

D) Las costas de alzada se imponen a los apelantes vencidos (art. 69, CPCC).

En su mérito el tribunal resuelve: Confirmar la resolución de fs. 227/230 en lo que ha sido materia de agravios, con costas (art. 69, CPCC). — *Eduardo L. Fermé.* — *Delfina M. Borda.* — *Julio M. Ojea Quintana.*

NOTA A FALLO

DERECHOS DE LOS CONSORCISTAS EN EL RÉGIMEN DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL.

USO EXCLUSIVO DE COSAS Y SECTORES COMUNES*

Por **Margarita Colquhoun**

SUMARIO

I. Los hechos - II. Naturaleza jurídica del derecho real de propiedad horizontal - III. Objeto del derecho real de propiedad horizontal. Facultades que acuerda a los titulares - IV. Imperatividad de las decisiones de una asamblea regular - V. Incidencia de la prescripción: ¿Es prescriptible el uso exclusivo de un sector común?

I. Los hechos

Se trata de un edificio de varios pisos sometido al régimen de la ley 13512 de propiedad horizontal (*Adla.* VIII-254). En el primer piso existe, en el sector de contrafrente, un espacio libre que constituye un patio-jardín (“patio solar” se lo denomina técnicamente porque tiene por finalidad asegurar la iluminación y ventilación de los ambientes cuyas ventanas dan a ese sector) y se encuentra contiguo y como continuación natural de la única unidad funcional existente en dicha planta. El referido patio constituye en su cara inferior el techo de la cochera del edificio, ubicada en la planta baja.

En el Reglamento de Copropiedad y Administración del Consorcio (RCA), se prohibió, originariamente, el uso de dicho sector, en forma absoluta. No obstante ello, quien era propietario de la unidad del primer piso en el año 1967 obtuvo que una asamblea de copropietarios lo autorizara, por unanimidad, a usar dicho sector de propiedad común, aprobando la realización de trabajos de mejora y embellecimiento que efectuó a su costa el propietario en cuestión, mediante el embaldosado con mosaico veneciano y colocación de plantas ornamentales, además de asumir la obligación de su aseo y limpieza.

En el año 1979, el mismo consorcista (que tenía el uso del patio desde hacía 12 años) enajena la unidad a su actual propietario quien, como el anterior, continúa haciendo uso del sector en las mismas condiciones hasta que en el año 1998 una nueva asamblea de copropietarios resuelve intimarle la restitución del patio-jardín, reclamándole, además, una indemnización por la no realización de trabajos de reparación a su costa, en dicho sector de propiedad

*Publicado en *La Ley* del 27/11/2001.

común, aduciendo la existencia de humedades en el techo y medianeras de la cochera, supuestamente provenientes de dicho patio.

Ante la falta de acuerdo entre las partes en conflicto, el caso llega a la instancia judicial, en la que el consorcio (actor) reclama la restitución del patio-jardín e indemnización de los daños y perjuicios causados. El propietario del 1er. piso (demandado) se defiende invocando una prescripción adquisitiva del sector, fundada en el uso y goce continuado por más de veinte años, y la prescripción liberatoria decenal fundada en la falta de acción de la actora. Se conviene en audiencia que se resuelva como de previo y especial pronunciamiento las excepciones de prescripción opuestas por la demanda, resultando ésta vencida en ambas instancias.

La demanda invocó una prescripción liberatoria fundada en la inacción de la actora por más de diez años (art. 4023, Cód. Civil), aduciendo que no era desconocido por el consorcio de copropietarios el uso que el propietario del primer piso hacía de la azotea-jardín desde el año 1967, no obstante la originaria prohibición de uso establecida en el Reglamento. Por tanto, si conociendo tal irregularidad no accionó durante treinta y dos años (recién accionó en el año 1999), deduce de ello que su posibilidad de accionar para hacer cesar tal uso está prescripta.

La sentencia de primera instancia rechaza esta excepción incoada por la accionada, por interpretar que el uso realizado por ésta entre los años 1967 y 1998 lo ha sido con la aquiescencia de los restantes consorcistas, y que la facultad de accionar recién nace en el año 1998, cuando la asamblea de copropietarios resuelve hacer cesar ese uso. Destaca el *a quo* que “hasta esa ocasión no había violación reglamentaria y/o asamblearia endilgable a los propietarios del primer piso ya que el consorcio había consentido a través de las decisiones de asambleas anteriores el uso dado a la terraza en cuestión. Luego, ninguna acción tenía expedita al respecto contra ese propietario; recién desde el 14/8/98 comienza a computarse el plazo de prescripción liberatoria alegado por la excepcionante, ya que ante lo decidido por la asamblea, bien podría iniciarse la acción pertinente de cumplimiento de ese mandato. Como esta demanda se inició el 13/8/99, el plazo de diez años alegado por la excepcionante, contado desde el 14/8/98, por tanto no ha transcurrido... La excepción en tratamiento debe así ser desestimada...”

