

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

por los condóminos (Borda, Derechos reales, t. I, pág. 470, N° 565, 3ª ed.), sin perjuicio - claro está - de la posibilidad de requerir una compensación por el uso exclusivo del bien (Mariani de Vidal, Derechos reales, t. 2, pág. 37).

Ello ha sido también explicitado en la decisión referida mediante la remisión al art. 2706 del Cód. Civil sin que exista refutación concreta de este importante fundamento.

Adviértase que ello resulta de extrema relevancia puesto que no cabe duda que la demandada tiene derecho a usar de la cosa y lo que puede discutirse se limita a la forma en que lo lleva a cabo, la eventual compensación o la decisión judicial en cuanto al uso del inmueble en punto a su administración. El desalojo, en su caso, sería admisible luego del cumplimiento del procedimiento fijado en el artículo citado y no antes puesto que ello importaría que el magistrado interviniente desechara la ocupación de un condómino con derecho sin que - a la vez - solucionara la cuestión realmente sometida a decisión. De todos modos existe un aspecto en el que debe ser modificada la decisión recurrida. En efecto, la descripción de los hechos realizada por el actor y las pruebas aportadas - en cuanto importaron una demostración de la existencia de la real ocupación del inmueble por la demandada - pudieron llevarlo a petitionar por la vía utilizada. Existen pues elementos de carácter objetivo que llevan al tribunal a considerar aplicable al caso la exención de costas que autorizan los arts. 68 y 69 del Cód. Procesal.

Por ello, se resuelve: Confirmar la resolución de fs. 125/126 en lo principal que decide y modificarla en cuanto a las costas que se distribuyen en el orden causado en ambas instancias. - José A. Martín de Mundo. - Gerónimo Sansó. - Teresa M. Estévez Brasa.

V. BIEN DE FAMILIA. CONSTITUCIÓN DE HIPOTECA

Doctrina: 1) A los fines de gravar con hipoteca un bien de familia no es necesaria su desafectación.

2) En la constitución de hipoteca la omisión de la forma priva al acto de sus efectos propios pero engendra una obligación de hacer, consistente en el otorgamiento de la forma prescrita, no jugando, la nulidad que sancionan los arts. 976 y 977 Cód. Civil.

Cámara de Apelaciones de Mar del Plata,
Sala 1ª.

Autos: "Rubio, Isabel G. c/Hraste, Rubén O. y otra" (*)
(54)

2ª Instancia. - Mar del Plata, diciembre 9 de 1992.

1ª ¿Es justa la sentencia de fs. 160/21?

2ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

1ª Cuestión. El doctor Spinelli dijo:

En autos se ha dictado sentencia según la cual se hizo lugar a la demanda y se condenó al demandado a constituir en el plazo de 30 días hipoteca sobre el inmueble referenciado en el instrumento base de la demanda, previa desafectación del mismo del régimen de la ley 14394; esa condena deberá

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

hacerse efectiva siempre y cuando el demandado no abonare el saldo adeudado según liquidación que deberá practicar la accionante y en base a los demás detalles que se determinan en la misma, con costas.

Tal pronunciamiento fue apelado por la demandada quien manifiesta diversos agravios contra el mismo, a saber:

a) La condena a constituir hipoteca sobre un bien de su propiedad y ello no es posible pues siendo la escritura pública requisito ad solemnitatem a los efectos de la constitución de hipoteca, la promesa de hipoteca efectuada en instrumento privado no faculta a solicitar la escrituración ya que el art.] 185, Cód. Civil, se refiere sólo a aquellos actos en que la forma es requerida sólo a aquellos actos en que la forma es requerida sólo ad probationem.

Debemos señalar, en primer lugar que la parte dispositiva de la sentencia adolece de un error de técnica toda vez que lo que aparecería como condena principal es, en realidad, la subsidiaria o el apercibimiento para el caso que no se cumpliera con lo que es la condena principal que es el pago del saldo adeudado y que se determinará en la liquidación a practicarse en la etapa de ejecución de sentencia.

Volviendo al agravio en sí cabe manifestar que el recurrente menciona sólo una parte de la doctrina que sigue ese lineamiento - sí que encabezada por quien fue un preclaro maestro del derecho civil - pero que en realidad admite que el criterio no es pacífico.

