concurso civil o comercial; lo que significa que si lo hay, sigue regiendo el art. 1185 bis Ver Texto , del C. Civil, según el cual los boletos de compraventa de inmuebles otorgados a favor de adquirentes de buena fe será oponible al concurso o quiebra del vendedor, si se hubiera abonado el 25% del precio, disposición que en virtud de lo dispuesto por el art. 150 Ver Texto , ley 19551, ha quedado limitado al ámbito de las viviendas. No parece justificarse de modo alguno que los adquirentes de los departamentos tengan diferentes derechos según medie o no concurso del propietario vendedor. Esta situación, ajena a los adquirentes, no debería influir en sus derechos.

2) Cabe preguntarse para qué se ha creado este complicado sistema de prehorizontalidad, si en definitiva los adquirentes con contrato inscripto en el Registro de la Propiedad pueden ser privados del departamento por una ejecución hecha por simples acreedores quirografarios. Precisamente el registro de los contratos debería ponerlos a cubierto de estos peligros (ver nota 1).

3) Lo mismo que en el caso de los acreedores hipotecarios y por las razones allí dadas, la adjudicación del inmueble sólo es posible si todos los adquirentes pagan el valor que corresponde al estado del bien, lo que, ya hemos dicho, hace extremadamente difícil la utilización de este derecho. Y, finalmente, si todos ellos se pusieran de acuerdo, se verían obligados a pagar nuevamente lo que ya han pagado total o parcialmente. Con el agravante de que si después aparece un nuevo acreedor quirografario, tendrán que pagar otra vez más.

1111/759

759.— Hay que notar que mientras en el caso de la ejecución hipotecaria, los compradores con contratos registrados solamente pueden hacer uso de su derecho de adjudicarse el bien después de llevado a cabo el remate judicial, en el caso que ahora consideramos, los adquirentes pueden adjudicarse el inmueble antes de producido el remate, para lo cual se prevé una tasación especial por perito. Aunque la ley no lo dispone expresamente, pensamos que producida la tasación debe notificarse ella a los compradores y dárseles un plazo para hacer uso de la opción que les confiere la ley.

En el apartado final, el art. 24 Ver Texto establece que en ningún caso puede disponerse la venta judicial de inmuebles afectados, sin previa notificación a los adquirentes con contratos debidamente registrados. Obviamente, se trata de una disposición tendiente a que los adquirentes puedan hacer efectivo el derecho que el art. 24 Ver Texto les reconoce.

1111/11990

6.— Administrador provisorio

1111/760

760. CUÁNDO PROCEDE SU DESIGNACIÓN.— 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 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 (art. 25 Ver Texto).

La disposición tiene un interés práctico solamente excepcional, pues lo normal es que terminada la construcción, se opere inmediatamente la tradición del inmueble. pero puede ocurrir que, por distintas razones, no haya mediado dicha tradición. Aun en este caso, la ley quiere que los adquirentes tengan participación inmediata en la administración de la propiedad.

Es objetable que se establezca que los porcentuales se determinarán conforme con el proyecto de subdivisión, porque debió remitirse al reglamento de copropiedad y administración o al proyecto de reglamento, al que se alude en el art. 3 Ver Texto , inc. e) de la ley (ver nota 2).

1111/761

761. APLICACIÓN PROVISORIA DEL REGLAMENTO DE COPROPIEDAD.— Mientras no se constituya definitivamente el consorcio, se aplicarán en cuanto sean compatibles, las disposiciones del proyecto del reglamento de copropiedad y administración previsto en el art. 3 Ver Texto , inc. e) (art. 28 Ver Texto). Del mismo modo, conforme con dicho proyecto de reglamento, se distribuirán las expensas comunes (art. 26 Ver Texto).

1111/12000

7.— Intervención judicial

1111/762

762. CUÁNDO PROCEDE.— A petición de los adquirentes de unidades que representen por lo menos el 15% del valor total conforme a los porcentuales, el juez puede, si resultaren graves irregularidades y previo trámite sumario, designar en la administración de la obra a un interventor a fin de controlar y prevenir el menoscabo de los bienes. Esta resolución será apelable al solo efecto devolutivo (art. 27).

Es una medida razonable, destinada a evitar perjuicios quizá graves a los adquirentes, por manejo irregular de la construcción por parte del propietario vendedor. Sin embargo, la norma se hace pasible de algunas observaciones.

Ante todo, no se justifica en modo alguno que se requiera que la petición sea hecha por los adquirentes que representen al menos el 15% del valor total. Como la resolución del juez debe fundarse en la comprobación de graves irregularidades, existiendo éstas, debería bastar la petición de uno solo de los adquirentes, cualquiera fuera el porcentaje de su departamento o unidad. En segundo término, no está claro cuál es el trámite a seguir. La ley habla de trámite sumario, pero es obvio que no se refiere al juicio sumario regulado en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que supone un largo juicio que es precisamente lo que se desea evitar en la ley. Pensamos, pues, que hay que darle el trámite del juicio sumarísimo, único que permite conciliar la extremada urgencia en adoptar la medida, con la ineludible participación del demandado a quien se le imputan graves irregularidades.

(nota 1) Se explica así que la crítica haya sido dura con esta norma; véase GATTI y ALTERINI, Ley de Prehorizontalidad, L.L., t. 147, p. 1125; BRUZZON, Conflicto entre el comprador de un inmueble con boleto y el embargante del bien, E. D., t. 43, p. 1199.

(nota 2) De acuerdo: GATTI y ALTERINI, Ley de Prehorizontalidad, L.L., t. 147, p. 1125.

1111/12010

8.— Obras por administración

1111/763

763. EL ADMINISTRADOR.— Cuando la obra se realice por administración, es decir, cuando sean los copropietarios los propios comitentes a cuyo cargo está el costo de la obra, es necesario designar administrador, lo que se hará por simple mayoría (art. 29).

Establece también el art. 19 que si se hubieran enajenado unidades cuyos porcentuales representan el 50%, el administrador podrá ser removido por mayoría estimada conforme con dichos porcentuales. El sentido de esta disposición no es claro. Todo el artículo se refiere a obras realizadas por administración. La situación legal no varía por la circunstancia de que uno de los comitentes haya sido originariamente el propietario vendedor, quien se ha reservado para sí alguna de las unidades. De todos modos, él y los demás adquirentes actúan en el mismo plano, como comitentes de la construcción. Por consiguiente, no parece tener sentido que la ley aluda únicamente al supuesto de que las unidades enajenadas representen el 50%, ya que, se ha dicho, tanto el vendedor como los adquirentes obran en el mismo plano, como comitentes de la obra. Basta, por lo tanto, con disponer que la remoción puede hacerse por simple mayoría, dentro de la cual hay que incluir los votos que corresponden al vendedor por los departamentos que se ha reservado para sí.

1111/764

764. FUNCIONES.— Según el art. 29, el administrador tendrá las obligaciones establecidas en el art. 10 (véase nº 744) y deberá llevar la contabilidad de la obra. Ello naturalmente, sin perjuicio de las obligaciones propias de quien tiene a su cargo la administración de la construcción de un edificio, a las que no alude la ley, pero que, de todos modos, son inherentes al cargo mismo.

1111/765

765. RESCISIÓN DEL CONTRATO POR CULPA DEL CONSTRUCTOR.— Si por causa imputable al constructor la obra se paraliza, el administrador o un número de adquirentes de unidades que representen el diez 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 Ver Texto , C. Civil (art. 31 Ver Texto).

En esta disposición se reglamenta la forma de ejercer el derecho que el art. 1204 Ver Texto reconoce a las partes de un contrato, cuando una de ellas incurre en incumplimiento. En este caso, dado que los comitentes son múltiples, era necesario establecer qué proporción de ellos estaba en condiciones de ejercer el derecho que reconoce el art. 1204 Ver Texto , C. Civil.

1111/12020

9.— Paralización de la obra

1111/766

766. DERECHO DE ADJUDICACIÓN.— Si la obra se paralizase durante más de seis 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 (art. 30).

Numerosas son las observaciones que sugiere esta disposición. Ante todo, es evidente que el derecho que se reconoce a los adquirentes sólo puede funcionar en caso de que todos ellos unánimemente lo ejerzan (ver nota 1). A nadie se le podría imponer la asunción de graves obligaciones sin su conformidad.

Y es muy problemático que exista unanimidad para asumir las obligaciones contraídas por el propietario que suelen ser muy pesadas (hipotecas, embargos, deudas con proveedores, terminación de la obra, etc.); salvo que la obra esté a punto de terminarse. Con todo, es interesante que los adquirentes tengan esta posibilidad legal.

Además, hay que tener en cuenta que el derecho que confiere el art. 30 solamente funciona en caso de que el propietario vendedor no esté en estado de quiebra o concurso; por lo tanto, cualquier acreedor del propietario podrá neutralizar el ejercicio de esta facultad con la promoción del juicio de concurso (ver nota 2).

Por último, la ley no aclara cuál es el procedimiento a seguir. Habla, es verdad, de proceso sumario, pero es obvio que no puede aludirse al juicio sumario regulado por el Código Procesal de la Nación, porque éste lleva mucho tiempo y de lo que se trata precisamente es de arbitrar un procedimiento sumamente breve y que permita solucionar el problema

originado en la paralización de la obra. Pensamos, una vez más, que la ley ha querido referirse al procedimiento sumarísimo.

(nota 1) De acuerdo en que se requiere unanimidad, GATTI y ALTERINI, Ley de Prehorizontalidad, L. L., t. 147, p. 1125 y sigs.

(nota 2) En este sentido: GATTY y ALTERINI, Ley de Prehorizontalidad, L. L., t. 147, p. 1125 y s.

1111/767

10.— Penalidades derogadas

767. LEY 20509.— La ley 19724 establecía en sus artículos 32 Ver Texto y 33 graves sanciones penales para los infractores de sus disposiciones. Estas normas quedaron derogadas por al ley 20509 que de una manera general derogó todos los delitos y penas no emanados de leyes del Congreso.

Empero, el art. 32 Ver Texto de la ley 19724 ha quedado convalidado por la ley 20276, art. 4 Ver Texto , por lo cual debe considerárselo subsistente. Dispone así: será reprimido con prisión de un mes a dos años quien a sabiendas infrinja lo dispuesto en los artículos 1 Ver Texto , 2, 3, 6 Ver Texto , última parte 8 Ver Texto , incisos b) y c), 9, 10, 11 y 19 Ver Texto .

Al que infrinja a sabiendas o culposamente lo dispuesto en los arts. 8 Ver Texto , inc. a) y 25 Ver Texto , se impondrá multa de \$ 3.000 a \$ 10.000.

Se impondrá la misma pena de multa a todo aquel que infrinja culposamente lo dispuesto en los incs. b) y c) del artículo 8 Ver Texto .

Agreguemos que la ley 20276 sustituyó en el segundo párrafo de este inciso las palabras “a sabiendas” por “dolosa”, lo que no cambia nada porque el concepto es el mismo (ver nota 1).

Mediante la creación de estas nuevas figuras delictivas, la ley ha querido asegurar de manera firme el cumplimiento del régimen legal, protegiendo así de la manera más enérgica a los adquirentes de departamentos en la etapa previa a la constitución definitiva del consorcio.

11.— Autoridad de aplicación

1111/768

768. LEY 20276.— Esta ley dispuso que la autoridad de aplicación de la ley 19724 en la Capital Federal y territorios nacionales será el Registro de la Propiedad; debiendo determinar las provincias cuál será el organismo de aplicación.

