

# Inexistencia del estado de propiedad horizontal

## El comienzo y fin de la existencia del consorcio, su organicismo y capacidad

Mario G. Szmuch

### RESUMEN

Las soluciones a las que se arriba a través de la negación del dogma del estado de propiedad horizontal lucen valiosas a la hora de resolver los conflictos que pudieran suscitarse entre los poseedores y ocupantes de unidades y frente a terceros. La naturaleza jurídica del reglamento de propiedad horizontal, el momento del nacimiento del consorcio, el organicismo interno y externo y la operatividad del consorcio unipersonal, la inoperatividad de la confusión como causal de extinción del sistema de propiedad horizontal, entre otros, son piezas que –a partir de dicha negación– se articulan armoniosamente para brindar soluciones que atienden debidamente el interés de los diversos actores involucrados.

La ciencia no es sino una perversión de sí misma a menos que tenga como objetivo final el mejoramiento de la humanidad.

Nikola TESLA (1856-1943)

**Sumario:** **1.** Afectación al sistema de propiedad horizontal. **2.** ¿La afectación es un acto de administración o dispositivo? **3.** ¿Es necesario el asentimiento del cónyuge o conviviente? **4.** Nacimiento del sistema de propiedad horizontal. **5.** Cuestionamientos a la teoría del estado de propiedad horizontal. **6.** Naturaleza del reglamento de propiedad horizontal. **7.** Ámbito de la teoría contractualista. **8.** Imposición judicial de la afectación. **8.1.** Partición en especie. **8.2.** Usucapión. **8.3.** Adecuación de conjuntos inmobiliarios. **9.** Obligatoriedad del reglamento de propiedad horizontal. **10.** Consecuencias del encuadre propter rem. **11.** Legitimación para otorgar el reglamento de propiedad horizontal. **12.** Forma del reglamento de propiedad horizontal. **13.** Forma y efecto del acto de modificación jurídico-real objetiva inmobiliaria. Similitudes y diferencias con el reglamento de propiedad horizontal. **14.** Promesa de reglamento de propiedad horizontal. **15.** Contenido del reglamento de propiedad horizontal. **16.** Inscripción declarativa del reglamento de propiedad horizontal. **17.** Efectos erga omnes del reglamento de propiedad horizontal.

**18.** Personalidad del consorcio. **19.** Comienzo de la existencia del consorcio. **20.** Funcionamiento del consorcio unipersonal. **21.** Capacidad. Objeto. **22.** Nombre. **23.** Domicilio. **24.** Patrimonio. **24.1.** ¿Puede el consorcio adquirir unidades funcionales del edificio? **24.2.** ¿Puede el consorcio adquirir otros inmuebles? **24.3.** ¿Puede el consorcio adquirir otros bienes registrables? **24.4.** ¿Puede el consorcio ceder créditos por expensas? **24.5.** Imposibilidad lógica de inscribir unidades funcionales del edificio a nombre del consorcio “en formación”. **25.** Estructura orgánica del consorcio de propiedad horizontal. **26.** Objeto de la afectación a propiedad horizontal. Variantes. **27.** Afectación de la superficie al régimen de propiedad horizontal con separación del terreno perteneciente al propietario. **28.** Extinción del consorcio. **28.1.** Disolución. **28.2.** Liquidación. **28.3.** Extinción. **28.4.** Desafectación. **28.5.** Disolución por vencimiento del plazo. **28.6.** Fusión de consorcios. **28.7.** ¿Extinción por consolidación?

## 1. Afectación al sistema de propiedad horizontal

Conforme resulta del artículo 2038 del CCCN<sup>1</sup>, el RPH se otorga a los fines de dividir jurídicamente el inmueble por el régimen de PH. El RPH es el acto jurídico por el cual se afecta a dicho régimen un inmueble divisible.<sup>2</sup> Se trata de un acto voluntario que emana del titular del DR, pero excepcionalmente puede ser impuesto por el juez para liquidar un condominio o una comunidad hereditaria.<sup>3</sup>

En general, la doctrina entiende que la afectación a PH –el otorgamiento del RPH– es una condición necesaria pero no suficiente para dividir jurídicamente el inmueble en unidades. Para que esto ocurra, sería necesario, además, según tal doctrina, que se transmita o adjudique una UF. Mientras ello no ocurra, se entiende que el titular del DR afectado a PH no se convierte en propietario de UF, sino que continúa siendo titular del mismo DR sobre el inmueble pero en estado de PH.<sup>4</sup> Este estado

1. A lo largo del presente artículo, se emplearán las siguientes abreviaturas, indistintamente para el singular y el plural: CCCN (Código Civil y Comercial); DR (derecho real); DTR (disposición técnico-registral); PH (propiedad horizontal); RPH (reglamento de propiedad horizontal); RPI (registro de la propiedad inmueble); UC (unidad complementaria); UF (unidad funcional).

2. En materia de inmuebles, la reglamentación del fraccionamiento parcelario corresponde a las autoridades locales (art. 228 CCCN).

3. Señala Néstor J. MUSTO que cuando la PH se origina en una partición, si no hay acuerdo unánime para la redacción del RPH, el juez puede ordenar la redacción por un perito y lo pondrá a observación de parte, bajo apercibimiento de aprobación en caso de silencio y si hay impugnaciones a algunas cláusulas las resolverá el juez, ordenando luego su elevación a escritura pública (*Derechos reales*, t. 1, Buenos Aires, Astrea, 2000, p. 726).

4. Para Fabián M. LOIZA, el estado de PH es una “situación de hecho transitoria” que comienza al inscribirse el RPH en el RPI y culmina al perfeccionarse la adquisición de la primera UF (“Constitución del sistema. Reglamento de copropiedad”, en Kiper, Claudio M. [dir.], *Propiedad horizontal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 188). El fallo que cita el autor (CNCiv., Sala F, 18/9/1997, “Díaz, María Elisa c/ Polich, Rodolfo s/ Redargución de falsedad” [*La Ley*, t. 1998-C, p. 259]) no sirve de apoyo, a nuestro juicio, a su tesis, pues en dicha causa el inmueble afectado a PH se remató en bloque no por una imposibilidad jurídica de disponer de las UF sino porque la afectación a PH resultó inoponible al acreedor, dado que este trabó embargo antes de que se otorgue e inscriba la afectación, de manera que pudo proceder como si ella no existiera. Papaño, Dillon, Kiper y Causse, si bien entienden que el estado de PH “no altera el dominio” sobre la totalidad del inmueble, el cual

implica una situación de tensión entre el DR afectado y los DR de PH, por una parte, y entre el inmueble objeto de aquel y las unidades sobre las que estos recaen, por otra.<sup>5</sup> Estando el DR en estado de PH, su titular queda en la disyuntiva de disponer de las UF o sacarlo de ese estado –a través del acto de desafectación–, para volver a poder enajenarlo o gravarlo.

La teoría del estado de PH implica, pues:

- 1) la subsistencia del DR afectado (dominio, etc.) y del objeto sobre el que este recae (inmueble general), cuya división jurídica estaría latente;
- 2) una severa restricción en las facultades del titular, que no puede disponer del inmueble si previamente no lo desafecta del régimen de PH;
- 3) que al adjudicarse o transferirse la primera UF, opera la efectiva división del inmueble por dicho régimen, lo que se traduce en una modificación jurídico-real objetiva, consistente en el cambio del DR afectado (dominio por PH) y la cosa sobre la que recae (inmueble general vs. unidades objeto de los DR de PH).

## 2. ¿La afectación es un acto de administración o dispositivo?

En general, se entiende que el RPH es un acto de administración. Sin embargo, la afectación, en cuanto restringe severamente las facultades de disposición jurídica del titular del DR, luce como acto de verdadera disposición. La afectación no es la mera redacción del RPH como parece surgir de la letra del artículo 2038 CCCN, sino el otorgamiento de un acto jurídico con trascendencia real, en cuanto –según la teoría del estado de PH– restringe las facultades del titular al colocarlo en la disyuntiva de disponer jurídicamente de las UF o desafectar el inmueble del régimen de PH para volver a poder disponer de él.

---

continúa sin modificación, ni provoca la división del edificio en las unidades que lo componen, con atribución de un derecho distinto sobre cada uno de los sectores privativos, expresan que el “efecto secundario” del estado de PH es que solo se podrá disponer de las unidades y todo acto de disposición del inmueble solo será posible si previamente se deja sin efecto la afectación al régimen (CAUSSE, Jorge R. y otros, *Derechos reales*, t. II, Buenos Aires, Depalma, 1990, p. 12). O sea que la predicada “no alteración del dominio” no implica la falta de efecto alguno (modificación del contenido del derecho) sino que el inmueble no sea sustituido aún por las UF. Notamos cierta inconsistencia en negar el nacimiento de los DR de PH, es decir la no división jurídica del edificio, con el solo otorgamiento del RPH y afirmar, a la vez, la eficacia jurídico-real (entre partes y terceros desinteresados e interesados de mala fe) del título y la tradición posesoria (título y modo suficientes) anteriores a la inscripción de la afectación a PH. Los actos causales anteriores a la inscripción del RPH no serían suficientes para el nacimiento del DR de PH; y la inscripción del RPH integraría el modo para que sea suficiente la tradición posesoria basada en un título suficiente.

5. Laureano A. MOREIRA (*Contratos sobre departamentos en construcción*, t. 2, Buenos Aires, Ábaco, 1988, p. 336) y MUSTO (ob. cit. [cfr. nota 3], pp. 721 § 356 *in fine*, y 723 § 358) opinan en forma aislada que al otorgarse “e inscribirse” el RPH se extingue el dominio y nacen los DR de PH, aunque una sola persona sea la propietaria de todas las UF. En abono de esta tesis, Moreira cita el fallo CNCiv., Sala A, 20/4/1959 (*La Ley*, t. 95, p. 64), con voto del Dr. Llabrás.

### **3. ¿Es necesario el asentimiento del cónyuge o conviviente?**

Si bien la afectación a PH es un acto de disposición, si el inmueble es ganancial, no es necesario el asentimiento del cónyuge no titular, pues no implica una enajenación o gravamen (art. 470, inc. a, CCCN). Además, al no poner en riesgo la vivienda de los cónyuges o convivientes, no debe considerárselo un acto de “disposición de los derechos sobre la vivienda familiar”, en los términos de los artículos 456 y 523, razón por la cual tampoco resulta exigible el asentimiento que estos prevén.

### **4. Nacimiento del sistema de propiedad horizontal**

La teoría del estado de PH entiende que el nacimiento del régimen se produce al enajenarse o adjudicarse la primera UF, momento en el que se extingue el dominio en estado de PH y también el inmueble sobre el que recae, para dar origen a los DR de PH sobre las UF.

### **5. Cuestionamientos a la teoría del estado de propiedad horizontal**

Dado que, una vez otorgado el RPH, el propietario no puede disponer de su derecho sin antes desafectarlo, nos preguntamos: ¿implica la afectación una desmembración del dominio? No, pues la facultad de disposición no se transmite a nadie y el propietario puede autorrecuperarla mediante el acto unilateral de desafectación. Entonces, ¿es la afectación una “restricción autoimpuesta” que coloca al titular en la disyuntiva de disponer de los DR de PH o desafectar?

Llegados a este punto, notamos que la teoría del estado de PH resulta inconsistente y que, además, como más adelante pondremos de relieve, conduce en los hechos a soluciones disvaliosas. Si el afectante no puede disponer del dominio mientras está en estado de PH pero sí de las UF, ¿por qué negar la existencia de estas y reconocer la de aquel –respecto del cual solo puede otorgar la desafectación–? ¿No es más coherente reconocer la existencia de los DR de PH y negar la del dominio o derecho afectado? ¿Cuál es la utilidad práctica de la teoría del estado de PH? No notamos, además, cuál es el sustento normativo actual de tal teoría.

A nuestro juicio, el sistema de PH se origina –si bien con un funcionamiento atenuado, caracterizado por el auto-organicismo consorcial– al otorgarse el RPH, aun antes de inscribírsele. Esta proposición nos impone revisar la naturaleza jurídica del RPH.

### **6. Naturaleza del reglamento de propiedad horizontal**

La doctrina del estado de PH entiende, en general, que el RPH es un contrato en el que las voluntades son en un tramo paralelas, pues tienden a formar una comunidad

en vez de intercambiar prestaciones. Por ello, lo considera un contrato plurilateral de organización, con la particularidad de servir de causa al nacimiento de una nueva persona, cuyos órganos estructura. El RPH otorgado por el único propietario es, según esta teoría, una oferta de contrato, aceptada por los adquirentes al otorgar el título a su DR de PH.

Sin embargo, aun los defensores de la teoría del estado de PH deberían admitir que el RPH es algo más que un contrato, pues, como acto unilateral, conduce *per se* el DR afectado a ese estado. Esto sucede antes de que se transmita o adjudique alguna UF, o sea, antes de que se perfeccione “el contrato de RPH” por la aceptación del adquirente. Antes que un contrato, el RPH es –aun según la teoría del estado de PH– un acto jurídico con transcendencia real, que restringe la facultad dispositiva del propietario, colocándolo en la disyuntiva de ejercer dicha facultad respecto de las UF o desafectar el inmueble del régimen para poder disponer jurídicamente de él, situación a la que antes de otorgar el RPH “unilateral” (el “no contrato” de RPH) no estaba sometido.

## 7. Ámbito de la teoría contractualista

Notado que el RPH es un acto jurídico real<sup>6</sup>, queda por delante analizar su contractualidad. En línea con la teoría contractualista, el artículo 2038 CCCN establece que el RPH se integra al título suficiente sobre la UF. Pero si, en un edificio afectado a PH, la UF se adquiere por usucapión, no hay, por definición, título suficiente<sup>7</sup> y, sin embargo, el usucapiente está obligado a cumplir el RPH (art. 2046, inc. a).

