

DERECHO DE HABITACION DEL CONYUGE SUPERSTITE

Una excepción a la condición de que el inmueble acerca del cual se reclama el derecho de habitación integre en su totalidad el acervo hereditario

Por Ana M. Alles Monasterio⁷⁰

1. La motivación asistencial que inspiró el instituto es conocido, pacífico y reiterado por la doctrina y la jurisprudencia de nuestro país el criterio de que el fundamento que inspiró al legislador y lo llevó a la sanción del artículo 3573 bis del Cód. Civil, que acuerda al viudo o viuda el derecho real de habitación en forma vitalicia y gratuita, cuando el cónyuge causante ha dejado un solo inmueble como integrante del haber hereditario y que hubiera constituido el hogar conyugal, cuya estimación no sobrepasare el indicado como limite máximo a las viviendas para ser declaradas bien de familia y concurrieran otras personas con vocación hereditaria o como legatarios.. ." es esencialmente asistencial y busca proteger al supérstite que ha sufrido la muerte del cónyuge, para que no se sume a esa pérdida, la del hogar conyugal. Es fácil que los coherederos pretendan la venta del inmueble o aún más, la adjudicación a su favor del mismo, ya sea para completar su porción hereditaria o para atender los gastos causísticos en un momento en que el viudo se halla en general en edad avanzada, sin posibilidades biológicas de reiniciar una vida activa⁷¹.

Este fundamento asistencial que, como hemos dicho, inspiró al legislador, llevándolo a la creación de un derecho que no tiene antecedentes en la legislación comparada⁷² y es el que - indudablemente- inspira el fallo que comentamos, llevando a los

⁷⁰ Especial para la Revista del Notariado.

⁷¹ Cf. Zannoni, Eduardo: Derecho de las Sucesiones, t. 2, p. 769 y el fallo comentado, que reproduce dicha opinión, como también los fundamentos expuestos en la Cámara de Diputados al debatirse el proyecto de ley por su autor.

⁷² Así lo detalla Barbero, Omar V.: "El derecho de habitación del cónyuge supérstite, p. 4, 7 y ccdtes. Que destaca la original autoría del proyecto del diputado santafecino Edgar Cossi Isasi y remite para el estudio del debate parlamentario a las publicaciones de ambas Cámaras, Diario de Sesiones Diputados año 1974, p. 3327, y Cámara de Senadores, año 1974, p. 2602 del Diario de Sesiones, y también al "Estudio del art. 3573 bis del Cód. Civ." del Dr. Molinaro, LL 1975-B, p. 1040, No. 6 y ss.

jueces que la dictan a ampliar los límites que la doctrina y la jurisprudencia fueron imponiendo al instituto desde su sanción⁷³.

2. Los límites de aplicación del instituto

Por tratarse de un derecho real de uso, legislado por nuestro Código Civil a partir del artículo 2948, que en sus últimas líneas lo designa como derecho "de habitación" cuando se refiere a una casa y a la utilidad de morar en ella...⁷⁴ 4), este beneficio a favor del viudo impuesto por la ley, importa claramente una restricción al dominio, ya que reacciona contra el principio de la partición forzosa que consagra el artículo 3452 del mismo Código, para mantener en el hogar conyugal al supérstite.

A partir de tal limitación legal, doctrina y jurisprudencia declaran contestes que tal restricción no impide la adjudicación del inmueble a otros herederos o legatarios, ni los actos de disposición o gravamen de la nuda propiedad, sin perjuicio de que le queden asegurados al viudo los derechos previstos en los arts. 2948, 2950 y sgtes. del C.C.⁷⁵ que, eso sí, serán oponibles erga omnes, sólo cuando el referido derecho haya sido registrado debidamente y goce de la consecuente publicidad (art. 2° inc. a) ley 17801 y art. 2505 C.C.⁷⁶

Si como restricción al dominio y como excepción o límite al principio de partición forzosa que sustenta nuestro Código Civil, el instituto recibió de doctrina y jurisprudencia una interpretación restrictiva, que aplicó reiteradamente por ejemplo, la Suprema Corte de Justicia de la Prov. de Buenos Aires⁷⁷, su fundamento asistencial fue abriendo perspectivas en la interpretación de la norma.