(nota 1) Sin embargo, en el mensaje con que se elevó la ley al P.E. se explica el cambio de la siguiente manera: “Resulta evidente que la redacción actual de la mencionada norma presenta una incongruencia, ya que sanciona una conducta a título de dolo directo o culposa, pero excluye en cambio el dolo eventual. Con la redacción que se auspicia la sanción abarcará tanto la culpa como cualquier tipo de dolo”. No creemos que con la redacción anterior estuviera excluido cualquier tipo de dolo.

1111/769

12.— Disposición transitoria

769. OBLIGACIONES DEL ESCRIBANO.— Hasta tanto los Registros de la Propiedad Inmueble estén en condiciones de efectuar la registración a que se refiere el art. 12 Ver Texto (lo que, dice la ley, no podrá exceder del 1º de febrero de 1973), los contratos de adquisición que se celebren serán puestos en conocimiento del escribano a cargo del Registro notarial donde se haya otorgado la escritura de afectación (art. 24).

En este caso el escribano está obligado a:

a) Dejar constancia en su protocolo de los contratos de adquisición. La misma surtirá los efectos que por esta ley se atribuyen a la registración de los contratos en los Registros de la

Propiedad Inmueble;

b) En el caso del art. 6 Ver Texto , último párrafo, el escribano interviniente deberá dejar constancia fehaciente de la inexistencia de contratos registrados o de que su número no alcanza al mínimo previsto;

c) En el caso del art. 10 Ver Texto , inc. b), expedir detalle certificado de las unidades que se hubieren enajenado y de su inscripción en el protocolo.

1111/12030

B.— CONSTITUCIÓN DEFINITIVA

1111/12040

1.— El reglamento de copropiedad y administración

1111/770

770. FORMA.— En las páginas precedentes hemos estudiado el proceso de formación del consorcio. En él tiene importancia fundamental el proyecto de reglamento de copropiedad que puede ser redactado por el dueño de un inmueble que se propone venderlo en propiedad horizontal o por los condóminos del terreno que se proponen levantar en él un edificio para dividirlo entre ellos en propiedad horizontal.

Pero no hay todavía nada más que un proyecto. El consorcio se constituye definitivamente cuando se otorga por escritura pública el reglamento de copropiedad y administración (art. 9 Ver Texto), que es el alma del consorcio y sin el cual no se puede otorgar los títulos de propiedad de cada uno de los propietarios (art. 2, decreto reglamentario de la ley 13512), puesto que la aprobación del reglamento conforme con las disposiciones de la ley, es indispensable para que la propiedad horizontal nazca a la vida jurídica (ver nota 1).

La escritura pública debe inscribirse en el Registro de la Propiedad (art. 9 Ver Texto).

1111/771

771. MAYORÍA REQUERIDA.— Antes de la sanción de la ley 19714 , predominaba prácticamente sin disputa en nuestro derecho la opinión de que el reglamento de copropiedad debía ser aprobado por unanimidad (ver nota 2). El principal punto de apoyo de esta doctrina es que el reglamento de copropiedad tiene una base contractual, lo que implica la necesidad de la unanimidad, porque de lo contrario faltaría el acuerdo que es característica propia de los contratos.

Ya volveremos sobre el discutido tema de si el reglamento de copropiedad es o no un contrato; por ahora nos limitamos a decir que la exigencia de la unanimidad no tiene, a nuestro juicio, cabida en nuestro derecho positivo, después de la sanción de la ley 19724 .

Ya hemos visto que ésta prevé la sanción de un proyecto de reglamento de copropiedad; este proyecto queda tácitamente aceptado por todos los adquirentes de departamentos a formalizar el contrato de compra. Es decir, que cuando el consorcio está por constituirse definitivamente tiene ya un estatuto, provisorio si se quiere, pero, con todo, suficiente para regular las relaciones entre los propietarios hasta la constitución definitiva del consorcio. Llegado el momento de la constitución definitiva, el proyecto se convertirá en reglamento definitivo a menos que la mayoría de dos tercios resuelva modificarlo. Porque es todas luces evidente que si esa mayoría es suficiente para modificar el reglamento definitivo (art. 9 Ver Texto , ley 13512), también deberá serlo para modificar el proyecto de reglamento.

En suma, pensamos que llegado el momento de la constitución definitiva, debe tenerse por reglamento de copropiedad y administración el proyecto que sirvió de base a la organización del consorcio, con las modificaciones que resuelva introducir la mayoría de dos tercios.

Sin embargo, puede presentarse una dificultad práctica. El otorgamiento de la escritura pública en la cual se aprueba el reglamento de copropiedad, exige la firma de todos los condóminos; y es probable que los propietarios que están en minoría y en desacuerdo con las reformas proyectadas, se nieguen a firmarla. En tal caso, consideramos que la mayoría tiene facultades para obtener en procedimiento sumarísimo, la orden judicial de que se otorgue la escritura que ante la negativa de la minoría deberá ser firmada por el juez, inscribiéndola luego en el Registro de la Propiedad (ver nota 3).

1111/772

772. NATURALEZA JURÍDICA DEL REGLAMENTO.— Se discute en doctrina si el reglamento de copropiedad es un contrato o un conjunto de normas jurídicas. La tesis contractualista se funda en la circunstancia de que el reglamento es el producto del acuerdo de los copropietarios. Este acuerdo se produce a veces en un solo acto, cuando todos los copropietarios redactan de conformidad el reglamento, en cuyo caso éste anda difiere de un contrato común; otras veces, el acuerdo resulta de la adhesión de los compradores de unidades al reglamento de copropiedad redactado por el vendedor; en este caso, se trataría de sucesivos contratos de adhesión que conducen de todas maneras al acuerdo de voluntades propio del contrato (ver nota 4).

Según otra doctrina, a la que por nuestra parte adherimos, el reglamento no es un contrato sino el conjunto de normas jurídicas que rigen la vida interna del consorcio. En apoyo de este punto de vista pueden aducirse importantes razones:

a) Es verdad que el reglamento tiene un origen similar a los contratos ya que ordinariamente (no siempre) requiere el consentimiento unánime de los consorcistas. Pero ese consentimiento general también está en el origen de los estatutos de las asociaciones y no por eso constituyen ellos un contrato sino la norma interna de la asociación (véase Tratado de Parte General, t. 1, n° 680).

b) A veces falta el consentimiento unánime para la aprobación del reglamento, que es hecho por la mayoría, no obstante lo cual éste es obligatorio para todos (véase n° 771). De igual modo, las modificaciones del reglamento sólo requieren la mayoría de dos tercios (art. 9 Ver Texto , ley 13512), a pesar de lo cual el reglamento modificado obliga a todos.

c) Los propietarios entran y salen de esta supuesta relación contractual sin consentimiento ni conocimiento de los demás copropietarios, por el solo hecho de comprar o vender un departamento. Esto es inconcebible en un contrato.

Está claro así que el reglamento de copropiedad es algo más que un contrato; estamos en presencia de verdaderas normas jurídicas, obligatorias aun para aquellos que no prestan su consentimiento, aunque el origen del reglamento haya sido una convención, tal como ocurre con los estatutos de las asociaciones o con las convenciones colectivas de trabajo, que en su origen son convencionales, pero que se transforman por imperio de la ley en verdaderas normas jurídicas. En suma, como dice BRANCA, el reglamento es la ley interna que organiza y articula la vida del grupo (ver nota 5).

1111/12180

772 bis.— El reglamento de copropiedad integra el título de dominio por lo que la

incorporación al consorcio lo hace obligatorio para los nuevos adquirentes, quienes no pueden invocar su ignorancia (ver nota 6).

(nota 1) C. Civil Cap., Sala D, 5/5/1967, E. D., t. 19, p. 126.

(nota 2) C. Civil Cap., Sala C, 27/12/1961, E. D., t. 2, p. 722; C. Civil Cap., Sala D, 5/5/1967, E. D., t. 19, p. 126; Sala E, 5/5/1961, E. D., t. 5, p. 250; íd., 24/12/1964, E. D., t. 11, p. 371; RACCIATTI, Propiedad por pisos o por departamentos, p. 40 y sig., LAJE, La propiedad horizontal en la legislación argentina, p. 173 y sig.

(nota 3) Ya antes de la sanción de la ley 19724 , se había resuelto que en defecto de unanimidad, el problema debía ser resuelto judicialmente (C. Civil Cap., Sala C, 27/12/1961, E. D., t. 2, p. 722; de acuerdo: RACCIATTI, Propiedad por pisos o por departamentos, n° 58); pero mientras en la jurisprudencia citada la función del juez consistía en decidir el conflicto tratando de conciliar los intereses y atender a lo que es usual en la materia (fallo citado), ahora, después de la sanción de la ley 19724 , no cabe en nuestra opinión otra tarea al juez que homologar lo resuelto por la mayoría y disponer su cumplimiento.

(nota 4) En este sentido: HIGHTON, Propiedad horizontal y prehorizontalidad, § 146; LAQUIS y SIPERMAN, La propiedad horizontal, p. 43; MARIANI DE VIDAL, Curso de Derechos reales, t. 2, p. 131; PERETTI GRIVA, Il condominio delle case divise in parti, n° 94; FERNÁNDEZ MARTÍN GRANIZO, La Ley de Propiedad Horizontal en el derecho español, n° 75.

(nota 5) BRANCA, Condominio negli edifici, p. 568; de acuerdo: POIRIER, La propiedad horizontal, n° 249; RACCIATTI, Propiedad por pisos o por departamentos, p. 104, nota 83.

(nota 6) C. Civil Cap., Sala B, 30/12/1976, L. L., 1977-C, p. 175; Sala C, 27/2/1973, L.L., t. 152, p. 302; Sala E, 9/11/1971, L. L., t. 149, p. 548.

1111/773

773. CONTENIDO DEL REGLAMENTO.— El reglamento es, ya lo hemos dicho, la ley interna, la columna vertebral de la propiedad horizontal. En él deben estipularse todas las

disposiciones que sean necesarias o convenientes para la vida del consorcio.

Conforme con la ley 13512 y su decreto reglamentario (18.734/49), el reglamento de copropiedad y administración deberá proveer necesariamente sobre las siguientes materias:

1) Especificación de las partes del edificio de propiedad exclusiva, es decir, una descripción de cada una de las unidades del edificio.

2) Determinación de la proporción que corresponde a cada piso o departamento con relación al valor del conjunto (art. 3, inc. 2, decreto reglamentario), lo que es fundamental para establecer la forma y proporción de la contribución de los propietarios a los gastos o expensas comunes, tal como lo exige el art. 9 Ver Texto , inc. c), ley 13512; ello, sin perjuicio de que el reglamento disponga que algunos gastos han de distribuirse entre los propietarios en una proporción distinta.

3) Enumeración de las cosas comunes (art. 3, inc. 3º, decreto reglamentario).

4) Uso de las cosas y servicios comunes (art. 3, inc. 4º, decreto reglamentario); el reglamento puede determinar de qué forma han de usarse las cosas a los servicios comunes, e inclusive disponer que algunas de las cosas comunes serán de uso exclusivo de algunos de los propietarios.

5) Destino de las diferentes partes del inmueble (art. 3, inc. 5º, decreto reglamentario). El reglamento debe determinar si las unidades se destinarán a viviendas, oficinas, locales de comercio, tipo de comercio a que pueden dedicarse, etcétera.

6) Cargas comunes y contribución de los propietarios (art. 3, inc. 6º, decreto reglamentario, y art. 9 Ver Texto , inc. c), ley 13512).

7) Designación de representantes o administrador; retribución y forma de remoción; facultades y obligaciones (art. 9 Ver Texto , inc. a], ley 13512 y art. 3, inc. 7º, decreto reglamentario).