La demanda opuso, asimismo, una prescripción adquisitiva del derecho real de uso, respecto de la azotea en cuestión, en función del uso que ha ejercido por más de veinte años, fundándolo en la normativa de los arts. 2949, 3947 y 3948 del Cód. Civil.

Al respecto señala el juez de grado que, conforme el párrafo final del art. 2º de la ley 13512, las azoteas revisten el carácter de propiedad común, salvo convención en contrario. A su vez, el Reglamento de Copropiedad y Administración (RCA) establece en su art. 1º inc. f) que “es de propiedad de todos los copropietarios la azotea-jardín situada sobre el garaje”. De tal manera, el uso y goce conforme a un ejercicio regular (art. 2513, Cód. Civil) corresponde en principio al consorcio de propietarios, aunque en el caso concreto, por el cita-

do art. 1º, inc. f) del RCA, dicha azotea-jardín no podría ser usada ni ocupada bajo ningún concepto. Tal cláusula reglamentaria –pactada entre todos los componentes del consorcio– “...fue dejada de lado por dichos componentes autorizando lo que en definitiva implicaba el uso de la azotea... a través de las asambleas... autoriza el uso de la azotea al propietario del primer piso, *modificándose de ese modo lo que originalmente se había pactado en el reglamento*”, se sostiene en la sentencia.

Señala, asimismo, el *a quo* que nunca el consorcio podría constituir un derecho real sobre las partes comunes del edificio, porque tratándose de una desmembración del dominio sólo los titulares de éste último gozan de capacidad para realizar tal acto jurídico. De modo que el acto cumplido por el consorcio en la asamblea del 3/4/67 “no fue más allá de una autorización para usar la azotea-jardín *como un derecho personal que como tal no transmitió al usuario la posesión de la cosa sino sólo su tenencia*”. Los demandados, al adquirir el dominio del primer piso, continúan utilizando la azotea-jardín en los términos y alcances en que ello había sido autorizado a sus predecesores... (arg. art. 3270, Cód. Civil). Ergo, si no se ha sido poseedor, no se pudo pues usucapir, extrae como conclusión el juez de grado.

Apelada la sentencia de primera instancia por la demandada, la Sala interviniente confirma en todas sus partes el fallo recurrido reproduciendo, en líneas generales, los fundamentos del juez de grado. Considera a los demandados meros detentadores que sólo han tenido sobre la azotea en litigio un “*permiso de uso*” señalando que su condición de simples tenedores les ha impedido usucapir... para usucapir debe poseerse la cosa a título de dueño”.

Ahora bien, para desentrañar la correcta resolución del caso, es indispensable analizar algunas cuestiones previas, que se desarrollan a continuación:

II. Naturaleza jurídica del derecho real de propiedad horizontal

El derecho real que se acuerda en el régimen de la propiedad horizontal no debemos visualizarlo como una mera “suma de derechos reales”, aquellos a los que el Código Civil conceptualiza como Derecho Real de Dominio y Derecho Real de Condominio. La ley 13512 crea un nuevo derecho real, que no es una simple suma de un dominio más un condominio de indivisión forzosa, tal como caracteriza a estos derechos reales el Código Civil; se puede afirmar que, aunque participa de los elementos esenciales comunes a ambos, presenta elementos propios previstos por la ley para satisfacer necesidades inherentes al sistema. Ello nos lleva a compartir la convicción de un mayoritario sector de doctrina y jurisprudencia que sostiene que lo creado por la ley de propiedad horizontal *es un derecho real autónomo*¹.

(1) ALLENDE, Guillermo L., *Panorama de Derechos Reales*, pág. 124, Ed. La Ley, 1967. MARIANI de VIDAL, M., *Curso de Derechos Reales*, t. 2, pág. 214, Ed. Zavalía, 1993. RACCIATTI, Hernán, *Propiedad por pisos o por departamentos*, pág. 41, Ed. Depalma, 1982.

