

Castro Hernández, Manuel H.; De Garay Lanús, Ignacio

Condominio

Facultad de Derecho

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central “San Benito Abad”. Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor y de la editorial para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Castro Hernández, M. H, De Garay Lanús, I. (2012). Condominio [en línea]. En *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*. Buenos Aires : El Derecho. Disponible en:

<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/condominio-castro-hernandez-garay-lanus.pdf> [Fecha de consulta:.....]

(Se recomienda indicar al finalizar la cita la fecha de consulta. Ej: [Fecha de consulta: 19 de agosto de 2010]).

CONDOMINIO

MANUEL H. CASTRO HERNÁNDEZ E IGNACIO DE GARAY LANÚS

Este derecho real no sufre cambios radicales sobre el Código de Vélez, en razón de lo cual, su aplicación en los hechos no habrá de producir dificultades mayores, como tampoco resultan de un estudio preliminar, que es el propósito de estas observaciones.

Por cierto se deja a salvo –luego se encarará– la inexistencia del condominio por confusión de límites, tema en el que se adelanta aquí nuestra divergencia.

Es así que en los fundamentos del Anteproyecto que ha pasado a la consideración legislativa se afirma el mantenimiento de la terminología actual, y la mayor parte e los criterios de Vélez Sarsfield. Por tanto nuestra opinión general sobre el modo de encarar el condominio es favorable, y algunos aspectos han ganado en precisión y no merecen críticas sustanciales, lo que no implica que hayan de señalarse algunas observaciones en los aspectos que podrán o no ser tomados en cuenta, y que no atacan en lo sustancial lo que este Anteproyecto aporta a nuestra juridicidad.

Es así que la definición que brinda el nuevo artículo 1983, en consonancia con la menor cantidad de artículos del título (solo 31 en lugar de los actuales 82), es similar a la que contiene el actual artículo 2673. La primera frase se muestra como fruto de mayor precisión en las palabras empleadas, pues aclara antes que nada que la propiedad recae sobre una cosa, en lugar de señalar, como ahora, primero la pertenencia a varias personas. Es mejor, pero no se innova sustancialmente. En cambio, tiene un agregado de importancia sobre la igualdad de las partes, salvo disposición legal o del origen, lo cual, en la redacción de Vélez recién surge del art. 2708 y lo hace indirectamente refiriéndose a valores y dentro del capítulo dedicado a la administración.

Las aplicaciones subsidiarias (salvo ley o convención) lo son a las comuniones de derechos reales u otros bienes, con lo que el actual artículo 2674 está suprimido, y la aplicabilidad de las normas del condominio surge clara para tales comuniones, con las mencionadas salvedades.

Por lo demás, erigen las normas relativas al dominio en normas supletorias, en la parte final del nuevo artículo 1984.

En ambos casos nos parecen acertadas las respectivas normas tomadas como supletorias.

De inmediato, el nuevo artículo 1985 se refiere al destino de la cosa que surge de la convención, de su naturaleza o del uso que tenía de hecho. Es entonces preferible su tratamiento dentro de estas *disposiciones generales* (capítulo I), y no como lo es el régimen vigente, dentro de la indivisión forzosa (capítulo II), en el artículo 2713.

El Anteproyecto, en su artículo 1986, dentro de las mismas *disposiciones generales* se refiere al uso y goce de la cosa, respetando su destino, sin deteriorarla ni obstaculizar los análogos derechos de los restantes condóminos. Esto queda establecido claramente, en lugar de las actuales disposiciones que, para llegar a análogos resultados deben deducirse *a contrario sensu*, de prohibiciones contenidas en los artículos 2681 y 2681, y solo afirmativamente en el artículo 2684. Es este un ejemplo más de lo que hemos afirmado sobre la positiva disminución del número de normas ahora propuesto y, es

necesario subrayarlo, de la existencia de este capítulo I que contiene disposiciones generales, que por eso mismo tienen aplicación salvo las apuntadas excepciones.

Es elogiable que dentro de ese capítulo I se traten los convenios de uso y goce y los de uso y goce excluyente (arts. 1987 y 1988), posibilitando claramente que puedan recaer sobre determinadas partes materiales, y también que el uso y goce excluyente en medida mayor o calidad distinta a lo convenido recién da derecho a indemnización los otros condóminos, a partir de la oposición fehaciente de alguno de ellos, y solo a favor de quien notificó su voluntad, y no los restantes.

