

**XXVI JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL
COMISIÓN N° 7. PROPIEDAD HORIZONTAL ESPECIAL**

*Prof. Tit. Ord. Alicia Puerta de Chacón
Facultad de Derecho-UNCuyo y UMendoza
Prof. Adj. María Laura Negroni
Facultad de Cs. Jurídicas- UAconcagua*

Derecho de preferencia en la propiedad horizontal especial

1.- El pacto de preferencia previsto por el Art. 2085 del Código Civil y Comercial (CCyC) se debe enmarcar en el equilibrio de los principios de la libre circulación de los bienes, la autonomía de la voluntad y el derecho de las organizaciones a controlar el ingreso de sus partícipes.

2.- Conforme lo dispuesto por el Art. 997 del CCyC el pacto de preferencia genera una obligación de hacer con efectos personales. Tales efectos son oponibles a terceros interesados si el pacto de preferencia tiene publicidad suficiente (registral y/o documental). No se aplican a este supuesto las normas de la preferencia en la compraventa que constituyen un dominio revocable (Arts. 1165, 1169, 1967, 1968 y concordantes CCyC).

3.- La preferencia otorgada al consorcio o a los consorcistas opera si la transmisión tiene por causa una compraventa o una dación en pago y por finalidad transmitir un derecho real sobre cosa propia o la superficie.

4.- La preferencia se puede ejercer en el caso de subasta pública, no como sobreseimiento, sino por la obligación del subastado de anotar a los beneficiarios del pacto sobre las circunstancias de hora y lugar de la realización de la subasta.

5.- Ante la insuficiencia normativa, el reglamento debe contemplar con precisión el procedimiento para el ejercicio regular de la preferencia para evitar abusos o inconvenientes e incluso la judicialización de un conflicto.

6.- Ante la eventualidad que más de un propietario comunique al transmitente la voluntad de ejercer la preferencia, debería establecerse reglamentariamente un mecanismo de elección. El momento de la recepción de la aceptación (Art. 980 y 983) puede ser una solución. La prioridad al colindante es otra alternativa que se puede combinar con la anterior, para la hipótesis que más de un colindante manifieste la aceptación. Es conveniente prever también que, ante la concurrencia del consorcio y otros propietarios, el primero tenga la preferencia por cuanto es la persona que, de alguna manera, vela por el interés colectivo.

7.- La previsión en el reglamento de una cláusula penal es un mecanismo conveniente para establecer la entidad del perjuicio sufrido por la pérdida de chance respecto del consorcio. Incluso, dependiendo de la naturaleza del conjunto y los valores que se pretendan preservar, puede eximirse al propietario del cumplimiento de la preferencia con el pago de la pena únicamente (Art. 796).

8.- El notario que autorice la escritura traslativa del derecho de propiedad horizontal especial debería solicitar al administrador del consorcio, conjuntamente con el certificado de deudas y créditos del consorcio (Art. 2067 inc. 1) una declaración de haber cumplido el transmitente la comunicación de la enajenación que se realizará, para evitar responder en forma concurrente con el enajenante y el tercer adquirente por los daños y perjuicios que ocasione la imposibilidad de ejercicio del derecho preferente.

FUNDAMENTOS

Entre las normas novedosas en el ámbito de los derechos reales y que admiten cierto margen a la convención de los contratantes, el régimen de la propiedad horizontal especial prevé la posibilidad de limitar – en alguna medida- el derecho a la libre transmisión de las unidades privativas que integran el complejo inmobiliario. En efecto, el Art. 2085 dispone “Transmisión de unidades. El reglamento de propiedad horizontal puede prever limitaciones pero no impedir la libre transmisión y consiguiente adquisición de unidades funcionales dentro del conjunto inmobiliario, pudiendo establecer un derecho de preferencia en la adquisición a favor del consorcio de propietarios o del resto de propietarios de las unidades privativas.”

Esta norma a priori se considera exigua para la regulación de la facultad de ejercer un derecho de preferencia en una comunidad de propietarios por lo que debe encontrarse la forma notarial más adecuada para su correcta aplicación y, así, evitar la potencial litigiosidad que surge de la escasa regulación.