La doctrina señaló como requisitos o condiciones para la aplicación del derecho los siguientes:

a) Que la apertura de la sucesión se hubiera producido después de la vigencia de la ley. Aunque el transcurso del tiempo desde que fuera sancionada la norma que creó el derecho hizo perder importancia a este requisito. La época del fallecimiento del causante y la transmisión del dominio a los herederos sin limitaciones, cuando éste se operó con anterioridad a la vigencia de

⁷³ El fallo en estudio y el comentario en LL. 13/12/96 del Dr. Jorge A. Mazzinghi dan prueba de ello.

⁷⁴ Ver CNCiv., Sala D, 7/5/81 ED 94-290 y Sala G, 10/X/80 ED 93-227.

⁷⁵ Cf. CNCiv., Sala B, 15/2/79 ED 84-521.

⁷⁶ Cf. CNCiv., Sala F, 21/8/78 ED 81-756 y Sala F, 8/3/78 "Baldassare, Antonio s/suc." CNCiv. Sala E, 12/8/81 (Visconti, Jesús E. De Visconti, Ana).

⁷⁷ Véase SCBA 9/6/81 Torres de Coria, Margarita JA 17/3/82 y el pronunciamiento del mismo Tribunal, en el caso "C. De R. P" que rectificó la CSS el 28/3/95 en LL 1986-II, p. 457.

la ley, fue argumento de cantidad de fallos para denegarlo, con pocas excepciones⁷⁸.

b) Que el viudo concorra con otros herederos o legatarios o con el Estado⁷⁹. Esto es casi una petición de principio, dado que en el caso de ser el supérstite el único llamado a la transmisión de bienes del causante no tendría a razón de ser, ni aplicación efectiva, la previsión asistencial.

c) Que el valor del inmueble no sobrepase el límite máximo establecido para ser declarado bien de familia. Este valor suele ser generalmente el de la valuación fiscal⁸⁰ y en la Capital Federal no se pondera en la actualidad a partir de la reforma introducida por el artículo 168 del decreto 2080/80, reglamentario de la ley 17801- la valoración del inmueble sobre el que recae el derecho de habitación del viudo⁸¹.

En este sentido debe tenerse en cuenta que, si bien la ley 17801 es de vigencia nacional, su reglamentación difiere en cada provincia, a partir de la reserva que cada demarcación ha hecho de la misma.

d) Que el acervo hereditario esté integrado por un único inmueble habitable.

Se entiende por esta expresión que, aunque integren el haber de la sucesión otros bienes, inclusive inmuebles, éstos no revistan la calidad de "habitables" (como podría suceder, por ejemplo, con una cochera) y no que no haya otros bienes, como por ejemplo, los muebles que pertenecieron al mismo inmueble, siempre que el valor de los mismos o de otro tipo de bien mueble no estuviera indicando la innecesidad de la protección legal, en atención a la buena situación económica del viudo⁸².

⁷⁸ Entre las excepciones: C. De Apel CC Rosario, Sala IV, 26/6/78; JA 1978-IV-570. Entere quienes aplicaron este criterio CNCiv. En pleno, 15/8/79, Falland, Federico LL 1979-C, 530.

⁷⁹ Véase el caso "C. De R. P" CSJ LL 1985-C-457 y SCBA JA 1986-III-301 y recientemente, CNCiv., Sala K, 23-6-95 MCA, Suc. LL 70-1996-C, p. 1" Jurisprudencia".

⁸⁰ Cf. : Zannoni, E.: "Derecho de las sucesiones", t. II, p. 840 y sgts.

⁸¹ Así lo consagra el fallo de la CNCiv., Sala G del 25/4/94 "Prack, Leandro" y sus citas. Ver JA 1995-III-645.