III. Objeto del derecho real de propiedad horizontal. Facultades que acuerda a los titulares

Ahora bien, si aceptamos que se trata de un derecho real nuevo, distinto del dominio y condominio comunes, deberemos indagar a continuación *cuál es el objeto* de este derecho y *qué facultades* atribuye el mismo a sus titulares, para lo cual no nos bastará el marco genérico del Código Civil, sino que habrá que recurrirse al marco específico de la ley 13512.

Apreciaremos entonces que el objeto, por su caracterización en la ley, sólo puede consistir en un “*inmueble edificado*” (doctrina del art. 1º de la ley). Éste se encuentra configurado por unidades funcionales de propiedad privativa individual, y sectores y cosas de propiedad común en un condominio de indivisión forzosa, imprescindible para hacer posibles la existencia y seguridad del edificio.

Las diferencias que se pueden plantear con el régimen común quizá no sean tan apreciables respecto de las *facultades* que puede ejercer cada consorcista sobre su unidad privativa, pero es indudable que se hacen más notorias en el uso y goce de las cosas y sectores comunes sometidos a un condominio de indivisión forzosa, inescindible del dominio que se ejerce sobre las unidades funcionales, que necesariamente debe valerse de reglas especiales que aseguren una pacífica convivencia dentro del sistema.

La ley 13512 enumera, en su art. 2º, qué partes han de considerarse necesariamente comunes por ser indispensables para mantener la solidez del edificio y asegurar el uso y goce común a todos los copropietarios. En este punto se visualiza el primer error conceptual en que incurre la sentencia de primera instancia ya que asimila la azotea-jardín del caso con *las azoteas* del último piso del edificio, cuando en realidad la que aquí nos ocupa constituye lo que en doctrina se denomina un “*patio solar*”, ambos son espacios de propiedad común pero tienen diferente regulación jurídica en el art. 2º de la ley:

a) La parte final del art. 2º dice que “los sótanos y azoteas revestirán el carácter de comunes *salvo convención en contrario*”, de ello se deduce que la ley permite, en este caso, que por voluntad de todos los copropietarios se convierta un sector que en principio es de propiedad común, en un sector de propiedad privativa de algunos de ellos.

b) El art. 2º establece en su parte inicial que “cada propietario será dueño exclusivo de su piso o departamento y copropietario sobre el terreno y sobre todas las cosas de uso común del edificio, o indispensables para mantener su seguridad. *Se consideran comunes por dicha razón:* a) los cimientos, muros maestros, techos, *patios solares...*” En este caso se trata de un sector que jamás podría convertirse en propiedad privativa de un consorcista porque la ley ha establecido sobre él un condominio de indivisión forzosa, que no es modificable por pactos particulares, atento el carácter estatutario de la regla y la prevalencia del orden público en este tema, en virtud del principio de *numerus clausus* consagrado en el art. 2502 del Cód. Civil.

La distinción apuntada no es intrascendente, ya que mientras una azotea podría llegar a ser de propiedad privativa, ya sea por voluntad de todos los consorcistas o por la vía de la usucapión, en cambio un patio solar –en nues-

tra opinión y mientras rija la actual ley de propiedad horizontal— no podría llegar a serlo por ninguna de las dos vías señaladas.

A su vez, en el art. 3º de la ley se establecen *las facultades* de disposición material y jurídica que los copropietarios tienen sobre las partes comunes del edificio, pero se lo hace de un modo genérico, sin prever específicamente la existencia de cosas y sectores comunes de uso exclusivo, por lo que el tema ha sido objeto de esclarecimiento por vía de la doctrina y la jurisprudencia².

Esto es así porque en el régimen de la propiedad horizontal las cosas y sectores comunes *no* están sometidos todos ellos a las mismas reglas. Existen dentro de esta categoría dos especies: a) cosas y sectores comunes cuyo *uso* es también necesariamente *común* (a nadie con sensatez podría ocurrírsele que un consorcista pudiera monopolizar el uso del único *palier* de entrada existente en el edificio o del único ascensor instalado en el edificio, si éste tiene varios pisos, excluyendo de ese uso común a los restantes propietarios). Y coexisten con éstos: b) cosas y sectores que, siendo también de propiedad común, están sin embargo, inexorablemente afectados al *uso exclusivo* de un propietario, así por ej.: los *balcones*, que por integrar el frente o contrafrente del edificio son de propiedad común, como lo son los muros maestros a los que están unidos y que no podrían dejar de ser comunes ni aun por voluntad unánime de la asamblea, ya que esta regla integra el conjunto de normas estatutarias de la ley, en la que está comprometido el orden público y por lo tanto no es modificable por pactos particulares³. También entran en esta categoría los *patios solares* (art. 2º de la ley) cuando por la ubicación del sector sólo tiene acceso a él el propietario de la unidad a la que están integrados (en este supuesto, nadie con sensatez podría sostener la pretensión de compartir el uso del balcón o del patio de su vecino, ya que esto constituiría un despropósito e indudablemente un grave atentado al derecho a la intimidad del consorcista que así fuera requerido).