Se pasan a considerar las facultades (de los condóminos) sobre la cuotaparte indivisa, es decir sobre aquello que forma parte de su patrimonio y que, por ende son ahora y en Anteproyecto bien amplias, por cierto. El artículo 1989 del Anteproyecto habla de su enajenación y gravamen sin asentimiento de los restantes y se refiere al derecho de sus acreedores a embargarla y ejecutarla sin esperar el resultado de la partición, **que les es inoponible**. Se ha realizado una feliz síntesis de los actuales artículos 2676 y ss. Por lo demás, con acierto, se agrega tal inoponibilidad, y el acrecentamiento que supone la renuncia del condómino a los restantes.

El artículo 1990 impide la disposición material o jurídica de la cosa o parte de ella, y abre tal posibilidad con el acuerdo de todos, de acuerdo con el actual artículo 2680. Sin embargo, el mencionado artículo 1990 posibilita a cada condómino efectuar reformas necesarias y útiles, a su costa en este último caso. En cuanto a los gastos, el artículo 1991 sostiene que cabe el reembolso en caso de gastos de conservación y de mejoras necesarias, tanto en su totalidad cuanto lo pagado por exceso, impidiéndole la liberación mediante la renuncia al derecho, con lo que deroga el actual artículo 2685 *in fine*, y concordando con lo dispuesto por el artículo 18 de la ley 13.512 de Propiedad Horizontal. El artículo 1991 hace correr intereses *ipso iure* desde la fecha de pago – lo que no está claro en el actual artículo 2686. En cambio, parece derogado el derecho de retención que reconoce esa norma en el Código actual.

Tocante al artículo 1992, se está reproduciendo el actual artículo 2687, lo que no podría ser de otro modo si tomamos en cuenta el tradicional concepto de *obligación* como vínculo jurídico entre acreedor y deudor (*obligatio est juris vinculum quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei secundum nostrae civitatis jura*¹) conservando el derecho a reembolso que ya tenía el artículo 2687. El artículo 1992 es igual en cuanto a la división igualitaria si no hay expresión de cada porcentual ni estipulación solidaria. Se observa que el artículo 1992 resume en esa única norma dos del actual (arts. 2687 y 2688).

La administración de la cosa común se resuelve en tres artículos (1993/5). En el primero están las causas para poner en administración, y *brevitatis causae*, fuera de una mayor claridad no formulamos observaciones.

El artículo 1994 se dedica al funcionamiento de la asamblea, que debe notificarse con anticipación y fehacientemente y donde las resoluciones se toman por mayoría absoluta según valores de sus partes indivisas y obliga a todos; si empatan: decide la suerte. Cambia la rigurosidad del actual artículo 2705. Queda limitado el derecho a veto que, por imperio de los actuales artículos 2699 y 2703 podía ejercerse simplemente no integrando el quórum de *todos*, consagrada en el Código vigente.

Los frutos se reparten proporcionalmente a las cuotapartes según el nuevo artículo 1995, coincidiendo con los anteriores artículos 2707/8.

1. Justiniano, “Institutas”, Libro 3º, Título 13, “Proemio”.

Partición del condominio

Señala el art. 2698 del Código Civil que: “*Las reglas relativas a la división de las sucesiones, a la manera de hacerla y a los efectos que produce, deben aplicarse a la división de cosas particulares*”. En tal sentido, el mentado Proyecto mantiene la idea originaria del Codificador, sosteniendo en el art. 1996 que rigen en materia de partición del condominio las reglas de la división de la herencia.

En relación al derecho de peticionar la partición, el Anteproyecto en su artículo 1997, mantiene el principio esbozado por Vélez en torno a la facultad de cada condómino de solicitar, en cualquier momento, la división de aquel, tal como lo señala el art. 2692 CC, refrendando que el principio general es el condominio sin indivisión forzosa, salvo los casos legalmente previstos.

Asimismo, se consagra la imprescriptibilidad de la acción de división de condominio, siguiendo la línea trazada por el art. 4017 inc. 3° de nuestro ordenamiento civil.

