

## Condominio

Inmueble: coposesión; adquirente por boleto de compraventa; acción reivindicatoria; alcances.

- Cám.C.C. Junín, 15/3/2012, "P., D. A. c/ S., M. B. s/ reivindicación". (Publicado en *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, año LI, nº 13185, 22/2/2013, fallo 57787).

En razón de la existencia de un boleto de compraventa entre las partes en virtud del cual la demandada adquirió del actor la mitad indivisa del inmueble en cuestión, contando por la tradición operada con la coposesión del mismo, cabe

concluir que la acción reivindicatoria intentada por el accionante procede sólo respecto del 50 % de dicho bien, pues el accionado no es intruso sino que tiene título hábil para mantenerse en la coposesión de la cosa. R. C.

## Actos del dueño por una parte indivisa y la acción reivindicatoria\*

Marcelo E. Urbaneja<sup>1</sup>

**Sumario:** 1. Introducción. Interés de la sentencia. 2. Secuencia fáctica. Sentencia de primera instancia. 3. Sentencia de segunda instancia. 4. Aclaraciones previas. 5. Cuestiones determinantes del decisorio. 6. El dueño y la constitución de derechos reales por parte indivisa.

### 1. Introducción. Interés de la sentencia

Hace ocho décadas advertía Raymundo M. Salvat la escasa frecuencia con que se ventilaban, en nuestro medio, acciones reales. Sustentaba su ajustada percepción, entre otras circunstancias, en el “mayor estudio” que se hace de los títulos en cada operación, “lo que obliga a subsanar defectos y evita pleitos para el futuro”.<sup>2</sup>

Las reflexiones del genial civilista cobran renovado vigor desde la sanción de diversas leyes notariales locales que regulaban actuaciones que antes eran sólo de buena práctica y, fundamentalmente, desde 1968, al concluir la consagración del actual esquema legislativo de registración inmobiliaria. Su afamada robustez se encuentra corroborada por la infrecuencia con que en la práctica tribunalicia argentina puede vincularse a las acciones reales con la invalidez formal o sustancial de algún acto transmisivo (conforme nociones estadísticas que recordamos en otro aporte<sup>3</sup>). De allí, entonces, que el grueso de estas defensas se interponga en supuestos de despojos que no involucran mutaciones reales.

Tales perfiles de nuestra realidad permitieron conjurar parcialmente el conocido elenco de controversias proyectadas por la regulación del Código velezano, fundamentalmente en torno al ámbito de aplicación de cada una de las acciones. El *iura novit curia*, aplicado con saludable rigor por la jurisprudencia sobre el tópico,<sup>4</sup> se adicionó a las reflexiones doctrinarias<sup>5</sup> para mitigar otras nocivas ulterioridades.

La peculiaridad del caso en comentario consiste en contemplar una acción reivindicatoria por la parte indivisa en un supuesto en que existe dominio y no condominio, coyuntura

\* Publicado en *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, año LI, n° 13185, 22/2/2013, pp. 1-4).

1. Ver nota extendida en p. 178.

2. SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino. Derechos reales*, Buenos Aires, Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, 1932, t. II, §2075, p. 314.

3. URBANEJA, Marcelo E., “Desafortunada pretensión de suprimir la tradición e incorporar la inscripción constitutiva en materia inmobiliaria. Derivaciones nocivas del ‘fetichismo registral’ y nociones sobre derecho comparado”, en *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, tomo 246, p. 803.

4. Fallos, 140: 58 (sentencia del 24/3/1924).

5. VÁZQUEZ, Gabriela A., “Las acciones reales y el *iura novit curia*”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, tomo 1996-B, p. 445.

no contemplada por la generalidad de los estudios sobre la disciplina.

La sentencia de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Junín, provincia de Buenos Aires, es rica en apropiadas matizaciones y resulta propicia para finalizar sistematizando los actos que el dueño puede ejercer por una parte indivisa.