Pero al margen de ello, debemos hacer notar que la división de la formalidad de los actos en la forma que la plantea el recurrente ha perdido vigencia en la doctrina moderna desde que los nuevos lineamientos en la materia enseñan que esa división, actualmente responde a tres clases distintas en la exigencia de las formas cual es la de ad solemnitatem absoluta, ad solemnitatem relativa y ad probationem (formas solemnes o ad probationem) (Belluscio - Zannoni: Código Civil, t.4, pág. 467/8, a cargo de Santos Cifuentes y t. 5, pág. 822/823 a cargo de Lavallo Cobo; jurisprudencia en ED, 56 - 579 y 65 - 130; LL, 155 - 594; JA, 1972 - 392).

Estos autores sostienen que de esta calificación, salvo en los contratos cuya formalidad es de solemnidad absoluta, en los demás es de aplicación la conversión que emana del art. 1185, Cód. Civil, y por lo tanto no juega la nulidad que sancionan los arts. 976 y 977 de ese Código.

De ello se desprende que cuando se trata de un supuesto de solemnidad absoluta la no observación de la forma prevista priva al acto no sólo de sus efectos propios sino también de todo otro tipo de efecto civil, mientras que cuando se está frente a un caso de solemnidad relativa, la omisión de la forma priva al acto de sus efectos propios pero engendra una obligación de hacer, consistente en el otorgamiento de la forma prescrita o sea que se produce la conversión del acto, el cual opera como un contrato previo (antecontrato, contrato preliminar, precontrato o contrato de promesa) (arts. 1185, 1187 y conchs., Cód. Civil; Belluscio, op. cit., t. 5 pág. 748, N° 18) y la constitución de hipoteca es un acto que se enmarca entre los de solemnidad relativa, como lo señala el mismo autor en la pág. 827, N° 4, de la obra que venimos mencionando, con lo que entendemos suficiente fundamentación para dar por decaído el agravio.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

b) Se ordena desafectar el inmueble en causa como bien de familia a los efectos de constituir el gravamen sosteniendo que ello es un error de la a quo ya que ni siquiera se ha oído a los beneficiarios del régimen que son los hijos del matrimonio demandado y que viven todos en el citado inmueble.

La sentencia es errónea, pero el agravio también, ya que a los fines de gravar con hipoteca un bien de familia no es necesaria su desafectación y en tal sentido es tan claro el art. 37, ley 14394 que resulta innecesario abundar en el tema.

Digamos sólo que lo que está prohibido es la enajenación del bien mientras esté afectado, pero no la posibilidad de gravarlo que sólo requiere el consentimiento del cónyuge, en el caso, ya prestado en el convenio de fs. 18/19, por la claridad de los conceptos, valga la remisión a lo que sobre el tema se dice en la obra de Belluscio en el t. 6, pág. 302, N° 2 y 303, N° 9 a 11.

Con el alcance expuesto y por estos fundamentos - no los del apelante - la sentencia debe modificarse, pues ninguna trascendencia tiene, por otra parte, que la accionante tuviera conocimiento o no que el bien estuviera sujeto al régimen de la ley 14394.

c) Que la sentencia no determina el importe de la condena sino que lo deja sujeto a la liquidación que deberá practicar la actora, pero el agravio carece de consistencia desde que el caso no se enmarca como lo dice el propio recurrente en el supuesto del art. 589, Cód. Procesal sino que es el caso justo de los arts. 501 y 502 del rito con el solo error de la a quo en cuanto al plazo para que el accionante haga la liquidación que corresponda.

d) El usurario interés punitivo fijado en sentencia contradice el plenario "Banco de la Provincia c/ Pietrantonio" que determinó que el interés no podría ser mayor al 12 57s anual (6% por compensatorios y 6% por punitivos).

El fallo plenario dictado por esta Cámara en materia de intereses no es el que cita el recurrente sino "Banco Marplatense Coop. Ltda. c/ Cortese, Hugo y otro S/ ejec. de contrato de mutuo", y tampoco se resolvió lo que él menciona sino que, por el contrario, se decidió que deben respetarse los intereses que las partes hubieran pactado, sin perjuicio, sí, de la facultad morigeradora de que gozan los jueces, por lo que partiendo el agravio de un fundamento no cierto, el mismo carece de eficacia como tal.