Al usucapirse el DR de PH, el adquirente se incorpora como miembro del consorcio, pues forma parte del conjunto de propietarios (art. 2044). En este caso, la obligación de respetar el RPH no es la consecuencia de otorgar un título (contrato) sino de adquirir la UF. En este punto, la contractualidad del RPH presenta un escollo difícil de superar, máxime si se tiene en cuenta que i) al ser el RPH un acto formal, también lo es la adhesión al mismo (doctrina art. 1017, inc. a CCCN), y ii) el poseedor usucapiente no otorga acto alguno, sino que simplemente posee (hecho jurídico) y, a causa de ello, adquiere el DR de PH.

Dado que el propietario debe cumplir con las disposiciones del RPH, cualquiera sea el modo por el que haya adquirido el DR de PH (art. 2046, inc. a, CCCN), para superar esta vacío de la teoría contractualista podría interpretarse que el RPH se integra a la normatividad del DR afectado a PH, o sea al estatuto legal del derecho en cuyo seno se gestan los DR de PH, y que por conducto de aquel se trasvasa a estos.

6. Sobre este tema, ver ALLENDE, Guillermo L., “El acto jurídico real (con acotaciones sobre el acto jurídico familiar y las nulidades)”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 110, p. 1062.

7. El testimonio de la sentencia de usucapión es un título meramente instrumental, simple prueba de la adquisición extradocumental del derecho real, judicialmente comprobada, pero no un título suficiente en el sentido del art. 1892 CCCN.

De esta manera, el RPH formaría parte del contenido del DR de PH y por ello, publicidad suficiente mediante, obligaría al propietario de la UF cualquiera sea el modo por el que haya adquirido el DR. Mas esta teoría, que llamamos “de la integración” o “incorporación”<sup>8</sup>, según la cual el contenido del RPH integra el del DR, parece no ajustarse al principio de estructura legal de los DR (art. 1884 CCCN).

Concluimos entonces que la obligación de respetar el RPH que pesa sobre quien adquirió el DR de PH por usucapión no tiene causa en un contrato ni en la circunstancia de integrar el RPH el contenido del DR. La naturaleza contractual del RPH luce insostenible, al menos respecto del usucapiente.

A esta altura, no nos queda otro camino que reconocer el origen legal de dicha obligación, al menos para quien adquirió vía usucapión<sup>9</sup>. Pero el tema no termina aquí, pues la obligación de cumplir el RPH no reconoce como única causa la adquisición de una UF por cualquier modo que sea, dado que también rige para todos los ocupantes de las UF (art. 2069 CCCN), sean o no miembros de la persona jurídica consorcio. O sea que, en definitiva, el RPH obliga no solo a los miembros del consorcio sino que, publicidad suficiente mediante, también a quienes no integran el consorcio pero son tenedores o poseedores de UF, sea que hayan accedido a su relación de poder en forma legítima o ilegítima. Tal, a nuestro juicio, la razón por la que se exige la inscripción registral del RPH: para publicidad a los efectos de su oponibilidad a los terceros interesados de buena fe. En efecto, siendo el RPH una norma que obliga a quienes no lo otorgaron o no lo consintieron formalmente, es preciso que puedan conocerla para que sea legítimo exigirles que la respeten.

El RPH se evidencia entonces como una norma jurídica de origen privado pero con alcances generales, es decir con eficacia *erga omnes*, pues obliga aun a quienes acceden unilateral o ilegítimamente a la relación de poder con la cosa.

En este punto adherimos sin duda a la postura minoritaria que considera que el RPH no es un contrato sino otra especie de norma jurídica, un estatuto o conjunto de normas que obligan incluso a quienes no prestaron su consentimiento.<sup>10</sup>

8. Según Nelson G. A. COSSARI, el RPH “forma parte del propio contenido del dominio, o mejor dicho, del derecho de propiedad horizontal de cada consorcista” ([comentario al art. 2038], en Alterini, J. H. [dir.], *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 9, Buenos Aires, La Ley, 2015). Nosotros juzgamos que de la circunstancia de que el RPH se integre al título no se deduce que este forme parte del propio contenido del dominio o del derecho de propiedad horizontal.

9. El DR de PH puede adquirirse no solo por título y modo suficientes sino también por cumplimiento de un legado, prescripción adquisitiva, etc. Expresa MOREIRA: “La división de un edificio por el sistema de la propiedad horizontal puede originarse de distintas maneras, por aplicación de los modos originarios o derivados de adquisición de dominio de los inmuebles en general. No existe pues una modalización específica de la propiedad horizontal” (ob. cit. [cfr. nota 5], p. 329).

10. Según Guillermo A. BORDA, el RPH no es un contrato, sino el conjunto de normas jurídicas que rigen la “vida interna” del consorcio (*Tratado de derecho civil. Derechos reales*, t. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1984, 3ª ed., p. 626). Sin embargo, el reglamento no se circunscribe a la “vida interna”, pues también se proyecta a terceros interesados, p. ej., acreedores del consorcio, a quienes resulta oponible la personalidad que resulta del ente nacido del RPH.

Refiriéndose a los estatutos de las personas jurídicas privadas, Llambías expresa que la explicación contractualista no es satisfactoria porque median diferencias sustanciales entre el contrato y el estatuto. Este excede el marco propio del contrato, observándose las siguientes diferencias esenciales: 1) en el contrato, las partes contratantes reglan sus propios derechos, en tanto que el estatuto regla derechos ajenos a la o las personas que lo sancionan; 2) el contrato solo puede modificarse por la voluntad de todos los contratantes, mientras que el estatuto puede modificarse por el modo indicado en él o en la ley; 3) el contrato resulta de una tensión de voluntades contrapuestas, cada una de las cuales busca obtener un beneficio exclusivo, mientras que en el estatuto resalta una voluntad colectiva que responde a una finalidad común y no individual; 4) el contrato tiene una vida más o menos efímera, destinada a desaparecer con la extinción de las obligaciones que creó, en tanto que los estatutos están llamados por su propia función a perdurar indefinidamente; 5) el estatuto tiene estructura normativa en cuanto su aplicabilidad es general y abstracta, mientras que el contrato carece de esa estructura, pues su contenido es concreto y se agota su virtualidad en la realización de los hechos previstos por los contratantes; lo típico de la norma es su vigencia indefinida con respecto a quienes indeterminadamente se encuentren en una situación determinada.<sup>11</sup>

En suma, el RPH constituye una ley en sentido material, originada en la voluntad del afectante y sancionada por la ley que habilita a aquel a dictarla; es una ley, un ordenamiento específico de segundo grado, de raíz privada.

Si bien cuando dos o más personas otorgan el RPH efectivamente están acordando en otorgarlo y en su contenido, no todo acuerdo es un contrato. Se trata, en ese caso, de un acto plurilateral mediante el cual cada uno de los que concurren a su formación declara una voluntad igual a la de cada uno de los demás, para obtener un efecto jurídico igual para todos. Y si es otorgado por una sola persona se trata de un acto individual, pues es obra de una sola persona y basta su voluntad para producir los efectos jurídicos propios. Estos serán, según una u otra teoría, el nacimiento del estado de PH o el de los DR de PH.

Señala Highton que de la doctrina jurisprudencial sentada por los tribunales civiles de la Capital Federal surge la aplicabilidad del sistema de PH a efectos de llevar a cabo una partición en especie, aun en caso de oposición de algún miembro de la comunidad.<sup>12</sup> Esta posibilidad de imponer el RPH choca con la noción misma de contrato y con el principio de libertad de contratación (art. 958). Del lado contrario, la no contractualidad del RPH conjuga perfectamente con la posibilidad que la ley da al juez de imponer la constitución del DR de PH derivada del artículo 2374

11. LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001, ed. 19, actualizada por Patricio Raffo Benegas, pp. 95-96, n° 1186.

12. HIGHTON, Elena I., *Propiedad horizontal y prehorizontalidad*, Buenos Aires, Hammurabi, 2007, 2ª ed. renovada y ampliada, p. 160.



CCCN<sup>13</sup>. Podría buscarse un atisbo de consentimiento del condómino, para justificar la imposición judicial del RPH, en el acto por el cual aceptó constituir el condominio, pero tal consentimiento es inimaginable en el caso de la comunidad hereditaria, lo que nos obliga a dar marcha atrás.

Siendo que todo propietario, cualquiera sea el modo por el que adquirió su DR de PH, está obligado a respetar el RPH (art. 2046, inc. a, CCCN) parece superflua la previsión del artículo 2038 de que el RPH se integra al título suficiente sobre la UF. Sin embargo no sería así si se interpreta, como lo hacemos, que el RPH obliga a quien otorgó el título suficiente pero no adquirió aún el DR de PH por faltarle el modo suficiente; en esta situación el *tradens* sigue siendo miembro del consorcio pero, frente a este, antes de verificar el modo están obligados tanto el *tradens* como el *accipiens*.

En definitiva, nuestro cuadro queda así completado:

- a) El RPH tiene carácter contractual para quien tenga un título suficiente otorgado a su favor, haya o no adquirido el DR de PH. El título no conlleva el traspaso del carácter de miembro, pues este se adquiere con el modo suficiente. Otorgado el título, el consorcio puede accionar contra el *accipiens* antes de que este haya adquirido el DR de PH (cumplimiento del modo); el artículo 2038 excepciona el efecto relativo del contrato que implica el título otorgado a favor del *accipiens*, en aras de preservar y mejorar el correcto funcionamiento del régimen de PH.
- b) Para el usucapiente, en cambio, el RPH no es un contrato. Sí lo es para quien otorgue con el usucapiente propietario un título suficiente para adquirir el DR de PH (el RPH se integra *ex lege* a su título).
- c) Para quien está poseyendo u ocupando sin ser titular de un DR tampoco es un contrato.

## 8. Imposición judicial de la afectación

Como *supra* adelantáramos, ciertas situaciones le permiten al juez imponer la afectación a PH. A falta de acuerdo, el RPH será redactado por el perito que se designe en el proceso. Descartada la universalidad de la teoría contractualista del RPH, queda despejado el campo para que opere la excepción que prevé el artículo 1896: el juez no puede constituir un DR o imponer su constitución, “excepto disposición legal en contrario”.

### 8.1. Partición en especie

La decisión de los comuneros (condóminos, etc.) de afectar requiere unanimidad (arts. 1990 y 2325 CCCN) pero si no acuerdan privadamente, por el principio de par-

13. Art. 2374 CCCN: “Principio de partición en especie. Si es posible dividir y adjudicar los bienes en especie, ninguno de los copartícipes puede exigir su venta...”.



tición en especie, el juez, a requerimiento de parte y en ciertas situaciones, puede imponer la afectación (arts. 1996 y 2374).<sup>14</sup>

Ha dicho la jurisprudencia que corresponde el rechazo de la división del condominio de un inmueble en PH cuando existe una notable diferencia de metrajes de cada una de las unidades y de los valores asignados por prueba pericial a los mismos, violándose el principio de igualdad en proporción a las partes indivisas de cada condómino.<sup>15</sup> Deberá evaluarse si corresponde o no morigerar esta doctrina a la luz de las normas referentes a la atribución preferencial (arts. 2377, 2381 y cs.). Además, la afectación a PH podría ser el paso previo no a la división en especie sino para subastar las UF sucesivamente y repartir el producido entre los condóminos para liquidar la comunidad con una mayor ventaja económica para los comuneros, especialmente si entre estos hay alguna persona que por ley merezca mayor protección (sujetos con incapacidad, capacidad restringida, discapacidad u otra especie de vulnerabilidad). Además, si el valor de las unidades no es proporcional a las cuotas, el equilibrio puede lograrse mediante la venta de una de las UF resultantes y la distribución del producido obtenido para ajustar la o las diferencias por la adjudicación en especie de las demás UF. El principio de división en especie impone esta solución, aunque la partición no fuera en especie pura sino con saldo, ajustable vía la distribución del dinero procedente de la venta en remate de una o más unidades. Consideramos que en este caso la afectación a PH y división en especie con saldo, tendiente a satisfacer en la medida de lo posible el principio de partición en especie, puede imponerse judicialmente, es decir no requiere el consentimiento de todos los condóminos.<sup>16</sup> Máxime si en el caso concreto entran a jugar las reglas de la atribución preferencial.

## 8.2. Usucapión

El 23 de diciembre de 1987, la Sala F de la Cámara Nacional en lo Civil, con el voto de la Dra. Conde, sentenció que es posible poseer y adquirir por prescripción “unidades” (partes materiales) de un edificio aún no dividido en PH si están determinadas en un plano de división y en base a ello ordenó realizar los trámites para concretar la afectación.<sup>17</sup>

14. Cfr. nota 3.

15. CNCiv., Sala C, 14/10/1999, “Palopoli, Alejandro José María y otro c/ Palopoli, Marcelo Cayetano y otros s/ División de condominio” (*La Ley*, t. 2000-C, p. 737; *Doctrina Judicial*, t. 2000-2, p. 1040).

16. Ver PAPAÑO, Ricardo J., en Kiper, Claudio M., *Código Civil comentado. Doctrina, jurisprudencia, bibliografía. Derechos reales*, t. 2, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 232.