⁸² En este sentido: Zannoni, Eduardo op. cit. p. 803 y las conclusiones de las IV Jornadas de D. Civil de San Rafael. Con criterio más amplio, el fallo citado en (10) establece: "...Por otra parte, este tribunal ha juzgado que la naturaleza del instituto obliga a interpretarlo con amplitud, para que no se desvirtúen los fundamentos que le dieron origen y, con tal inteligencia, ha decidido que la oposición formulada por los demás coherederos en base a la existencia de otros inmuebles de los que la viuda participa en carácter de condómina, no impide en absoluto el acogimiento de que se trata (cfr. Res. 32.353 Corte Sup. Del 4/11/87; Corte Sup. 28/3/85 en re "C de R, P. A. S/sucesión)". "...Desde este punto de vista, señálese que, en la especie, la vivienda ocupada por la cónyuge supérstite, que ha sido sede del hogar conyugal, es el único

Reiterada jurisprudencia establece como necesario el cumplimiento de este requisito y también la doctrina que detallamos en la nota (12), además del fallo que se transcribe parcialmente a continuación: ante "... La existencia de bienes propios del supérstite o valores importantes en el acervo relicto o la significación pecuniaria del mismo inmueble sobre el que se persigue el derecho de habitación... no puede exigirse el sacrificio o sometimiento de la propiedad de los herederos (arg. art. 1071 Cód. Civil)..."⁸³.

La existencia de otro bien inmueble pero situado en otra localidad, que implique la mudanza del supérstite del lugar donde esta afincado, se ha considerado a favor del viudo: "...no es posible arrancar a la cónyuge supérstite del lugar donde trabaja o de no hacerlo, del centro donde ha desenvuelto su vida y ha anudado afectos. ." (del mismo fallo citado en 13).

e) Que en el inmueble se haya radicado el hogar conyugal. Se trata, pues, del inmueble donde vivió el/la viudo/a con la/el causante al tiempo de la apertura de la sucesión⁸⁴ y que, como hemos visto y analizaremos a continuación en f), puede ser de titularidad propia, ganancial o mixta de cualquiera de los dos cónyuges o de ambos en condominio. Se protege al cónyuge supérstite que ha perseverado unido: "El art. 53 de la ley 14394 y el art. 3573 bis del Cód. Civil persiguen idéntico fin: postergar el derecho de los herederos para asegurar un techo razonable a la cónyuge supérstite".⁸⁵

El juego del instituto, conforme a la interpretación conferida por doctrina y jurisprudencia, lleva a considerarlo como una "carga legal" impuesta a los herederos, a los legatarios y al Estado (nacional o provincial) cuando éste ejerce el dominio eminente y concurre en ese ejercicio a una sucesión, independientemente de la cuota o porción que -sobre el inmueble que constituyó el hogar conyugal- corresponda al viudo.⁸⁶

Y se trata de una carga "gratuita" porque así lo dispone el artículo 3763 bis del Código Civil y también "vitalicia", salvo que se produzcan las excepciones previstas por el mismo artículo: el nuevo

bien habitable y va de suyo que, al margen de las unidades complementarias deaquél, el restante inmueble de la sucesión, por su carácter de local comercial, no es adecuado para cumplir este destino...".

⁸³ CNCiv., Sala D, 29/2/84, De la Mela, Marcel LL 1984-C, 199; CNCiv. Sala A 15-2-85 Finicio, Silvio LL 1985-C, 3.

⁸⁴ Cf. Zannoni, E. Op. Cit., Méndez Costa JA. 1982-I-591 y la doctrina en general.

⁸⁵ CNCiv. Sala A, 30-11-87, LL 1988-D-525.