8) Forma y tiempo de convocación a las reuniones ordinarias y extraordinarias de propietarios; persona que las preside; reglas para deliberar; quorum; l mayorías necesarias para modificar el reglamento y para adoptar otras resoluciones; cómputo de los votos; representación (art. 9 Ver Texto , inc. d), ley 13512 y art. 3, inc.8º, decreto reglamentario); va de suyo que el reglamento no puede modificar las mayorías especiales determinadas en

la ley (art. 9 Ver Texto , inciso d], ley 13512).

9) Persona que ha de certificar los testimonios de las actas de la asamblea del consorcio y sobre la existencia de deudas por expensas comunes, cuando se lo requiera cualquier escribano que deba autorizar una escritura traslativa de dominio de las unidades (art. 3, inc. 9º, decreto reglamentario).

10) Constitución de domicilio de los propietarios que no han de habitar el inmueble (art. 3, inc. 10, decreto reglamentario).

Ésta es la enumeración legal de las disposiciones que deben obligatoriamente contener los reglamentos de copropiedad y administración, sin perjuicio de las otras estipulaciones que los consorcistas crean pertinentes y que no contraríen el régimen legal ni el espíritu de la propiedad horizontal.

1111/774

774. CLÁUSULAS INVÁLIDAS.— Se ha dicho ya que los consorcistas pueden incluir además de las especificaciones exigidas por la ley y el decreto reglamentario, todas aquellas que hagan a la vida del consorcio, en tanto no contraríen la ley o el espíritu del régimen de propiedad horizontal. Los abusos suelen producirse generalmente en el supuesto de que el propietario vendedor redacta el reglamento de copropiedad introduciendo en él disposiciones que lo favorecen más allá de lo equitativo. En tales casos, los tribunales han intervenido para declarar inválida estas estipulaciones. Así, por ejemplo, se ha decidido que es violatorio de la ley 13512 la cláusula del reglamento redactada por el propietario vendedor mediante el cual es la voluntad de éste la que se impone a los demás integrantes del consorcio, al asegurar la intangibilidad del reglamento con un sistema de votación que asegura el predominio de su voto (ver nota 1); o la cláusula introducida en el reglamento de copropiedad, por el propietario vendedor en la cual se estableció que quedaban a cargo del consorcio los mayores consumos de energía eléctrica por causa de la iluminación especial que favorece a los comercios instalados en el inmueble y de un cartel luminoso de propaganda de esos locales, cuyo dominio se reservó el propietario (ver nota 2); en sentido concordante, se ha declarado que si el equilibrio entre los derechos de los consorcistas, que es de la esencia del régimen de la propiedad horizontal, ha sido alterado en razón de haber redactado el reglamento de copropiedad el vendedor del inmueble que conservó el dominio de algunas unidades reservándose una serie de ventajas sobre los restantes copropietarios que lo colocan en una situación de privilegio contraria a los fines de la ley 13512 , ello en modo alguno puede ser permitido por los jueces desde que configura una situación de abuso del derecho (ver nota 3).

1111/775

775.— Cuando existe mayoría legal para modificar el reglamento, no existe problema, pues el mismo consorcio puede enmendar las cláusulas inequitativas o abusivas procediendo a la reforma. En verdad, el problema se presenta cuando los propietarios que se sienten afectados por las cláusulas abusivas, no reúnen la mayoría requerida en la ley o en el reglamento. En tal caso los copropietarios afectados no pueden infringir las reglas estatutarias, disponiendo la reforma por mayoría, allí donde el reglamento exige unanimidad; ellos deben concurrir ante la justicia en procura de la reforma que no pueden realizar por vía estatutarias (ver nota 4).

(nota 1) C. Civil Cap., Sala E, 24/12/1964, E. D., t. 11, p. 371.

(nota 2) C. Civil Cap., Sala D, 25/8/1970, E. D., t. 38, p. 136.

(nota 3) C. Civil Cap., Sala A, 20/8/1969, E. D., t. 39, p. 297; en sentido concordante, Sala D, 25/8/1970, E. D., t. 38, p. 136.

(nota 4) C. Civil Cap., Sala A, 13/4/1971, E. D., t. 39, p. 748; en sentido concordante, C. Civil Cap., Sala D, 25/8/1970, E. D., t. 38, p. 136.

1111/776

776. REFORMA DEL REGLAMENTO.— La vida del consorcio exige muchas veces la reforma de los estatutos, sea porque algunas de sus cláusulas se han revelado inconvenientes, sea porque los propietarios deciden variar el destino de las unidades, etc. La reforma plantea diversos problemas que trataremos a continuación:

1111/777

777. a) Forma; consecuencias de la falta de inscripción en el Registro.— Conforme lo dispone el art. 9 Ver Texto , ley 13512, la reforma de los estatutos debe consignarse en escritura pública en el Registro de la Propiedad. Esta disposición es congruente con la exigencia de la escritura y el registro para el reglamento originario.

Cabe preguntarse qué ocurre si no se cumplen las exigencias formales de la ley. El otorgamiento de la escritura es, sin duda alguna, una exigencia sustancial; hasta el momento de su otorgamiento, la reforma no pasa de ser una decisión del consorcio que no se ha concretado legalmente, y que, por consiguiente, carece de todo efecto.

No ocurre lo mismo con la inscripción en el Registro. Ella tiene un fin de publicidad y de protección de los derechos e intereses de terceros; por consiguiente, la reforma no inscrita no puede ser opuesta a los terceros (ver nota 1). En consonancia con este principio, se ha declarado que el adquirente de un departamento puede invocar la inoponibilidad de las disposiciones que modifican o amplían el reglamento originario si no ha sido inscripto en el Registro de la Propiedad ni fueron conocidas por el interesado al tiempo de su adquisición (ver nota 2); pero no puede ampararse en la falta de registración, si en el boleto de compraventa se hacía referencia a la formalización de la reforma por escritura pública (ver nota 3). En cambio, los copropietarios no pueden invocar la falta de registro, siendo obligatorio para ellos la reforma desde el momento del otorgamiento de la escritura (ver nota 4).

1111/778

778. b) Mayorías necesarias.— La reforma de los estatutos exige una mayoría no menor de los dos tercios de los propietarios (art. 9 Ver Texto , ley 13512), computados los votos por cabeza, a menos que el reglamento prevea otra forma (art. 10 Ver Texto , ley 13512) (ver nota 5). La circunstancia de hallarse en mora alguno de los copropietarios en el pago de las expensas comunes no lo priva de su derecho a voto (ver nota 6).

¿Puede el reglamento establecer una mayoría distinta de la fijada en el art. 9 Ver Texto , ley 13512? Esta disposición por una parte, establece que la resolución de los propietarios que decide la reforma debe contar con una mayoría no menor de dos tercios; y, por otra, en el inc. c) agrega que los reglamentos deben prever las mayorías necesarias para modificar el reglamento. El sistema legal resulta así claro: no es válida la cláusula reglamentaria que establezca una mayoría inferior a los dos tercios, pero en cambio, lo es aquella que dispone una mayoría más numerosa o aun la unanimidad (ver nota 7).

1111/779

779.— Sin embargo, hay ciertos casos en los cuales los Tribunales, con razón, han decidido que no basta la mayoría de los dos tercios u otra fijada en el reglamento, sino que es indispensable la unanimidad. Así ocurre con la reforma del reglamento que dispone el cambio de destino de las unidades (ver nota 8), o la que modifica la proporción en que los copropietarios deben contribuir al pago de las expensas comunes (ver nota 9). (Véase n° 805). De una manera general, se ha declarado que las reformas que afectan los derechos

individuales de los consorcistas, requieren unanimidad (ver nota 10).

1111/780

780. c) Cláusulas de irrevocabilidad.— Algunas veces los reglamentos de copropiedad redactados por el propietario vendedor tienen una cláusula de irrevocabilidad, con el objeto de asegurarle algunos de los beneficios incluidos en el reglamento contra toda posibilidad de reforma ulterior. El decreto 10712/54 ha establecido que tales cláusulas son inválidas y que el consorcio de propietario puede en cualquier momento, de acuerdo con las mayorías legales o estatutarias, reformar los estatutos, cualquiera fuera el plazo estipulado y aunque se hubiera establecido la cláusula de irrevocabilidad (art. 7).

Bien dice RACCIATTI que, aunque con muy buenas razones se puede discutir la constitucionalidad de esta disposición que por vía de decreto reglamentario establece normas legislativas que parecen escapar a las atribuciones del Poder Ejecutivo, lo cierto es que en él se da una pauta que es perfectamente aplicable a la materia por ser la que surge de la correcta interpretación de la ley (ver nota 11). Ese criterio ha sido seguido por los Tribunales que han sentado el principio de que la mayoría reglamentaria puede modificar en cualquier momento el reglamento, cualquiera fuese el plazo estipulado y aunque se hubiese establecido la cláusula de irrevocabilidad (ver nota 12). A igual solución se ha llegado cuando los estatutos persiguen la intangibilidad o irrevocabilidad por vía indirecta, por ejemplo, estableciendo el requisito de la unanimidad, de modo que el propietario vendedor que conserva una de las unidades pueda mantener el régimen de privilegio que resulta del reglamento por él redactado (ver nota 13).

1111/781

781. d) Reforma por la justicia.— Sin bien, en principio, el reglamento solamente puede ser modificado por el consorcio, la justicia puede intervenir cuando la mayoría ha abusado de sus poderes imponiendo a la minoría cláusulas que son contrarias a la ley o a su espíritu o son arbitrarias o importan un abuso del derecho. Esas situaciones de abuso suelen darse por lo general cuando el propietario vendedor se reserva algunas unidades, estableciendo en favor de ellas un tratamiento de privilegio, como por ejemplo, el pago de un porcentaje de las expensas menor al que corresponde a la superficie de sus unidades. En este caso extremo, la intervención de la justicia para reformar los estatutos ha sido admitida sin vacilaciones (ver nota 14).

Si no se hubiera dado este presupuesto insoslayable, el juez no puede modificar el reglamento, pues no se concebiría que pudiera sustituir la voluntad de los consorcistas por la suya propia (ver nota 15).

El propietario que pretendiese la reforma del reglamento debe ante todo promoverla ante la asamblea de copropietarios y sólo en caso de que la decisión de la asamblea fuese arbitraria o injusta puede reclamarse el amparo judicial (ver nota 16).

(nota 1) C. Civil Cap., Sala B, 10/5/1967, E. D., t. 19, p. 122; íd., 26/6/1969, E. D., t. 28, p. 523; Sala C, 20/7/1965, E. D., t. 16, p. 332.

(nota 2) C. Civil Cap., Sala C, 20/7/1965, E. D., t. 16, p. 332.

(nota 3) C. Civil Cap., Sala E, 25/8/1965, E. D., t. 16, p. 355.

(nota 4) C. Civil Cap., Sala B, 10/5/1967, E. D., t. 19, p. 122; íd., 26/6/1969, E. D., t. 28, p. 523; es también la doctrina que surge implícitamente del fallo de la Sala E, 25/8/1965, E. D., t. 16, p. 355.

(nota 5) De acuerdo, C. Civil Cap., Sala B, 10/12/1963, causa 89.267.

(nota 6) Fallo citado en nota anterior.

(nota 7) De acuerdo; C. Paz Cap., 19/10/1962; E. D., t. 5, p. 432; RACCIATTI, Propiedad por pisos o por departamentos, n° 64.

(nota 8) C. Civil Cap., Sala D, 2/3/1966, E. D., t. 16, p. 351; íd., 9/11/1972, L. L., t. 149, p. 60.

(nota 9) C. Civil Cap., Sala B, 12/5/1961, E.D., t. 1, p. 535; Sala E, 24/12/1964, E. D., t. 11, p. 371; Sala F, 24/12/1968, E. D., t. 28, p. 532; C. Paz Cap., 25/6/1965, causa 45.089.

(nota 10) C. Civil Cap., Sala B, 13/2/1970, L. L., t. 141, p. 111.