17. CNCiv., Sala F, 23/12/1987, “Paiuzza, Domingo J. B. y otros c/ Montenegro Cabezas, Francisco A. R. y otros” (*Jurisprudencia Argentina*, t. 1989-I, p. 580; *La Ley*, t. 1989-B, p. 72). El fallo generó el comentario favorable de Lidia M. R. GARRIDO CORDOBERA (“Problemática de la prescripción adquisitiva y la publicidad posesoria. Un fallo ajustado a derecho”, en *La Ley*, Buenos Aires, *La Ley*, t. 1989-B, p. 71); y fue criticado por Claudio M. KIPER ([comentario al art. 2410], en Zannoni, E. A. [dir.] y Kemelmajer de Carlucci, A. [coord.], *Código*

### 8.3. Adecuación de conjuntos inmobiliarios

Otro supuesto de excepción en el que la afectación a PH es ordenada por la ley y, consecuentemente, el juez puede imponerla es el de los conjuntos inmobiliarios que se hubiesen establecido como derechos personales o donde coexistan derechos reales y derechos personales (art. 2075 CCCN).<sup>18</sup>

## 9. Obligatoriedad del reglamento de propiedad horizontal

Como ya vimos, no es difícil justificar el carácter vinculante del RPH para quien adquiere el DR de PH con causa remota en un título suficiente, pues aquel se integra a este (art. 2038).<sup>19</sup> La obligatoriedad del RPH para los demás propietarios resulta del inciso a) del artículo 2046, que expresamente los obliga a cumplir con las disposiciones de aquel. Respecto de los poseedores no propietarios, el RPH también es obligatorio, pues de lo contrario no cabe que el artículo 2050 los obligue al pago de los gastos y contribuciones de la PH. Y para los simples ocupantes la obligatoriedad resulta de los artículos 2047 y 2069.

En este punto, ya estamos en condiciones de afirmar que la obligación de respetar el RPH para quienes no tienen otorgado un título suficiente a su favor es *propter rem*, sean propietarios, poseedores u ocupantes.<sup>20</sup> En efecto, esta obligación tiene origen en la ley (tipicidad) y la prestación se origina por existir una conexión con la cosa (propiedad, posesión o tenencia) y en razón de la cosa (mantenimiento, conservación y reparación de las cosas y partes comunes).<sup>21</sup> Con agudeza se observó que

---

*civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, t. 10, Buenos Aires, Astrea, 2009, p. 334.), y severamente por Fernando F. PRÓSPERI y Domingo N. ROTONDARO (“La prescripción adquisitiva frente a la inexistencia de correlación entre la cosa y el derecho real pretendido”, en *Revista del Notariado*, N° 818, 1990, p. 1106). Por su parte, el Dr. Guardiola se expidió en abstracto a favor de la factibilidad jurídica (ver su voto en Cám. Civ. Com. de Junín, 27/9/2011, “Oviedo, María de los Ángeles c/ De Giulio, José y otro s/ Prescripción adquisitiva vicinal / Usucapión” [N. del E.: ver fallo [aquí](#)]). Por nuestra parte, consideramos que la sentencia fue arreglada a derecho y justa, pues declarar adquirido por prescripción el inmueble por una parte indivisa hubiese conducido a un juicio de división de condominio en el que hubiere jugado el principio de partición en especie y eventualmente el de atribución preferencial. Al evitar un segundo pleito, la magistrada con plausible acierto impartió justicia preventiva.

18. Ver nuestro trabajo “Adecuación operativa y programática de los conjuntos inmobiliarios preexistentes. Constitucionalidad, naturaleza y contenido de la obligación de adecuar; ¿quién, cómo y cuándo?”, en *Revista Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, La Ley, 2016 (julio), p. 44, cita online AR/DOC/1731/2016.

19. Al señalar la ley que el RPH se integra “al título”, de alguna manera expresa también que no integra el contenido del DR de PH (no dice que integre el contenido del DR). Trátase este de un argumento más para desechar la teoría de la “incorporación”.

20. Respecto del administrador, la obligación de respetar el RPH surge del contrato de locación de servicio de administración que celebra con el consorcio al aceptar su designación.

21. BUERES, Alberto J., “Obligaciones ‘propter rem’ y sus relaciones con otras figuras”, en *Lecciones y Ensayos*, Buenos Aires, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, N° 90, 2012, p. 99-127, N° 18.

en la *ob rem* la prestación se implica en función de un más ordenado y sistemático ejercicio del derecho de propiedad.<sup>22</sup> Indudablemente los fines de la PH se cumplen mejor otorgando a la obligación de respetar el RPH carácter *propter rem*.

## 10. Consecuencias del encuadre *propter rem*

Esta propuesta es fructífera en consecuencias, pues si las normas del RPH son *ob rem* –en razón de que su titularidad activa o pasiva viene dada por ser propietario, poseedor o tenedor de una UF–, cabe reconocerles a quienes no sean propietarios, por ejemplo usufructuarios, usuarios, meros poseedores o tenedores de UF, legitimación para exigir su cumplimiento en caso de que no la tengan por el artículo 2069 del CCCN o el artículo 623 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. El vocablo *propietario* que emplea el artículo 2069 sería abarcativo, pues, de todo DR que se ejerza por la posesión.<sup>23</sup>

Puede ocurrir que entre el RPH y las “escrituras de transmisión” de las UF transcurra un largo tiempo, por ejemplo por haberse anotado una medida de no innovar. Habiéndose dado las posesiones de las UF, nuestra interpretación permite aplicar las normas de convivencia que resultan del RPH entre los ocupantes del edificio y las que regulan el cobro de las expensas comunes, aunque no se haya transmitido ninguna UF. Aunque no se haya otorgado un título suficiente a los poseedores, quedan obligados por el RPH, no contractualmente sino *ex lege*.

Quienes entienden que el consorcio nace con la primera transferencia o adjudicación de una UF deben calificar la comunidad de poseedores que se origina antes de ello como “consorcio de hecho”. Pero si se admite que el consorcio existe desde el otorgamiento del RPH, no cabe esa calificación; bien que los meros poseedores u ocupantes de UF no son miembros del consorcio, pues solo lo son los propietarios de UF, pero igualmente están obligados, *ex lege*, a respetar el RPH.

## 11. Legitimación para otorgar el reglamento de propiedad horizontal

Están legitimados para afectar a PH el dueño, los condóminos y el propietario superficiario (arts. 2038 y 2120 CCCN). Tratándose de un inmueble ya afectado al régimen de PH, quienes están legitimados para incorporar a este la obra nueva (ampliación objetiva de la afectación) son todos los titulares de los DR de PH, en cuanto titulares del *ius aedificandi* que emana de su derecho. Esto es así incluso en el caso del llamado “derecho de sobreelevar”, pues su concesión implica transferir el ejercicio

22. *Ibidem*.

23. En este sentido, recuérdese que Vélez Sársfield aludía con la frase “derecho de propiedad” a todos los DR que se ejercían por la posesión (art. 2351 CCIV).

mas no la titularidad del *ius aedificandi*. Por tal razón es que el contrato de construcción que implica el derecho de sobreelevación, suele contener un poder irrevocable a favor del concesionario o constructor para que en representación de aquellos modifique el RPH para efectuar dicha incorporación y transfiera la nueva UF con causa en dicho contrato.

## 12. Forma del reglamento de propiedad horizontal

El RPH debe redactarse en escritura pública (art. 2038), o sea, la voluntad de quien otorga el acto jurídico de afectación a PH –que implica la redacción del RPH– debe exteriorizarse en escritura pública como requisito de validez. La exigencia se justifica en la certeza que implica esta especie documental, que luce razonable por estar en juego el interés de los terceros a quienes se opondrán los efectos de un RPH que no otorgaron. Además, como el RPH integrará el título y este último debe otorgarse en escritura pública, es comprensible que aquel tenga la misma forma.

El CCCN no da margen para suplir la escritura. Si bien en materia de herencia la partición puede hacerse en la forma y por el acto que por unanimidad los comuneros estimen conveniente (art. 2369), la especificidad del artículo 2038 no deja margen alguno. Es nulo el RPH que se otorgue bajo otra especie documental, por ejemplo instrumento privado homologado por el juez de la sucesión o de la división de condominio.

## 13. Forma y efecto del acto de modificación jurídico-real objetiva inmobiliaria. Similitudes y diferencias con el reglamento de propiedad horizontal

La necesidad de otorgar por instrumento público –que, en la generalidad de los casos, se traduce en una escritura pública– el acto jurídico de modificación jurídico-objetiva del DR inmobiliario es una norma incontestable en nuestro sistema. Si bien no surge de manera específica y expresa, su existencia se extrae fácilmente de diversas normas que confluyen a estatuirlo y está plenamente justificada.

Por un lado, nos encontramos con los artículos 1 y 4 a 7 de la [Ley Nacional de Catastro 26209](#). Según el artículo 1, el organismo catastral administrará los datos relativos a los objetos territoriales con, entre otras, la finalidad de registrar la ubicación, límites, dimensiones, superficie y linderos de los inmuebles “con referencia a los derechos de propiedad emergentes de los títulos invocados o de la posesión ejercida”. El artículo 4 prevé que la poligonal de límites que deslinda la cosa inmueble “debe surgir de uno o más títulos jurídicos” y el artículo 5 que los límites del inmueble –que constituyen un elemento esencial de la parcela– se establecen en relación a las causas

jurídicas que les dan origen. Estas causas jurídicas o títulos son los actos jurídicos que deben instrumentarse públicamente.

El plano de mensura (art. 6 Ley 26209) constituye la pieza cuya registración en el organismo catastral provoca la constitución del estado parcelario (art. 7 Ley 26209). El efecto de la registración catastral del plano no es otro que la constitución de ese estado, mas no la mutación jurídico-real objetiva. La poligonal de límites que deslinda el inmueble debe surgir de un título jurídico (art. 4), el cual debe instrumentarse públicamente conforme se desprende del inciso a del artículo 1017. Si bien este se refiere a los contratos, la configuración jurídica del objeto del DR inmobiliario es un acto accesorio preparatorio de todo contrato que se pretenda otorgar a su respecto. En efecto, para poder disponer del objeto inmobiliario es preciso, previamente, configurarlo jurídicamente, determinarlo, pues no se concibe el ejercicio de un poder sobre una cosa que no esté determinada.<sup>24</sup>

A su vez tal determinación permitirá matricular el inmueble en el RPI para que se puedan inscribir los documentos por los que se constituyan, transmitan, declaren, modifiquen o extingan derechos reales sobre aquel (art. 2, Ley 17801). Para que dichos documentos puedan ser inscriptos deberán estar constituidos por escritura notarial o resolución judicial o administrativa, según legalmente corresponda (art. 3).

El título a la adquisición del DR inmobiliario, que debe otorgarse bajo la especie de instrumento público que legalmente corresponda, contiene la determinación del tipo de DR y de los elementos de este (objeto y titular). Cualquier acto que implique un cambio en estos **debe instrumentarse públicamente**; esta es la regla que revela la constelación normativa constitutiva del subsistema jurídico-real inmobiliario. El evidente interés general involucrado en la materia justifica plenamente la imposición de esa forma.

Esta es una de las razones por las cuales la ley exige la sanción del RPH: para cambiar el tipo de DR y el objeto sobre el que recae, es decir para pasar del dominio sobre el edificio a la PH sobre las UF. Cambian pues el tipo y la cantidad de DR y los objetos de los nuevos DR. Se parte de una situación inicial de un DR de dominio sobre un inmueble y se culmina con dos o más DR de PH sobre dos o más UF. Anotamos la extinción del dominio y de la cosa sobre la que recae y el consecuente nacimiento por suplantación-subrogación de dos o más DR de PH sobre las UF.

Algo similar sucede cuando en base a un plano de mensura registrado catastralmente el dueño otorga una escritura de división del dominio. Parte de un DR de dominio que recae sobre un inmueble y culmina con dos o más DR de dominio, es decir de la misma especie, que recaen sobre cosas distintas, nacidas por subrogación con el inmueble de origen. Se extinguen el dominio y el inmueble de origen y nacen a sus expensas, por suplantación-subrogación, dos o más dominios y dos o más inmuebles. Materialmente, la situación no cambió pero en el plano jurídico-real opera-

24. GATTI, Edmundo, *Teoría de los derechos reales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1975, p. 61; ALLENDE, Guillermo L., *Panorama de derechos reales*, Buenos Aires, La Ley, 1967, p. 19.

ron la extinción y el correlativo nacimiento de DR y cosas. Esta división del dominio también debe inscribirse en el RPI para ser oponible a terceros.

Luego, uno y otro acto de división (la división del dominio en dos o más dominios y el RPH) si bien tienen un contenido diverso –pues en la PH la mayor proximidad de las UF, la existencia de cosas y partes comunes a dos o más UF y la necesidad de contribuir a su conservación y la personificación del conjunto de propietarios de UF imponen una especial regulación–, desde el punto de vista jurídico-real de su plantación–subrogación de DR y cosas no presentan diferencias. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede con la PH, para el dominio que se divide en dos o más dominios no se predica la existencia de ningún “estado”. Los nuevos dominios existen aunque la escritura no se inscriba o no se enajene ninguno de ellos. ¿Cuál es la razón para apartar de este esquema al dominio cuando se pretende dividirlo por el régimen de PH?

#### 14. Promesa de reglamento de propiedad horizontal

La promesa de RPH es una pieza que suele aparecer en la gestación de la PH. El desarrollador inmobiliario con sano criterio, al entregar los departamentos a los promitentes adquirentes –acto anterior a la registración catastral del plano de mensura horizontal que posibilita otorgar el RPH– suele incorporar al acta de entrega un proyecto de RPH que los promitentes adquirentes expresamente se obligan a cumplir. Si bien estos no son quienes suscribirán la escritura de RPH, el afectante queda obligado a otorgar el RPH en base a ese proyecto. (Este esquema estaba previsto en la derogada [Ley 19724](#)<sup>25</sup>).