⁸⁶ Cf. Zannoni, Eduardo; op. cit. y el considerando del fallo que comentamos destacado en tercer lugar.

matrimonio del supérstite⁸⁷ o por el Código Civil: la falta de uso del inmueble durante diez años, por haber dejado de vivir allí durante ese lapso o antes, si hubiera sido intimado a reintegrarse al hogar en un plazo determinado y bajo apercibimiento de pérdida del derecho.⁸⁸

Este último, de acuerdo con lo previsto en los arts. 2924, 2969 y sgtes. del citado Código, aplicado por la jurisprudencia en el fallo citado en la nota (17) y contra el cual se han pronunciado algunos autores en doctrina, hallando el plazo excesivo por tratarse de una limitación al dominio impuesto por la ley y no convenida contractualmente.⁸⁹

También causarían la extinción del derecho la "consolidación" por el art. 2928 del C.C., la "renuncia" al mismo, una vez abierta la sucesión y que podría ser expresa o tácita, de no invocarse oportunamente el derecho, la pérdida o destrucción total de la cosa, prevista en el art. 2934 del C.C.

El caso de la falta de uso que comentamos en el párrafo anterior y que en el fallo allí relacionado se establece por un lapso de diez años, salvo el caso de intimación fehaciente efectuada en un tiempo menor, y bajo el apercibimiento indicado, se relaciona con la causal de extinción por abuso del derecho que contempla también la doctrina. Otra expresión del abuso del derecho -se ha señalado- sería el caso del cónyuge supérstite que vive en concubinato, habitando el inmueble.⁹⁰

Debemos agregar con respecto al carácter de carga gratuita y vitalicia (esta última con las excepciones relacionadas que hemos destacado respecto de este instituto) que el beneficio que se otorga al viudo le asegura la habitación del inmueble con independencia de su posible adquisición como heredero, exceda o no su valor la porción hereditaria⁹¹. A los efectos del cálculo de la legítima, deberá pues deducirse del activo el valor del dominio útil como en el caso del legado de usufructo.

Por ello, este valor no integra la masa hereditaria y no se lo incluye en la partición, ni forma parte -como se anticipó más arriba- de la porción legítima que se atribuya o pudiera corresponder al cónyuge supérstite. Tampoco paga impuesto a la transmisión gratuita

⁸⁷ CNCiv. Sala D, 7/5/81 ED 94-290.

⁸⁸ CNCiv. Sala D, 3/9/87 "BO c/ AH, LL 1988-E-441 con nota de Marcela Penna.

⁸⁹ Barbero: ED, 84, 112, y Penna y Barbieri: LL 1988-E-441.

⁹⁰ Cf. Barbero, Omar I. Op. cit. No. 79.

⁹¹ Cf. Zannoni, E.: Derecho de las sucesiones, t. 2, p. 802.

de bienes⁹². Eso si, los impuestos, tasas y contribuciones del inmueble, así como los gastos de luz, gas, teléfono, etc. corren a cargo del habitador beneficiado (art. 2894 CC.)⁹³.

Cabe preguntarse aquí si podría aspirar al beneficio la cónyuge inocente del divorcio, que ha permanecido viviendo en el hogar conyugal. Así lo han considerado algunos fallos refiriéndose a esa situación positivamente.⁹⁴

f) inmueble integrante del haber hereditario dejado por el causante.

La doctrina ha formulado este requisito incluyendo a excluyendo ciertos inmuebles:

Omar C. Barbero expresa en su obra "El derecho de habitación del Cónyuge Supérstite" –No. 17- que un presupuesto implícito consiste en que el causante haya dejado el dominio exclusivo sobre el único inmueble habitable (o al menos un condominio conjuntamente con el cónyuge supérstite).

No podría pretender este último el derecho de habitación, si el causante solamente tenía un derecho de condominio sobre la vivienda, no interesando que el otro condómino fuera un familiar, por ejemplo, uno de los hijos. En esos casos, el de cujus no ha dejado un inmueble sino una parte indivisa sobre un inmueble. Agrega Barbero, quien coincidió con su ponencia con el punto 20 de las IV Jornadas Santafacinas, que el beneficio no opera en los casos en que el inmueble estuviese en condominio con terceros, parientes o no".