1. Principios en pugna: libre transmisibilidad y limitaciones convencionales.

Existe un interés superior basado en la libre circulación de los bienes que siempre ha sido la valla a las limitaciones legales y convencionales a la libre transmisión de los bienes. Todo propietario tiene el derecho sustancial de transmitir su propiedad a otra persona. Ello se sustenta en el derecho de disposición que, en la cultura constitucional del país, constituye la esencia misma de la propiedad (arts. 17 y 20 de la Constitución Nacional). En consonancia con la manda constitucional, los Art.s 398 y 1906 del CCyC consagran el principio de la transmisibilidad de los derechos personales y reales respectivamente, excepto disposición legal en contrario o convención admitida por la ley. Pero también, y desde el Art. 14 de la

Constitución Nacional, se propugna que ningún derecho es absoluto; el poder jurídico de la propiedad debe sujetarse a los límites impuestos por la ley, es un poder pleno dentro de los límites máximos que la ley admite que alcance el señorío sobre los bienes.

Los derechos de adquisición preferente constituyen una de las formas de limitar la disposición de bienes. Cuando son establecidos por la ley -llamados tanteo y retracto- pueden tener su razón de ser en diversas causas de interés general. Así en el caso de la preferencia otorgada al locatario o cuando se trata de inmuebles rurales y se otorga este derecho al colindante. En el condominio ordinario favorece la extinción de la comunidad.

Cuando son de origen convencional son una manifestación del principio de la autonomía de la voluntad y obedecen a intereses particulares. La justificación a estos pactos en los contratos asociativos o de comunidades es la de dar una seguridad relativa a los partícipes de que, sorpresivamente, no se van a encontrar siendo parte de una asociación o comunidad diferente, con otros partícipes, con una composición distinta, lo que puede dar lugar a que se decida su cambio de objeto u otras modificaciones en aspectos substanciales de la organización.

El principio de la libre transmisión de los bienes se enfrenta con el derecho de admisión de las organizaciones. Toda organización, en mayor o menor medida, ejerce un control sobre quienes pretenden ser partícipes de la misma, y ello no es a priori ilegal. El ejercicio del derecho de admisión recién se torna ilegal cuando se ejerce en forma abusiva, irrazonable, arbitraria o notoriamente injusta

El derecho de adquisición preferente que eventualmente se pueda estipular en un reglamento de un conjunto inmobiliario debe enmarcarse en el equilibrio de estos principios; la libre circulación de los bienes, la autonomía de la voluntad y el derecho de las organizaciones a controlar el ingreso de sus partícipes.

2. Concepto y regulación.

El pacto de preferencia es la promesa de concluir un contrato determinado dando prioridad a ciertas personas frente a otros interesados, en igualdad de condiciones. Aún cuando la convención presupone dos partes, las personas involucradas son tres: el promitente-otorgante, el beneficiario y el tercero que realiza la oferta al promitente. Si el beneficiario no opta por ejercer la preferencia, el otorgante puede contratar con el tercero en las condiciones rechazadas por el beneficiario.

Los autores nacionales no han llegado a un acuerdo en relación a su naturaleza jurídica. Se ha dicho que es una promesa de venta con una doble condición suspensiva: que el comprador venda a un tercero y que el titular del derecho de preferencia quiera ejercer su prelación. El pacto de preferencia o prelación, a diferencia de la opción, no acuerda al titular

de la preferencia un derecho perfecto sometido a su voluntad que puede o no ejercer; “sino un derecho condicionado a un evento futuro e incierto, el cual no es otro que la decisión del promitente de celebrar el futuro contrato (Mosset Iturraspe). Esta tesis ha sido refutada porque no puede haber venta si no hay precio, que es un elemento esencial del tipo legal (López de Zavalía). Por la misma razón no es posible afirmar que hay una promesa de venta, como lo sostienen otros autores (Rezzónico). Para otra tesis es un contrato típico, que puede ser autónomo o accesorio a otro contrato (López de Zavalía)”.

El CCyC metodológicamente ubica el pacto de preferencia en el Título II que regula los contratos en general, dentro del Capítulo III de la formación del consentimiento. Allí establece que el pacto de preferencia genera una obligación de hacer a cargo de una de las partes, quien si decide celebrar un futuro contrato, debe hacerlo con la otra o las otras partes. (Art. 997).

Esta regulación es genérica, no relativa al contrato de compraventa exclusivamente como se establecía en el Código de Vélez y denota que el pacto de preferencia puede ser un contrato típico autónomo o accesorio. No existe una obligación de contratar, sino la facultad de hacerlo, y ante esa eventualidad debe comunicar las condiciones de la contratación al beneficiario, con los requisitos de la oferta (Art. 998) quien también está facultado a aceptar o no.

