

# Utilización de elementos comunes con fines exclusivos en la propiedad horizontal \*

Por **María Verónica Bagattini**

## Sumario

I. Introducción. II. *Numerus clausus*. III. Dominio, condominio y propiedad horizontal. Comparación. IV. Sectores comunes de uso exclusivo. Decreto reglamentario 18734/49. Reparación. Gastos. V. Conversión de sectores comunes a privativos y viceversa. Mayoría necesaria. Interpretación analógica del art. 2º de la ley 13512. VI. Análisis de los balcones, patios solares, azotea o sótanos y *paliers*. VII. Balcones, patios internos y patios solares. VIII. *Paliers*. IX. Conclusión.

## I. Introducción

En el año 1948 se sancionó la ley 13512 <sup>1</sup> que regula el Régimen de Propiedad Horizontal, con lo que nació un nuevo derecho real autónomo, que presupone la subdivisión de un inmueble en diversas unidades funcionales independientes entre sí, con una salida común a la vía pública. Esas unidades son del dominio perpetuo y exclusivo de sus titulares, quienes además son copropietarios del terreno y de todos los bienes comunes. Este derecho presenta una dualidad, pues combina el dominio con el condominio de indivisión pero, además, cala la idea de colectividad.

\* Especial para *Revista del Notariado*.

(1) Ley 13512, Régimen de Propiedad Horizontal, *Adla*, VIII, 254.

A lo largo de estas páginas efectuaremos un breve comentario sobre las diferentes cuestiones atinentes al tema involucrado, que por su importancia merecen ser destacadas y, centrando nuestro análisis en los lugares comunes de uso exclusivo, veremos cómo se ha pronunciado la jurisprudencia.

## II. Numerus clausus

Como bien sabemos, está vigente en nuestro derecho el sistema de *numerus clausus* y esto implica que “los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley. Todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales, o modificase los que por este código se reconocen, valdrá sólo como constitución de derechos personales, si como tal pudiere valer”<sup>2</sup>. De ello se deriva que no hay más derechos reales que los legalmente reconocidos, lo cual no obsta la posible existencia de otros derechos reales reconocidos por fuera del Código Civil.

Existen tipos reconocidos, expresamente prohibidos e inadmitidos<sup>3</sup>. En función del *numerus clausus*, los tipos admitidos por el Código Civil son el dominio, condominio, usufructo, uso, habitación, servidumbre, hipoteca, prenda, anticresis, la superficie forestal y la propiedad horizontal, creadas estas dos últimas por las leyes 25509 y 13512, respectivamente.

Por lo tanto, a partir de la ley 13512 se ha ampliado la nómina de los derechos reales en nuestro derecho positivo y esta modalidad real se ha difundido a lo largo de toda la Nación como uno de los principales sistemas bajo el cual se encuentran sometidas las propiedades de la mayoría de los argentinos.

## III. Dominio, condominio y propiedad horizontal. Comparación

Junto al dominio y al condominio, la propiedad horizontal –derecho real que recae sobre cosa propia por el cual su titular puede usar, gozar y disponer jurídicamente del objeto sobre el cual recae y que consiste en una fracción de un inmueble edificado, integrado por sector exclusivo independiente y por una parte indivisa sobre el terreno y demás partes y cosas de propiedad común<sup>4</sup>– comparte la categoría de derecho real pleno.

Podríamos agregar también que tanto la propiedad horizontal como el condominio son derechos reales autónomos<sup>5</sup>, lo cual no impide que subsidiariamente se apliquen a la propiedad horizontal normas propias del dominio o del condominio.

Podemos ir observando que son múltiples las diferencias entre estos tres derechos reales.

(2) Código Civil, art. 2502.

(3) Cfr. de Reina Tartière, Gabriel, *Sistema de Derechos Reales*, 1ª edición, Editorial Ad-Hoc, p. 61.

(4) Areán, Beatriz, *Curso de Derechos Reales*, 4ª edición, Editorial Abeledo-Perrot, p. 427.

(5) Vinculado a la propiedad horizontal: cfr. Laquis, Manuel Antonio y Siperman, Arnoldo, *La propiedad horizontal en el derecho argentino*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1966, p. 31.

En el dominio convergen unidad de sujeto y de objeto; en el condominio, unidad de objeto y pluralidad de sujetos; por último, en la propiedad horizontal existe pluralidad de objetos y es indiferente la existencia de uno o varios sujetos.