Un supuesto de ineficacia que da lugar a una suerte de promesa de RPH se presenta cuando el instrumento del acto de afectación adolece de algún vicio que apareja su nulidad, por ejemplo la incompetencia del oficial público autorizante o la falta de su firma, caso en el cual si hubiera “enajenado una o más UF” queda obligado frente a los “adquirentes de UF” a cumplir con la formalidad (art. 285 CCCN). Verificado esto, las UF nacen a la vida jurídica (arts. 280 y 1885 CCCN).

#### 15. Contenido del reglamento de propiedad horizontal

El contenido del RPH está en gran medida impuesto por la ley (art. 2056 CCCN) en miras al correcto funcionamiento del sistema que el afectante pretende instituir y

25. Art. 3 [Ley 19724 de Prehorizontalidad](#): “Al otorgarse la escritura de afectación, el propietario del inmueble debe entregar al escribano la siguiente documentación que se agregará a aquella: [...] e) Proyecto de reglamento de copropiedad y administración”. Art. 28: “Mientras no se constituya definitivamente el consorcio, se aplicarán en cuanto sean compatibles, las disposiciones del proyecto de reglamento de copropiedad y administración previsto en el artículo 3º, inciso e)”.

para la protección de los terceros. Dado que algunos efectos del RPH son *erga omnes*, juega fuertemente el orden público en protección del interés general (art. 1884)<sup>26</sup>; de allí que la imposición de cierto contenido esté plenamente justificada.

## 16. Inscripción declarativa del reglamento de propiedad horizontal

La escritura de afectación a PH debe inscribirse en el RPI con fines de publicidad para su oponibilidad a terceros interesados de buena fe. Mientras no se inscriba, el registro no abrirá las submatrículas de las UF. Pero de esto no se sigue que esa inscripción sea constitutiva del estado de PH (cuya existencia descartamos). Se trata de una cuestión de tracto registral: no inscripto el RPH no se inscribe de manera definitiva ningún acto que tenga por objeto una UF. Mientras tanto, el título que tenga por objeto una UF, que es válido, se inscribe provisionalmente en la matrícula del inmueble general. Es decir que, aunque el RPH no esté inscripto, se puede disponer válidamente de las UF pero los títulos no se inscribirán definitivamente en las respectivas submatrículas<sup>27</sup>. La modificación del RPH también debe inscribirse, con fines de publicidad para su oponibilidad a terceros (art. 157 CCCN). Por otra parte, si el surgimiento del estado de PH dependiera de la inscripción del RPH, mientras esto no suceda no podría disponerse válidamente de las UF. Es más, la inscripción del RPH se erigiría, al lado de la tradición posesoria, en modo suficiente para transmitir la primera UF (art. 1892 CCCN)<sup>28</sup>.

## 17. Efectos *erga omnes* del reglamento de propiedad horizontal

Advertimos un triple orden de efectos *erga omnes* que produce la afectación a PH. Por un lado, la negación de la existencia del estado de PH implica que el acto de afec-

26. KIPER, Claudio M., *Tratado de derechos reales*, t. I, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2016, pp. 647 y ss.; HIGHTON, Elena I., ob. cit. (cfr. nota 12), p. 171, § 23.

27. Art. 111 del [reglamento](#) de la Ley del RPI para la Capital Federal (Decreto 2080/1980 - t. o. 1999): "Cuando se realizare escritura de constitución de reglamento de copropiedad y administración simultáneamente con la de transmisión o gravamen de unidades de dominio exclusivo, la solicitud de certificación deberá consignar tal circunstancia, con indicación de las unidades objeto de la venta o gravamen. Los documentos conteniendo los actos arriba expresados deberán ser presentados simultáneamente, salvo el caso de inscripción anterior del reglamento". Lo establecido en este artículo endereza la postura asumida por el RPI porteño en la [DTR 3/1972](#), cuyo artículo 1 dispone: "A partir del día 1º de julio de 1972, toda vez que sea rogada la toma de razón de documento relativo a una unidad funcional, cuando aún no existiere registración definitiva del Reglamento de Copropiedad y Administración pertinente, será rechazada sin más trámite, a mérito de lo expuesto en la presente".

28. Art. 1892 CCCN: "Título y modos suficientes. La adquisición derivada por actos entre vivos de un derecho real requiere la concurrencia de título y modo suficientes. [...] La tradición posesoria es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales que se ejercen por la posesión. [...] La inscripción registral es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales sobre cosas registrables en los casos legalmente previstos...".



tación produce *per se* la extinción del DR afectado. Si su titular no puede disponer del inmueble es porque tanto el DR afectado como su objeto dejaron de existir. Correlativamente, si puede disponer de las UF es porque efectivamente existen y sobre ellas recaen los DR de PH. Es decir que, con el otorgamiento del RPH, tanto el DR afectado como su objeto se extinguen y en su lugar, simultáneamente, nacen los DR de PH y las UF. Tales son los **efectos reales-objetivos**: la suplantación–subrogación del DR afectado y su objeto por los DR de PH y las unidades.

Por otro lado, la obligación de respetar el RPH a cargo de los propietarios, poseedores y ocupantes de UF tiene un componente real, cifrado en que los sujetos de la obligación están determinados por la sola circunstancia de detentar una relación real con la UF: propiedad, posesión o tenencia. Este es un efecto *erga omnes* de índole **real-obligacional**.

También incluimos entre los efectos *erga omnes* del RPH el nacimiento y la oponibilidad de la persona jurídica consorcio, que llamamos efecto **real-institucional**. El consorcio está indisolublemente unido al acto de afectación –que implica la constitución de aquel y que contiene su estatuto–, al inmueble objeto del derecho afectado y a los DR de PH que nacen en reemplazo de este.<sup>29</sup>

Precisamente para oponer estos efectos a los terceros interesados de buena fe es que la ley exige la inscripción del RPH. No para producir el efecto sino para darle mayor alcance o eficacia subjetiva.

## 18. Personalidad del consorcio

El reconocimiento de la personalidad del consorcio surge expresa y específicamente de la ley (art. 148, inc. h CCCN). El RPH contiene el estatuto de esta persona jurídica, por medio del cual se estructuran sus órganos de gobierno, administración, representación y fiscalización interna (art. 158).

No debe confundirse el estatuto del consorcio con su acto constitutivo (RPH); hay entre ellos la misma relación que media entre la parte y el todo. El acto constitutivo es más amplio pues contiene otras previsiones ajenas al estatuto como la individualización e identificación del propietario afectante, la designación del primer administrador u otras resoluciones igualmente circunstanciales. El estatuto integra el acto constitutivo en cuanto reciben ese nombre todas las disposiciones que se adoptan genéricamente para regir la vida futura de la institución y que por ello no agotan su virtualidad en la consecución de un objetivo concreto determinado. En suma, el estatuto integra el acto constitutivo y condensa todo cuanto tiene de durable y de estructura normativa.<sup>30</sup>

29. De aquí que la ley prescriba que el consorcio tenga (deba tener) allí su domicilio. No estamos de acuerdo con la posibilidad de constituir el domicilio en otro lado (ver nota 43).

30. LLAMBÍAS, Jorge J., ob. cit. (cfr. nota 11), p. 95, n° 1185 bis.

El consorcio es la única persona jurídica privada de carácter necesario, pues su existencia es consubstancial al régimen de PH. Es inadmisibles la configuración del sistema de PH si falta alguno de los términos del binomio “dos o más DR de PH”<sup>31</sup> y “consorcio”. La pluralidad de propietarios no es un requisito esencial del sistema pero sí de operatividad de algunas de sus normas de funcionamiento interno. Más aún, del juego armónico de los artículos 1907 y 2055 resulta la subsistencia del binomio pese a la destrucción total del edificio (las UF), a menos que la asamblea por mayoría que represente más de la mitad del valor resuelva la demolición y venta del terreno y los materiales.<sup>32</sup>

## 19. Comienzo de la existencia del consorcio

El momento del nacimiento del consorcio es un tema discutido. La cuestión excede lo meramente doctrinario pues si se entiende que el ente nace al otorgarse el RPH, puede de ahí en adelante adquirir bienes, contratar dependientes, etc.

Según la teoría del estado de PH, el consorcio no nace con el RPH sino al enajenarse o adjudicarse la primera UF. La literalidad del artículo 2044 le sirve de apoyo al prever que “el conjunto de los propietarios de las unidades funcionales constituye la persona jurídica consorcio”. El artículo refiere no a uno sino a varios propietarios y no menciona el inmueble sino las UF.<sup>33</sup>

Según Moreira, al otorgarse “e inscribirse” el RPH, se extingue el dominio y comienza su aplicación el régimen de PH.<sup>34</sup> Por ello considera que el RPH es un acto de disposición y no de mera administración, al operar una metamorfosis sobre la esencia misma de los derechos que detenta el propietario. A partir de ese momento, el edificio queda dividido en unidades y el titular de dominio se convierte en propietario de UF. Algunas de estas, expresa Moreira, pueden estar alquiladas o gravadas con usufructo a favor de distintas personas, en cuyo caso tendrán vigencia algunas normas

31. Nos referimos a “los” DR de PH pero no a los “propietarios”, pues admitimos la existencia y vigencia del sistema de PH aunque una sola persona sea titular de todas las UF. La afectación a PH parte de “un” inmueble y lógicamente no se concibe la división jurídica de este si de tal operación no resultan por lo menos dos UF.

32. Esto evidencia que, como se expresa en los fundamentos del anteproyecto, la personalidad jurídica es conferida por el legislador como un recurso técnico según variables circunstancias de conveniencia o necesidad que inspiran la política legislativa.

33. Según Mario ZELAYA, el nacimiento del consorcio como persona jurídica se reconoce en dos fases: primero, cuando se otorga e inscribe el RPH (que coloca al edificio en estado de PH), y luego, cuando la comunidad está integrada por al menos dos consorcistas –cada uno de ellos titular de su propio DR de PH–, o sea, cuando es posible que funcione el sistema horizontal, tornándose aplicable el régimen de mayorías y minorías, de sectores privativos y de bienes comunes, y de derechos y obligaciones en general (“La propiedad horizontal”, en Kiper, Claudio M. [dir], *Derechos reales. Novedades en el Código Civil y Comercial de la Nación [Ley 26994]*, Santa Fe, Rubinzal-Cuzoni, 2015, pp. 9-94).

34. MOREIRA (ob. cit. [cfr. nota 5]) cita en apoyo de su tesis el fallo CNCiv., Sala A, 20/4/1959 (*La Ley*, t. 95, p. 64), con voto del Dr. Llambías.

del RPH, por ejemplo, las que regulan la convivencia y el pago de las expensas comunes. Otras unidades pueden ser hipotecadas a diferentes acreedores; otras estar ocupadas por intrusos. También puede haber UF embargadas por distintos jueces. Con este panorama, parece difícil negar la virtualidad jurídica de la división del edificio y el nacimiento de los DR de PH, aunque se trate de un solo dueño, y “en los hechos el consorcio de propietarios está latente por carecer de pluralidad de sujetos”.<sup>35</sup>

En línea con nuestra tesis negatoria del estado de PH, entendemos que tanto el consorcio como los DR de PH nacen con el otorgamiento del RPH válido<sup>36</sup>, antes de su inscripción registral. Esta se impone al solo efecto de la oponibilidad a terceros interesados de buena fe. Mientras el RPH no se inscriba, no se abrirán las submatrículas y los títulos de las UF no lograrán emplazamiento registral definitivo, pero los DR de PH preexisten a esa inscripción y pueden oponerse a todos salvo a los terceros interesados de buena fe. De todas formas, mientras esté vigente la inscripción provisional de dichos títulos en la matrícula del inmueble general, no podrá invocarse contra ellos la inoponibilidad de lo no inscripto. Está claro que, para que nazcan los DR de PH, es preciso que el RPH sea válido<sup>37</sup>. Afectación al régimen de PH, DR de PH y consorcio se erigen en un trinomio fundamental inescindible que da coherencia al sistema.

El artículo 154 CCCN sustenta acabadamente nuestra tesis de que el consorcio nace sin necesidad de inscribir el RPH, por cuanto: a) al permitir a la persona jurídica en formación inscribir preventivamente a su nombre los bienes registrables supone la personalidad; b) la permisión está dirigida a la persona jurídica y ello implica que esta existe; y c) la frase “en formación” implica la falta de inscripción. En conclusión, el consorcio preexiste a dicha inscripción.

Si bien es cierto que mientras una sola persona sea titular de todas las UF no habrá “en los hechos” cosas y partes “comunes”, no lo es menos que esta es una observación que no permite atender los problemas de la convivencia en el período que transcurre desde el otorgamiento del RPH hasta la escrituración de las UF y que pone a cargo de los terceros una diligencia exagerada para poder conocer la existencia del consorcio, cual es averiguar si se enajenó o adjudicó alguna UF.<sup>38</sup> Sin embargo, la ley

35. Ídem, t. 2 p. 336.

36. Según las conclusiones del Tema 15 (“Propiedad horizontal”) de la 39ª Jornada Notarial Bonaerense (Mar del Plata, 2015): “El nuevo Código no se expide sobre el inicio de la persona jurídica consorcio, sin embargo cabe interpretar que se inicia con el otorgamiento del reglamento aun cuando el inmueble tenga un solo propietario, por aplicación de lo que dispone el artículo 142 del CCyCN relativo al comienzo de la existencia de la persona jurídica en general”.