(nota 11) RACCIATTI, Propiedad por pisos o por departamentos, n° 65.

(nota 12) C. Civil Cap., Sala C, 17/5/1960, L. L., t. 100, p. 12.

(nota 13) En este sentido, C. Civil Cap., Sala E, 24/12/1964, E. D., t. 11, p. 371.

(nota 14) C. Civil Cap., Sala B, 12/5/1961, E. D., t. 1, p. 535; íd., 25/8/1970, E. D., t. 38, p. 136; Sala E, 31/10/1967, L.L., t. 28, p. 104, fallo 16.253-S; íd. 24/12/1964, E. D., t. 11, p. 361; Sala D, 25/8/1970, E. D., t. 38, p. 136; Sala A, 13/4/1971, E. D., t. 39, p. 748; íd., 20/8/1969, E. D., t. 39, p. 297; Sala C, 27/12/1961, E. D., t. 2, p. 722.

(nota 15) En este sentido, C. Civil Cap., Sala A, 23/11/1965, L. L., t. 121, p. 639; véase sin embargo el supuesto excepcional resuelto por la C. Civil Cap., Sala C, 27/12/1961, L. L., t. 106, p. 469.

Llevando a su límite extremo la doctrina de que el Tribunal no puede sustituir la voluntad de los consorcistas por la propia, GUTIÉRREZ ZALDÍVAR sostiene que la única atribución del juez es decretar la nulidad de la cláusula arbitraria o injusta (L. L., t. 137, p. 490, nº IV). Pero no es así. Si la cláusula ha sido votada por la mayoría reglamentaria no es nula; contra ella se recurre no por vía de nulidad, sino de arbitrariedad. Cuando se impugna por nulidad, lo único que puede hacer el juez es declarar la invalidez de la cláusula; pero cuando se recurre por vía de arbitrariedad puede y debe reformarla. Su diferencia es patente en el caso de liberación de contribución al pago de servicios no prestados. Supongamos un reglamento que se limita a establecer la proporción en que los consorcistas deben afrontar las expensas comunes, sin hacer excepción alguna. Esa cláusula obviamente no es nula. Lo que el Tribunal hace es mantener la regla introduciendo una excepción: que no se paguen ciertos servicios no prestados, que se determinan de modo expreso o que se paguen en una proporción menor. Eso es reforma, no nulidad. Y por ello los efectos se producen a partir de la sentencia y sin efectos retroactivos. Es decir, se trata de una sentencia constitutiva y no simplemente declarativa de derechos.

(nota 16) C. Civil Cap., Sala D, 18/8/1966, E. D., t. 16, p. 315.

1111/782

782. INTERPRETACIÓN DEL REGLAMENTO.— Las cláusulas del reglamento pueden suscitar dificultades interpretativas. En tal caso, la interpretación del reglamento debe ser hecha por la asamblea (ver nota 1), por simple mayoría, a menos que so color de interpretación se introduzca una verdadera reforma al estatuto, en cuyo caso será indispensable la mayoría de los dos tercios establecida en el art.9 Ver Texto , ley 13512 (ver nota 2). Y si se trata de alguna disposición que no puede ser reformada sin unanimidad (por ejemplo, el destino de las unidades, que es el problema que suele plantear divergencias interpretativas) habrá de recurrir a la justicia para resolver las cuestiones planteadas por

cualquiera de los consorcistas (ver nota 3).

(nota 1) C. Civil Cap., Sala E, 27/12/1965, . L., t. 122, p. 939, fallo 13.617-S; BRANCA, Il condominio neglie edifici, p. 569.

(nota 2) Fallo citado en nota anterior.

(nota 3) La justicia ha intervenido en frecuencia en este tipo de cuestiones interpretativas; véase C. Civil Cap., Sala A, 9/6/1969, E. D.,t. 28, p. 524.

1111/12050

2.— El consorcio de propietarios

1111/783

783. NATURALEZA JURÍDICA.— La jurisprudencia largamente predominante ha admitido que el consorcio de copropietarios tiene personalidad jurídica distinta de la de cada uno de sus componentes (ver nota 1).

Es la conclusión que surge naturalmente de la circunstancia de que el consorcio posee los atributos propios de toda persona jurídica: a) sus órganos de gobierno, que son el administrador y la asamblea de copropietarios; b) su patrimonio propio, distinto del de cada uno de sus integrantes. Ese patrimonio está constituido por los fondos aportados por los consorcistas y por los créditos por expensas comunes (ver nota 2); en cambio, las partes comunes del edificio no son propiedad del consorcio sino un condominio forzado de los copropietarios (ver nota 3).

1111/784

784. QUIÉNES LO INTEGRAN.— La calidad de miembro del consorcio se adquiere juntamente con la propiedad de las unidades; es inescindible de ella. Por eso ha podido decirse que el carácter de miembro del consorcio se adquiere propter rem, como

consecuencia de la adquisición del derecho de propiedad de las unidades (ver nota 4).

¿Los titulares de un boleto de compraventa son miembros del consorcio? La cuestión ha dado lugar a jurisprudencia contradictoria (ver nota 5). Por nuestra parte, pensamos que si el comprador por boleto ha recibido la posesión de la unidad adquiere un dominio imperfecto sobre ella (véase nº 272) y como dueño que es, reviste también la calidad de miembro del consorcio. Esta solución es tanto más justa cuando que, si tiene la posesión, está obligado al pago de las expensas (ver nota 6). Y si pesan sobre él las cargas, es justo que tenga también los derechos. Todavía puede agregarse en apoyo de esta solución que si el edificio se encuentra todavía en estado de prehorizontalidad, los titulares de boletos de compraventa inscriptos en el Registro, integran el consorcio provisorio, tengan o no la posesión (arts. 25 Ver Texto y 26, ley 19724). Salvo este supuesto, el simple boleto de compraventa sin la posesión no da calidad de consorcista, que ya lo hemos dicho, está reservada a los propietarios.

1111/785

785. DOMICILIO.— El domicilio real del consorcio se encuentra en el edificio donde está constituido (ver nota 7) y no en el domicilio del administrador.

(nota 1) C. Civil Cap., Sala A, 13/5/1969, E. D., t. 28, p. 526; íd., 19/7/1963, E. D., t. 8, p. 534; íd., 26/10/1962, L. L., t. 110, p. 947, fallo 9.048-s; Sala B, 16/9/1970, E. D., t. 36, p. 14; Sala C, 29/6/1961, E. D., t. 1, p. 211; Sala D, 23/5/1960, L.L., t. 100, p. 787; íd. 4/8/1965, E. D., t. 16, p. 321; íd., 23/5/1960, L.L., t. 100, p. 787; íd., 4/8/1965, E. D., t. 16, p. 321; íd., L.L., t. 149, p. 45; Sala E, 27/8/1968, E. D., t. 27, p. 438; C. Com. Cap., Sala A, 21/11/1962, E. D., t. 5, p. 230; íd., Sala C, 20/5/1970, L. L., t. 141, p. 621; íd., 29/5/1990, E. D., fallo nº 43.076; C.C.C. Esp. Cap., Sala V, 28/12/1978, E. D., t. 83, p. 155; C. Trab. Cap. en Pleno, 2/12/1965; E. D., t. 13, p. 665; S. C. Buenos Aires, 10/8/1971, E. D., t. 39, p. 306. Es también la solución expresamente adoptada por la ley francesa de 1965, art. 14, que no ha hecho otra cosa que consagrar la doctrina y jurisprudencia imperante antes de la sanción de la nueva ley; en este sentido, véase GIVORD y GIVERDON, *La Copropriété*, nº 303. En igual sentido: declaración del IV Encuentro de Abogados Civilistas, Santa Fe, 1990; RACCIATTI, *Propiedad por pisos o por departamentos*, 2ª ed., p. 126 y s.; LAQUIS, nota en L.L., t. 111, p. 1113; SPOTA, nota en L. L., t. 24, sec. doctr., p. 76; LLAMBÍAS, *Parte General*, t. 2, p. 81. En contra, sosteniendo que el consorcio no es una persona jurídica: C. Civil Cap., Sala A, E. D., t. 120, p. 41 y L.L. 1985-A, p. 542; íd., 6/10/1986, L.L., 1987-A, p. 464.

(nota 2) C. Civil Cap., Sala B, 25/7/1963, E. D., t. 6, p. 110; C. Com. Cap., Sala A, 21/11/1962, E. D., t. 5, p. 230; GIVORD y GIVERDON, *La copropriété*, nº 304; es también la doctrina que surge implícitamente de los fallos citados en nota anterior.

(nota 3) GIVORD y GIVERDON, La copropiedad, n° 304; es también la doctrina que surge implícitamente de los fallos citados en nota anterior.

(nota 4) S. C. Buenos Aires, 10/8/1971, E. D., t. 39, p. 306.

(nota 5) En el sentido de que no son miembros del consorcio: C. Civil Cap., Sala B, 11/10/1966, E. D., t. 16, p. 346; C. Apel. 1ª La plata, Sala II, 7/8/1966, E. D., t. 36, p. 71; en contra, sosteniendo que integran el consorcio, C. Apel. Mar del Plata, 23/6/1955, L.L., t. 79, p. 429.

(nota 6) C. Civil Cap., Sala D, 11/10/1966, E. D., t. 16, p. 346.

(nota 7) C. Civil Cap., Sala A, 13/5/1969, E. D., t. 28, p. 526.

1111/786

786. LEGITIMACIÓN ACTIVA.— Salvo casos excepcionales, la ley 13512 no ha establecido normas sobre la legitimación activa y pasiva del consorcio. El problema debe resolverse, por tanto, sobre la base del principio de que corresponde al consorcio la defensa de los intereses comunes propiamente dichos. Sin embargo, hay que tener presente que dada la naturaleza especial de la propiedad horizontal, los intereses comunes y los particulares de los propietarios se confunden muchas veces. No es extraño, por consiguiente, que la ley admita en algunos casos, que tanto el consorcio por intermedio de su representante legal, como los propietarios individualmente tienen legitimación para ciertas acciones.

De estos principios generales, se desprende que el consorcio tiene legitimación activa:

a) Para accionar contra los copropietarios por contribución a las expensas ordinarias de administración y a los gastos de reparación y mejoramiento del inmueble (ver nota 1).

b) Para accionar contra los distintos propietarios en caso de violación del reglamento de copropiedad y administración o por destinar las unidades a usos contrarios a la moral y buenas costumbres o por perturbar con ruidos o de cualquier otra manera la tranquilidad de

los vecinos, o ejercer actividades que comprometan la seguridad del edificio o por depositar mercaderías peligrosas o perjudiciales para el edificio (arts. 6 Ver Texto y 15 Ver Texto , ley 13512).