Si nos adentramos ya en el derecho real de propiedad horizontal, podemos decir que presupone la existencia de otro que le sirve de antecedente: aquel es el *posterius*, este es el *prius*. Adviene inexorablemente el dominio o el condominio por razón de constituir un derecho real pleno. Lo hace por una peculiar sucesión constitutiva y sus efectos son diversos en uno u otro caso. Si ocurre lo primero, opera *per se* la constitución de derechos reales de propiedad horizontal con sujeto singular; si lo segundo, se constituirán todos y cada uno de los derechos reales con pluralidad de titulares; obviamente que en este último caso se requiere el concurso unánime de los condóminos <sup>6</sup>.

Surge un sistema de derechos reales como consecuencia de esta transformación. Este sistema es necesariamente plural, derivado de haberse modificado alguno de los elementos del derecho real. Mientras que el objeto y la relación jurídica han cambiado, el sujeto permanece inalterado. La cosa deja de ser un fundo edificado y pasa a ser una pluralidad de unidades autónomas emplazadas en un edificio.

Como diría Molinario <sup>7</sup>, la relación jurídica ha cambiado. Preexistentemente se trataba de un dominio o condominio de un fundo edificado. En la nueva relación jurídica nos encontramos frente a una pluralidad de derechos reales de propiedad horizontal sobre unidades independientes de un edificio.

#### IV. Sectores comunes de uso exclusivo. Decreto reglamentario 18734/49. Reparación. Gastos

A pesar de que la ley no ha previsto la posibilidad de que algunos sectores que sean necesariamente comunes puedan ser de uso exclusivo, ni tampoco el decreto reglamentario <sup>8</sup>, es posible reglamentarlos a través de normas sobre uso de las cosas y servicios comunes, en el estatuto consorcial <sup>9</sup>.

Si las partes privativas siempre son de uso exclusivo, como contracara se nos presentan las partes comunes, que podrán ser de uso común o de uso ex-

(6) Cfr. Adrogué; Gutiérrez Zaldívar; Arraga Penido; Amuy, *Temas de derechos reales*, Buenos Aires, pp. 149–150.

(7) Cfr. Molinario, Alberto D., *De las relaciones reales*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1981.

(8) Cfr. decr 18.734/49, art. 3º, que reza así: “El reglamento de copropiedad y administración deberá prever las siguientes materias:

“1) especificación de las partes del edificio de propiedad exclusiva;

“2) determinación de la proporción que corresponde a cada piso o departamento con relación al valor del conjunto;

“3) enumeración de las cosas comunes...”.

(9) Cfr. Papaño; Kiper; Dillon; Causse, *Derechos Reales*, t. I, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 469.

clusivo por uno o por un grupo determinado de copropietarios, no obstante ser propiedad común de todos los consorcistas <sup>10</sup>.

Ello ocurre habitualmente con los jardines del fondo, cuyo uso suele otorgarse a los departamentos que dan hacia ellos, o con la azotea, cuyo uso privativo suele otorgarse al propietario del último piso <sup>11</sup>. El ejemplo más acabado son los balcones <sup>12</sup> y los patios solares <sup>13</sup>.

Atento al artículo 5 <sup>14</sup> de la ley, no cabe duda alguna en cuanto a que aquellos gastos de mero mantenimiento, en los lugares comunes de uso exclusivo, corresponden a aquel propietario que tiene el derecho al uso exclusivo, pero cuando dichos gastos no son originados en el uso que le ha dado a esa parte, entonces corresponderán al consorcio.

## V. Conversión de sectores comunes a privativos y viceversa. Mayoría necesaria. Interpretación analógica del art. 2º de la ley 13512

Dado todo lo anterior, podríamos cuestionarnos la posibilidad de privatizar una parte común y, a la inversa, si podría transformarse en común una parte de propiedad exclusiva. En el caso de admitirse, deberíamos analizar qué se necesitaría para ello.

Desde el punto de vista jurídico, para que pueda realizarse la conversión de estos sectores, será necesario que tal calificación conste en los planos respectivos, así como el del destino que tengan atribuido por el reglamento de copropiedad <sup>15</sup>.

Respecto del primer interrogante, el artículo 2º *in fine* de la ley dice que “los sótanos y azoteas revestirán el carácter de comunes, salvo convención en contrario”.

