

TÍTULO

“SUGERENCIAS PARA UN ADECUADO EJERCICIO DEL DERECHO DE PREFERENCIA”

Autores:

Pablo María CORNA: Doctor en Ciencias Jurídicas por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Profesor Emerito por la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador y de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina y Profesor titular de Derechos Reales de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la Universidad Nacional de la Pampa.

Silvia Yolanda TANZI: Profesora Adjunta Regular de Elementos de Derecho Civil y Obligaciones Civiles y Comerciales de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires. Profesora de Derecho Civil II de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Santiago del Estero. Profesora de Postgrado en Derecho de Daños de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

Carlos Alberto FOSSACECA: Doctor en Ciencias Jurídicas (UCA) y Profesor de la Pontificia Universidad Católica Argentina en “Derecho de las Obligaciones” y “Derecho de Daños”.

I.- INTRODUCCIÓN - II.- CONCEPTO - III.- NATURALEZA JURÍDICA - IV.- QUID DE LOS ACTOS A TÍTULO GRATUITO - V.- SUPUESTO DE SUBASTA - VI.- SANCIÓN - VII.- PLAZO DE OPCIÓN - VIII.- PRESCRIPCIÓN - X.- CONSTITUCIÓN DE DERECHOS REALES DE DISFRUTE - XI.- CONCLUSIONES

DESARROLLO

I.- INTRODUCCIÓN

Uno de los aspectos más destacados que ofrece la regulación de los conjuntos inmobiliarios en el Código Civil y Comercial consiste en haber incorporado la posibilidad de pactar un derecho de preferencia con respecto a la enajenación de las Unidades Funcionales.

En efecto, el artículo 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”¹.

Constituye un tema vinculado al derecho de admisión de nuevos miembros en los conjuntos inmobiliarios, como por ejemplo, clubes de campo, barrios cerrados, etc.

II.- CONCEPTO

El derecho de preferencia, también denominado tanteo en la legislación de las Partidas, consiste en la facultad que goza una persona, denominada beneficiario, de adquirir una determinada unidad funcional ante la contingencia de su transmisión a un tercero. Debe serle ofrecida a este último la posibilidad de pagar lo que hubiese prometido el otro sujeto.

III.- NATURALEZA JURÍDICA

No constituye un ejemplo de un derecho real como lo fuera en las Partidas, derecho vigente en nuestro país anterior a la sanción del Código Civil que fuera redactado por Dalmacio Vélez Sarsfield, amén de no encontrarse enumerado como tal en el artículo 1887².

Por el contrario, resulta ser un derecho personal, conforme surge del artículo 1165³, con características muy peculiares: debe encontrarse previsto en el Reglamento de Propiedad Horizontal Especial. Asimismo, brinda el ius persecuendi al gozar de oponibilidad erga omnes en merito a la publicidad suficiente que adquiere por su incorporación al referido instrumento.

Se trata, en consecuencia, de una hipótesis de ius ad rem si es ejercido dentro del plazo establecido. Tampoco presenta la limitación de cinco años que ha sido establecido en el artículo 1165⁴.

IV.- QUID DE LOS ACTOS A TÍTULO GRATUITO

No cabe dudas que el pacto de preferencia opera respecto a las transmisiones a título oneroso. ¿Debe predicarse igual solución con los negocios a título gratuito?

Como el instituto, objeto de la ponencia, se vincula con el derecho de admisión de nuevos miembros, no existiría ningún obstáculo a que se acuerde, por ejemplo, el ejercicio de preferencia ante el fallecimiento del propietario de la unidad funcional o que se intentase cuando se quiera llevarse a cabo su donación. Es decir, se aplica el derecho de preferencia a

¹ Las palabras en negrita no pertenecen al original.

² **Artículo 1887 del Código Civil y Comercial de la Nación:** “Enumeración. Son derechos reales en este Código: a) el dominio; b) el condominio; c) la propiedad horizontal; d) los conjuntos inmobiliarios; e) el tiempo compartido; f) el cementerio privado; g) la superficie; h) el usufructo; i) el uso; j) la habitación; k) la servidumbre; l) la hipoteca; m) la anticresis; n) la prenda”.

³ **Artículo 1165 del Código Civil y Comercial de la Nación:** “Pacto de preferencia. Pacto de preferencia es aquel por el cual el vendedor tiene derecho a recuperar la cosa con prelación a cualquier otro adquirente si el comprador decide enajenar-la. El derecho que otorga es personal y no puede cederse ni pasa a los herederos. El comprador debe comunicar oportunamente al vendedor su decisión de enajenar la cosa y todas las particularidades de la operación proyectada o, en su caso, el lugar y tiempo en que debe celebrarse la subasta. Excepto que otro plazo resulte de la convención, los usos o las circunstancias del caso, el vendedor debe ejercer su derecho de preferencia dentro de los diez días de recibida dicha comunicación. Se aplican las reglas de la compraventa bajo condición resolutoria”.

⁴ El artículo 1165 del Código Civil y Comercial de la Nación ha sido transcrito en la nota anterior.

las transmisiones a título gratuito, ya sea mortis causa o inter vivos. Por razones de equidad, en el supuesto de una donación se debería indemnizar al donante o al donatario porque se habría configurado un enriquecimiento sin causa para el beneficiario. El Reglamento de Propiedad Horizontal Especial debería fijar el sistema de valuación del bien, método que no debe ser abusivo. En caso que no estuviera establecido, y no haya acuerdo entre las partes, lo deberá fijar el juez.

V.- SUPUESTO DE SUBASTA

En la hipótesis del acápite y esté establecido el derecho de preferencia en el Reglamento de Propiedad Horizontal Especial, como éste tiene por objeto controlar el derecho de admisión, el juez deberá hacer constar en el edicto la existencia de esta facultad.