37. En este sentido, ZELAYA señala: “... para la adquisición del ‘derecho real de propiedad horizontal’, es condición imprescindible que el edificio se halle en ‘estado de propiedad horizontal’, en virtud del previo otorgamiento del reglamento, el cual podrá estar inscripto o en condiciones de serlo...” (“Superficie”, en Kiper, Claudio M. [dir.] y Daguerre, L. O. [coord.], *Aplicación notarial del Código Civil y Comercial de la Nación*, t. III, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 171).

38. El tercero que pretenda contratar con el consorcio debería requerir además del RPH alguna escritura de transmisión o adjudicación de una UF, pues de lo contrario se expone a contratar con una persona inexistente

permite a los terceros –como recaudo suficiente– exigir que el representante suscriba y les entregue copia firmada por él del instrumento del que resulta su representación (art. 374), pero no de la escritura de enajenación o adjudicación de la primera UF. Ello quiere decir que es irrelevante para el tercero la enajenación o adjudicación de la primera UF. El administrador opone a los terceros su carácter de representante orgánico del consorcio con el RPH inscripto (doctrina art. 381). Es impertinente, pues, exigirle al tercero que verifique si se enajenó o adjudicó alguna UF para determinar la existencia del consorcio con el cual pretende contratar. A su respecto, el consorcio existe a partir del otorgamiento del RPH (sin perjuicio de que el tercero interesado de buena fe puede invocar la inoponibilidad de lo no inscripto; es decir, no se le podrá oponer la existencia del consorcio si el RPH no está inscripto, a menos que sea de mala fe).

Adviértase que el CCCN, a diferencia de la [Ley 13512](#)<sup>39</sup>, no prevé un condominio sobre las llamadas “partes comunes” ni que cada titular sea copropietario de estas. Surge del CCCN que las cosas y partes son comunes “a las unidades funcionales” (art. 2040) o propias “con respecto a la unidad funcional”, las partes son privativas o comunes “de un edificio” (art. 2037).

Esta clasificación, desubjetivada, es puramente normativa pues las partes no son comunes o propias con relación a las personas sino en orden a la configuración del objeto del DR, que en la PH es **siempre un inmueble propio** (art. 2037) y no las diversas partes que se integran para conformarlo. El objeto de la PH es el todo que resulta de la integración de esas partes. Si bien se habla de cosas o partes del edificio privativas y comunes como si se tratara de propiedades separadas, la realidad es otra; unas y otras forman una unidad, están indisolublemente unidas, y no hay más que un solo bien (art. 2037)<sup>40</sup>. Por lo tanto, no faltan las “partes comunes” por el hecho de que una persona sea la dueña de todas las UF. Las partes “comunes” son tales por estar así referidas en la ley o el RPH, no por pertenecer en copropiedad a dos o más personas. Prueba suficiente de que basta la existencia “normativa” de las cosas y partes propias o comunes para que el régimen de PH esté operativo es que en caso de que la asamblea apruebe la reconstrucción si ocurrió la destrucción total del edificio, los DR de PH no se extinguen (arts. 1907 y 2055), existen aunque “materialmente” no haya partes propias por haber sido destruidas. Además la ausencia de la pretendida copropiedad sobre las partes comunes en el CCCN también se daría en el caso en que las partes sean comunes a “algunas unidades” y estas pertenezcan a un mismo

---

y el administrador a responder personalmente por invocar una representación inexistente. Además debería verificar que se cumplió el modo suficiente.

39. Art. 2 [Ley 13512 de Propiedad Horizontal](#): “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...”. Art. 10 LPH: “Los asuntos de interés común que no se encuentren comprendidos dentro de las atribuciones conferidas al representante de los **condominios**, serán resueltos, previa deliberación de los propietarios, por mayoría de votos...”.

40. HIGHTON, Elena I., ob. cit. (cfr. nota 12), p. 139 § 15.

titular: con el criterio subjetivo no serían “comunes” por pertenecer a un único titular. En definitiva, las partes son “normativamente” propias o comunes (a todas o a algunas unidades) por recibir esa calificación de la ley o del RPH y no por la pluralidad subjetiva pretendida por la teoría del estado de PH.

## 20. Funcionamiento del consorcio unipersonal

Mientras todas las UF pertenezcan a una sola persona, el funcionamiento interno del consorcio se ve atenuado por el auto-organicismo que dicha situación provoca. La falta de pluralidad subjetiva causa la inercia de algunas normas que regulan el funcionamiento intraconsorcial de los órganos, lo que conduce a una gran concentración de competencias en la asamblea. Así, por ejemplo, la asamblea unipersonal puede autoconvocarse, incorporar al orden del día redactado por el administrador los puntos que desee, resolver en todos los casos por unanimidad y decidir sobre todas las cuestiones (arts. 2058 y 2059). Sin embargo, resultan plenamente aplicables algunas reglas que conectan internamente a los órganos, por ejemplo la que establece la necesidad del administrador de recabar el acuerdo de la asamblea para nombrar y despedir al personal del consorcio (art. 2067, inc. f). Si bien es imposible integrar el consejo de propietarios por faltar el sustrato subjetivo necesario para ello, las funciones que la ley o el RPH le atribuyen no quedan vacantes sino que serán desempeñadas por la asamblea unipersonal. En consecuencia, el administrador debe pedir autorización al propietario de todas las UF para disponer del fondo de reserva ante gastos imprevistos y mayores que los ordinarios (art. 2064, inc. c). La falta de pluralidad de miembros del consorcio no obsta la existencia de dicho fondo, pues este puede haberse recaudado de los poseedores compradores por boleto (art. 2050).

Pero en la esfera externa, el auto-organicismo no opera pues la representación legal del consorcio corresponde únicamente al administrador (arts. 358, 2º párr., y 2065), si bien la asamblea unipersonal puede removerlo en cualquier momento. Pero mientras el consorcio no ponga, a través del nuevo administrador, la revocación en conocimiento de los terceros por medios idóneos, no es oponible a estos, es decir que el anterior administrador obliga al consorcio frente a los terceros, a menos que se pruebe la mala fe de estos en el momento de celebrar el acto jurídico con el anterior administrador (art. 381).

Dentro de este esquema si bien la asamblea es soberana y puede “internamente” desplazar a los demás órganos para resolver las cuestiones atribuidas a estos, en las “relaciones exteriores” no puede ejercer la competencia adjudicada al administrador, pues en ese ámbito el interés preponderante merecedor de protección es el de los terceros.

No notamos que la interpretación de que el consorcio nace al otorgarse el RPH apareje consecuencias desfavorables, sino al contrario:

- 1) Se ajusta a lo que sucede en la realidad<sup>41</sup>, en la que el administrador desde ese momento obra en nombre del consorcio para tramitar la rúbrica de los libros, cumple las obligaciones derivadas de la legislación laboral, previsional y tributaria (p. ej., obtención de CUIT, registración de empleados), abre la cuenta bancaria para recaudar las expensas y abonar los gastos operativos, etc.
- 2) Brinda mayor seguridad a los terceros, quienes contratan con el administrador sin necesidad de indagar si se enajenó o adjudicó la primera UF.
- 3) Abre más vías para facilitar la composición de los conflictos que se susciten, pues legitima al administrador para accionar vía el artículo 2069 contra el ocupante que infringe las prohibiciones establecidas en la ley o en el RPH. Como ejemplo, imagínese el supuesto de un edificio recién construido, cuyo propietario dio la posesión de los departamentos a los promitentes compradores y lo afectó al régimen de PH pero antes de escriturar las UF se anota una prohibición de innovar.
- 4) Contribuye a la conservación del inmueble pues legitima al administrador para perseguir el cobro ejecutivo de las expensas a los poseedores (art. 2098).
- 5) Posibilita constituir superficie “sobre construcciones ya existentes aun **dentro del régimen de propiedad horizontal**” con anterioridad a la enajenación o adjudicación de la primera UF.<sup>42</sup>

Las soluciones que derivan de la teoría negatoria del estado de PH se exhiben valiosas; nos preguntamos entonces ¿cuáles son las ventajas que derivan de la teoría afirmativa? y ¿cuál es el sustento normativo de esta?<sup>43</sup>

## 21. Capacidad. Objeto

El objeto del ente consorcial no puede ser otro que el mantenimiento, conservación y reparación de las cosas y partes comunes. La ley impone dicho objeto y por el orden público que campea en la materia no puede modificarse por voluntad de los miembros. En caso de grave deterioro o destrucción del edificio, el objeto pue-

41. Según MOREIRA, los DR de PH nacen al inscribirse el RPH y esta solución contempla más adecuadamente la realidad (ob. cit. [cfr. nota 5], p. 345) pese a que “en los hechos el consorcio de propietarios está latente por carecer de pluralidad de sujetos” (p. 336).

42. ZELAYA, pese a ser partidario de la teoría del estado de PH, afirma la posibilidad de constituir superficie por parte del titular único del inmueble sometido al régimen de horizontalidad cuando ya hay división jurídica del edificio pero aún no hay titulares del DR de propiedad horizontal que puedan ejercer la facultad de constituir la superficie en los términos del art. 2118 (ob. cit. [cfr. nota 37], p. 171).

43. Según MUSTO (ob. cit. [cfr. nota 3], p. 723 § 358), “no es indispensable que se enajene –por lo menos– una unidad para que nazca la propiedad horizontal y, aunque el dominio de todas las unidades pueda parecer una situación anómala o de transición, sostenemos que exigir la existencia de al menos una enajenación, importa una **petición de principio**, ya que esa enajenación no se podría realizar si la cosa no está sometida al sistema”. [El destacado nos pertenece].

de ir un poco más allá y consistir, por decisión de la asamblea, en su reconstrucción (art. 2055). Dado que el objeto del consorcio no puede ser otro que el impuesto por la ley, su mención en el RPH tiene un propósito solo docente.

El accionar del consorcio debe estar enderezado al cumplimiento de esos fines. Este aspecto no debe perderse de vista cuando se pretende aplicar el principio de especialidad a la capacidad del consorcio de PH.<sup>44</sup> De allí que admitamos que el consorcio, con miras a satisfacer su objeto, pueda adquirir UF del mismo inmueble.

El acto otorgado por el administrador en nombre del consorcio no debe evaluarse en sí sino a la luz del fin perseguido.<sup>45</sup> Por tal razón, es aconsejable que conste claramente expresado en el acto otorgado y en el acta que contenga la decisión orgánica de otorgarlo.

El ámbito de actuación del representante y la extensión de su competencia frente a los terceros comprende: a) el acto incluido en el objeto consorcial; b) el acto accesorio de otro comprendido en el objeto; c) el acto que tenga por finalidad preparar la ejecución de un acto del objeto; y d) el acto que tienda a facilitar la realización de otro incluido en el objeto o el cumplimiento del objeto en sí.

## 22. Nombre

Toda persona jurídica debe tener un nombre que la identifique como tal, con el aditamento indicativo de la forma jurídica adoptada (art. 151). El nombre debe satisfacer los recaudos de veracidad, novedad y aptitud distintiva. De allí que el nombre del consorcio suela incluir la ubicación del inmueble. También puede usarse un nombre de fantasía, que responda a la marca empleada para comercializar el producto inmobiliario. Notarios y registradores deben controlar la legalidad de la denominación al otorgarse e inscribirse el RPH.<sup>46</sup>

Si bien en el título del CCCN correspondiente a la PH se alude al ente con la palabra “consorcio” o la frase “consorcio de propietarios”, el artículo 148, al enumerar las personas jurídicas privadas, lo refiere como “consorcio de propiedad horizontal”, frase que satisface adecuadamente el recaudo de veracidad. Descartamos el uso de la palabra “consorcio” a secas, para distinguir mejor esta persona del contrato de consorcio de cooperación (art. 1470 y sigs.) que si bien carece de personalidad

44. KIPER, Claudio M., ob. cit. (cfr. nota 26), p. 580.

45. Art. 144 CCCN: “Inoponibilidad de la personalidad jurídica. La actuación que esté destinada a la consecución de fines ajenos a la persona jurídica, constituya un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de cualquier persona, se imputa a quienes a título de socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos, la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados. Lo dispuesto se aplica sin afectar los derechos de los terceros de buena fe y sin perjuicio de las responsabilidades personales de que puedan ser pasibles los participantes en los hechos por los perjuicios causados”.

46. Ver en este sentido el art. 2 *in fine* de la DTR 2/2016 del RPI de la Capital Federal.



(art. 1442) tiene denominación, la que se forma con un nombre de fantasía integrado con la leyenda “consorcio de cooperación” (art. 1474, inc. d). También descartamos la frase “consorcio de propietarios” por resultar incompleta al no especificar que se trata de una PH ni cuál es el objeto de la propiedad (las UF); además si se afecta a PH la propiedad superficiaria con separación del suelo (art. 2120, 2º párr.), podría erróneamente interpretarse que la palabra “propietarios” alude no solo a los de las UF sino también al *dominus soli*, quien en tal carácter no integra el consorcio.

Por otra parte, para cumplir los recaudos de veracidad y aptitud distintiva, si lo afectado a PH es la propiedad superficiaria con separación del suelo, opinamos que, en la denominación del consorcio, a la frase “consorcio de propiedad horizontal” debe agregarse la calificación superficiaria, o sea “consorcio de propiedad horizontal superficiaria”.

### 23. Domicilio

El artículo 2044 prevé que el consorcio tiene su domicilio –la sede, según el artículo 152– en el inmueble. Entendemos que es imperativo que el domicilio se establezca allí, pues el artículo 2056, que especifica cuál debe ser el contenido del RPH, no menciona el domicilio como un dato que pueda elegir el afectante. La imposibilidad jurídica de cambiarlo obedece a evidentes razones de seguridad jurídica.<sup>47</sup>

### 24. Patrimonio

La composición del patrimonio del consorcio debe estar mencionada en el RPH (art. 2056, inc. e).