Por otra parte, el 2% mensual como punición, ha sido admitido por la jurisprudencia sin reparo alguno.

c) La inclusión de la esposa del demandado Hraste en la parte dispositiva de la sentencia ya que la misma no es parte "activa" en este juicio.

Sí, es cierto que es inadmisiblemente técnica la inclusión de la señora Hraste en la sentencia, pero el tema ya fue resuelto a f. 86 y, además, no se la ha condenado a nada, pues ni las costas, siquiera, se le impusieron, por lo que, no mediando perjuicio alguno que subsanar, el agravio pierde eficacia.

Voto, pues por la afirmativa, con la salvedad apuntada en el ap. b) de ese voto.

Los doctores Libonati y De Carli, votaron en igual sentido y por los mismos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

fundamentos.

2ª Cuestión. - El doctor Spinelli dijo:

Corresponde confirmar, con costas, la sentencia de fs. 160/162 declarando la innecesariedad de la desafectación del inmueble motivo de litis, del régimen de la ley 14394 (arts. 68, 163, 164, 265, 266, 267 Cód. Procesal). Oportunamente se regularán los honorarios correspondientes a los trabajos realizados en esta instancia (arts. 31, ley 8904).

Así lo voto.

Los doctores Libonati y De Carli, votaron en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Por los fundamentos consignados en el precedente acuerdo se confirma, con costas, la sentencia de fs. 160/2 declarando la innecesariedad de la desafectación del inmueble motivo de litis, del régimen de la ley 14394 (arts. 68, 163, 164, 265, 266, 267 Cód. Procesal). Oportunamente se regularán los honorarios correspondientes a los trabajos realizados en esta instancia (art. 31, ley 8904). - Carlos E. Spinelli. - Osvaldo J. De Carli. - Rubén Libonati (Sec.: José A. Vaccaroni).

VI

PROPIEDAD HORIZONTAL. REPRESENTACIÓN JUDICIAL DEL CONSORCIO

Doctrina: 1) Pese al silencio del reglamento de copropiedad al respecto, compete al administrador la representación judicial del consorcio, teniendo como fundamento central la amplitud de representación, implícita en las facultades de aquél.

2) No corresponde exigir facultades especiales, otorgadas ya en el reglamento, ya en un apoderamiento posterior, para que el administrador del consorcio pueda actuar en juicio, tanto para contestar acciones como para promoverlas.

3) Debe ser destacada la importancia de la disposición del art. 11, ley 13512, que alude al mandatario legal y exclusivo de los propietarios, lo que demuestra - si bien en una órbita específica: gestiones ante las autoridades administrativas - una suerte de representación necesaria desempeñada por el administrador.

4) El administrador es representante necesario del consorcio; ello es coherente con la imperativa exigencia de la ley 13512 y del decreto reglamentario 18734/49 de que se lo designe en el reglamento.

5) Para estar en juicio no se requieren poderes especiales, en tanto esa actuación no implique actos de disposición; de lo que se sigue la facultad judicial del administrador, al efecto, aun ante el silencio del reglamento de copropiedad. Esto no es más que una lógica y acaso ineludible consecuencia de la teoría de la personalidad del consorcio.

6) Tanto se considere al administrador representante necesario del ente consorcio, como del conjunto de propietarios, las facultades en uno y otro supuesto serían las mismas en aquellas cuestiones que hacen al interés común. - De la ampliación de fundamentos del doctor Galmarini -. C.G.B.

Cámara Nacional Civil, Sala C .

Autos: "Consortio de Propietarios Av. Medrano 1701/17 c/ Pérez, Manuel"(*) (55)

2 INSTANCIA - Buenos Aires, julio 16 de 1992.

Considerando: I. El art. 9º, ley 13512 dispone que, al constituirse el consorcio de copropietarios, deberá acordar y redactar el de copropiedad

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

por escritura pública, que se inscribirá en el Registro de la Propiedad, y el inc. a) del citado artículo, que deberá procederse a la designación del representante de los propietarios.

Nada establece la ley 13512 acerca de la representación en juicio del consorcio. El proyecto del Poder Ejecutivo que le dio origen disponía en su art. 11 que "el representante de los propietarios actuará en todas las gestiones ante las autoridades públicas de cualquier clase y actuará en nombre de todos los propietarios en los casos judiciales de interés común, como juicios de expropiación, reivindicación del terreno, etc.", texto substancialmente repetido por el despacho de la Comisión del Senado.