Al beneficiario, previamente notificado, sólo le será posible ejercer su derecho de preferencia en dicho acto, al terminar el mismo.

VI.- SANCIÓN

En el supuesto de omitirse la notificación de la eventual transferencia al beneficiario, ésta le será inoponible. Reiteramos, estamos frente a una causal de inoponibilidad y no de nulidad: la enajenación será válida entre partes y respecto de terceros.

Sin embargo, si el beneficiario quisiese adquirir para sí la unidad funcional, debería retrotraerse la enajenación practicada.

Los derechos reales y personales constituidos por los posteriores sub adquirentes también se tornan objeto de la declaración de inoponibilidad en virtud de la imposibilidad de argüir desconocimiento del Reglamento de Propiedad Horizontal Especial. Deben, por lo tanto, soportar los efectos de oponibilidad del derecho de preferencia.

Le convendrá al beneficiario proceder a la anotación de Litis como medida cautelar.

Además, cabe que el beneficiario interponga una acción resarcitoria por los daños ocasionados.

El escribano autorizante en orden a evitar el conflicto apuntado y no incurrir en responsabilidad profesional deberá dejar constancia de haberse efectuado la oferta de preferencia y la negativa o el eventual silencio de los beneficiarios.

VII.- PLAZO DE OPCIÓN

Se torna lamentable que el legislador no haya previsto este punto.

El lapso que debe ser consignado en el Reglamento de Propiedad Horizontal Especial debe ser breve en aras de no perjudicar el tráfico inmobiliario.

Sugerimos de lege data un lapso no mayor de diez días atendiendo al empleo de la analogía en el artículo 1165⁵ aplicable al pacto de preferencia en materia del contrato de compraventa.

Por último, indicamos que se trata de una hipótesis de caducidad convencional.

VIII.- PRESCRIPCIÓN

No se ha determinado ningún lapso especial de prescripción liberatoria para el ejercicio de la acción de inoponibilidad en esta hipótesis. No cabe invocar el artículo 2562, inciso f⁶, en atención a que no se configura el fraude que requiere la norma legal citada.

Consecuentemente, este supuesto se encuentra regido por el artículo 2560⁷, que establece un plazo genérico de cinco años.

Le será difícil al Consorcio, eventual sujeto beneficiario, alegar el desconocimiento de la enajenación en virtud de que debe serle comunicado tales acontecimientos y, también, se torna muy difícil que pueda solicitar eficazmente la dispensa de la prescripción liberatoria cumplida (artículo 2550⁸). No cabe extender este razonamiento a un copropietario beneficiario quien le cabe argüir su carencia de conocimiento y petitionar la mentada dispensa.

IX.- SANEAMIENTO

Cualquier adquirente puede sanear la ineficacia haciendo la oferta en forma posterior a su adquisición del derecho real de propiedad horizontal especial.

X.- CONSTITUCIÓN DE DERECHOS REALES DE DISFRUTE

En el caso de constituirse derechos reales de disfrute y aún en el supuesto de anticresis, le resulta posible al beneficiario ejercer su derecho de preferencia.

XI.- CONCLUSIONES

- El derecho de preferencia resulta ser un caso de derecho personal, más exactamente, un supuesto de ius ad rem.
- Se torna oponible *erga omnes* a razón de su publicidad en el Reglamento de Propiedad Horizontal Especial.

⁵El artículo 1165 del Código Civil y Comercial de la Nación ha sido transcrito en la nota **nro 3**.

⁶ **Artículo 2562, inciso f, del Código Civil y Comercial de la Nación:** “Plazo de prescripción de dos años. Prescriben a los dos años:... f) el pedido de declaración de inoponibilidad nacido del fraude.”

⁷ **Artículo 2560 del Código Civil y Comercial de la Nación:** “Plazo genérico. El plazo de la prescripción es de cinco años, excepto que esté previsto uno diferente en la legislación local”.

⁸ **Artículo 2550 del Código Civil y Comercial de la Nación:** “Requisitos. El juez puede dispensar de la prescripción ya cumplida al titular de la acción, si dificultades de hecho o maniobras dolosas le obstaculizan temporalmente el ejercicio de la acción, y el titular hace valer sus derechos dentro de los seis meses siguientes a la cesación de los obstáculos. En el caso de personas incapaces sin representantes el plazo de seis meses se computa desde la cesación de la incapacidad o la aceptación del cargo por el representante. Esta disposición es aplicable a las sucesiones que permanecen vacantes sin curador, si el que es designado hace valer los derechos dentro de los seis meses de haber aceptado el cargo”.

- El derecho de preferencia se aplica a las transmisiones a título gratuito, ya sea mortis causa o inter vivos y aún en caso de subasta.
- El beneficiario de la preferencia podrá requerir la declaración de inoponibilidad de la transmisión si se omitió su comunicación y la acción resarcitoria pertinente.
- La pretensión de la declaración de inoponibilidad se encuentra sujeto al plazo genérico de cinco años que determina el artículo 2560 del Código Civil y Comercial de la Nación.
- Si no se ha establecido un plazo para ejercer la opción de preferencia en el Reglamento de Propiedad Horizontal Especial, debe entenderse que es de diez días en atención a la aplicación analógica del artículo 1165 del Código Civil y Comercial de la Nación que disciplina el pacto de preferencia en materia de contrato de compraventa.
- Cualquier adquirente puede sanear la ineficacia haciendo la oferta en forma posterior a su adquisición del derecho real de propiedad horizontal especial.
- En el caso de constituirse derechos reales de disfrute y aún en el supuesto de anticresis, le resulta posible al beneficiario ejercer su derecho de preferencia.