Por su parte, el Dr. Eduardo A. Zannoni requirió en su "Derecho de las Sucesiones" T2, pág. 803 "...que el inmueble integre en su totalidad el acervo, sea propio del cónyuge premuerto ganancial, sin que partes alícuotas del mismo correspondan a terceros, parientes o no, extraños a la relación de comunidad determinada por la sucesión universal...En un reciente comentario a fallo Alberto Jorge Gowland repite esos requisitos.

Y María Josefa Méndez Costa⁹⁵ distinguió siete variantes respecto de la titularidad del inmueble sobre el que puede ser requerido el beneficio por integrar el haber hereditario:

1) Que el bien sea propio del exclusivo dominio del causante.

⁹² Cf. Borda, Guillermo: ED t 60 p. 883.

⁹³ Cf. Barbero, op. cit. p. 100 que cita además a Borda.

⁹⁴ CNCiv., SD, 3/8/79, D'Urso, Vicente, LL: 1980-A-385.

⁹⁵ Ver LL 1996-C-1, Jurisprudencia.

2) Que parte del bien sea propia del causante en condominio con el cónyuge, sea la parte de éste, propia a ganancial.

3) Que el bien sea ganancial de titularidad del causante.

4) Que el bien sea ganancial de titularidad del viudo.

5) Que el bien sea ganancial en condominio de viudo y causante.

6) Que el bien sea ganancial del causante en condominio con la parte propia del viudo.

7) Que parte del bien sea mixto, a sea, de calificación dual - propia y ganancial- de cualquiera de ellas, causante a viudo y ganancial a propia del otro, o mixto para ambos.

La citada autora excluye terminantemente de la enumeración y de la sujeción al beneficio, a todo inmueble cuya titularidad implique a terceros en condominio con el causante, cuyos derechos sobre el inmueble reconozcan una fuente distinta de la sucesión del mismo causante. En el caso del fallo que motivó el comentario de Méndez Costa que traemos a cuento, se trataba de hijos de un primer matrimonio del causante, condóminos del inmueble "hogar conyugal" de la viuda del segundo matrimonio de éste, en virtud de la transferencia operada a favor de aquellas hijos a la muerte de la primera consorte del causante.

Méndez Costa excluye del beneficia a toda inmueble en el que el tercer condómino haya ingresado a ese condominio por otro título - como por

ejemplo el hijo del caso cuyo fallo se glosa en esta nota-

Ello, pese a comentar a comienzos del artículo al que aludimos que en general ocurrirá a la muerte de una de los esposos que el único bien económicamente significativo que está en juego ha de ser, seguramente, un inmueble con una cuota parte ganancial del difunto, del cónyuge o de ambas, situación que no se da en el falla que estamos apuntando de la Sala H, ya que el hijo compró junto al padre, en vida de éste.

El requisito de que el inmueble pertenezca al causante y a su cónyuge en su totalidad, sin partes indivisas a favor de terceros, ha sido también declarado sine que non por la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires (ver fallo nata 25) estableciendo que el beneficio "... no puede comprender a la parte del bien que no es objeto de transmisión hereditaria y citando en su apoyo distintos fallos de la C. Nacional Civil, Salas "C", "D", "E", "F" y a autores como Barbera, Zannoni, Vidal Taquini.

Como se verá, el fallo que aquí se reproduce llega a una conclusión distinta, ya que si bien menciona la opinión de Zannoni, en el sentido ya relacionado, añade la de otros doctrinarios como Papaño-Kiper y Arean, que no requieren esa condición, por lo que entiende corresponder pronunciarse sobre la necesidad de que se cumpla un requisito que no aparece expresamente previsto por el art. 3763 bis y decide, en el caso, que "...lo fundamental para admitir el derecho real de que se trata es que aun cuando el bien integre en parte la masa hereditaria, la relación de comunidad respecto a aquél debe interesar SOLO AL CONYUGE SUPÉRSTITE Y A LOS HFREDEROS O EN SU CASO LEGATARIOS....destacando que. . . A LA FECHA DE LA APERTURA DE la SUCESION, EL INMUEBLE PERTENECÍA EN CONDOMINIO AL CAUSANTE Y A SU HIJO, QUE REVISTE EL CARACTER DE SUCESOR UNIVERSAL JUNTO CON LA PETICIONANTE..."