Más allá de estas normas generales, el CCyC regula el pacto de preferencia en el contrato de compraventa (arts. 1165 a 1169), en el contrato de suministro (Art. 1182) y lo menciona en los conjuntos inmobiliarios (Art. 2085) pero con particularidades especiales, porque se trata de un “derecho de preferencia” que consta en el reglamento de propiedad, siendo los beneficiarios el consorcio y/o los demás propietarios con carácter de reciprocidad. Ello responde a la naturaleza de contrato plurilateral que importa dicho reglamento.

En cuanto al alcance de la preferencia, en el régimen del Código de Vélez se consideraba que su aplicación se circunscribía a los contratos de compraventa o a la dación en pago (Art. 1392 del CC) discutiéndose su aplicación en caso de permuta.

Por la ubicación y el texto del Art. 997 del CCyC se puede considerar que la preferencia puede estipularse en los contratos de cambio y también en los contratos asociativos y específicamente en el condominio. Pero los alcances de la prelación facultativa que otorga el pacto de preferencia parecen ser distintos si se trata de contratos de cambio o contratos asociativos o en los que exista una comunidad. En los contratos de cambio, específicamente en la compraventa, los efectos del pacto de preferencia se encuentran legislados, no así en los contratos asociativos o de comunidad, categoría en la que se puede enmarcar el reglamento de un conjunto inmobiliario. Para más, en la parte general de los

contratos tampoco existe regulación en relación al alcance, forma y efectos respecto de terceros que produce esta convención.

3. La preferencia en la compraventa

En las normas de la compraventa se amplía la regulación contenida en los Arts 997 y 998 del CCyC. Se regula la preferencia como un derecho personal que se otorga al vendedor para recuperar la cosa vendida con prelación a cualquier otro adquirente si el comprador decide enajenarla (Art. 1165). A diferencia de la regulación genérica, en la compraventa este derecho no es cesible ni transmisible y se le aplican las reglas de la compraventa bajo condición resolutoria (Art. 1165).

Si bien lo califica como derecho personal, expresamente le otorga oponibilidad a los terceros si la preferencia resulta de los documentos inscriptos en el registro correspondiente, o si de otro modo el tercero ha tenido conocimiento del mismo (Art. 1166). Se dispone también que el pacto de preferencia se puede establecer por un plazo perentorio e improrrogable que no exceda los cinco años contados desde la celebración de la compraventa, y que para el caso que el plazo estipulado sea mayor, se entiende reducido al máximo legal (Art. 1167).

Al otorgarle los efectos de la compraventa bajo condición resolutoria, la tradición que se realice de la cosa vendida, solo transmite el dominio revocable (Art. 1169). Es en esta cuestión entonces que el cambio es sustancial ya que en el Código de Vélez, el Art. 1394 disponía que la venta realizada por el promitente a un tercero incumpliendo la preferencia era válida y se otorgaba al beneficiario solo una acción de daños y no la acción persecutoria contra el tercero. Por ello se sostenía que la venta efectuada sin cumplimiento del pacto de preferencia otorgaba al adquirente un dominio pleno y perfecto y su incumplimiento sólo daba derecho a reclamar una indemnización de los daños y perjuicios.

En el derrotero que antecedió al CCyC, se suprimió una parte del Art. 1165 que resolvía esta cuestión. La norma, en el segundo párrafo decía “Si la enajena sin avisarle al vendedor, el acto será válido pero responde por los daños que sufra la otra parte”.

Es entonces que, en la redacción definitiva del nuevo ordenamiento, el adquirente de una cosa en la que, en el título antecedente se ha incluido una cláusula de preferencia adquiere un dominio revocable (Art. 1965) sujeto a una condición resolutoria –la eventual transmisión de la cosa- y a un plazo legal máximo de cinco años; la revocación, excepto pacto en contrario, tendrá efecto retroactivo (Art. 1967) y restitutorio (Art. 1969); el incumplimiento del pacto dará la facultad al vendedor de perseguir la cosa respecto del tercero que conoció o debió conocer la preferencia otorgada y la revocación hace readquirir el dominio libre de “todos los actos jurídicos realizados por el titular del dominio resuelto” (Art. 1969). Los efectos *reipersecutorios* tienen como límite, por un lado, la facultad de ofrecer una

indemnización substitutiva cuando la revocación se presente como total o parcialmente imposible, excesivamente onerosa o abusiva (Art. 1740) y también se detiene si transcurre el plazo legal. Si transcurren cinco años desde la celebración del contrato (título causal), el derecho real se perfecciona cualquiera fuese el tiempo de la adquisición por título y modo suficientes.