## 2. Secuencia fáctica. Sentencia de primera instancia

En 1998, el titular dominial de un inmueble celebró boleto de compraventa por la mitad indivisa del mismo. La compradora adquirió la coposición por tradición que le hizo el dueño como consecuencia del citado boleto, produciéndose a mediados de 2002 la *desposesión* del titular. En noviembre de ese año ambas partes se remitieron sendas cartas documento, el primero negando haber vendido la mitad indivisa del inmueble y la segunda alegando ser poseedora en razón de ese boleto.

En este estado de situación, el titular dominial entabló demanda por reivindicación contra la compradora de mitad indivisa por boleto. La demandada interpuso, por reconvencción, la pretensión de dividir el condominio.

La sentencia de primera instancia hizo lugar a la demanda por reivindicación, por lo que se condenó a la demandada a restituir el inmueble con ciertas derivaciones en torno a daños y perjuicios e intereses y costas que no interesan a estos efectos. Como consecuencia, se desestimó la división de condominio reconvenida. Ambas partes apelaron.

## 3. Sentencia de segunda instancia

El fallo de Cámara se formó con el voto del doctor Guardiola, con la adhesión de los demás camaristas. Se determinó allí la modificación de la sentencia apelada en diversos aspectos, interesándonos aquí lo relativo a la acción reivindicatoria, que se dispuso restringir al 50 %, “medida en la cual debe ser reestablecido el actor en la coposición de la que fue privado”.

Compartiendo lo resuelto en esta instancia y los fundamentos esgrimidos, deviene de interés reflexionar sobre algunos extremos ventilados en la causa.

#### 4. Aclaraciones previas

Carece de interés reflexionar sobre la pretendida división de condominio, atento a que, careciendo la compradora por boleto (aún siendo coposeedora) de derecho real alguno, la titularidad corresponde exclusivamente al actor. Su derecho personal la invade, en todo caso, con otras prerrogativas de significación, pero intrascendentes para terciar en lo aquí controvertido.

Además, se da por supuesto que la desposesión sufrida por el actor (tenida por probada en ambas instancias) reunía los caracteres que el artículo 2776 del Código Civil y sus concordantes exigen. Por pertenecer al ámbito exclusivo de los hechos, es de imposible evaluación por quien no acceda a las constancias del proceso. Subrayamos el particular por la impronta excluyente que asume en cualquier hipótesis de acción reivindicatoria, dado que, aun interpretando el término *despojo* en el sentido laxo que pacíficamente se le atribuye,<sup>6</sup> se exige siempre la privación unilateral de la posesión.

#### 5. Cuestiones determinantes del decisorio

La acción reivindicatoria interpuesta por el titular dominial lo fue por la totalidad, en el convencimiento que el boleto de compraventa suscripto por ambas partes era simulado. De resultar acertada su afirmación, agregamos nosotros, se hubiera privado a la posesión de la demandada del liminar respaldo causal brindado por el segundo párrafo del artículo 2355 del Código Civil (con la polémica redacción que le diera el Decreto-ley 17.711/68).

Acertadamente, en primera instancia se consideró extinta la acción para impugnar el acto, atento al plazo transcurrido desde la carta documento por la cual el actor negaba haber vendido por boleto (invocando la simulación del mismo).

Conviene apuntar que el fallo de Cámara deja traslucir la atribución de cierta relevancia a las manifestaciones sobre la tradición que obran en el boleto de compraventa. Saludamos esa inteligencia, que se nutre de lo que la segunda oración del artículo 2378 dice y no de lo que por regla se le ha hecho decir, conforme a reflexiones formuladas en otra oportunidad.<sup>7</sup>

Sentada la validez del boleto, se deslizó por la jueza de grado un endeble razonamiento en torno a su idoneidad para repe-

6. ALTERINI, Jorge H., *Acciones reales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, p. 62.

7. URBANEJA, Marcelo E., "Tradición, *constituto posesorio*, *traditio brevi manu* e inmueble ocupado por un tercero: su reflejo escriturario", en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, n° 957, 2007, pp. 768-771.

ler acciones reivindicatorias. Así, de la ineficacia para atribuir legitimación activa al comprador (a esta altura indiscutible en doctrina y jurisprudencia) ha concluido también en la esterilidad para obstaculizar su progreso. Es decir que le ha negado entidad a la posesión (aquí coposesión) adquirida por boleto para resistir exitosamente la reivindicación, con una fundamentación difusa que la Cámara se ocupó de disipar, abonada principalmente por el ya recordado artículo 2776.