En los debates de la Cámara de Senadores, el miembro informante, senador Antille, expresó: "la parte final de este artículo es meramente ejemplificativa, porque da casos y ejemplos que se pueden vincular, en ocasiones, con la disposición principal". Esa afirmación está, obviamente, vinculada con la parte del proyecto en definitiva suprimida. Se advierte que el texto vigente reemplazó "autoridades públicas" por "autoridades administrativas" y suprimió el párrafo relativo a los "casos judiciales ...".

Desde antaño una importante línea de opinión ha sostenido que, pese al silencio del reglamento al respecto, compete al administrador la representación judicial del consorcio, invocándose como argumento central la amplitud de representación, implícita en las facultades de aquél (Negri, José A., Régimen argentino de la propiedad horizontal, Buenos Aires, 1953, pág. 117, n° 97; Racciatti, Hernán, Propiedad por pisos o por departamentos, Buenos Aires, 1958, págs. 145 y sigtes., n° 77; Laje, Eduardo Jorge, La propiedad horizontal en la legislación argentina, Buenos Aires, 1957, págs. 138/139, n° 267; Bacigalupo, Oscar Luis, El consorcio de propietarios en el régimen de propiedad horizontal. Facultades judiciales del administrador, Buenos Aires, 1959, págs. 21 y sigtes.; Trevisán, Lázaro, prólogo a la última obra citada, pág. 6; Busto, Ricardo Alberto, "El consorcio de propietarios y su representación ante la Justicia", en Revista del Notariado N° 631, enero - febrero de 1957, pág. 45; Pereira Duarte, Julio C., "Facultades del representante administrador en la ley 13512 de propiedad horizontal. Conveniencia de la reforma del art. 11 de la ley", LL 95 - 746 y sigtes. esp. 747/748)

No creemos que deban exigirse facultades especiales otorgadas ya en el reglamento, ya en un apoderamiento posterior, para que el administrador pueda actuar en juicio, tanto para contestar acciones como para promoverlas.

Destacamos la importancia de la disposición del art. 11, ley 13512, que alude al mandatario legal y exclusivo de los propietarios, lo que demuestra - si bien en una órbita específica, gestiones ante las autoridades administrativas - una suerte de representación necesaria desempeñada por el administrador. Y concluir que el administrador es representante necesario del consorcio es coherente con la imperativa exigencia de la ley 13512 y del decreto reglamentario 18734/49 de que se lo designe en el reglamento (arts. 9°, inc. a, y 3°, inc. 7, respectivamente).

En algunas situaciones especiales la ley resuelve expresamente el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

problema: art. 15 y su remisión al art. 6°, ley 13512, pero la respuesta se encuentra al acudir a los principios generales.

No debe olvidarse que el art. 35, Cód. Civil, dispone que "las personas jurídicas pueden, para los fines de su institución, adquirir los derechos que este Código establece, y ejercer los actos que no les sean prohibidos, por el ministerio de los representantes que sus leyes o estatutos les hubiesen constituido", y en la nota Vélez Sársfield agrega: "sólo por medio de sus representantes, puede (la persona jurídica) adquirir derechos y ejercer actos, y no por medio de los individuos que forman la corporación, aunque fuese la totalidad del número".

También importa una directiva general la contenida en el art. 37, Cód. Civil, al establecer que "si los poderes de los mandatarios no hubiesen sido expresamente designados en los respectivos estatutos, o en los instrumentos que los autoricen, la validez de los actos será regida por las reglas del mandato". Ello quiere decir que en el supuesto que nos ocupa - silencio del reglamento - corresponde remitirse a las reglas del mandato (véase art. 1870, incs. 1 y 2). Para estar en juicio no se requieren poderes especiales, en tanto esa actuación no implique actos de disposición (arg. art. 118, Cód. Civil), de lo que se sigue la facultad judicial del administrador, al efecto, aun ante el silencio del reglamento. Esto no es más que una lógica y acaso ineludible consecuencia de la teoría de la personalidad del consorcio.