Lo desarrollado hasta aquí nos lleva a sostener que, aunque la ley no haya efectuado la distinción, indudablemente existen cosas y sectores comunes cuyo *uso será necesariamente común* y otras cosas y sectores comunes cuyo *uso será necesariamente exclusivo*. Ahora bien, ¿en qué categoría corresponde que sea incluido el patio-jardín del conflicto?

A nuestro modo de ver, el patio-jardín de referencia constituye un sector de propiedad común de los que la ley denomina “*patio solar*”, ya que por su ubicación sólo puede tener la finalidad de proporcionar iluminación y ventilación al sector de contrafrente del edificio. Se trata de un espacio descubierta, como continuación natural del primer piso y se accede a él por una puerta ventana que comunica a la unidad funcional con el patio, construida en la época en que el consorcio autorizó el uso del patio al propietario. También hay otras ventanas a través de las cuales reciben aire y luz los ambientes de todo el

(2) MARIANI de VIDAL, ob. cit., pág. 222. PAPAÑO-KIPER-DILLON-CAUSSE, *Derechos Reales*, t. 2, págs. 22 y sigtes., Ed. Depalma, 1990.

(3) MARIANI de VIDAL, ob. cit., pág. 224. HIGHTON, Elena I., *Derechos Reales*, vol 4, pág. 85, Ed. Ariel, 1979. PAPAÑO-KIPER-DILLON-CAUSSE, ob. cit., pág. 26. CNEsp. Civ. y Com., Sala VI, 17/9/77, LA LEY 1978-A, 378. CNCiv, Sala E, 30/11/67.

edificio que dan al contrafrente. La configuración del lugar y el inequívoco destino de la cosa como generador de luz y aire para el edificio permiten descartar toda posibilidad de un uso compartido del sector.

Esta circunstancia me lleva a sostener que el único uso posible, por las características del lugar, es el de uso exclusivo por el propietario del primer piso, tal como se ha venido ejerciendo durante más de treinta años, por los sucesivos dueños de dicha unidad funcional, aunque conservando siempre su condición de sector sujeto a un condominio de indivisión forzosa impuesto por la ley actualmente vigente.

IV. Imperatividad de las decisiones de una asamblea regular

Otro aspecto criticable del fallo se encuentra en la afirmación del *a quo* cuando sostiene que la autorización de uso concedida al propietario del primer piso “...no fue más allá de una autorización para usar la azotea como un derecho personal...” Repárese en que una asamblea celebrada regularmente, de conformidad con las reglas de la ley 13512 y del Reglamento de Copropiedad y Administración del edificio autorizó, a partir del año 1967, el uso del patio al propietario del primer piso, facultad que se ha ejercido en plenitud por los sucesivos propietarios de la unidad. Es del caso señalar que, de acuerdo con las constancias agregadas a la causa, la autorización fue concedida por unanimidad, sin limitación alguna, sin fijar plazo de vencimiento ni cláusulas de rescisión ni condición suspensiva ni resolutoria del derecho que se estaba acordando, o sea, sin reserva alguna que limitara las facultades que se estaban acordando, por lo cual *cabe considerarlo un derecho permanente* y no una concesión transitoria o revocable como pretende hacerlo aparecer la pretensión del consorcio actor o como erróneamente se sostiene en el fallo que se analiza.

Resulta asimismo significativo que el tribunal de alzada haya incurrido en idéntico error al considerar a los demandados como *meros tenedores* que han ejercido un “*permiso de uso*”, señalando en una de las partes del fallo 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”, para concluir en que “...se aprecia que nunca dejaron de reconocer los demandados que les fue concedido el uso de ese sector y que por ende, *no poseían como dueños*”.