No obstante, y aquí reside el fundamental acierto de la sentencia en comentario, debe consignarse que esa coposesión sólo permite oponerse a actitudes del otro coposeedor que la excluyan en su totalidad, pero no mientras eso no suceda y se limiten a ejercer ambos la relación real de manera concurrente (doctrina arts. 2409 y 2489, C. Civ.). Es por ello que la expectativa del actor fue satisfecha por la porción que le correspondía, esto es, una mitad indivisa, y no por la totalidad.

En suma, el boleto de compraventa que nos ocupa (con acción de simulación ya prescripta, se insiste) encarnó un sustento inmovible de la coposesión que la demandada ejerce pero que en nada debe afectar al otro coposeedor.

## **6. El dueño y la constitución de derechos reales por parte indivisa**

Es sabido el rico catálogo de posibilidades que ofrece el análisis de la constitución de derechos reales por el condómino respecto de su parte indivisa, polémica vinculada a la determinación de si el objeto de tales actos es dicha cuota parte o la cosa misma.

Por el contrario, no se han difundido aportes sobre el tema que titula este apartado, seguramente por carecer el Código Civil de la sistematización que ahora proponemos.

Reviste interés por resultar más asiduo de lo que puede suponerse y, además, porque su análisis no siempre arroja resultados equivalentes al supuesto de condominio, en donde la cuestión se encuentra disciplinada con aceptable coherencia.

### *6.1. Reglas incontrovertidas*

Así, corresponde apuntar que las únicas mutaciones reales por una parte indivisa expresamente vedadas al dueño son el aban-

dono (art. 2608) y la constitución de servidumbres (art. 3007). Adviértase que la primera de esas facultades, en cambio, sí se le otorga al condómino (art. cit. y 2685).

En el otro extremo, no pueden caber dudas acerca de la posibilidad de transmitir la titularidad de la parte indivisa (precisamente, lo que se comprometieron a realizar los otorgantes del boleto del fallo en comentario) ni de constituir usufructo (art. 2821 y arg. art. 2843).

### 6.2. *Primer supuesto controvertido: uso y habitación*

La discrepancia que se presenta en los supuestos del uso y de la habitación se forma a través de lo que reputamos una inadecuada amalgama de conceptos entre la posibilidad de titularidad múltiple y la divisibilidad.

Así, Gatti admite la pluralidad de titulares siempre que la utilidad brindada por el objeto lo autorice.<sup>8</sup> Sin embargo, Musto, que participa de dicha conclusión sobre la cotitularidad y le reprocha a Argañarás que confunda esa noción con la de indivisibilidad,<sup>9</sup> entiende que resultan indivisibles y, por ello, rechaza la posibilidad de estipular el derecho de acrecer<sup>10</sup> (interpretación que no compartimos).<sup>11</sup>

Resulta acertado admitir la pluralidad de titulares en tanto las características del objeto así lo habiliten. Ante directivas legales incuestionables, como las proporcionadas por los artículos 2821 y 2843 en el usufructo, no se advierten obstáculos para derivar idéntica permisión para el uso y la habitación, máxime ante la remisión del artículo 2949. Las diferencias entre éstos y aquél, como ya es de regular difusión en nuestro medio, se limitan al ámbito de la cantidad y no de la calidad de las facultades concedidas.

Idénticos argumentos fuerzan admitir la constitución de ellos por un condómino, limitándose naturalmente a la extensión de su parte indivisa, posibilidad que el ya mencionado artículo 2843 legitima para el usufructo.