Las cosas y partes comunes no integran el patrimonio del consorcio sino que pertenecen a los propietarios de las UF; de aquí que las rentas que de ellas provengan no corresponden al consorcio, salvo que el RPH o los propietarios dispongan lo contrario.<sup>48</sup>

#### 24.1. ¿Puede el consorcio adquirir unidades funcionales del edificio?

El CCCN no prevé expresamente para la PH común la posibilidad de que el consorcio adquiera la propiedad de una UF del edificio. Está claro que el consorcio no puede perseguir el lucro como fin, ni para sí ni para sus miembros o terceros. Sin em-

47. Para KIPER, nada impediría que pueda constituirse en otro lado, aunque no le parece muy práctico hacerlo (ob. cit. ob. cit. [cfr. nota 26], p. 580).

48. Ídem, p. 581.

bargo, el reconocimiento de su personalidad implica admitir que tiene aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones en orden al cumplimiento de su objeto y los fines de su creación (art. 141). En la medida que el acto otorgado por el consorcio no esté destinado a la consecución de fines que le sean ajenos, constituya un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de cualquier persona debe imputarse al consorcio (art. 144).

La adquisición, titularidad y ejercicio del DR de PH sobre unidades no resultan *per se* un acto contrario al objeto y fines consorciales. Consideramos que mal puede predicarse la incompatibilidad o inidoneidad sujeto-acto si no se evalúa la finalidad que aquel busca satisfacer con este, pues el acto no es en sí inválido o ilícito ni por sí escapa a una vinculación con el objeto consorcial. Podría pensarse que el consorcio se autofagocita al adquirir las unidades que pertenecen al inmueble respecto del cual está justificada e indisolublemente unida su existencia, mas este pensamiento parece extremista. El caso presenta cierta analogía con la hipótesis regulada en el artículo 220 de la *Ley General de Sociedades*, que regula la posibilidad de la SA de adquirir sus propias acciones. Pero la intención de la ley de que las acciones no permanezcan en el patrimonio de la sociedad, evidenciada por la imposición de su cancelación o enajenación, se justifica razonablemente en la inutilidad de dicha situación. En el caso del consorcio, la diversa naturaleza del bien de que se trata, el rédito que de él se puede extraer y el débil impacto que el ente consorcial tiene como sujeto en el tráfico jurídico nos alejan de esa solución legislativa. En la medida que el producido del alquiler se aplique a la prosecución del objeto consorcial, la negativa nos resulta poco sostenible bajo una mirada finalista de sostenimiento del sistema y ante la falta de una norma prohibitiva expresa. Además, adviértase que la Ley de Sociedades no restringe la adquisición de sus propias acciones por la SA cuando está en juego el interés social. La prohibición en el ámbito societario apunta a otro objetivo, el de evitar generar confusión en los terceros que contraten con la sociedad que muestra un capital que está aguada al respaldarse en acciones emitidas por ella misma.<sup>49</sup> Esta situación no se da en el caso del consorcio, en el cual el capital no existe como elemento estatutario y los terceros que contratan consideran no el patrimonio consorcial sino el buen nombre del edificio y, a lo sumo, el patrimonio de los consortes, evidenciado por el tipo de edificio de que se trate (ubicación, calidad, etc.).

Cabe admitir que el consorcio pueda adquirir UF por dación en pago para evitar que tenga que sacar a remate los bienes de los deudores para obtener el cobro y sufrir los perjuicios que suele causar el obrar de la “liga”. El producido de la posterior venta o alquiler de las unidades permitirá equilibrar las cuentas del consorcio.

Por otra parte, el artículo 2085 CCCN prevé expresamente para los conjuntos inmobiliarios la posibilidad de que el consorcio adquiera una unidad.<sup>50</sup> Considera-

49. De allí que la ley prohíba a la sociedad recibir de los directores en garantía acciones representativas de su propio capital (art. 222 LGS).

50. KIPER, Claudio M. ob. cit. (cfr. nota 26), p. 583.

mos que ello no hace a la diferencia específica entre la PH común y la especial, es decir que rige para ambas especies de PH. Por otra parte, no hay norma prohibitiva expresa que obste la adquisición de UF del edificio sino que, por el contrario, el artículo 154 CCCN contempla la posibilidad de que la persona jurídica en formación pueda inscribir preventivamente a su nombre bienes “registrables”.

Para despejar las dudas que en la praxis puedan suscitarse al respecto consideramos conveniente incluir en el RPH una cláusula que expresamente faculte en determinadas situaciones al consorcio a adquirir, enajenar o alquilar UF del edificio.

#### 24.2. ¿Puede el consorcio adquirir otros inmuebles?

No advertimos inconveniente en que el consorcio adquiera inmuebles adyacentes, por cualquier modo que sea, incluida la usucapión, siempre que el acto esté enderezado a la consecución de los fines que justifican su existencia y no choque con la norma del artículo 2041 CCCN.<sup>51</sup> Hacemos extensiva a este supuesto la recomendación efectuada en el último párrafo del subinciso anterior.

#### 24.3. ¿Puede el consorcio adquirir otros bienes registrables?

La respuesta es afirmativa. Reiteramos, el artículo 154 CCCN contempla la posibilidad de que la persona jurídica inscriba a su nombre bienes registrables, incluso antes de la inscripción del RPH. Imagínese el supuesto no descabellado de un conjunto inmobiliario que se desarrolla en una fracción de tierra de gran tamaño, que requiere de uno o más vehículos para que el personal de seguridad pueda trasladarse más velozmente (art. 2079 *in fine*). En la medida en que el consorcio no tercerice los servicios de, por ejemplo, jardinería o seguridad, deberá reconocérsele aptitud legal para adquirir los bienes no registrables o registrables a emplear para el desarrollo de tales actividades en la órbita espacial circunscripta por los límites del inmueble general. Por el principio de especialidad, el consorcio no puede prestar servicios a otros conjuntos inmobiliarios pero sí atender sus propios requerimientos en una materia indudablemente vinculada a su objeto y los fines de su creación.

51. Según Marcela H. TRANCHINI, el consorcio puede adquirir otros inmuebles en la medida de su concordancia con sus fines, ejemplifica con la adquisición de un terreno lindero para espacios guardacoches, que beneficia a todas las unidades de un edificio que carece de cocheras ([comentario al art. 2039], en Clusellas, Eduardo G. (coord.), *Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 7, Buenos Aires, Astrea, 2015, p. 57). Creemos que el consorcio puede adquirir la propiedad del terreno en esas condiciones **pero que debe incorporarlo sin demora al régimen de PH en calidad de parte común** (art. 2041, inc. 1, CCCN). Aceptamos que el consorcio mantenga la titularidad del terreno mientras se tramita el plano de modificación de la mensura horizontal a tal efecto y la escritura de reforma del RPH. Mientras tanto, parece que el inmueble está más a resguardo en el patrimonio del consorcio que en el de todos y cada uno sus miembros en condominio.

#### 24.4. ¿Puede el consorcio ceder créditos por expensas?

Cabe admitir que el consorcio ceda el crédito por expensas para evitar tener que sacar a remate los bienes de los deudores para obtener el cobro y sufrir los perjuicios que suele causar el obrar de la “liga”. El producido de la cesión permitirá equilibrar las cuentas del consorcio. La cesión permite al consorcio hacerse más rápidamente de fondos líquidos para la atención de su objeto.

#### 24.5. Imposibilidad lógica de inscribir unidades funcionales del edificio a nombre del consorcio “en formación”

Una de las consecuencias de admitir que el consorcio nace al otorgarse el acto de afectación a PH es que a partir de entonces el afectante pueda transferirle la UF que el RPH mencione como un bien integrante del patrimonio consorcial (art. 2056, inc. e). Sin embargo, la UF no se inscribirá a nombre del consorcio “en formación” pues el registro no abrirá las submatrículas mientras no se inscriba el RPH, momento a partir del cual el ente deja de estar “en formación”. Es decir que si bien la UF se transfiere a favor del consorcio en formación, se inscribe cuando deja de estarlo.

### 25. Estructura orgánica del consorcio de propiedad horizontal

La asamblea y el administrador son los órganos necesarios del consorcio. Puede prescindirse del consejo de propietarios (art. 2058, inc. d *in fine*) pero conviene instituirlo en los inmuebles que cuenten con no poca cantidad de UF.

Desde la afectación a PH, aunque sea otorgada por el único titular, el consorcio debe contar con los órganos de gobierno y de administración integrados. Si bien no es lógicamente posible que aquel no lo esté (asamblea unipersonal) puede ocurrir que el administrador designado en el RPH rechace su nombramiento. En tal caso, tratándose de un administrador profesional, requisito que hoy exigen diversas normas locales (por ejemplo, la [Ley 941](#) modificada por las Leyes 3254 y 3291 de la CABA), debe tomar las providencias conservatorias urgentes (doctrina art. 1324 *in fine*).

### 26. Objeto de la afectación a propiedad horizontal. Variantes

El dueño y los condóminos pueden afectar a PH el inmueble general. Puede ocurrir que haya construcciones en este que no se afecten a PH por diversas causas:

A) Por violar las reglas del poder de policía de la construcción.<sup>52</sup> Podemos clasificarlas de la siguiente manera:

52. Véase, para el ámbito de la CABA, la [Ordenanza Municipal 26134](#) (15/11/1971, Boletín Municipal N° 14172, p. 19547). Se sugiere prever en el RPH un poder especial irrevocable para tramitar la incorporación

- a) **Construcciones precarias en partes comunes.** Si se incorporaron al edificio construcciones precarias, no se computan en el plano ni se afectan al régimen de PH. Sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan, la Municipalidad podrá ordenar demoler lo construido en contravención. En este caso, sugerimos incorporar al RPH una cláusula que regule todo lo atinente a la demolición: quién la hará, quién la costeará, remoción y venta de los escombros, plazos, etc.
- b) **Construcciones no precarias en partes privativas.**
- b.1) **Que no afectan la funcionalidad.** Si alguna unidad tiene parcialmente construcciones no precarias, efectuadas sin permiso, que no hacen a su funcionalidad, solo se computarán las superficies aprobadas. El alta de dichas construcciones solo se hará por aprobación de la autoridad municipal en cuyo caso deberá presentarse el plano modificadorio de la mensura horizontal.
- b.2) **Que afectan la funcionalidad.** Si existen una o más unidades de construcción no precaria, que no posean permiso de obra en su totalidad o tengan construcciones sin permiso que hacen a su funcionalidad, serán registradas en carácter de “proyecto” hasta que se obtenga la aprobación de las construcciones mencionadas por intermedio de la autoridad competente. Obtenida la misma se les dará el alta respectiva.

B) Por conformar un objeto jurídicamente distinto. Si el inmueble que se afecta, parte integrante de otro, está disociado jurídicamente por uno o más derechos reales de superficie, cada una de las propiedades superficiarias constituidas podrá, cumplidos los requisitos de la ley, tener su propia afectación, sin perjuicio de la posibilidad de integrar luego los objetos sobre las que recaen bajo una sola afectación.

## **27. Afectación de la superficie al régimen de propiedad horizontal con separación del terreno perteneciente al propietario**

El propietario superficiario puede afectar la construcción al régimen de PH con separación del terreno perteneciente al propietario, salvo pacto en contrario (art. 2120).

Esta posibilidad suscita las siguientes primeras observaciones:

- i. La finalidad de la norma va más allá de legitimar al propietario superficiario para afectar a PH el objeto sobre el que recae su DR. Decimos esto dado que la legitimación surge de otra norma: la que prescribe aplicar a la propiedad superficiaria las reglas del dominio revocable (art. 2128). Ergo, si el dueño revocable puede afectar a PH, también puede hacerlo el propietario superficiario.

---

de estas construcciones al régimen de PH y sus consecuencias (cambio de porcentajes de participación en las partes y cosas comunes, en la contribución al pago de las expensas comunes, etc.).

Entonces la norma del 2120 no debe verse como una simple reiteración de la legitimación que resulta del artículo 2128 sino que habrá de buscarse en ella otro significado.