En todos estos casos, el art. 5 Ver Texto , ley 13512 confiere acción tanto a los propietarios individualmente como al consorcio. Pero la jurisprudencia ha hecho una interesante distinción: al consorcio le basta, para fundar su acción, probar la violación del reglamento sin necesidad de tener que demostrar el perjuicio (ver nota 2); en cambio, el propietario que demanda debe probar no solamente la violación, sino también el perjuicio que personalmente ella le causa (ver nota 3). Pero el propietario que es demandado por el consorcio por violación del reglamento, puede a su vez probar que esa violación formal no causa ningún perjuicio a los demás copropietarios; en ese caso, su defensa debe ser admitida, porque pondría de manifiesto que la demanda es abusiva, ya que se ejerce sin interés alguno (art. 1071 Ver Texto). La diferencia entre ambos casos es importante: si demanda un copropietario, él tiene que probar el perjuicio; si demanda el consorcio, es el propietario demandado el que tiene que demostrar que no hay ningún perjuicio.

c) Para accionar contra el personal doméstico del inmueble y contra los terceros encargados de su mantenimiento (ver nota 4).

d) Para accionar contra un tercero autor de daños contra las partes comunes del edificio (ver nota 5).

e) Para accionar por vicios ocultos contra el constructor del inmueble (ver nota 6).

f) Para accionar contra el administrador por rendición de cuentas o por culpa o dolo en el ejercicio de sus funciones (ver nota 7).

g) Para accionar por cobro de medianería (ver nota 8), sin perjuicio de que la jurisprudencia reconoce el derecho concurrente de cualquiera de los consorcistas (ver nota 9).

h) ¿Tiene el consorcio acciones posesorias o petitorias sobre el inmueble? Nuestra ley no ha resuelto este problema, que otras legislaciones han decidido en sentido afirmativo (ver nota 10). Desde luego, no cabe duda alguna de que si la acción se refiere a una de las unidades, el titular exclusivo de ellas es el propietario de la unidad. Pero puede ocurrir que la perturbación por el tercero se refiera a las partes comunes del edificio o al terreno mismo en donde aquél se levanta. Dado el silencio de la ley y la necesidad de proteger de la manera más amplia posible los derechos de los consorcistas, pensamos que en este caso también confluyen la legitimación activa del consorcio y los copropietarios.

1111/787

787. LEGITIMACIÓN PASIVA.— El consorcio tiene legitimación pasiva para:

a) Contestar las demandas relativas al reintegro de las expensas comunes o de los gastos de reparación hechos en lugares comunes por alguno de los propietarios, conforme con las atribuciones que les reconoce el art. 8 Ver Texto , ley 13512 (ver nota 11).

b) Contestar las acciones promovidas por los propietarios que persiguen la reforma de los reglamentos, sea con relación a lo que disponen en materia de destino de las unidades, o de la proporción en que son afrontados los gastos comunes o cualquier otra disposición que los propietarios juzguen arbitraria o abusiva.

c) Contestar las acciones relativas a la impugnación de las decisiones de la asamblea.

d) Contestar las acciones sobre responsabilidad del consorcio por gastos de administración, pago de sueldos, servicios, etc.

e) Contestar las acciones sobre responsabilidad del consorcio por daños ocasionados por las cosas comunes a terceros, tal como puede ocurrir con los causados por el desprendimiento de una cornisa o la caída de un ascensor.

f) Contestar demandas sobre medianería (ver nota 12).

g) Con respecto a las acciones posesorias y petitorias relativas a las partes comunes o al inmueble en el que se levanta el edificio, pensamos que la solución es la misma que hemos aceptado para el caso de legitimación activa (véase n° 786, h).

(nota 1) C. Civil Cap., Sala B, 25/7/1963, E. D., t. 6, p. 110; C. Com. Cap., Sala A, 21/11/1962, E. D.,t. 5, p. 230; GIVORD y GIVERDON, La copropiedad, n° 520.

(nota 2) C. Civil Cap., Sala B, 5/11/ 1970, E. D.,t. 35, p. 689; Sala D, 28/12/1967, E.D.,t. 22, p. 758; Sala B, 29/5/1969, L. L., t. 136, p. 1098; fallo 22.307-S.

(nota 3) C. Civil Cap., Sala B, 29/5/1969, L. L., t. 136, p. 1098, fallo 22.307-S; íd., 28/12/1967, E. D., t. 22, p. 758; íd., 17/9/1965, E. D., t. 16, p. 323; Sala F, 18/2/1964, E. D., t. 9, p. 136.

(nota 4) GIVORD y GIVERDON, La copropriété, n° 521.

(nota 5) GIVORD y GIVERDON, La copropriété, n° 522.

(nota 6) C. Civil. Cap., Sala A, 22/2/1962, e. D., t. 2,p. 613. El Tribunal negó la acción a uno de los copropietarios. Es también la solución de la legislación francesa (Decreto del 17/3/1967, art. 56).

(nota 7) GIVORD y GIVERDON, La copropriété, n° 523.

(nota 8) C. Civil. Cap., 8/7/1971, L. L., t. 148, fallo 68.193.

(nota 9) C.Civil Cap., Sala E, 12/3/1968, E. D., t. 22,p. 724; íd., 1/6/1971, E. D., t. 38, p. 127.

(nota 10) Para el derecho francés, véase GIVORD y GIVERDON, La Copropriété, n° 534; para el derecho italiano, véase PERETTI GRIVA, Il condominio delle case divise in parti, n° 102; SALIS, Il condominio negli edifici, n° 94; BRNCA, Del condominio negli edifici, p. 514.

(nota 11) C. Com. Cap., Sala A, 21/11/1962, E. D., t. 5, p. 230.

(nota 12) C. Civil Cap., Sala B, 8/7/1971, L. L., t. 148, p. 185.

1111/788

788. RESPONSABILIDAD DE LOS PROPIETARIOS POR LAS DEUDAS DEL CONSORCIO.— La circunstancia de que el consorcio tenga personalidad jurídica y patrimonio propio, plantea el problema de si existe o no responsabilidad conjunta de los

consorcistas. Si bien el consorcio tiene un patrimonio propio, constituido por los fondos adelantados por los consorcistas y los créditos contra éstos por expensas comunes, ese patrimonio será generalmente insuficiente para responder a algunas obligaciones importantes, tal como pueden ser las deudas originadas en una reparación del edificio o la responsabilidad emergente de un daño causado por las cosas comunes, como por ejemplo, la caída de un ascensor. Nuestra ley ha resuelto bien el problema al establecer que los propietarios son responsables por tales obligaciones (art. 8 Ver Texto , ley 13512) (ver nota 1).

Pero cabe preguntarse si la acción de los terceros contra los consorcistas tiene carácter subsidiario. Pensamos que en este punto es necesario adoptar la solución admitida por nuestro Código, para el caso, a todas luces análogo, de la responsabilidad de los socios por las deudas sociales. En ese supuesto se admite que los terceros pueden dirigir su acción directamente contra los socios sin demandar previamente a la sociedad o bien pueden hacerlo en forma conjunta (véase nuestro Tratado de Contratos, t. 2, n° 1456). La identidad de intereses de los consorcistas y del consorcio, hace particularmente justa la aplicación de esta solución para el caso de la propiedad horizontal.

La responsabilidad de los consorcistas no es solidaria; ellos responden de las deudas comunes sólo en proporción del valor de sus pisos o departamentos (art. 8 Ver Texto).

(nota 1) De acuerdo: MARIANI DE VIDAL, Las deudas del consorcio de copropietarios ¿sobre qué bienes pueden hacerse efectivas?, E. D., t. 45, p. 865.

1111/12060

C.— ADMINISTRACIÓN

1111/12070

1.— El administrador

1111/789

789. DESIGNACIÓN.— No es concebible la vida del consorcio como persona jurídica sin un órgano que la represente. Por ello la ley establece que el reglamento de copropiedad debe contener obligatoriamente la designación de un administrador (art. 9 Ver Texto , inc. a).

Como la ley dispone que la primera designación se hará en el reglamento de copropiedad y la reforma de éste requiere dos tercios de votos (art. 9 Ver Texto), se ha sostenido que el nombramiento de los nuevos administradores requiere también esa mayoría (ver nota 1). Es una opinión insostenible; la designación de nuevo administrador no importa la reforma del reglamento, que es un cuerpo normativo; si la ley existe que el reglamento provea a su designación, es porque quiere asegurarse que desde el primer momento tenga el consorcio su representante legal. Pero la designación es un hecho administrativo, no una norma reglamentaria. Y como tal, basta la mayoría absoluta prevista por la ley para todos los asuntos de interés común (art. 10 Ver Texto) (ver nota 2), a menos que el reglamento determine una mayoría distinta (art. 9 Ver Texto , inc. d).

La designación se hará por escritura pública (art. 9 Ver Texto , inc. b); pero este requisito formal es riguroso solamente respecto de terceros; los copropietarios no pueden fundar en la falta de escritura la impugnación de la designación de administrador que ha sido tomada por la asamblea conforme a las mayorías establecidas en el reglamento (ver nota 3).

Nos parece que el requisito de la designación del administrador por escritura pública es excesivo e innecesariamente oneroso. Debería bastar el acta autenticada de la asamblea. Por ello aprobamos un fallo de la Cámara del Trabajo de la Capital que resolvió que basta con la protocolización del acta de la asamblea en que se designó el administrador para acreditar en juicio la representación del consorcio (ver nota 4).

Supongamos ahora que el administrador haya sido designado por una mayoría insuficiente conforme con el reglamento, pero que, no obstante ello, actúe de hecho como tal, percibiendo de todos los consorcistas las expensas comunes y pagando los gastos. El caso se planteó ante la Cámara Civil de la Capital, a raíz de la impugnación del nombramiento del administrador por su consorcista. El Tribunal decidió que la falta de mayoría viciada de nulidad la designación, pero que dicha nulidad era simplemente relativa y no absoluta, por lo que podía ser confirmada. En el caso planteado, se consideró que el vicio de la designación había quedado purgado con el pago al administrador de las expensas comunes durante casi un año (ver nota 5).

Compartimos la solución del Tribunal, aunque los fundamentos de la decisión nos parecen susceptibles de ser formulados con mayor rigor técnico. La designación de administrador no es un contrato. Es un acto plurilateral por el cual se da un representante al consorcio. No

se trata sólo de reglar las relaciones entre las partes (campo en el que el instituto de la conformación tiene su esfera de acción específica), sino también de darle al consorcio su órgano ejecutivo, su representante ante terceros. Por ello, el cumplimiento de las formalidades legales son requisitos ineludibles para la validez del acto. Lo que ocurre es que los consorcistas que reconocen al administrador haciéndole pagos o de otra manera, dan su aprobación tácita a la designación, renuncian implícitamente a la acción de nulidad. Pero no hay confirmación propiamente dicha. La confirmación es válida erga omnes. Y aquí, respecto de terceros, el vicio no queda compurgado. Si no hay mayoría reglamentaria y escritura pública, los terceros a quienes el administrador del consorcio pretenda demandar, pueden negarle personería.

Pensamos, pues, que no debió hablarse de conformación de un acto que adolece de nulidad relativa, sino de caducidad del derecho de los consorcistas a plantear la nulidad (ver nota 6).

La misma solución cabe adoptar en el supuesto de que sin ninguna designación, ni aun minoritaria, una persona actúe de hecho como administrador, con la aquiescencia tácita de los consorcistas.

1111/790

790.— Puede ocurrir, finalmente, que los copropietarios no se pongan de acuerdo y no les sea posible reunir la mayoría establecida en el reglamento por la designación del administrador. En tales casos, debe hacerse por el juez, ya que no es concebible el funcionamiento del consorcio sin el administrador (ver nota 7). El procedimiento está indicado en el art. 10 Ver Texto , in fine, ley 13512, que dispone que el juez deberá resolver el problema en forma sumarísima sin más procedimiento que una audiencia y deberá citar a los propietarios en la forma que procesalmente corresponda a fin de escucharlos.

1111/791

791.— La designación puede recaer en cualquier persona capaz, sea un copropietario o un tercero (art. 9 Ver Texto , inc. a), trátase de una persona de existencia visible o jurídica.

(nota 1) RACCIATTI, La propiedad por pisos o por departamentos, n° 80; LAQUIS, nota en L.L., t. 133, p. 651.

(nota 2) De acuerdo: ALTERINI, nota al fallo 17.583, de J. A.; IORIO, Régimen de la

propiedad horizontal, Revista de Notariado, nº 676, p. 636; NEGRI, Régimen argentino de la propiedad horizontal, nº 103.

(nota 3) C. Civ. Cap., Sala A, 21/9/1971, E. D., t. 39, p. 330; C. Civil Cap., Sala D, 27/3/1963, E. D., t. 5, p. 241.