Por su lado, el Art. 1165 refiere que la comunicación al vendedor sobre la enajenación de la cosa debe realizarse tanto en el caso de transmisión convencional como en el caso de celebrarse una subasta.

4. La preferencia en contratos distintos de la compraventa.

¿Se le aplican a los demás contratos las normas de la compraventa? La respuesta negativa a este interrogante se adecua mejor a la tradición y al sistema jurídico del país.

La adquisición de un dominio revocable como efecto del pacto de preferencia debe surgir como consecuencia de una norma expresa que lo determina para un contrato determinado. Si nada se dice en la parte general de los contratos, y el pacto se define como una obligación de hacer (Art. 997), habrá que aplicarle las normas de los derechos personales.

La estructura de los derechos reales impide extender la interpretación de las normas de la compraventa al pacto de preferencia (Art. 1884 del CCyC). Si a ello se le suma la vigencia del principio de transmisibilidad (arts. 1906) y la interpretación restrictiva sobre la existencia, extensión o el modo de ejercicio de toda carga o gravamen real, la balanza se inclina hacia el entendimiento de que la preferencia no puede en todos los casos tener por efecto la constitución de un dominio revocable. Otras normas dan apoyo a esta solución; así, no tiene acción directa un tercero si no existe autorización legal expresa (Art. 736); el pago mediante una cosa que no pertenece al deudor es válido (arts. 878 y 1132).

Lo expuesto no significa que el pacto de preferencia no tenga oponibilidad a terceros; el conocimiento del pacto hará pasible tanto al promitente como a los terceros que lo conozcan de la acción de daños que pudiere incoar el beneficiario pero no operará en el ámbito real ni, por lo tanto, permitirá la persecución de la cosa; en definitiva no tendrá efecto retroactivo y restitutorio. El beneficiario se considera un acreedor frustrado, por lo que podrá reclamar los daños y perjuicios efectivamente sufridos (Art. 758) o previamente tasados (arts. 790 y 792).

No puede desatenderse que esta posición no es la que aparentemente se sigue en materia de pactos preferenciales insertos en los estatutos sociales¹ pero puede mencionarse

¹ CNCom., sala B, 21/12/2007, Peroni, Gino Esteban y otro c/Medicina y Ciencia SA s/ordinario,

también que, en otras legislaciones como la española, el derecho de tanteo y retracto con efecto real debe tener origen legal.

5. Regulación en los conjuntos inmobiliarios.

La ausencia de una regulación especial del pacto de preferencia para los conjuntos inmobiliarios, plantea un primer inconveniente cual es decidir si se le deben aplicar la norma genérica que contiene el Art. 997, las normas del contrato de compraventa, o si el Art. 2085 recepta el derecho de tanteo al estilo del derecho español, como derecho de adquisición preferente, aunque no entendido como derecho real, sino como derecho personal oponible.

No escapa el reglamento de propiedad horizontal especial a las consideraciones realizadas en general en el acápite anterior, por lo que la preferencia que se establezca en el mismo se considera que tendrá efecto personal oponible a terceros en la medida de su cognoscibilidad (registral y/o documental).

En los conjuntos inmobiliarios, el derecho de preferencia se presenta *sui generis*; no se otorga al vendedor sino al consorcio y/o a los demás propietarios de las unidades privativas y no se establece en el contrato de compraventa de cada unidad sino en el reglamento de propiedad y administración que se integra a la adquisición del derecho real de propiedad horizontal especial.

Si la preferencia se ha previsto en el reglamento, el transmitente deberá comunicar al consorcio y a los demás propietarios su decisión de enajenar y las particularidades de la operación con los requisitos de una oferta (Art. 997). Los destinatarios de esta comunicación deberán, a su vez, comunicar el ejercicio efectivo de la preferencia en el plazo de diez días, o el que establezca el reglamento, contados desde la recepción de la misma, excepto que otra cosa disponga el reglamento (Art. 974).

En la práctica hay varias situaciones que pueden presentar inconvenientes. Así por ejemplo, parece tedioso y oneroso poner en cabeza del propietario que decide vender, la realización de notificaciones a todos los propietarios cuando el complejo tenga una envergadura importante, mas si se considera que, salvo previsión en contrario, el plazo de diez días para ejercer la preferencia comienza a correr desde la fecha de recepción de la comunicación (Art. 974). Si se piensa en los mega emprendimientos, esta imposición puede incluso considerarse una condición de cumplimiento imposible, excesivamente onerosa o que afecta de un modo grave las libertades del propietario (Art. 344).