Resulta lógico que si uno de los condóminos viene a ser con posterioridad propietario de toda la cosa, se entienda que hay partición en tal sentido. La cuestión no admite la menor vacilación, y serán las reglas del dominio las que comiencen a aplicarse.

Condominio con indivisión forzosa temporaria

El artículo 1999 del Anteproyecto fija una regla que no es más que el fiel reflejo de la previsión impuesta por el art. 2693 CC, cuando sostiene que “*los condóminos no pueden renunciar de una manera indefinida el derecho de pedir la división...*”. Del juego de estos artículos, y en igual sentido el artículo 1940 del Anteproyecto de 1998, se desprende la idea de que el condominio no está destinado a durar de por vida, y de alguna manera llevan en su génesis el germen de su defunción.

Siendo este el principio general, no quedan al margen del tratamiento las excepciones que le son propias. Se prevé la posibilidad de convenir por parte de los condóminos la indivisión del condominio, pero siempre atado a un límite temporal. Esto es lo que resuelve el art. 2693 in fine del Código Civil en su redacción actual, al sostener que “*...pero les es permitido convenir en la suspensión de la división por un término que no exceda de cinco años, y de renovar este convenio todas la veces que lo juzguen conveniente*”.

Si bien la estructura resulta semejante, varía el plazo por el cual se puede mantener tal indivisión, ampliándolo el artículo 2000 de cinco a diez años.

Vale recordar en tal sentido que la ley 14.394 en sus arts. 51 a 55 ha previsto la posibilidad de imponer una cláusula de indivisión sobre bienes de origen hereditario, estableciendo un plazo similar al fijado en el Proyecto, es decir, de diez años.

Sin embargo, el artículo 5° de la ley de derogaciones (complementaria del mentado Anteproyecto) dispone la derogación de la ley 14.394. Vale resaltar que en los Fundamentos del Anteproyecto se guarda silencio en torno al motivo de tal derogación.

La cuestión pasa a tratarse en el Libro Quinto (De la transmisión de derechos por causa de muerte), Título VI (Del estado de indivisión), Capítulo 2 (Indivisión forzosa), en los arts. 2330 a 2334.

Las previsiones del artículo 51 ley 14.394 se mantienen conforme el artículo 2330 del Anteproyecto (Indivisión impuesta por el testador), con el agregado de que tal cláusula de indivisión puede recaer sobre un bien determinado del testador, un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero, o cualquier otro que constituya una unidad económica, y sobre las “*...partes sociales, cuotas o acciones de la sociedad de la cual es principal socio o accionista...*”.

En torno a lo previsto por el artículo 52 ley 14.394, se mantiene la idea originaria en el artículo 2331 (Pacto de indivisión), incorporando a aquel las ideas del artículo 54 de la mentada ley, que gira en torno a la publicidad del pacto de indivisión, sosteniendo que el mismo debe ser inscripto en el respectivo registro si se trata de bienes registrables a los fines de su publicidad.

Uno de los cambios más significativos en torno a la cuestión bajo análisis la constituye la disposición del artículo 2332, bajo el rótulo “Oposición del cónyuge”.

En la primera parte de la redacción mantiene la posibilidad que se le otorgaba al cónyuge supérstite de peticionar la indivisión por un máximo de hasta 10 años sobre cualquier establecimiento de los enumerados siempre que hubiese formado parte de este, bastando que haya participado activamente en su explotación, ampliando así el ámbito protectorio al cónyuge supérstite. A ello se le agrega, en consonancia con el art. 2330, la posibilidad de extender tal indivisión sobre las cuotas, partes o acciones de una sociedad.

El plazo establecido puede ser prorrogado judicialmente a petición del cónyuge supérstite, y extenderlo hasta el momento de su fallecimiento.

A ello, se agrega que tal indivisión será viable siempre y cuando ese establecimiento o las distintas partes, cuotas o acciones societarias puedan serle adjudicados en su lote al momento de la partición.

Se mantiene el régimen de la administración, otorgando aquella al cónyuge sobreviviente. Lo mismo ocurre en caso de que por causas graves o de manifiesta utilidad económica se peticione el cese de la indivisión judicialmente. En tal caso será el juez quien, previa evaluación de la situación planteada, decidirá sobre la suerte de la misma.