Con tales sustentos paralelos (la cotitularidad y el establecimiento por una parte indivisa), ambos afincados en la aplicación de las normas sobre usufructo, se desprende que el dueño puede constituir cualquiera de ellos por una parte indivisa. En tal supuesto, claro, la utilidad y los frutos que brinde el objeto serán compartidos entre ambos (dueño y usuario o habita-

8. GATTI, Edmundo, *Derechos reales. Teoría general*, Buenos Aires, Lajouane, 2006, p. 166.

9. MUSTO, Néstor J., *Derechos reales*, Buenos Aires, Astrea, 2000, t. 2, p. 136 (nota 1).

10. Ídem, pp. 136-137.

11. URBANEJA, Marcelo E., "Extinción de usufructo por no uso", en *El Derecho*, Buenos Aires UCA, tomo 239, p. 300.

dor), cada uno con el alcance que sus respectivas prerrogativas otorguen.

Adviértase de qué manera, en materia de servidumbres, hay cotitularidad sólo cuando hay condominio sobre el inmueble dominante, pero el derecho de cada condómino no se plasma en una parte indivisa (art. 3007), a diferencia del régimen general (art. 2676).

Resulta de rigor, entonces, concluir que la posibilidad de constituir un derecho real por una parte indivisa conduce ineludiblemente en admitir la cotitularidad a su respecto. La regla, en cambio, no se aplica a la inversa: puede haber cotitularidad sin que para ella se admita la adquisición por partes indivisas (servidumbres).

### 6.3. Segundo supuesto controvertido: hipoteca

Ante los fatigosos disensos a que ha dado lugar la hipoteca sobre parte indivisa en caso de condominio, cuadra interrogarse sobre la posibilidad que tiene el dueño de otorgar acto semejante.

Una de las primeras manifestaciones de la polémica fue la hoy olvidada estipulación del artículo 3, inciso e, del Decreto 2080/80, reglamentario de la registración inmobiliaria en el ámbito porteño. Allí se consideraba que no se hallaban comprendidos entre los documentos registrables a “los que constituyan derecho real de hipoteca sobre partes indivisas sin que exista condominio o comunidad hereditaria”.

Es conocido el vasto reproche autoral que siguió al dictado de esa reglamentación local, robustecido inclusive con reflexiones de Miguel N. Falbo, uno de los autores del anteproyecto de Ley Registral nacional.<sup>12</sup>

La profunda reforma dispuesta por Decreto 466/99, que trascendió su formal rótulo de texto ordenado, suprimió íntegramente la norma comentada. Desde entonces, con mejor técnica legislativa, ya no se enumeran documentos *no* registrables.

Uno de los inspiradores de esa reglamentación de 1980, Felipe P. Villaro, desde la primera edición de su obra en ese mismo año<sup>13</sup> hasta la tercera y última en 2003,<sup>14</sup> expone una nómina de los documentos no registrables y, a la manera de aquella norma, incluye el supuesto de la hipoteca sobre parte indivisa otorgada por el dueño. No hace lo propio en reflexiones más recientes, en las que ha prescindido de consignar la situación que nos ocupa.<sup>15</sup>

12. FALBO, Miguel N., “Análisis crítico del Decreto 2080/80 en cuanto a su legalidad y aplicación en sede notarial”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, n° 786, 1982, pp. 1643 y ss.

13. VILLARO, Felipe P., *Elementos de derecho registral inmobiliario*, Avellaneda, Scotti Editora, 2003, 3ª ed., pp. 50-51.

14. Ídem, pp. 51-52.

15. VILLARO, Felipe P., *Derecho registral inmobiliario*, Buenos Aires, Astrea, 2010, pp. 86-87.

Argumenta la postura negatoria en que la posibilidad de hipotecar por una parte indivisa en nuestro Código Civil sólo se concede expresamente al condómino y la excepción debiera interpretarse restrictivamente. Se adiciona en abono de esta tesis la prohibición expresa que lucía en el anteproyecto de Bibiloni.