En cuanto a la *naturaleza jurídica del derecho por el que se litiga*, parece indudable que las facultades acordadas en la asamblea del 3/4/1967 a los propietarios del primer piso nacen del derecho real de que están investidos todos los asambleístas por las razones que se señalan:

Si se es titular de un *derecho real sobre cosa propia* –como lo son el dominio, el condominio y el derecho real de propiedad horizontal– las facultades que se ejercen sobre la cosa lo son a título de dueño, sin reconocer en ninguna otra persona un señorío superior (arg. arts. 2506, 2513, 2516, 2676, 2684, 4006). En los sectores de propiedad común, este señorío se admite compartido, lo que supone reconocer un derecho igual al propio en los restantes condóminos, de manera tal que todos los titulares estén colocados en un pie de

igualdad. En estas circunstancias nunca podría sostenerse que el uso que se hace de la cosa propia consiste en un derecho personal, ya que éstos, por esencia, son transitorios, limitados en sus plazos y porque no son susceptibles de oponerse *erga omnes* como sí lo son los derechos reales⁴.

Tampoco cabe confundir el presente caso con un supuesto de *derecho real de uso*, ya que por definición éste es un *derecho real sobre cosa ajena*, y el que ejerce el demandado es un derecho real sobre cosa propia, como ya lo hemos señalado.

Cabe destacar, además, que:

1. Todos los votantes en la asamblea eran propietarios integrantes del consorcio, la decisión adoptada entrañaba un acto de disposición con contenido patrimonial y prestaciones recíprocas –el uso exclusivo otorgado tuvo como contraprestación la inversión realizada exclusivamente por el propietario del primer piso–, y de todo ello ha quedado constancia fehaciente en las actas labradas en el libro correspondiente y que se han tenido por plenamente válidas en la causa.

2. Para que no quede duda alguna de que las facultades acordadas en dicha asamblea son inherentes a los derechos reales que los consorcistas ostentan, señalo algunas diferencias con acuerdos de otra naturaleza, en los que se constituyen derechos meramente personales:

a) *En relación con las personas otorgantes del acto.* Para que pudiera catalogarse al uso acordado como un derecho personal, transitorio o precario, el beneficiario hubiera debido ser necesariamente un tercero ajeno al consorcio, un “no propietario”, eventualmente un locatario o comodatario, circunstancia que no se da en el caso, ya que fue un acto “*inter pares*”.

b) *En relación con las solemnidades del acto.* Si el acuerdo se hubiera realizado entre el consorcio y un tercero ajeno al mismo, dicho acuerdo hubiera debido ser instrumentado en un posterior contrato entre este imaginario tercero beneficiario y el representante legal del consorcio, en el que se fijaran mediante cláusulas claras y precisas las obligaciones y derechos de las partes, entre otras, la duración o plazo del contrato. En el presente caso, tratándose de un acuerdo entre consorcistas que estaban en un pie de igualdad, significó una virtual modificación del Reglamento de Copropiedad y Administración que los regía hasta ese momento y que dejó sin efecto la prohibición del art. 1º inc. f), por lo cual *dicha modificación hubiera debido instrumentarse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad Inmueble*, habiéndose incurrido en una evidente omisión al respecto.

c) *En relación con la naturaleza y extensión de los derechos acordados.* Si el derecho acordado hubiera sido de naturaleza personal, al enajenar el titular del primer piso su unidad funcional en el año 1979, el derecho otorgado habría caducado automáticamente con el mismo acto de enajenación; nunca hubiera podido transmitir el uso del patio como efectivamente lo hizo, sin una nueva autorización expresa del resto de los consorcistas. La prueba más palmaria de

(4) HIGHTON, Elena I., ob. cit., págs. 157/158.

que *las facultades* que se otorgaron en la asamblea realizada en el año 1967 constituyen una derivación natural del ejercicio de los derechos reales pertenecientes a todos los consortes es que en el año 1979, o sea 12 años después de serle otorgadas al propietario del 1º piso, éste pudo transmitir las sin objeción alguna del consorcio a un sucesor singular que siguió ejercitándolas por 19 años más, en la misma forma pública, pacífica, continua e ininterrumpida, sin que hasta el año 1998 el consorcio realizara ningún acto jurídico formal tendiente a cuestionar el derecho del demandado a usar en forma exclusiva dicho sector.