De ello se deriva que los copropietarios podrían convenir en el reglamento la privatización de un sótano o azotea. Ahora la pregunta sería si esa facultad se haría extensible a los demás casos del art. 2º de la ley, cuya enumeración no es de carácter taxativo:

(10) Cfr. Mariani de Vidal, Marina, *Curso de Derechos Reales*, t. II, Editorial Zavalía, 1995, p. 239.

(11) Cfr. Borda, Guillermo A., *Manual de Derechos Reales*, p. 338.

(12) Al respecto Mariani de Vidal dice que en el Reglamento “tipo” se establecerán: “Sectores de propiedad común cuyo uso pertenece exclusivamente al copropietario que se indica [...] balcones: los existentes en las plantas del 1º al 6º piso inclusive sobre el frente del edificio, cuyo uso exclusivo pertenece respectivamente a los propietarios de las unidades que tienen acceso directo a ellas”.

(13) La Cámara Nacional Civil, Sala F, ED, 22-761 ha dicho que “los llamados patios solares, cuando ellos son necesarios para aire y luz, aun cuando están comprendidos en los límites de un departamento, deben ser incluidos entre los bienes comunes, sin perjuicio de que la convención pueda reservar su uso exclusivo a los dueños de las viviendas a que ellos accedan”.

(14) El artículo 5 de la ley establece que “cada propietario atenderá los gastos de conservación y reparación de su propio piso o departamento; estando prohibida toda innovación o modificación que pueda afectar la seguridad del edificio o los servicios comunes...”.

(15) Cfr. Kiper; Dillon; Causse, *Derechos Reales*, t. II, Buenos Aires, 1997, p. 26.

“a) Los cimientos, muros maestros, techos, patios solares, pórticos, galerías y vestíbulos comunes, escaleras, puertas de entrada, jardines;

“b) Los locales e instalaciones de servicios centrales, como calefacción, agua caliente o fría, refrigeración, etcétera;

“c) Los locales para alojamiento del portero y portería;

“d) Los tabiques o muros divisorios de los distintos departamentos;

“e) Los ascensores, montacargas, incineradores de residuos y en general todos los artefactos o instalaciones existentes para servicios de beneficio común”.

El terreno: a pesar de no figurar en los incisos, sí está contemplado en la primera parte de la disposición, e incluirlo entre las partes comunes nos resulta obvio ya que el edificio que está afectado al régimen de la ley se encuentra construido en él.

De aquí se puede determinar que son comunes: los “patios solares” sobre los cuales se abre el hueco de “aire y luz” de los departamentos, llamados también “patios internos”, las escaleras, terreno sobre el que se asienta el edificio y la puerta de entrada. Todas estas son partes necesariamente comunes, cuya privatización no es viable, ni siquiera con el consentimiento unánime de los copropietarios<sup>16</sup>. Otras partes, cuyo uso y goce común no es indispensable, sino solamente conveniente, pueden ser privatizadas en el reglamento o posteriormente.

Respecto del segundo interrogante, parecería que al ser la determinación de las partes comunes y privativas una cláusula del reglamento de copropiedad, la mayoría requerida a estos efectos sería la necesaria para la reforma de dicho reglamento, es decir, la del art. 9º (una mayoría no menor de dos tercios). A pesar de lo cual, tanto la doctrina como la jurisprudencia sostienen, de manera uniforme, que en tales casos sería indispensable la unanimidad, ya que su modificación interesaría al derecho de propiedad de cada uno de sus titulares, imposible de modificarse sin el consentimiento de cada cual<sup>17</sup> y, además, tal modificación del reglamento deberá efectuarse por escritura pública.

## VI. Análisis de los balcones, patios solares, azotea o sótanos y paliers

En la práctica, el uso exclusivo de los espacios comunes gira en torno a los balcones, patios solares, azoteas o sótanos, *paliers* y patios de fondo.

En lo que se refiere a gran parte de ellos, la doctrina y la jurisprudencia se encuentran divididas y las normas que regulan la cuestión no son lo suficientemente explícitas en cuanto a su contenido.

A pesar de que gran parte de la doctrina ha efectuado una interpretación analógica respecto de los sectores comunes de uso exclusivo, cabe preguntarse si es lícito realizarla.