- ii. La norma no emplea la palabra “terreno” a secas, refiere al “terreno perteneciente al propietario”. Por propietario entendemos al superficiante, al *dominussoli*. La aclaración que hace el artículo de que el terreno que queda afuera de la afectación es el del *dominussoli* no conduce a que la propiedad superficiaria no deba recaer en parte del terreno del inmueble de origen.
- iii. Consideramos que la ley en el artículo 2120 emplea la palabra “terreno” para contrarrestar de cierta manera la previsión del artículo 2041 según la cual el “terreno” debe ser una parte necesariamente común. Lo que el artículo 2120 permite dejar afuera de la afectación no es “el terreno” sino el “perteneciente al propietario”. Habrá de considerarse, pues, que hay un terreno “perteneciente al propietario” y otro perteneciente al superficiario.
- iv. En caso de que el superficiario otorgue el RPH con separación del terreno perteneciente al propietario, lo que queda fuera de la afectación no es solo dicho “terreno” sino todo lo que jurídicamente forma parte de él (subsuelo, accesiones, etc.); estrictamente, queda afuera todo aquello que conforma el objeto sobre el que recae el derecho real del *dominussoli*, o sea el objeto constituido por el negativo fotográfico del objeto de la propiedad superficiaria, que por ley recibe el nombre de “suelo”<sup>53</sup>. El terreno perteneciente al *dominussoli*, su subsuelo y accesiones integran el “suelo”, que es lo que verdaderamente queda afuera de la afectación otorgada solo por el superficiario.
- v. El suelo no necesariamente incluye el terreno, pues la propiedad superficiaria puede extenderse desde el subsuelo hasta un nivel superior a la cota cero. Es más, la superficie puede abarcar el inmueble en toda su extensión (art. 2116: puede constituirse sobre todo el inmueble), en cuyo caso el objeto del suelo debe concebirse infinitesimalmente, en el plano de la pura abstracción, como impalpable piel que rodea el cuerpo de la propiedad superficiaria.
- vi. En el caso del artículo 2120 que comentamos el objeto de la propiedad superficiaria debe incluir una parte del terreno del inmueble de origen, pues en la PH el terreno es una parte necesariamente común (art. 2041 inc. a). Sin terreno las UF que resulten de la construcción superficiaria no cumplen con el requisito establecido en el artículo 2039: tener “comunicación con la vía pública, directamente o por un pasaje común”. Esto exige que el objeto de la propiedad superficiaria esté integrado, a nivel de cota cero, por una parte del terreno del inmueble de origen<sup>54</sup>. Sin una parte del terreno los “superficiarios subterrá-

53. Refieren al suelo y al DR que recae sobre ellos (arts. 2115, último párrafo, 2125 y 2126).

54. ZELAYA (ob. cit. [cfr. nota 33], p. 22) entiende que la recepción legal del derecho real de superficie puede dar lugar a una edificación en PH sin terreno. En cambio, KIPER (“Superficie” en ob. cit. [cfr. nota 33], p. 268) expresa “puede darse la situación de que el superficiario [...] edifique unidades que cumplan con los recaudos

- neos” no pueden emerger al nivel cero, ni descender a él los “superficiarios aéreos”. La posibilidad de constituir una servidumbre de paso sobre el suelo o de ampliar la extensión del inmueble gravado para que el aprovechamiento de la superficie pueda ser útil (art. 2116 *in fine*) no conmueve la necesidad de que las unidades tengan comunicación con la vía pública “directamente o por un pasaje común” (art. 2039). El pasaje debe ser necesariamente común a las UF superficiarias (art. 2041 inc. b).
- vii. Si se admitiera que la propiedad superficiaria afectada a propiedad horizontal no tuviera contacto inmediato con el terreno no podría darse cumplimiento a lo prescripto en el artículo 2039 del CCCN: la propiedad de la UF comprende la parte indivisa de a) el terreno y b) las cosas y partes de uso común del inmueble o indispensables para mantener su seguridad. Si admitimos que la propiedad superficiaria se emplace por encima del nivel de terreno, la estructura que la sostenga no integrará las UF superficiarias violándose así la prescripción de que integren las UF las partes indispensables para mantener su seguridad. Dicha estructura tampoco podría ser parte necesariamente común, infringiéndose el artículo 2041 inciso d<sup>55</sup>.
- viii. “la construcción” referida en el artículo 2120 es comprensiva de:
- a. “lo construido” que preexista a la constitución de la superficie, cuya propiedad el superficiario adquiera derivativamente, por transmisión efectuada a su favor por el constituyente y
  - b. “lo que construya” el superficiario en ejercicio del *iusaedificandi*, cuya propiedad adquiera de manera originaria por la accesión que implica la construcción que *iure proprio* realice en base al derecho de superficie;
- ix. Habida cuenta de lo prescripto en el artículo 228, las reglamentaciones locales no deberían exigir que el ancho y largo de la parte del terreno comprendida en la parcela superficiaria para conformar el pasaje común que posibilite la salida a la vía pública sea mayor que la necesaria a tal fin (emplazamiento de la entrada y el hall de entrada del edificio, que comprenda las escaleras y el o los ascensores, o el ancho para la entrada y salida de vehículos si tuviere un estacionamiento).
- x. El suelo y la superficie en cuanto objetos distintos<sup>56</sup> pueden tener cada uno su propia afectación a PH, siempre que cada uno cuente con una parte del terreno del inmueble de origen que posibilite el cumplimiento del precitado requi-

---

necesarios para poder someterse al régimen de P.H. (v.g.: independencia, salida a la vía pública, reglamento, administración, etc.)...”

55. Art. 2041 CCCN: “Cosas y partes necesariamente comunes. Son cosas y partes necesariamente comunes: [...] d) los cimientos, columnas, vigas portantes, muros maestros y demás estructuras, incluso las de balcones, indispensables para mantener la seguridad”.

56. No hablamos de objetos “independientes” dado que la propiedad superficiaria nunca logra independizarse del todo del derecho gravado con superficie (nuestro sistema no admite la superficie perpetua y mantiene la fuerza gravitacional y expansiva del dominio). El objeto de uno y otro están destinados fatalmente a unirse.



sito del artículo 2039. Esta interpretación permite armonizar la posibilidad de afectación a PH que brinda el artículo 2120 con la exigencia de que el terreno sea una parte necesariamente común. Por supuesto que cada afectación incluye solo la parte del terreno que integra su objeto y no la correspondiente al objeto del otro derecho.

- xi. Si la construcción superficiaria no cumple el requisito de comunicación con la vía pública directamente o por un pasaje común, no podrá afectarse a PH, por no cumplirse lo prescripto en el artículo 2039. En ese caso habrá que resolver un problema de funcionalidad, pues de lo contrario se habrían gastado recursos de la economía en un objeto que por no poder accederse a él resultaría inútil. Para esto puede acudir a alguno de los siguientes expedientes, sin perjuicio de otros:
  - a. ampliar la extensión del inmueble gravado con superficie en los términos del segundo párrafo del artículo 2116; o
  - b. gravar con servidumbre de paso el suelo como fundo sirviente, que dure todo el plazo de la superficie. Tratándose el suelo y la superficie de dos inmuebles que si bien vinculados son distintos, si alguno de ellos carece de comunicación suficiente con la vía pública la constitución de servidumbre real es forzosa (art. 2166); o
  - c. incorporar la construcción al régimen de propiedad horizontal, sea afectando conjuntamente el suelo y el objeto de la superficie, o incorporando la superficie a la afectación a PH preexistente que recaiga sobre el suelo, en ambos casos previa unificación parcelaria<sup>57</sup>.
- xii. Otro tanto sucede si el suelo queda en toda su extensión material fuera del nivel de cota cero del terreno, pero en esta hipótesis no es de aplicación lo previsto en el inc. a) anterior.

57. Se trata de un contrato por el cual el *dominussoli* y el propietario superficiario unen las dos cosas colindantes de su propiedad, los objetos sobre los que recaen sus respectivos derecho real, para constituir una nueva cosa con el fin de atribuir a cada uno, en la cosa resultante y como pago de su aportación, derechos de distinto tipo sobre esta, en proporción al valor de cada una de las cosas integrantes.

Es un único acto que conceptualmente puede descomponerse en dos fases que si bien simultáneas son diferenciables: la primera, de aportación, que en razón de la identidad de fin perseguido por los titulares al emitir una declaración de voluntad del mismo contenido jurídico tiene carácter unilateral, y la segunda, en la que los titulares determinan el tipo y la extensión de su derecho en la cosa resultante, teniendo esta fase un matiz más contractual. Esta segunda fase encierra una partición en especie por la cual la propiedad sobre el inmueble resultante se divide cualitativamente en suelo y superficie.

Se trata de un negocio de comunicación de bienes mediante el que los propietarios ponen en común sus respectivos inmuebles. No hay necesidad de que tal comunicación comercial de bienes tenga carácter expreso ya que se entiende tácitamente convenida con la reunión de los inmuebles y la determinación de la participación de cada uno de los aportantes en la nueva finca. No se constituye un condominio pues los derechos que recaen sobre los objetos que se fusionan, si bien compatibles, son de distinta especie, sino una comunidad económica cuya liquidación opera en el momento mismo de su formación.

Juzgamos que no hay necesidad de acudir al rodeo de que el superficiario transmita la propiedad superficiaria al superficiante (para obtener de esa forma la fusión objetiva) para que este, luego de afectar a PH el inmueble resultante de la automática reunión del suelo y la superficie, constituya a favor de aquel, como contraprestación, derecho de superficie sobre las diversas UF que se originen.

- xiii. Si se afecta a PH el inmueble resultante de la unificación parcelaria del suelo y la propiedad superficiaria, el RPH debe ser redactado por el *dominussoli* y el superficiario. Si no arriban a un acuerdo, será impuesto judicialmente. De allí la conveniencia de que el proyecto de RPH esté previsto en el contrato de superficie (téngase presente el carácter *propter rem* de las obligaciones del superficiario).
- xiv. La prohibición que el constituyente de la superficie puede imponer al superficiario es de afectar “con separación del terreno perteneciente al propietario”, pero no “de afectar”. Adviértase: la coma separa las frases “puede afectar la construcción al régimen de la propiedad horizontal” y “con separación del terreno perteneciente al propietario excepto pacto en contrario” y la prohibición se encuentra en esta última, no en la primera frase. Si se hubiera querido alcanzar con la prohibición a la afectación, la coma debería estar luego de la frase “con separación del terreno perteneciente al propietario”. ¿Cuál sería además el interés legítimo del propietario del suelo en prohibirle al superficiario la afectación? No se nos ocurre ninguno, se trataría pues de una prohibición incausada, caprichosa, incompatible con el ejercicio regular del derecho de propiedad del *dominussoli*<sup>58</sup>. En cambio sí habría interés legítimo si está previsto que bajo la misma afectación queden comprendidos el suelo y la superficie (previa su unificación).
- La prohibición de afectar con separación del terreno perteneciente al propietario se traduce a nuestro juicio en la obligación del propietario y del superficiario de unificar ambos objetos y afectarlos bajo un mismo régimen de PH, sea que el sistema se constituya sobre ambos o que el objeto superficiario se incorpore a la afectación que recaiga sobre el suelo.<sup>59</sup>
- xv. Conforme *supra* expresamos, para que el titular del suelo y el superficiario puedan afectar conjuntamente, o incorporar la superficie a la afectación que recae sobre el suelo, deben reunirse ambos objetos, es decir unificar las dos parcelas a las que refiere el artículo 2125.<sup>60</sup>
- xvi. Si no media prohibición de afectar, no puede prohibirse al superficiario transmitir o gravar como inmuebles independientes las viviendas, locales u otras unidades privativas que resulten de la afectación de la construcción superficiaria. Si se le prohíbe afectar, va de suyo que no podrá transmitir ni gravar las unidades, pues estas no existen.

58. COSSARI opina que el título de la superficie podría también limitar la posibilidad de enajenar o gravar las unidades y requerirse el consentimiento del superficiante para ello (punto b.3 *in fine* de su comentario al art. 2120, en ob. cit. [cfr. nota 8]).

59. COSSARI parece admitir la prohibición absoluta al expresar que “La facultad de afectar la construcción a la P.H. existe salvo disposición en contrario en el título constitutivo. No cercenada esta posibilidad, el superficiario no necesita del consentimiento del propietario para enajenar o gravar las unidades. Entendemos que el título podría también limitar esta posibilidad y requerirse el consentimiento para enajenar o gravar” (ibídem).

60. Ver nota 57.

- xvii. Si bien no se puede prohibir al superficiario que puede afectar a PH transmitir o gravar las unidades resultantes, sí se puede establecer opciones de compra o de venta o pactos de preferencia a favor del superficiante.
- xviii. Si coexistieran dos derechos de superficie sobre parte determinada, por ejemplo para construir en el inmueble gravado un edificio en torre cada superficiario, el propietario puede imponer la prohibición tanto a su favor como en provecho del otro superficiario, como estipulación a favor de tercero, para asegurar la afectación a PH de todo el conjunto en un solo acto.

## 28. Extinción del consorcio

En este tema confluyen diversos conceptos que debemos distinguir: la extinción del DR de PH, la disolución, la liquidación y la extinción del consorcio y la desafectación del régimen de PH. Si bien se trata de fenómenos jurídicos diversos, guardan relación entre sí.

### 28.1. Disolución

El nacimiento de los DR de PH produce el coetáneo nacimiento del sujeto de derecho consorcio de PH. Las relaciones que genera la afectación a PH no conciernen solo a sus miembros ni se agotan entre estos y el consorcio, sino que implican a terceros, quienes no pueden perjudicarse por el corte instantáneo de esas relaciones. Al cumplirse ciertas situaciones previstas en la ley (art. 163) o el RPH, habrá que realizar operaciones para desarticular las relaciones con esos terceros. La disolución es un momento dentro de la vigencia de la persona jurídica, que no implica un estado sino un hecho instantáneo que conduce al ente a otra etapa, en este caso la de liquidación<sup>61</sup>; no desintegra la persona jurídica sino que la conduce a un estadio tendiente a desatar los vínculos, primero con los terceros y luego entre los miembros, a cuyo término aquella se extingue. La disolución no implica, en el caso del consorcio, que la persona jurídica deje de atender su objeto y los asuntos pendientes, sino que, a partir de ese instante, sus órganos deberán adoptar las medidas necesarias y conducentes a iniciar la liquidación.

61. En el trabajo referido (cfr. nota 18), expresamos: “Entiéndase por disolución el evento (acto o instante) dentro del íter de la persona jurídica, que detiene el proceso normal de cumplimiento de su objeto. Como consecuencia del acaecimiento de la causal disolutoria, la actividad específica del ente se ve modificada. El momento disolutivo se produce como consecuencia del acaecimiento de algún condicionante previsto como tal en la ley o el contrato, que opera como referente de un nuevo estado (liquidación [...] adecuación) sin implicar la inmediata extinción de la persona jurídica”.