d) *Imperatividad de las decisiones de la asamblea.* A nuestro modo de ver, este punto de la sentencia es el que plantea el error más sensible en la interpretación de los D. R. y de la P. H. específicamente. En efecto, el *a quo* sostiene que el consorcio carece de atribuciones para constituir derechos reales sobre partes comunes del edificio, que sólo pueden otorgar los propietarios individualmente; esta afirmación constituye en verdad un sofisma, ya que la única vía posible prevista por la ley 13512 para que el consorcio exteriorice su voluntad como cuerpo colectivo es precisamente a través de la realización de asambleas, en las que sus integrantes adopten las decisiones que hacen a los intereses comunes (ver arts. 10, 7º último párrafo, 9º inc. d] y 14 de la LPH, en concordancia con lo establecido en los arts. 2680 *in fine*, 2681, 2699, 2703 y concs. del Cód. Civil, respecto del condominio). Precisamente, la imperatividad de lo resuelto en una asamblea realizada regularmente deriva de que son los propios consorcistas los que mediante esa manifestación de voluntad colectiva se obligan recíprocamente a realizar y otorgar todos los actos jurídicos individuales, eficientes y conducentes a concretar lo decidido en la misma por voluntad de todos, pudiendo ser compelidos judicialmente, si luego, alguno o algunos pretendieran desconocer la fuerza obligatoria de la resolución adoptada⁵.

¿Por qué otro medio podría constituirse una hipoteca sobre el inmueble común (art. 14, LPH) que no fuera la inevitable secuencia de: asamblea (por unanimidad) + actos jurídicos individuales de constitución de hipoteca por escritura pública (tantas como consorcistas) + inscripción en el RPI? De lo expuesto se desprende que la voluntad del consorcio, manifestada con arreglo a lo establecido por la ley, tiene imperatividad suficiente para obligar a sus integrantes a constituir toda clase de derechos, personales y reales, inclusive el que en esta causa está controvertido y que, por otra parte, la única forma legal en que esa voluntad puede exteriorizarse válidamente es a través de una asamblea.

En síntesis, parece muy claro que el derecho regulado por la ley 13512 es un derecho real autónomo; también lo es que las facultades que ejercen los consorcistas son *a título de dueño* y no un derecho personal. Como todo dominio y/o condominio es un derecho perpetuo, salvo convención expresa en contrario: ninguna modalidad, ni plazo, ni condición, ni cláusulas de rescisión, ni dominio revocable se presumen, deben estar expresamente consignados y consentidos en el acto constitutivo.

(5) MARIANI de VIDAL, ob. cit., págs. 225 y 239. PAPAÑO-KIPER-DILLON-CAUSSE, ob. cit., pág. 27.

Si la exclusividad en el uso fue acordada por unanimidad, su revocación debe ser resuelta por la misma mayoría, o sea, es necesario contar con el consentimiento o acuerdo del propietario al que se privará del patio (arg. de los arts. 3º, 7º, 14, ley 13512 y, particularmente, *el art. 2680 in fine del Cód. Civil*, que impone una regla insoslayable en este punto). Esto es así porque, si su voluntad fue integradora en el acto originario de otorgamiento del uso, *aceptándolo*, no podría prescindirse ahora legítimamente de esta voluntad, ya que de hecho, esto implica no obtener en el acto revocatorio la misma mayoría (unanimidad) que se obtuviera en la asamblea otorgante, como efectivamente parece haber ocurrido en la asamblea realizada en el año 1998.

Téngase presente que una decisión de esta naturaleza altera sustancialmente la composición del patrimonio común, modificando un equilibrio establecido y aceptado por todos los integrantes del consorcio hace más de treinta años, de manera tal que los derechos subjetivos emergentes de dicha distribución se han incorporado al respectivo patrimonio individual de cada consorcista, y dicho statu quo no podría modificarse sin la aceptación de la totalidad de voluntades que integran la comunidad. Admitir otra solución llevaría a un fin no querido por la ley y a un resultado disvalioso para el derecho.

En el sentido señalado, debe destacarse, además, que una jurisprudencia y doctrina muy firmes sostienen la necesidad de que las decisiones de la asamblea de copropietarios sean adoptadas por unanimidad cuando deben resolverse cuestiones que impliquen alterar el equilibrio patrimonial establecido entre los consorcistas, situación en la que se encuentra comprendido el caso en examen⁶.