(nota 4) C.Trab. Cap., 22/10/1974, Rep. L. L., t. XXXVI, p. 1090, sum. 40.

(nota 5) C. Civil Cap., Sala D, 8/10/1968, E. D., t. 26, p. 93; J. A., t. 4, 1969, p. 394, con nota de ALTERINI; y L. L., t. 133, p. 650, con nota de LAQUIS.

(nota 6) La cuestión es delicada y ha dado lugar a soluciones divergentes de autores que estando de acuerdo con la solución sustancial dada al caso por el Tribunal, no están conformes con el enfoque jurídico. MASNATTA piensa que hay conversión del negocio jurídico nulo en uno válido (La conversión del acto jurídico nulo, E. D., t. 27, p. 413); ALTERINI sostiene que se trata de un mandato tácito (Asambleas, nulidad, mandato, J. A., t. 4, 1969, p. 394). Véase también la nota de LAQUIS, La validez de las asambleas y el mandato tácito en la ley 13512, L.L., t. 133, p. 650, quien está en desacuerdo con el Tribunal. La mayoría de la Sala C de la C. Civil Cap., resolvió que es una nulidad relativa, nulidad que en el caso no quedó compurgada, pues los condóminos no citados ni asistentes a la asamblea, no quisieron hacerle los pagos al administrador designado en aquella y consignaron judicialmente las expensas: 23/11/1976, E. D., t. 72, p. 555.

(nota 7) C. Civil Cap., Sala C, 14/10/1969, E. D., t. 32, p. 503.

1111/792

792. FUNCIONES.— La ley caracteriza la función del administrador como la de mandatario (art. 11 Ver Texto) y la jurisprudencia ha resuelto en forma pacífica que la relación entre el consorcio y el administrador es, en efecto, la que surge del contrato de mandato (ver nota 1).

Bien entendido que la relación de mandato es entre el consorcio y el administrador y no entre éste y los copropietarios (ver nota 2); sólo así se explica que el representante legal pueda demandar a los copropietarios en representación del consorcio (ver nota 3).

Como corresponde a todo mandatario (art. 1909 Ver Texto , C. Civil) está obligado a rendir cuentas.

Competen al administrador las siguientes funciones:

1111/793

793. a) Funciones administrativas.— La función esencial del representante es administrar las cosas de aprovechamiento común y proveer a la recaudación y empleo de los fondos necesarios (art. 9 Ver Texto , inc. a). Le compete, por consiguiente, cuidar de las partes comunes del edificio, de su limpieza y mantenimiento; del funcionamiento de los servicios tales como ascensor, calefacción, agua caliente, etc. Ello supone naturalmente el derecho de elegir y despedir el personal de servicio de la casa (art. 9 Ver Texto , inc. a). Tiene, además, todas las otras funciones que especifiquen los reglamentos y le corresponde ejecutar las resoluciones de la asamblea (ver nota 4).

Asimismo, está obligado a asegurar el edificio contra incendio (art. 11 Ver Texto , ley 13512). El seguro debe comprender todo el edificio y no solamente las partes comunes (ver nota 5). Supuesto que los consorcistas se nieguen a contribuir al pago de la prima, el administrador tiene dos caminos a seguir: o bien pagar la prima de su bolsillo y luego reclamar inclusive judicialmente su reintegro a los propietarios, o bien renunciar a la administración. Pero no se exime de responsabilidad alegando que los propietarios se negaron a pagar la prima, pues de lo contrario bastaría una resolución de la asamblea de no contratar el seguro para dejar incumplida una disposición legal que tiene carácter imperativo (ver nota 6).

Debe llevar los libros del consorcio, que son: el libro de actas de las asambleas y el libro de administración del inmueble (art. 5, decreto 18734/1949).

1111/794

794. b) Representación administrativa.— El administrador tiene funciones de representación en todas las gestiones ante las autoridades administrativas de cualquier clase; a ese fin la ley lo reputa mandatario legal y exclusivo de los copropietarios (art. 11 Ver Texto).

1111/795

795. c) Representación judicial.— El problema de la representación judicial del consorcio ha dado lugar a una cuestión que interesa examinar detenidamente dada su importancia. Está fuera de duda que el administrador tiene la representación judicial del consorcio para demandar a los copropietarios que violan las obligaciones que les impone el art. 6 Ver Texto (art. 15 Ver Texto , ley 13512). Igualmente, está fuera toda discusión posible la legitimación del administrador para representar al consorcio cuando ello le ha sido encomendado por el reglamento de copropiedad o por asamblea (ver nota 7). En cambio, se discute si, no mediando mandato contenido en el reglamento u otorgado por la asamblea y no tratándose de los casos del art. 6 Ver Texto el administrador tiene la representación judicial del consorcio. Sobre esta cuestión se han sostenido dos puntos de vista contradictorios:

1) De acuerdo con una primera opinión, predominante en la jurisprudencia, el administrador no tiene la representación legal del consorcio, salvo los casos antes aludidos (ver nota 8). Esta opinión se funda en que el art. 11 Ver Texto sólo le confiere representación para actuar ante las autoridades administrativas. A contrario sensu ello significa que carece de representación judicial. En nuestro caso, el argumento a contrario se ve reforzado por los antecedentes de la discusión parlamentaria de la ley. El proyecto originario del Poder Ejecutivo contenía una disposición según la cual “el representante de los propietarios actuará en casos judiciales de interés común, como juicios de expropiación, reivindicación del terreno, etc.”. Esta cláusula fue eliminada a iniciativa del miembro informante de la Comisión de Legislación, quien para explicar la exclusión dijo que se trataba de una norma simplemente ejemplificativa porque “da casos y ejemplos que se pueden vincular en ocasiones con la disposición principal” (ver nota 9). Además, hay que decir que el mismo Poder Ejecutivo había propuesto la supresión de las facultades de la representación judicial “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 se puede carecer”.

2) Según otra opinión, que por nuestra parte compartimos, el administrador tiene la representación judicial del consorcio a menos que el reglamento o las decisiones de la asamblea limiten sus atribuciones en ese terreno (ver nota 10).

Ante todo, es necesario decir que los argumentos que abonan la posición contraria son de una debilidad palmaria. El argumento a contrario está hoy demasiado desprestigiado para poder fundar en él una solución legal. Igualmente desacreditado está el fundado en la discusión parlamentaria (véase nuestro Tratado de Parte General, t. 1, n° 209 y sig.), porque lo que en definitiva interesa al intérprete moderno no es lo que en su fuero íntimo pueden haber querido o pretendido las personas que intervinieron en la confección de la ley, sino lograr de ésta los resultados que mejor resuelvan los intereses individuales y sociales en juego. Por lo demás, en nuestro caso la discusión parlamentaria es un punto de apoyo extremadamente débil para la doctrina que combatimos. Si conforme lo dijo el miembro informante de la Comisión, la exclusión de la cláusula que confería representación judicial de los propietarios al administrador debía eliminarse porque se trataba de una norma simplemente ejemplificativa, ello quiere decir que, en el pensamiento del legislador, el

inconveniente que tenía la cláusula incluida en el proyecto originario era su carácter ejemplificador, cuando en verdad lo deseable era una solución de carácter general.

Lo que verdaderamente no puede entenderse es que una persona jurídica carezca del órgano que la represente en juicio. Y resulta llamativo que la jurisprudencia, que con tanta audacia y decisión admitió el carácter de persona jurídica del consorcio, haya sido, por el contrario, tan reticente en reconocerle atribuciones de representante judicial, al administrador. El problema es especialmente grave en los casos en que el consorcio es demandado, porque en el breve plazo fijado por la ley ritual para la contestación de la demanda, debe reunirse el consorcio, ponerse de acuerdo sobre quién haya de representarlo, y otorgar el poder. Si se piensa además que el acuerdo puede ser dificultoso, que al apoderado que se designe hay que entregarle los antecedentes del caso, y que es necesario un estudio de ellos para contestar la demanda, se comprenderá que la situación puede ser verdaderamente angustiosa. Lo normal y lógico es que el administrador del consorcio sea un representante para todo tipo de actuación, sea judicial o extrajudicial, con las limitaciones que el propio consorcio fije.

Felizmente la mayor parte de las dificultades que surgen de la doctrina prevaleciente en la jurisprudencia, quedan resueltas en la práctica porque los reglamentos de copropiedad casi siempre atribuyen facultades de representación judicial a los administradores.

(nota 1) C. Civil Cap., Sala C, 18/12/1959, L. L., t. 99, p. 631; id., 22/12/1960, J. A., 1961-II, p. 389; Sala D, 19/3/1970, E. D., t. 32, p. 494; C. Apel. Mar del Plata, 28/6/1955, L.L., t. 79, p. 429.

(nota 2) C. Civil Cap., Sala D, 19/3/1970, E. D., t. 32, p. 494; C.C.C. Esp. Cap., 2/4/1983, E. D., fallo 36.848.

(nota 3) C.C.C. Esp. Cap., 2/4/1983, E. D., t. 104, p. 486.

(nota 4) C. Civil Cap., Sala D, 19/3/1970, E. D., t. 32, p. 494.

(nota 5) De acuerdo: MARIANI DE VIDAL, Curso de derechos reales, t. 2, p. 155.

(nota 6) En contra: MARIANI DE VIDAL, Curso de derechos reales, t. 2, p. 155, nota 364.

(nota 7) C. Civil Cap., Sala A, 12/12/1968, E. D., t. 27, p. 419; Sala C, 13/6/1956, L. L., t. 83, p. 336; Sala D, 2/9/1969, E. D., t. 32, p. 504, íd., 2/10/1955, L. L., t. 84, p. 555.

(nota 8) En este sentido, C. Civil Cap., Sala C, 13/6/1956, L. L., t. 83, p. 336; Sala D, 2/9/1969, E. D., t. 32, p. 504; íd., 2/10/1956, L. L., t. 84, p. 555; íd., 29/2/1972, L.L., t. 149, p. 44; íd., 30/3/1979, e. D., t. 83, p. 473.

(nota 9) Diario de Sesiones de 1948, p. 1354.

(nota 10) En este sentido: RACCIATTI, Propiedad por pisos o por departamentos, n° 77; LAJE, Propiedad horizontal en la legislación argentina, n° 267.

1111/796

796. REMOCIÓN.— La administración supone un acto de confianza en el administrador; por consiguiente, los mandantes pueden revocar en cualquier momento el mandato de administración, sin necesidad de invocar justas causas para ello (ver nota 1).

La remoción del administrador es procedente aun cuando el reglamento hubiera establecido la irrevocabilidad de su mandato (ver nota 2). Es razonable que así sea, porque no se trata de los casos en los cuales por vía de excepción, el art. 1977 Ver Texto legitima la cláusula de irrevocabilidad. Tanto más cuanto que los organizadores del consorcio suelen incluir este tipo de cláusulas para asegurarse definitivamente la administración, maniobra que los tribunales no pueden convalidar.

La remoción puede ser hecha por los jueces, a pedido de alguno o algunos de los copropietarios si demuestran que existen causas serias que aconsejan tal solución y a pesar de que los peticionantes no reúnan la mayoría exigida por el reglamento para tomar esa determinación (ver nota 3).

(nota 1) c. Civil Cap., Sala C, 25/3/1968, E. D., t. 23, p. 396; Sala D, 8/10/1968, e. D., t. 26, p. 93.

(nota 2) C. Civil Cap., Sala C, 15/5/1960, L. L., t. 100, p. 12; íd., 22/12/1960, J. A., 1961-

II, p. 389; RACCIATTI, Propiedad por pisos o por departamentos, n° 84.