Los fundamentos expuestos no conmueven el vigor de la tesis contraria.

Por lo pronto, no es cierto que la alternativa propuesta sólo se discipline en derredor del condominio. El artículo 3124 considera la situación que se presenta cuando, al efectuarse partición, el inmueble termina adjudicado al condómino hipotecante. Ante tal eventualidad, se establece que la hipoteca perdurará sobre la parte indivisa que correspondía al constituyente al tiempo de establecer ese derecho real.

Si bien tan particular previsión pudiera sugerir un supuesto de excepción que no invita su proyección a otras situaciones, no se advierten sustentos de orden teórico y práctico que justifiquen semejante lectura restrictiva. Toda suerte de inquietud o interrogante a que el peculiar resultado conduzca se planteará cualquiera sea la fuente de esa hipoteca sobre parte indivisa (partición de condominio o constitución *ab initio*).

La invocación de proyectos sin consagración legislativa aporta fuerza de convicción relativa si no se acompaña del sentir generalizado de los operadores jurídicos, circunstancia que no se presenta en el caso.

Por fin, las específicas prohibiciones ya relevadas en materia de abandono y de servidumbres, conjugadas con la facultad de disposición que sin cortapisas de esta índole consagra el artículo 2516, persuaden de la viabilidad del supuesto considerado.

### Bibliografía

ALTERINI, Jorge H., *Acciones reales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000. FALBO, Miguel N., "Análisis crítico del Decreto 2080/80 en cuanto a su legalidad y aplicación en sede notarial", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, n° 786, 1982. GATTI, Edmundo, *Derechos reales. Teoría general*, Buenos Aires, Lajouane, 2006 (que constituye la reimpresión de la 3ª ed. de *Teoría general de los derechos reales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1985). MUSTO, Néstor J., *Derechos reales*, Buenos Aires, Astrea, t. 2, 2000. SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino. Derechos reales*, Buenos Aires, Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, t. II, 1932. URBANEJA, Marcelo E., "Tradición, *constituto posesorio*, *traditio brevi manu* e inmueble ocupado por un tercero: su reflejo escriturario", en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, n° 957, año 2007. URBANEJA, Marcelo E., "Extinción de usufructo por no uso", en *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, tomo 239, p. 300 (reproducido en ALTERINI, Jorge H. (dir.) y ALTERINI, Ignacio E. (coord.), *Derecho no-*

*tarial, registral e inmobiliario*, Buenos Aires, La Ley, 2012, t. VII, “Derecho inmobiliario-Reales”). URBANEJA, Marcelo E., “Desafortunada pretensión de suprimir la tradición e incorporar la inscripción constitutiva en materia inmobiliaria. Derivaciones nocivas del ‘fetichismo registral’ y nociones sobre derecho comparado”, en *El Derecho*, Buenos Aires, tomo 246, p. 803. VÁZQUEZ, Gabriela A., “Las acciones reales y el *iura novit curia*”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, tomo 1996-B, p. 445. VILLARO, Felipe P., *Derecho registral inmobiliario*, Buenos Aires, Astrea, 2010. VILLARO, Felipe P., *Elementos de derecho registral inmobiliario*, Avellaneda, Scotti Editora, 2003 (3ª ed.). VILLARO, Felipe P., *Elementos de derecho registral inmobiliario*, La Plata, Fundación Editora Notarial, 1980.

### **Nota extendida**

1. Profesor de Derecho Civil de cuarto año (Derechos Reales) y de la Maestría en Derecho Civil Patrimonial, Universidad Católica Argentina. Profesor en la Maestría en Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario y en la Especialización en Derecho Registral, Universidad Notarial Argentina. Coordinador académico de esta última carrera. Secretario del Instituto de Derecho Registral de la misma universidad. Autor de investigaciones publicadas en diferentes revistas y libros, y trabajos presentados y laureados en variados simposios jurídicos, en los que también se ha desempeñado como coordinador nacional y coordinador provincial.