(16) Cfr. Laquis-Siperman, *La propiedad horizontal en el Derecho argentino*, 1966, pp. 38 y ss.

(17) Cfr. Laquis-Siperman, *ob. cit.*, pp. 40 y 65.

Saber cuáles son estos sectores reviste una gran importancia ya que los efectos serán totalmente distintos si se trata del uso exclusivo o, por el contrario, si se posee la titularidad. Estos efectos opuestos se ven claramente en los casos de sobreelevación y respecto de la prescripción.

## VII. Balcones, patios internos y patios solares

“Al enumerar la ley 13512, en su art. 2º, las cosas comunes, no menciona a los balcones. Pero buena parte de la doctrina considera que los balcones son superficies o partes del edificio que resultan comunes por la función que cumplen; y ello es así porque constituyen o sostienen parte de la estructura del edificio...”<sup>18</sup>.

El término “balcones” abarca patios y techos del balcón inferior así como también las galerías abiertas construidas en el frente del edificio comercial.

Refuerza todo ello el art. 5º de la ley que, en su segunda frase, dice: “Está prohibido cambiar la forma externa del frente o decorar las paredes o recuadros con tonalidades distintas a la del conjunto”.

Para los balcones del edificio consorcial que no dan a la calle, sino al patio trasero del edificio, también se aplican las mismas normas, ello porque la pared de la parte de atrás del edificio también es un “frente” del edificio. En suma, los balcones también son parte común del edificio.

No cabe duda de que, por acesión, las barandas y protecciones de los balcones adheridas a ellos son propiedad del consorcio y no del propietario, a pesar de que las usa en forma exclusiva.

Seguidamente analizaremos cuándo y por qué una parte común puede ser de uso exclusivo. Hay que buscar los fundamentos en el sentido común: es difícil imaginar que los consorcistas (copropietarios de forma indivisa de un patio interno o de un balcón) puedan usarlo sin molestar al propietario de la unidad funcional que accede a esa parte común. Por lo tanto, es ilógico pensar que un propietario intente cruzar la vivienda propia de otro propietario o el patio interno que accede a la propiedad de este último. Esto puede verse claramente en un edificio construido en torre de varios pisos, donde la parte inferior ocupa mayor superficie que los pisos elevados y deja así un patio interno elevado, de gran tamaño, al cual solo pueden acceder los propietarios que están en ese piso.

Por las mismas razones cabe afirmar que el patio solar o de aire y luz, cuya característica es el aprovechamiento colectivo respecto de la luminosidad, la visión y la aireación del edificio, es también de uso exclusivo del propietario que a él accede.

Por último, el reglamento tipo establece: “sectores de propiedad común cuyo uso pertenece exclusivamente al propietario que se indica: [...] BALCONES: los existentes en las plantas del 1º al 6º piso inclusive sobre el frente del

(18) *Revista del Notariado* N° 839, “El reiterado menoscabo del derecho de propiedad horizontal. Cerramientos y balcones”, por Ceriani Cernadas, Juan Cruz, p. 826.

edificio, cuyo uso exclusivo pertenece exclusivamente a los propietarios de las unidades que tienen acceso directo a ellas”<sup>19</sup>.

### VIII. Paliers

Ante un vacío doctrinario, normativo y escasa jurisprudencia, nos inclinamos a pensar que los *paliers* recaen dentro de la clasificación de “uso exclusivo en zonas comunes”, por los mismos fundamentos dados para el caso de los patios. Esto evidencia la restricción a la cual hace referencia el siguiente fallo: “Si el reglamento de copropiedad establece que los ‘paliers’ de servicio son de uso común, un copropietario no puede colocar un candado en la puerta del ascensor que da al ‘palier’ de su piso, aunque sea propietario de los dos departamentos ubicados en ese piso”<sup>20</sup>.

### IX. Conclusión

Elas son algunas de las cuestiones que giran en torno a la utilización de elementos comunes con fines exclusivos en la propiedad horizontal y que hemos considerado por su relevancia práctica.

Frente a la falta de actualización legislativa, es justo reconocer que han sido los jueces quienes se han encargado de paliar los problemas y de mitigar así, en buena medida, la laguna legal.

(19) Mariani de Vidal, Marina, *Curso de Derechos Reales*, t. II, Editorial Zavallia, 1995, p. 239.

(20) Cfr. Cámara Nacional Civil, Sala F, fallo 18.934, ED 39.