3. Nuestra Opinión

A través de la aplicación por parte de los Tribunales de Justicia del beneficio previsto como derecho de habitación del viudo, con los caracteres que venimos describiendo, ha podido comprobarse que el propósito de la norma, en cuanto limita el sentido liberal de la propiedad privada que pudieran invocar las personas que ostentan vocación hereditaria o derechos de legatario, para dar paso al derecho del cónyuge supérstite, que antes se encontraba desprotegido y sin derecho a una habitación en sus últimos años de vida, no obstante que tal habitación había sido levantada con el trabajo y el sacrificio de él y el cónyuge extinto⁹⁶ resulta acertado y adecuado a nuestra sociedad. La amplitud que fue otorgando la jurisprudencia a la interpretación y aplicación de la norma para acordar el beneficia habla de su necesidad, de la utilidad de su aplicación y de la equidad con que ésta permite afrontar situaciones injustas a por lo menos inequitativas. No son raros los casos en que los hijos del matrimonio pretenden eludir la aplicación del beneficio, aun cuando no sean condóminos.

Nuestros tribunales han debido expedirse contra la postura del hijo que pretendió la exclusión de la madre y la venta de la casa paterna sobre la que se peticionaba el beneficio -dándose todas las condiciones para ella- calificándola de "afirmación abusiva del propio

⁹⁶ CNCiv., Sala F, 3/6/83 ED 102-104, CNCiv. Sala C, 17/3/81, ED 95-232, etcétera.

derecho" frente a la otra parte (C.2 La Plata, Sala II, 27-6-89, E.D. 135-305).

Pero el fallo glosado avanza sobre la interpretación dada a los casos previstos por la ley según la doctrina mayoritaria, haciendo valer el beneficio aun cuando el hijo de quien invoca el beneficio revista la calidad de tercero por haber entrado en condominio con el padre (causante) en virtud de una relación ajena a las de la comunidad hereditaria, aunque también concorra como heredero (forzoso o legitimario) a la sucesión.

De tal modo, la expresión inmueble integrante del haber hereditario, dejado por el cónyuge (a que) éste dejare, se presta a la interpretación tradicional anotada en el apartado f) precedente a la que le ha otorgado el fallo que comentamos.

El Dr. Mazzinghi, en el comentario indicado en nota (3) alaba la decisión de la Sala H, sin perjuicio de afirmar que opta por la que califica como prudente interpretación de Zannoni para los otros casos en general. Agrega más abajo dos argumentos que los camaristas pudieron invocar para fundamentar el fallo: a) el deber alimentario que tienen los hijos respecto de sus padres conforme al artículo 367 inc. 10 C.C., que quedaría suplido con la limitación que se impone al hijo como condómino del inmueble; b) que este hijo condómino mantuvo la situación de coposeer un inmueble ocupado por sus padres en vida del causante y eligió pedir la división del condominio en el peor momento para su madre, cual es el fallecimiento del cónyuge de ésta que es precisamente su padre. Este último razonamiento parece peligroso por antijurídico; el primero también arriesgado porque podría invocarse respecto de todo condómino obligado por la ley a pasar alimentos, como por ejemplo los hijos del primer matrimonio del causante.

En mi opinión, si levantamos la exigencia -una creación doctrinaria y jurisprudencias-, de que el inmueble pertenezca en su totalidad al causante y a su cónyuge, ya sea con carácter ganancial, propio a mixto, es decir, con todas las variantes propuestas por la Dra. Méndez Costa, entreabrimos una puerta que sólo la reforma de la ley podrá volver a cerrar si así se considerara necesaria, por resultar abusivo respecto de los terceros condóminos y en aras de la seguridad de las transacciones.