(nota 3) C. Civil Cap., Sala A, 14/7/1967, E. D., t. 20, p. 103; Sala C, 7/10/1965, L. L., t. 120, p. 692, 13.181-S.

1111/797

797. DESIGNACIÓN JUDICIAL.— La vida de los consorcios suele presentar conflictos que hacen indispensable la intervención judicial. Se ha declarado que procede la designación judicial del administrador si en el seno de la asamblea no se ha logrado reunir la mayoría necesaria conforme con el reglamento (ver nota 1), o cuando la tirantez y falta de confianza entre los propietarios hacen aconsejable la remoción del administrador del consorcio y el nombramiento de uno judicial, aun a pedido de la minoría (ver nota 2), o cuando peligran la propia vida o subsistencia del consorcio y la convivencia dentro del inmueble (ver nota 3) o cuando existen profundas desinteligencias entre los diferentes grupos de consorcistas y el administrador (ver nota 4).

En algunos casos, la profunda anarquía dentro del consorcio ha movido a los jueces a nombrar interventores con funciones que exceden las de la mera administración encuadrada en el reglamento (ver nota 5).

De más está decir que tanto la designación del administrador judicial como del interventor, son medidas excepcionales a las que debe recurrirse sólo en caso de que el conflicto no tenga otra solución, pues el gobierno del consorcio debe hacerse por medio de sus órganos naturales (ver nota 6).

(nota 1) C. Civil Cap., Sala C, 14/10/1969, E. D., t. 32, p. 503; Sala E, 16/4/1970, E. D., t. 32, p. 494.

(nota 2) C. Civil Cap., Sala A, 14/7/1967, E. D., t. 20, p. 103; Sala C, 22/12/1960, J. A., 1961-II, p. 389.

(nota 3) C. Civil Cap., Sala B, 10/12/1963, L. L., t. 114, p. 45.

(nota 4) C. Civil Cap., Sala B, 30/3/1966, E. D., t. 20, p. 304, n° 24.

(nota 5) C. Civil Cap., Sala B, 21/12/1967, E. D., t. 22, p. 41; íd., 18/5/1964, E. D., t. 8, p. 538; íd., 30/3/1966, E. D., t. 20, p. 364, n° 24; Sala A, 20/4/1965, L. L., t. 120, p. 900, fallo 12.475-S.

(nota 6) C. Civil Cap., Sala D, 8/10/1968, E. D., t. 26, p. 93.

1111/798

798. REMUNERACIÓN.— La ley presume el carácter oneroso del mandato desempeñado por el administrador; más aun, establece que el reglamento debe prever las bases de la remuneración (art. 9 Ver Texto , inc. b), vale decir, si ella será un sueldo fijo o un porcentaje sobre la liquidación mensual de gastos.

Pero nada se opone a que la administración sea desempeñada gratuitamente y, si así se ha convenido, el administrador no puede luego pretender una remuneración (ver nota 1).

(nota 1) C. Civil Cap., Sala C, 7/4/1970, E. D., t. 32, p. 496; RACCIATTI, Propiedad por pisos o por departamentos, n° 83.

1111/799

799. CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN.— A veces el reglamento suele prever la constitución de un consejo de administración, compuesto por algunos consorcistas (en número que generalmente no pasa de tres) designados por la asamblea. Sus funciones son de fiscalización y contralor del administrador y a veces, de colaboración en sus tareas.

1111/12080

2.— La asamblea

1111/800

800. NOCIÓN Y FUNCIONES.— Mientras el administrador es el órgano ejecutivo del consorcio, la asamblea, integrada por todos los propietarios, es su órgano deliberativo. Es, además, la autoridad suprema, a la cual está subordinado el administrador. Aprueba y modifica el reglamento de copropiedad; fija el destino de las unidades; reglamenta el uso de los servicios comunes; nombra y remueve al administrador, le fija su retribución, le imparte instrucciones.

Es, pues, el órgano máximo del consorcio (ver nota 1). Inclusive los propietarios deben acatar sus decisiones legítimas; pero, claro está, el uso, goce y disposición de las partes privadas es ajeno a sus poderes en tanto los propietarios no violen las reglas de convivencia establecidas en la ley o el reglamento.

(nota 1) Coinciden con lo expuesto en este párrafo, RACCIATTI, Propiedad por pisos o por departamentos, n° 86; GIVORD y GIVERDON, La copropriété, n° 403; FERNÁNDEZ MARTÍN GRANIZO, La Ley de Propiedad Horizontal, n° 97; BRANCA, Condominio negli edifici, p.536; SALIS, Il condominio negli edifici, n° 74; PERETTI-GRIVA, Il condominio delle case divise in parti, n° 81.

1111/801

801. CONVOCATORIA.— El estatuto debe prever la forma de convocar la reunión de propietarios (art. 9 Ver Texto , inc. d). Pero de cualquier modo, la notificación debe ser hecha en forma fidedigna (ver nota 1). No basta la simple carta entregada por el encargado del edificio (ver nota 2), no obstante ser ésta una costumbre muy difundida, porque no queda prueba alguna de la recepción de la convocatoria. Para no recurrir al medio demasiado oneroso y excesivamente formal (dadas las relaciones generalmente existentes entre los copropietarios), del telegrama colacionado, bastaría con exigir el recibo de la carta entregada por el encargado del edificio u otra persona comisionada por el administrador (ver nota 3).

La convocatoria debe incluir el orden del día de la asamblea, siendo nulas las decisiones tomadas al margen de dicho orden del día (ver nota 4). Es natural que así sea, para evitar que los propietarios puedan verse abocados a pronunciarse sorpresivamente con desconocimiento del asunto o con deficiente información (ver nota 5).

(nota 1) C. Civil Cap., Sala F, 21/11/1968, E. D., t. 28, p. 536; BENDERSKY, Nulidad de

asambleas en el régimen de propiedad horizontal, n° 56.

(nota 2) Fallo citado en nota anterior.

(nota 3) De acuerdo, C. Civil Cap., Sala F, 21/11/1968, E. D., t. 28, p. 536.

(nota 4) C. Civil Cap., Sala D, 28/2/1962, L. L., t. 106, p. 259; íd., 23/6/1965, E. D., t. 16, p. 343; íd., 26/5/1967, E. D., t. 39, fallo 18.932; etc. En sentido concordante BENDERSKY, Nulidad de las asambleas en el régimen de propiedad horizontal, n° 58; MARIANI DE VIDAL, Curso de derechos reales, t. 1, p. 161.

(nota 5) C. Civil Cap., Sala D, 23/6/1965, E. D., t. 16, p. 343.

1111/802

802. IMPOSIBILIDAD DE LOGRAR LA MAYORÍA REQUERIDA.— Cuando no fuese posible lograr al reunión de la mayoría necesaria de propietarios, la convocatoria de la asamblea puede hacerse por el juez (art. 10 Ver Texto , ley 13512). para que la intervención judicial sea viable, es necesario probar el fracaso de los intentos de reunir la asamblea y la necesidad o urgencia del asunto a tratarse (ver nota 1).

La convocatoria se hará en forma sumarísima, sin más procedimiento que una audiencia a la que deberán ser citados los propietarios (art. 10 Ver Texto , ley 13512). Dada la situación de urgencia que justifica la convocatoria por el juez, deben desestimarse todos los planteos relativos a cuestiones previas al comparendo verbal, sin perjuicio de que en su tiempo y oportunidad se considere el mérito de las diversas alegaciones formuladas (ver nota 2).

1111/803

803. QUÓRUM, CÓMPUTO DE VOTOS.— El reglamento de copropiedad debe fijar el quórum indispensable para que la asamblea pueda sesionar válidamente: así lo dispone el art. 3, inc. 8, del decreto reglamentario de la ley 13512 . En ningún caso, el reglamento puede fijar un quórum menor que el número de votos que la ley determina para adoptar ciertas decisiones (ver nota 3). Es frecuente que el reglamento prevea que, en caso de fracaso de la primera convocatoria, por no haberse reunido la mayoría absoluta de votos, la asamblea pueda sesionar válidamente con los consorcistas presentes. Las resoluciones así

tomadas serán válidas en tanto no se adopten decisiones que conforme a la ley o al reglamento exijan una determinada mayoría de todos los propietarios.

Los votos se computarán en la forma que prevea el reglamento y, en su defecto, se presumirá que cada propietario tiene un voto (art. 10 Ver Texto). Si un piso o departamento perteneciera a más de un propietario, se unificará la representación (art. 10 Ver Texto).

Vale decir, que el reglamento podría disponer, por ejemplo, que los votos se computasen en proporción a la parte que cada propietario tiene en el edificio; pero si esto no se dispone expresamente, cada propietario tiene un voto. ¿Qué ocurre si un mismo propietario tiene dos o más unidades? Hay que reconocer que la redacción de la ley es equívoca y que admite la interpretación de que los propietarios tienen un solo voto, cualquiera sea el número de unidades que posean. No es esa sin embargo la interpretación que ha prevalecido. Con razón, se ha decidido que el cómputo de votos debe hacerse por unidad aunque la misma persona posea más de una (ver nota 4).

Sólo en un caso, la ley ordena tomar en cuenta el valor de cada unidad, a los efectos de votar una decisión: la de demoler un edificio que se encuentra en estado de vetustez (art. 16 Ver Texto). En este caso el reglamento no podría establecer otra forma de computar la mayoría.

(nota 1) C. Civil Cap., Sala A, 7/2/1964, E. D., t. 8, p. 536; íd., 14/7/1967, E. D., t. 20, p. 103; Sala D, 8/10/1968, E. D., t. 26, p. 93; Sala E, 3/9/1964, L.L., t. 118, p. 876, fallo 11.841-S.

(nota 2) C. Civil Cap., Sala C, 18/12/1959, L. L., t. 99, p. 631.

(nota 3) C. Civil Cap., Sala B, 13/2/1970, E. D., t. 35, p. 441; MARIANI DE VIDAL, Curso de derechos reales, t. 2, p. 163.

(nota 4) C. Civil Cap., Sala E, 16/6/1970, E. D., t. 35, p. 965.

804.— ¿Puede reemplazarse la asamblea por la adhesión de los copropietarios a la resolución proyectada? Si la adhesión es unánime, no cabe duda de que tiene el valor de una decisión tomada en la asamblea, por la muy simple razón de que ninguno de los copropietarios podría agravarse de lo resuelto, ni habría quien pudiera impugnarlo. Distinta es la situación si la adhesión ha sido simplemente mayoritaria. En este caso, aunque se haya reunido la mayoría requerida por la ley o por el reglamento, la decisión es nula, porque la asamblea no es un recaudo puramente formal sino también la oportunidad en que la minoría puede hacer valer sus razones para oponerse a la decisión y quizá convencer a los otros propietarios. Una resolución tomada de esa manera sería nula (ver nota 1).

(nota 1) C. Civil Cap., Sala C, 30/8/1968, E. D., t. 27, p. 427; Sala D, 7/2/1964, E. D., t. 6, p. 985; MARIANI DE VIDAL, Curso de derechos reales, t. 2, p. 159.

1111/805

805. MAYORÍAS REQUERIDAS.— La regla general en materia de propiedad horizontal es que los asuntos de interés común se resuelven por mayoría de los votos de los condóminos (art. 10 Ver Texto), computados en la forma que hemos dicho anteriormente. Por mayoría se entiende la mitad más uno de los propietarios, y no la simple mayoría de los propietarios presentes en la asamblea; a menos que el reglamento haya previsto que las decisiones se tomarán por simple mayoría de los presentes.

Sin embargo, hay resoluciones para las cuales no basta la mayoría sino que se requiere una proporción mayor y aun la unanimidad; tal exigencia puede surgir de la ley o del reglamento. Inclusive, en algunos supuestos en que no hay disposición expresa de la ley, la jurisprudencia, interpretando el espíritu de la propiedad horizontal, ha exigido la unanimidad.