Aún en el caso que se contemple en el reglamento una cláusula preferencial, no se puede impedir la libre transmisión. La facultad de transmitir es un principio esencial, por lo que limitarla de esta manera implica desnaturalizar el derecho, salvo en los límites en que la ley y las circunstancias fácticas lo permiten.

Tampoco existe respuesta legal si varios propietarios, al recibir la notificación, ejercen la preferencia en forma concurrente. Los jueces serán quienes, en definitiva, resolverán este conflicto; podría decidirse a la suerte, como lo dispone el Art. 1994 relativo a la administración de la cosa común en el condominio, aunque la situación es totalmente distinta o podría solucionarse el escollo siguiendo al derecho español o peruano que otorgan la preferencia a los colindantes, y en caso de concurrencia de colindantes, al primero que ejerció la opción. Sin perjuicio de ello, y si el reglamento no contiene previsión al respecto, esta situación debería regularse en este cuerpo legal para evitar la judicialización.

Tampoco regula el Art. 2085 del CCyC el tipo de acto, contrato o título causal al que se le puede aplicar el derecho de preferencia; y ciertamente no es lo mismo aplicar la cláusula preferencial a una compraventa que a una permuta, una donación, un aporte a una sociedad, una transmisión para la constitución de una renta vitalicia, una dación en pago, una transmisión fiduciaria, etc.. .

Se ha considerado que, en el caso de donación, habrá que fijar un sistema para valuar la propiedad y fijar el monto del derecho de preferencia. En este caso, el pago debe ser al contado y no se puede imponer pagos a plazo porque se vulneraría el derecho de propiedad (Corna).

Cierto es que el Art. 2085 utiliza una expresión poco feliz al referirse al “derecho de preferencia en la adquisición” porque adquisición es un término demasiado amplio que incluye las transmisiones universales o singulares, entre vivos o por causa de muerte y onerosas o gratuitas. Tal magnitud, nuevamente, vulnera el principio de transmisibilidad y parece repugnar a las ideas que el propio codificador propugna en los fundamentos del anteproyecto, donde dice “La regla de la transmisibilidad de los derechos que se consagra presenta particular valía en el ámbito de los derechos patrimoniales”.

Se participa de la opinión que la aplicación de la preferencia en los conjuntos inmobiliarios dependerá de la causa fin y de la causa motivo (la causa del contrato) que el transmitente ha tenido en miras al consentir obligarse. Ante el reclamo por el incumplimiento de la notificación preferencial, deberá acreditar la finalidad de la contratación para desvirtuar su aplicación, siempre entendiendo que el beneficio que otorga la cláusula preferencial es de interpretación restrictiva y solo en casos determinados y calificables como excepcionales puede considerarse que la facultad de disposición inherente a la titularidad dominial se encuentra coartada.

Así por ejemplo, si se trata de un aporte del inmueble que realiza un propietario a una sociedad en la que él o los miembros de su familia son socios, o una donación a los hijos, o una transmisión fiduciaria cuyos beneficiarios y fideicomisarios sean los hijos del fiduciante,

la facultad del beneficiario del pacto parece detenerse. En el derecho español el tanteo previsto es solo aplicable a actos a título oneroso, porque el derecho nace frente a la enajenación en general a terceros ajenos al titular enajenante (venta, permuta, dación en pago), pero no para actos a título gratuito. La extensión de esta facultad a actos a título gratuito afecta abusivamente el régimen general del dominio, sobrepasando la exégesis excepcional del derecho de adquisición preferente.

Sin perjuicio de ello, todos los inconvenientes reseñados pueden ser salvados si el reglamento contempla una regulación adecuada del procedimiento para el ejercicio de la preferencia y de los actos y contratos a los que se aplicará. También parece conveniente prever que una modificación estatutaria futura que privare a los propietarios del derecho de adquisición preferente debe contar con el consentimiento de todos los beneficiarios por ser un derecho individual que se suprime (Art. 2061 del CCyC).

En el título transmisivo de la propiedad es conveniente que el escribano autorizante deje constancia que el enajenante efectuó la oferta de preferencia y el silencio de los beneficiarios. Los efectos meramente personales de la preferencia indican que es el otorgante el que está sometido a una restricción y como tal él asume la responsabilidad de su declaración jurada en la escritura, expresando que realizó las notificaciones pertinentes y que no recibió notificación alguna ejerciendo el derecho de tanteo. Sin perjuicio de ello, en aras de la seguridad jurídica que vela el notariado, parece conveniente solicitar un certificado al consorcio para corroborar el cumplimiento de la oportuna notificación.

.....