En efecto, se trata aquí de una opción entre la protección del viudo o la de los restantes herederos cuando éstos resulten también terceros condóminos -por CAUSA ANTERIOR O DIFERENTE- del

único inmueble habitable, sede del hogar conyugal que integra el acervo hereditario de la sucesión del causante. Cuando estos terceros concurren también, ya sea como herederos legítimos o testamentarios o como legatarios, siempre podrá sostenerse respecto de ellos que se trata de terceros no ajenas a la relación de comunidad hereditaria y de la situación de herencia que se crea a raíz del fallecimiento del causante.

Con esta tesitura, y si se opta por el viudo, el derecho de habitación del cónyuge supérstite deberá acordarse y resultaría exigible frente a herederos o legatarios del causante que invoquen derechos sobre el único inmueble habitable sede del hogar conyugal, fundados en la sucesión en que pretende hacerse valer, aun cuando una parte alícuota del dominio sobre dicho inmueble les hubiera correspondido por título anterior o diferente del de la transmisión sucesoria.

Queda claro que el beneficio nunca -en ningún caso- podría invocarse ante un tercero, condómino del único inmueble habitable que constituyó sede del hogar conyugal, cuando este tercero carece de vocación hereditaria.

Si, por el contrario, la opción es a favor de los terceros condóminos, habrá que estar por la postura tradicional (Barbero, Zannoni, Borda, Mández Costa, Vidal Taquini, etc.) que exigieron siempre que se tratara de un inmueble que en su totalidad perteneciera al causante y a su cónyuge como propio o ganancial, rechazando toda interpretación que amplíe las posibilidades de invocación del beneficio aun en situaciones inequitativas.

PROPIEDAD HORIZONTAL.Administrador: designación; escritura pública; omisión, ineficacia frente a terceros

DOCTRINA: 1) El art. 9º, inc. b) de la ley 13.512 es suficientemente clara en cuanto, al prever que el Reglamento de Copropiedad y Administración debe obligatoriamente determinar la forma de

remoción del administrador, exige que el reemplazante sea nombrado por acto de escritura pública.

2) Con la designación del administrador, no se trata sólo de reglar las relaciones entre las partes, sino de darle al consorcio un representante frente a terceros, por lo tanto, el cumplimiento de las formalidades legales, entre ellas su designación por escritura pública, son ineludibles para la validez del acto.

3) Tratándose de procesos incoados en nombre del Consorcio contra terceros, debe observarse estrictamente el principio de designación del administrador por escritura pública, resultando inadmisibles que se supla con el acto protocolizado de la asamblea que lo designó.

4) Dado que la incorporación de un instrumento privado a un registro notarial no la convierte en instrumento público, cuando la protocolización no ha sido ordenada judicialmente, si el acto de designación de administrador del consorcio no llena la exigencia del art. 9, inc. b) de la ley 13.512. deja en el nombramiento una falta formal que puede ser denunciada por cualquier tercero.

5) El acta protocolizada en la que se designa administrador del consorcio sólo puede hacerse valer en juicio cuando el mismo es entablado contra uno de los consorcistas que, por ejemplo, no desconoce la existencia del consorcio, ni la realización de la asamblea, ni su asistencia a la misma, ni la designación efectuada, etc. MMFL.

Cámara Nacional Civil, Sala C.

Autos: "Consortio de Propietarios Salguero 1501/3/5 c. Carrizo de Sánchez, R. s/ rendición de cuentas".⁹⁷

Buenos Aires, setiembre 28 de 1995.- Y vistos: Considerando: I. La resolución de primera instancia rechazó las excepciones de falta de legitimación y de falta de personería. El planteamiento se fundó en que la señora Felisa M. de Baggio no acreditó ser la administradora del Consorcio, para cuya designación era necesaria la escritura pública y en que por lo tanto, el Dr. Julio César Guillamondegui carece de las facultades conferidas por la mencionada para estar en juicio. Apela la demandada.