## 28.2. Liquidación

Resulta aplicable al consorcio lo prescrito en el artículo 167 CCCN:

Liquidación y responsabilidades. Vencido el plazo de duración, resuelta la disolución u ocurrida otra causa y declarada en su caso por los miembros, la persona jurídica no puede realizar operaciones, debiendo en su liquidación concluir las pendientes.

La liquidación consiste en el cumplimiento de las obligaciones pendientes con los bienes del activo del patrimonio de la persona jurídica o su producido en dinero. Previo pago de los gastos de liquidación y de las obligaciones fiscales, el remanente, si lo hay, se entrega a sus miembros o a terceros, conforme lo establece el estatuto o lo exige la ley.

En caso de infracción, responden ilimitada y solidariamente sus administradores y aquellos miembros que, conociendo o debiendo conocer la situación y contando con el poder de decisión necesario para ponerle fin, omiten adoptar las medidas necesarias al efecto.

La disolución de la persona jurídica no produce la extinción de las relaciones jurídicas en las que funge como titular o sujeto activo o pasivo, pues ello sería fuente de desórdenes sociales y obstáculo insuperable para el tráfico. Dichas relaciones necesitan un destino, que encauza el procedimiento liquidatorio.

La liquidación debe concebirse como un estado. Importa un procedimiento técnico mediante el cual se realiza una serie de operaciones conducentes a conocer y determinar las titularidades activas y pasivas del ente (inventario y avalúo), realizar el activo para cancelar el pasivo y distribuir el remanente que quede. La persona jurídica en liquidación conserva su personalidad a este efecto. El estado de liquidación debe anotarse a terceros; ello se logra, en el caso que el nombramiento de liquidador no deba inscribirse, mediante la utilización de la frase “en liquidación” en la utilización de su nombre (art. 151).

Sin embargo, puede ocurrir que el procedimiento liquidatorio se omita por extinguirse el ente en el momento mismo de su disolución, sin ninguna gradualidad en su desarticulación. Tal omisión determinada por la decisión de los miembros del consorcio extingue igualmente el consorcio pero responden ilimitada y solidariamente su administrador y aquellos miembros que, conociendo o debiendo conocer la situación –la lesión de derechos de terceros– y contando con el poder de decisión necesario para ponerle fin, omiten adoptar las medidas necesarias al efecto (art. 167 *in fine*). Al extinguirse el consorcio se produce una novación legal subjetivo-pasiva de la obligación que estaba a cargo de aquel, con los alcances previstos en el citado artículo (art. 941).

Si el RPH no prevé el destino de las cosas que integran el patrimonio del consorcio al extinguirse este y se omite distribuirlas con arreglo a derecho, los muebles pasan a ser *res nullus*. Respecto de las UF de titularidad del consorcio, la hipótesis es de imposible ocurrencia pues la intervención notarial o judicial en la desafectación

obra como freno para que suceda, encausando a los miembros del consorcio a tomar una decisión al respecto.

### 28.3. Extinción

La extinción de la persona jurídica sucede normalmente como último momento del procedimiento de liquidación, en el que la persona jurídica se desintegra con la distribución *de iure* de los bienes remanentes. Una vez cumplida, el sujeto se extingue por quedar despatrimonializado, es decir, por desaparecer un elemento constitutivo de la personalidad (art. 154, 1<sup>er</sup> párr.).

Puede ocurrir que por desconocimiento u otra causa los miembros del consorcio otorguen la desafectación omitiendo cumplir previamente el procedimiento liquidatorio. Esto no obsta la extinción del ente pero los responsabiliza ilimitada y solidariamente por los pasivos consorciales (art. 167 *in fine*).

Para que la extinción del ente sea oponible a terceros interesados de buena fe, debe inscribirse en el RPI, lo que se traduce en la desmatriculación de las unidades, la cancelación de la inscripción del RPH y la inscripción del dominio o condominio a nombre de quienes al momento de la extinción son miembros del ente consorcial.

### 28.4. Desafectación

El artículo 2044 establece que la personalidad del consorcio se extingue por la desafectación del inmueble del régimen de PH, sea por acuerdo unánime de los propietarios instrumentado en escritura pública o por resolución judicial, inscrita en el RPI. El artículo 2044 no refiere a la disolución del ente sino a su extinción, es decir al instante último de su existencia. Sin embargo la extinción supone la disolución y ambas pueden suceder en el mismo momento, por ejemplo, al otorgarse el acuerdo disolutorio y la desafectación en un mismo acto.

#### 28.4.1. Desafectación y régimen de vivienda

¿Qué sucede si al desafectarse el edificio del régimen de PH alguna unidad está afectada al régimen de vivienda del artículo 244? En general, se entiende que el régimen no puede subsistir, atento a su supuesta indivisibilidad (arg. arts. 245 y 255 inc. c).<sup>62</sup> Nosotros opinamos, por el principio de primacía de la realidad (la parte material del inmueble que constituía la UF sigue siendo la vivienda) y en razón del bien jurídi-

62. Sobre la inconstitucionalidad de interpretar que la norma establece una prohibición de afectar al régimen de vivienda por una parte indivisa, ver nuestro trabajo "Sobre algunos aspectos de la unión convivencial, la protección de la vivienda y los pactos de convivencia" [online], en *Revista del Notariado*, N° 919, 2015, pto. 11.2.7.

co que reclama protección, que el régimen subsiste por la parte del valor correspondiente al condómino que era titular de la UF afectada.<sup>63</sup> Esto se traduce en que si se remata el inmueble, por ejemplo por división de condominio, la parte proporcional del producido líquido queda afectada por subrogación. No se trata de que uno de los condóminos solicite la afectación sin el concurso de los demás condóminos, pues ello implicaría violar lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 245, sino de la transmisión *ope legis* de la afectación de un DR a otro, manteniendo el asiento material de la vivienda.

### 28.5. Disolución por vencimiento del plazo

Los consorcios de PH se constituyen normalmente por tiempo indeterminado. Pero si se afecta a PH un dominio fiduciario o revocable o la propiedad superficiaria, al vencimiento del plazo o cumplimiento de la condición el régimen de PH se extingue aunque no se otorgue un acto de desafectación. En el caso de la disolución, extinción por vencimiento del plazo –si este es cierto–, la extinción es oponible aunque no se cancele la inscripción del RPH, pues el plazo de duración se publicita en el asiento registral del dominio fiduciario o revocable o derecho de superficie<sup>64</sup> de manera que los terceros interesados no pueden alegar buena fe. Distinto es el caso de la disolución–extinción por cumplimiento de la condición o si el plazo es incierto, pues el acaecimiento de la condición o cumplimiento del plazo, en principio, no pueden ser conocidos por los terceros; máxime si el RPI no publicita cuál es el hecho condicionante o determinante del vencimiento del plazo. Si el administrador no es lo suficientemente previsor, el procedimiento liquidatorio quedará omitido merced a su negligencia, sin descartar la de los miembros, lo que se traduce en la responsabilidad solidaria e ilimitada de todos ellos. Para darle coherencia al sistema, en cuanto impone la extinción *ipso iure* del régimen de PH, del consorcio y de los DR de PH al producirse el vencimiento del plazo cierto de duración del derecho afectado, entendemos que el acto de desafectación es en este caso innecesario por contar la sujeción a plazo del derecho afectado con suficiente publicidad registral. Es decir la extinción del derecho afectado –en rigor los DR de PH que lo suplantán– y la consecuente au-

63. El art. 245 CCCN dispone que la afectación puede ser solicitada por el titular registral, pero nada obsta que lo haga quien resulta titular por la modalidad abreviada del tracto sucesivo registral (ver art. 16 Ley 17801).

En caso de comunidad (condominio, etc.), la afectación debe ser solicitada por todos los comuneros. El CCCN no exige que haya parentesco entre ellos. En general, se entiende que en caso de comunidad la afectación debe recaer sobre todo el inmueble; sin embargo, esto no es lo que dice la ley, que solo exige que sea “solicitada” por todos. No se advierte cuál es la razón para prohibir la afectación por una parte indivisa si el acto es consentido por todos, máxime teniendo en cuenta que pueden pactar la suspensión del ejercicio de la acción de división por el término de diez años (art. 2000) y el uso y goce exclusivo y excluyente de la cosa por uno de los condóminos (art. 1987).

64. Ver art. 91 del reglamento aprobado por el Decreto PEN 466/1999 para el RPI de la Capital Federal y el art. 22 de la DTR 3/2015 del RPI de la Capital Federal.

tomática desafectación están suficientemente publicitados *ab initio*. A fin de facilitar el conocimiento de la situación por los terceros, el plazo de duración del DR de PH debería hacerse constar no solo en la submatrícula cero sino también en todas las submatrículas de las unidades.

## 28.6. Fusión de consorcios

Podría pensarse que al integrarse la PH superficiaria al suelo afectado a PH, el consorcio de PH de este último absorbe el consorcio de PH superficiaria. Pero la fusión de consorcios de PH no está prevista en la ley (art. 162), por lo que cabe descartar la fusión como causa de disolución. Sin embargo, nada obsta que, una vez cancelados todos los pasivos del consorcio superficiario, el consorcio superficiante adquiera cada uno de los bienes que integran el remanente de sus bienes, en orden a la liquidación de aquel y el cumplimiento de los fines de este.

## 28.7. ¿Extinción por consolidación?

Una postura entiende que si una persona reúne la titularidad de todas las UF, se extinguen los DR e incluso el sistema en sí, pues ya no habría partes exclusivas y comunes, asambleas, etcétera. Pero ello no implicaría el fin del régimen, por lo que quien devino propietario único puede transmitir las UF y hacer renacer los DR y el sistema de PH.<sup>65</sup> Si se sigue esta línea debe entenderse que la consolidación se produce también si todas las UF son adquiridas en condominio por las mismas personas si coinciden sus porciones indivisas en todas las UF.

Sin embargo la consolidación como medio de extinción de los DR está prevista únicamente para los DR sobre cosa ajena (art. 1907 *in fine*) de modo que siendo la PH un DR sobre inmueble propio (art. 2037) la invocación de la consolidación en función extintiva luce por lo menos de dudosa procedencia. Si bien el artículo 2044 exige que la desafectación sea otorgada por “los propietarios”, opinamos que si una persona adquiere todas las UF puede interpretarse que subsiste el consorcio, ya que esta circunstancia no está mencionada como causal de extinción de dicho ente en el segundo párrafo del artículo 2044.<sup>66</sup>

Adviértase que la adquisición de todas las UF por una sola persona es objeto de publicidad registral en las submatrículas, por lo que los terceros interesados no pue-

65. ZELAYA, Mario, ob. cit. [cfr. nota 33], p. 83; HIGHTON, Elena I., ob. cit. [cfr. nota 12], p. 687. Asimismo, para Adriana N. ABELLA y Marina MARIANI DE VIDAL, si una persona reúne en su cabeza la titularidad de todas las unidades, el derecho de propiedad horizontal se extingue, pero el inmueble sigue afectado al régimen de PH y en estado de PH (“Algunos temas de propiedad horizontal en el Proyecto de Código 2012”, en *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, t. 253, p. 870).

66. KIPER, Claudio M., ob. cit. (cfr. nota 26), p. 584; CORNEJO, Américo A., “Asambleas de consorcio”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 2015-B, p. 617.



den desconocer su acaecimiento y la supuesta extinción del ente que de aquella derivaría *ipso iure*. Sin embargo, aun así la ley exige que la desafectación se inscriba. Juzgamos que el mantenimiento de la personalidad del consorcio resulta necesario en resguardo de los terceros interesados, quienes al no encontrarse con la desafectación inscrita en la matrícula general pueden sentirse con derecho, por ejemplo, a demandar al consorcio, pese a que en las submatrículas de todas las UF conste un mismo titular, circunstancia que podría oponérsele por estar debidamente publicitada (sin perjuicio de lo *supra* expresado respecto de la desafectación de pleno derecho por vencimiento del plazo cierto de duración del derecho afectado). El mantenimiento de la personalidad se impone por el efecto *erga omnes* institucional que la vigencia de la inscripción del RPH provoca (art. 2044), para protección de los terceros interesados. Mientras haya submatrículas, es decir, mientras no se cancele la inscripción del RPH, los terceros de buena fe pueden quedarse tranquilos de que el consorcio existe. La inexistencia del consorcio se traduce en la cancelación del asiento de afectación y en la desmatriculación de todas las unidades; de encontrarse las submatrículas, el consorcio se reputa existente en seguridad de los terceros de buena fe.

La registración de la desafectación carece de efectos constitutivos. El régimen de PH se extingue fuera del RPI, que a su vez es el reflejo administrativo diferido de lo ocurrido fuera de él. Mientras no se desmatriculen las UF y no se cancele la inscripción de la afectación a PH, los terceros interesados de buena fe podrán demandar al consorcio y contratar con este, pues su extinción les resulta inoponible.

Producida la “consolidación”, habrán de aplicarse las reglas de funcionamiento del consorcio unimembre *supra* mencionadas. Es decir, el consorcio no pierde virtualidad sino que es dominado por el auto-organicismo que implica la asamblea unipersonal.

Quienes entienden que la consolidación produce la extinción del consorcio deberán responder, entre otras preguntas, ¿cuál es el destino de sus bienes al perfeccionarse la adquisición de la última unidad en caso de que el RPH nada disponga?, ¿cuál es la responsabilidad del adquirente por haber provocado dicha extinción sin haber previamente cumplido con el procedimiento liquidatorio (art. 167)?, y para el caso de que luego se enajene una UF, ¿revive el mismo consorcio o se trata de otra persona? Y en este último caso, ¿es o no continuadora del patrimonio del consorcio anterior?