V. Incidencia de la prescripción: ¿Es prescriptible el uso exclusivo de un sector común?

Finalmente, se pueden sintetizar las conclusiones de este estudio destacando que el error más grave en que se incurre en ambos fallos examinados consiste en no haber sabido independizar la noción de “facultades de uso” –que en sus distintas variantes se realizan sobre las cosas de propiedad común– de la condición de propietarios que todos los consorcistas ostentan por igual.

Ello ha generado como consecuencia una visión parcial de la controversia planteada y una solución mezquina para resolverla. No estaba en juego en esta causa una prescripción adquisitiva de dominio común ni tampoco de un derecho real de uso en los términos del art. 2948 del Cód. Civil, pero no bastaba para el acierto de los fallos a dictarse con pronunciarse sobre este punto. De lo que aquí se trataba era de sentar la “buena doctrina”, y no podía ignorarse que lo que sí se había adquirido por prescripción era *el uso exclusivo* del sector, por la sencilla razón de que no podría ser otro el resultado después de un uso pacífico, público, continuo e ininterrumpido por más de treinta años. Cómo negar el efecto de la prescripción al uso ejercido por un lapso tan pro-

(6) PAPAÑO-KIPER-DILLON-CAUSSE, ob. cit., pág. 43. MARIANI de VIDAL, ob. cit., págs. 239 y 268.

longado, cuando nuestro Cód. Civil prevé, en el art. 3017, que pueden adquirirse por la prescripción larga de veinte años las “servidumbres continuas y aparentes”, que no constituyen otra cosa que el “uso de un inmueble ajeno”; además, establece en el art. 2977 *in fine* que el uso que se haga de este derecho tiene los efectos de la tradición, lo cual permite fijar el “primer uso” como el inicio del cómputo a los efectos de la prescripción.

Obsérvese, asimismo, que el derecho así adquirido a usar de la cosa en nada afecta el derecho de dominio (o de condominio, en este caso) que el propietario y/o propietarios del fundo sirviente conservan sobre esa misma cosa. Lo único que se ha adquirido por esta usucapión es el derecho perpetuo a seguir en el uso que se ha venido practicando por largo tiempo.

Siguiendo esta misma línea de razonamiento debemos plantearnos por qué habría de admitirse en el Código Civil que pueda adquirirse por prescripción el derecho de usar una cosa cuya propiedad pertenece a otro y negar, al mismo tiempo, dicha posibilidad de adquirir, cuando el uso exclusivo practicado por tiempo inmemorial ha sido efectuado por sucesivos copropietarios con el consentimiento expreso de todos los restantes.

Por otra parte, tampoco puede omitirse señalar que, tratándose en este caso de una sucesión a título singular de poseedores legítimos (art. 2355, Cód. Civil), resulta aquí de plena aplicación el principio de accesión de posesiones, con lo cual los sucesivos propietarios de la unidad funcional a la que accede el patio en litigio suman más de treinta años de uso exclusivo y continuado del sector. En verdad, resulta poco comprensible que en ambos fallos se haya omitido considerar y ajustar a derecho tantas circunstancias que surgen con evidencia de la causa. Sobre todo teniendo en cuenta que, a través del arbitrio de ejercer las facultades que las normas conceden a los magistrados, aplicando el principio *iura novit curia* pudieron calificar jurídicamente los hechos de la causa, prescindiendo de las equivocadas peticiones de las partes. Así, además de sentar la buena doctrina, se podría haber arribado a una solución más justa y acorde al derecho vigente.

Más allá de la cuestión patrimonial planteada –que en modo alguno carece de significación– no puede dejar de valorarse tampoco la enorme lesión que en la convivencia de los consorcistas puede plantear una alteración del statu quo vigente, ya que la disposición de los lugares y el eventual acceso de extraños al sector para realizar las tareas de aseo del lugar, que actualmente están a cargo del propietario del primer piso, puede poner en grave riesgo la seguridad de quienes habitan dicha unidad, exponiéndolos a predecibles peligros en la integridad de sus personas, en la conservación de sus bienes y en la tranquilidad que tienen derecho a disfrutar en la intimidad de su hogar.

En conclusión, se considera erróneo el planteo de los fallos en estudio, al confundir la naturaleza de las facultades de los consorcistas sobre ciertos sectores comunes que son, sin duda, a título de poseedor legítimo (y no a título de “tenencia”) y al negar la fuerza consolidatoria de la prescripción al “uso exclusivo” ejercido por el plazo señalado en el Código Civil, en la extensión y con las limitaciones propias del régimen especial de la P. H.