II. El art. 90, inc. b) de la ley 13512 es suficientemente claro en cuanto, al prever que el Reglamento de Copropiedad y Administración debe obligatoriamente determinar la forma de

⁹⁷ Publicado en El Derecho de 8/11/96, fallo 47.509.

remoción del administrador, exige que el reemplazante sea nombrado por acto de escritura pública.

Así lo interpretan estrictamente la doctrina y la jurisprudencia cuando se trata de un litigio promovido contra un tercero. Se ha señalado que, como con la designación del administrador no se trata sólo de reglas las relaciones entre las partes, sino de darle al consorcio un representante frente a terceros, el cumplimiento de las formalidades legales, entre ellas la escritura pública, son ineludibles para la validez del acto (conf. Borda. "Tratado, Derechos Reales", t. I, p. 632, N° 789; y, también, Mariani de Vidal, "Curso de Derechos Reales", vol II, p. 152; Laquis Siperman, "La Propiedad Horizontal en el Derecho Argentino", Bs. As., 1996, p. 102; Laje, "La Propiedad Horizontal en la Legislación Argentina", 20 ed., N° 326 y sigtes., págs. 150 y 159; Racciatti, "Propiedad por pisos o departamentos", pág. 156, N° 80). Tratándose de procesos incoados en nombre del Consorcio contra terceros, en la especie la anterior administración, la jurisprudencia mayoritaria ha hecho una aplicación estricta del requisito, sin admitir que se supla con el acta protocolizada de la asamblea que lo designó.

En este sentido se ha decidido que la incorporación de un instrumento privado a un registro notarial no lo convierte en instrumento público, cuando la protocolización no ha sido ordenada judicialmente (arts. 984 y 1003, última parte, Cód. Civil; CNCiv., Sala la. cap; JA, 1950 - IV - 9). De modo que si el acto de designación de administrador no llena la exigencia del art. 9, inc. b) de la ley 13.512, deja en el nombramiento una falla formal que puede ser denunciada por cualquier tercero (art. 1047 c. cit.; CNCiv., Sala A., ED, 27-415, ídem, causa 128.087 del 7-9-67; Sala D, R, 226.356. del 14/2/78, ED, 80.387, N° 2; Sala D, causa 85.312 del 23-11-62, id. Sala C. L. 20.085, del 23-6-86).

Sólo es admisible el acta protocolizada cuando el juicio es entablado contra uno de los consorcistas que y. gr. no desconoce la existencia del consorcio, ni la realización de la asamblea, ni su asistencia a la misma, ni la designación efectuada, etc. (conf. CNCiv., Sala A, ED, 42-669 -en donde no mantiene la doctrina respecto de terceros-, íd, ED. 43-244; íd ED. 39-330: ídem ED, 4413; ídem, ED, 19-123. fallo de 1° instancia del Dr. Guillermo Quintana Terán; Sala B, ED. 17-504; Sala D, ED.-241, del 19-6-69; Sala C, LL, 137-787, 2.989-s-IV; ídem

ED, 28-522; idem 19-23; Laje, ob. cit., págs; 138y 139; Mariani de vidal, ob. cit., loc. cit.).

En tales condiciones, aun cuando no es necesaria la inscripción en el Registro de la Propiedad de la escritura de designación del nuevo administrador (v. Laquis -Siperman, ob. cit., p. 46, nota 3), debeprogresar la excepción, sin necesidad de entrar a considerar los otros argumentos la defensa ni sus réplicas. Por lo expuesto, se resuelve revocar la solución de fs. 143 y yta. haciendo lugar a la excepción de falta de personería. Con costas de ambas instancias a la actora. Notifíquese y devuélvase.... Javier M. Ruda Bart. - José Luis Galmarini.- Jorge Horacio Alterini.