La doctrina sentada es aplicable a este caso en el cual el consorcio actor pretende de los demandados la rendición de cuentas por las gestiones que éstos han rea]izado respecto del edificio de la Av. Medrano 1701/17, pues se trata de actos nítidamente comunitarios propios de los administradores y que no afectan los derechos individuales de los consortes.

2. En cambio, debe acogerse el otro agravio.

En el escrito inicial, los demandados por sus "gestiones como administradores" fueron las personas indicadas a f. 30, pto. 2, y también se destacó "o contra quien en definitiva resultase obligado a rendir cuenta de la gestión respectiva". Asimismo, si bien en el otrosí de t. 34 se expresó que debía agregarse como demandados a Yolanda Posadas y a Susana Serblin, no se indicó explícitamente en qué carácter debían serlo. Por lo tanto, lo manifestado por el actor a t. 58, pto. 2, al contestar la excepción de falta de personería en el sentido de que "en autos, han sido demandadas las señoras Susana María Serblin y Teófila Yolanda Viveros, viuda de Posadas, como administradoras y/o integrantes de un consejo de administración y/o en algún momento, personas que mantuvieron a cargo la administración del Consorcio de Propietarios de Av. Medrano 1701/17", no es una transcripción fiel, sino equívoca y ampliada de lo expresado en el escrito inicial, que como tal podría importar un extemporáneo intento de ampliar los términos de la demanda, por lo que corresponde su testado.

Por estos fundamentos se resuelve confirmar la resolución de fs. 69 y vta. en cuanto desestima la excepción de falta de personería opuesta a fs. 49/50 y revocarla en lo que decide con relación al testado requerido en el escrito de 1: 62, que se admite. En consecuencia, el secretario de I a. instancia

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

deberá proceder a efectuar el mismo. Las costas por su orden atento al resultado del mismo. - Santos Cifuentes. - Jorge H. Alterini. - Por sus fundamentos. José L. Galmarini.

Fundamentos del doctor Galmarini:

Sin perjuicio de dejar a salvo mi opinión contraria al criterio que reconoce personalidad al consorcio de propietarios contemplado por la ley 13512, estimo que la solución en el caso no varía, pues en ambos supuestos el administrador es representante y se le aplican subsidiariamente las reglas del mandato, para ese específico o particular modo de conservar y administrar las cosas comunes. El régimen de propiedad horizontal consagra la necesidad para su existencia de la designación de un administrador o representante de los propietarios que tendrá facultades para administrar las cosas de aprovechamiento común (art. 9º, inc. a, ley 13512). Si bien es dable distinguir entre esa calidad de representante y las facultades para el ejercicio de la representación, en el caso coincido con la solución propiciada por los doctores Cifuentes y Alterini, porque tanto se lo considere representante necesario del ente consorcio, como del conjunto de propietarios, las facultades en uno y otro supuesto serían las mismas en aquellas cuestiones que hacen al interés común. Así como se ha admitido que las demandas de los copropietarios o contra ellos deben tramitar con su representante legal, pese a la limitación a las gestiones ante las autoridades administrativas que surge de la letra del art. 11, ley cit. (CNCiv., Sala A, 516184), LL 1985 - A - 584 y mi voto en L. X9.261 de esta Sala C, 27/ 2/92), considero que tampoco la limitación del art. 10 alcanza a supuestos como el del caso donde - como se señala en este pronunciamiento a cuya solución adhiero - se trata de actos nítidamente comunitarios propios de la administración encomendada y que no afectan los derechos individuales de los consortes. Más aún, estimo que aunque la actuación del representante legal generara conflictos con su representado se trataría de cuestiones ajenas a los terceros y que no hacen a la personería. El poder general judicial otorgado por el administrador a favor del doctor Oscar Pedro Vaca para que "... en nombre y representación del consorcio intervenga en todos los asuntos, causas y cuestiones judiciales que a ese momento tenga o se le suscite en lo sucesivo y en los cuales sea parte como actora o como demandada, o tenga algún interés o deba intervenir por cualquier concepto..." (f.4) tiene tal amplitud que cabe considerarlo comprensivo de la acción por rendición de cuentas por administraciones anteriores. Para el ejercicio de esta acción el administrador actual gozaba de las facultades pertinentes, por lo que dicho poder general ha sido adecuadamente otorgado. Con estas aclaraciones adhiero al pronunciamiento de la Sala.