Los casos en que se requiere mayorías especiales son los siguientes:

a) Se requiere la unanimidad de los consorcistas:

1) Para hipotecar el terreno sobre el que se asienta el edificio común (art. 14 Ver Texto , ley 13512).

2) Para realizar toda obra nueva que afecte el inmueble común (art. 7 Ver Texto , ley 13512). La exigencia de la unanimidad surge de la necesidad de evitar daños a la solidez, seguridad o salubridad del edificio; de impedir alteraciones a su destino, desvalorización de

sus unidades, molestias a los demás ocupantes, modificación de los porcentuales de los copropietarios, innovaciones graves a la estética y al funcionamiento y uso de lo que pertenece a todos (ver nota 1).

Sobre el alcance del art. 7 Ver Texto y su armonización con el art. 8 Ver Texto , que requiere simple mayoría, véase n° 725.

3) Para cambiar el destino de las unidades, establecido en el reglamento. Precisamente porque ese destino está fijado en el reglamento, ha podido sostenerse que es suficiente la mayoría de dos tercios que establece la ley 13512 para su reforma; pero la jurisprudencia, con razón, ha resuelto que en este caso no basta esa mayoría de dos tercios, sino que es necesario la unanimidad (ver nota 2). Es razonable que así sea, porque cuando una persona se incorpora a un consorcio tiene particularmente en mira el destino que se da a las unidades, de tal modo que un cambio en él afecta sus derechos no ya como consorcista, sino como propietario de la unidad.

De más está decir que si el cambio de destino solamente puede ser decidido por unanimidad, tampoco es válida una autorización concedida a alguno de los copropietarios por la mayoría de la asamblea para instalar en las unidades oficinas, consultorios o escritorios, en contra de lo establecido en el reglamento (ver nota 3). Es decir que la unanimidad no sólo se requiere para modificar el reglamento con el fin de cambiar el destino, sino también para autorizar ese cambio prácticamente.

4) Para modificar el reglamento de copropiedad en lo relativo a la especificación de las partes de propiedad común y de propiedad exclusiva del edificio o la proporción que corresponde a cada piso o departamento en relación al valor del conjunto (ver nota 4).

5) Un problema que ha suscitado frecuente intervención judicial, es el de la legitimidad de la supresión de los servicios centrales por decisión mayoritaria. La jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse especialmente en el caso de la supresión de los servicios de calefacción y agua caliente central para ser reemplazados por calefactores o calefones individuales. La tendencia general es que basta la mayoría de votos (ver nota 5). Tomado como principio general, esa solución nos parece objetable. Cuando una persona compra un departamento en un edificio que tiene servicios centrales tales como calefacción, agua caliente, aire acondicionado, etc., cuenta con los beneficios de dichos servicios en su parte privativa. Por consiguiente, parece arbitrario que la simple mayoría pueda disponer la supresión a título de realizar economía. Con mejor criterio, la Sala B de la Cámara Civil de la Capital ha resuelto que la mayoría de los copropietarios no puede decidir, no mediando fuerza mayor, la supresión del funcionamiento del servicio central de calefacción (ver nota 6). Es, nos parece, la solución justa, sin perjuicio de que el Tribunal, teniendo en cuenta las circunstancias especiales del caso y la razonabilidad de la decisión tomada por la mayoría, pueda convalidarla. Porque tampoco es admisible que una reducida minoría o quizás uno

solo de los condóminos pueda oponerse a una resolución que las circunstancias demuestran que es razonable.

b) Se requieren los dos tercios de votos para la modificación del reglamento de copropiedad (art. 9 Ver Texto), siempre que no se trate de aquellos puntos que conforme con lo expresado en el número anterior, requieren unanimidad.

Esta mayoría de los dos tercios puede ser aumentada, pero no disminuida en el reglamento de copropiedad (véase nº 778).

(nota 1) C. Civil Cap., Sala F, 4/3/1971, e. D., t. 38, p. 128; Sala C, 20/2/1990, L. L., fallo nº 89.220.

(nota 2) C. Civil Cap., Sala B, 13/2/1970, E. D., t. 35, p. 441; Sala D, 2/3/1966, E. D., t. 16, p. 351; íd., 9/11/1972, E. D., fallo nº 21.991.

(nota 3) C. Civil. Cap., Sala B, 2/3/1966, E. D., t. 16, p. 351.

(nota 4) C. Civil Cap., Sala D, 13/8/1970, E. D., t. 33, p. 660; Sala E, 12/8/1964, E. D., t. 11, p. 397, íd., 30/8/1972, E. D., t. 46, nº 21.557.

(nota 5) C. Civil Cap., Sala B, 23/10/1975, E. D., t. 67, p. 172; Sala C, 24/2/1965, E. D., t. 11, p. 365; Sala D, 7/7/1964, E. D., t. 9, p. 12; Sala E, 3/9/1965, E. D., t. 16, p. 335.

(nota 6) C. Civil Cap., Sala B, 23/12/1963, E. D., t. 11, p. 393. El Tribunal hizo mérito de que el reglamento de copropiedad estipulaba que “la calidad del uso asignado a las respectivas partes del inmueble, no podrán modificarse sino por resolución unánime de todos los copropietarios”.

1111/806

806. CONTRALOR JUDICIAL.— La asamblea debe actuar conforme con la ley y el reglamento de copropiedad. Esto impone el contralor judicial de sus resoluciones a pedido de cualquiera de los copropietarios. El contralor judicial se ejerce a través de dos recursos

diferentes:

a) Un recurso de nulidad, fundado en que la asamblea no funcionó legalmente porque no fue convocada en debida forma (ver nota 1), o porque la resolución se adoptó sin respetar las mayorías exigidas por la ley o el reglamento de copropiedad (ver nota 2), o porque la resolución contraría disposiciones legales de orden público.

Se ha declarado con razón que es improcedente la nulidad de la asamblea del consorcio si ha sido tácitamente confirmado por la parte que podía invocar el vicio capaz de invalidarla (ver nota 3). De igual modo, se ha declarado que es improcedente la acción de nulidad cuando no se funda en un interés serio y legítimo, ya que no es admisible la nulidad por la nulidad misma (ver nota 4).

b) Un recurso de arbitrariedad que supone una decisión tomada por una asamblea normalmente constituida y con el número de votos requeridos, pero que entraña un abuso del derecho o afecta injustamente los derechos de la minoría (ver nota 5).

La acción debe ser dirigida contra el consorcio (ver nota 6).

(nota 1) C. Civil. Cap., Sala D, 7/2/1964, E. D., t. 6, p. 985.

(nota 2) Sobre el tema de la nulidad, véase BENDERSKY, La nulidad de las asambleas en la propiedad horizontal, Buenos Aires, 1959.

(nota 3) C. Civil Cap., Sala A, 10/7/1964, E. D., t. 8, p. 562; Sala D, 8/10/1968, E. D., t. 26, p. 93; J. A., t. 4, 1969, p. 394, con nota de ALTERINI; y L. L., t. 133, p. 650, con nota de LAQUIS.

(nota 4) C. Civil Cap., Sala D, 22/9/967, L.L., t. 131, p. 1096, 17.688-S.

(nota 5) C. Civil Cap., Sala C, 24/2/1965, E. D., t. 11, p. 365; Sala B, 22/2/1961, J. A., 1961-IV, p. 203.

(nota 6) C. Civil Cap., Sala C, 31/2/1975, J. A., t. 28, 1975, p. 328.

1111/12090

§ 4. Extinción de la Propiedad Horizontal

1111/807

807. CAUSALES.— La ley 13512 ha previsto dos causales de extinción de la propiedad horizontal: la ruina o destrucción total del edificio o parcial de más de dos terceras partes de su valor (art. 12 Ver Texto) y la vetustez (art. 16 Ver Texto). A estas causales legales puede agregarse, todavía, la concentración de derechos, que se opera cuando una misma persona adquiere todas las unidades y desafecta al inmueble del régimen de la propiedad horizontal (ver nota 1).

Parcialmente termina para los copropietarios cuando enajenan su unidad.

1111/808

808.— RUINA O DESTRUCCIÓN DEL EDIFICIO.— Dispone el art. 12 Ver Texto de la ley 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.

Al hablar de valor debe incluirse por cierto el terreno, que integra el valor del inmueble (ver nota 2).

1111/809

809.— El tercer párrafo del art. 12 Ver Texto dice que 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.

Vale decir, se le brinda a la minoría una opción: o bien contribuir a la reconstrucción o bien vender forzosamente a la mayoría su unidad, conforme con la valuación judicial.

Vale decir, se le brinda a la minoría una opción: o bien contribuir a la reconstrucción o bien vender forzosamente a la mayoría su unidad, conforme con la valuación judicial.

1111/810

810.— Las soluciones dadas por el art. 12 Ver Texto son de justicia más que dudosa. Supongamos que un edificio haya sido parcialmente destruido por un rayo, una bomba, un incendio. ¿Por qué los dueños de las unidades indemnes han de contribuir al pago de la reconstrucción de las unidades dañadas? Es razonable que contribuyan al pago de las cosas comunes destruidas, pero no se ve porqué han de contribuir también al pago de las partes privativas.

Claro está que si como consecuencia del evento dañoso ha sufrido la estructura del edificio y su reconstrucción impone la demolición total, entonces se hace inevitable la venta del terreno y los materiales, incluida la parte que quedó indemne. Pero si no es así, si la reconstrucción es posible sin afectar las partes que han quedado sanas, los propietarios de las unidades no dañadas no deberían contribuir a rehacer las unidades privativas dañadas o destruidas.

1111/811

811. VETUSTEZ DEL EDIFICIO.— Según el artículo 16 Ver Texto , ley 13512, en caso de vetustez del edificio la mayoría que represente más de la mitad del valor podrá resolver la demolición y venta del terreno y materiales. Si resolviera la reconstrucción, la minoría no podrá ser obligada a contribuir a ella, pero la mayoría podrá adquirir la parte de los disconformes, según valuación judicial.

A diferencia del caso anterior, en éste la solución legal se justifica de modo pleno. Comprobada la vetustez del edificio, es natural que la mayoría pueda resolver la demolición y venta del terreno y materiales. Más aún, pensamos que si el grado de vetustez fuere tal que entrañare peligro, cualquiera de los condóminos puede pedir judicialmente la demolición y venta del terreno y materiales. Independientemente, claro está, de las atribuciones que tienen las autoridades municipales de ordenar la demolición de un edificio que amenace peligro.

La apreciación del grado de vetustez del edificio no es cuestión que quede librada a la mayoría; de tal modo que cualquiera de los copropietarios disconformes puede recurrir ante la justicia y demostrar que el edificio no está en condiciones tales de vetustez que justifique

su demolición.

En otras palabras, lo que la mayoría puede hacer es disponer de demolición y venta del edificio comprobada que sea la vetustez; pero no puede por sí, y arbitrariamente declarar vetusto un edificio que realmente no lo está.

1111/812

812.— El segundo párrafo del art. 16 Ver Texto dice que si la mayoría resolviera la reconstrucción, la minoría no podrá ser obligada a contribuir a ella, pero la mayoría podrá adquirir la parte de los disconformes según valuación judicial.

Está bien que la minoría no pueda ser obligada a contribuir a la reconstrucción, inclusive porque puede no tener posibilidades económicas de hacerlo; pero su actitud no debe ser obstáculo para la reconstrucción del edificio, si la mayoría decide adquirir la parte de los disconformes.

(nota 1) De acuerdo: RACCIATTI, Propiedad por pisos o departamentos, n° 163.

(nota 2) De acuerdo: RACCIATTI, Propiedad por pisos o por departamentos, n° 159.