Por último, y torno la posibilidad de solicitar que la casa habitación que ha constituido el hogar conyugal y residencia habitual de los cónyuges al fallecimiento del causante sea excluida de la partición, se mantiene su base aunque con el agregado de que en caso de que la misma pueda ser adjudicada en lote al cónyuge sobreviviente, tal petición no tendrá asidero. A más, si los herederos demostrasen que el cónyuge sobreviviente dispone de otros bienes que puedan procurarle vivienda suficiente para sus necesidades, aquellos podrán solicitar el cese de la indivisión.

A su vez, el heredero que encontrándose en circunstancias similares a las reseñadas en precedentemente, puede oponerse a la inclusión en la partición de aquel establecimiento que constituye unidad económica, debiendo acreditar que ha participado activamente en la explotación de la empresa con anterioridad a la muerte del causante.

El artículo 2334 es un reflejo de lo establecido en el artículo 55 de la ley 14.394, con el agregado de que los acreedores del causante podrán hacer valer sus créditos contra los bienes indivisos.

En relación a la denominada partición nociva, el artículo 2001 mantiene la base establecida en el artículo 2715 *in fine* del Código Civil, mas con un coto temporal que no puede exceder de los cinco años, renovable solamente una vez. Las causales establecidas para peticionar tal indivisión, si bien no estaban enumeradas expresamente en el artículo 2715, son aquellas que doctrinaria y jurisprudencialmente se aceptaban como válidas para justificar la misma.

Por su puesto, si mediere causa grave que justifique la petición de adelantar la partición, el juez tendrá aquella facultad previo examen de la cuestión tal como lo prevé, con buen tino, el artículo 2002.

Tanto en el caso en que se pacte una cláusula de indivisión o se anticipe la partición por los motivos expuestos “*ut supra*”, solo producirá efectos frente a terceros desde su inscripción en el registro correspondiente, concordantemente con la previsión general del artículo 2505 de nuestro ordenamiento.

Condominio con indivisión forzosa perdurable

Siguiendo la directriz trazada por el Anteproyecto de 1998 se hace referencia al condominio de indivisión forzosa perdurable y no perpetua, como lo sostiene nuestro ordenamiento actual. La modificación ya había sido loada en su momento por cuanto el condominio, como se dijo, lleva consigo la semilla de su destrucción, y no está destinado a durar eternamente. El condominio tiende a prolongarse en el tiempo sin que ello implique perpetuidad.

Comienza este capítulo refiriéndose al condominio que pesa sobre accesorios indispensables al uso de dos o más heredades y sigue la línea argumentativa trazada por el artículo 2710 del Código Civil.

El uso de la cosa común deberá adecuarse a las necesidades del inmueble al que afecta y sin embarazar con su utilización el igual derecho que los demás condóminos tienen sobre ella.

Condominio sobre muros, cercos y fosos

El Proyecto de Unificación de Código Civil y Comercial elevado al Poder Legislativo incorpora dentro del Libro IV (De los derechos reales), Título IV (Del condominio), Capítulo V (Condominio con indivisión forzosa perdurable), Sección 2ª el condominio sobre muros cercos y fosos, manteniendo la idea originaria que recepta el código velezano.

Continuando con los lineamientos expuestos por el Proyecto del año 1998 en su artículo 1947, comienza realizando una clasificación de los muros tanto desde el aspecto físico como jurídico, nociones que no se encuentran expresamente previstas en el actual régimen del Código Civil. Ya el Anteproyecto de 1954 establecía que *“en esta materia, tan propicia a la discusión en el código vigente, es necesario dar definiciones legales, porque en gran parte los litigios se suscitan por la falta de claridad de las disposiciones en vigor (nota al art. 1592)”*.²

Tal es así que el artículo 2006 del Proyecto se encarga de aportar tales definiciones, introduciendo los conceptos de muro de elevación y el muro enterrado que ya habían sido esbozados por el Anteproyecto de 1998.

Se mantiene vigente la idea del cerramiento forzoso y se establece la obligación de encerramiento en zonas urbanas y aledañas mediante la construcción de un muro o pared de no menos de tres metros de altura, sin especificación en cuanto a su grosor, y con la facultad de construcción encaballada de aquel, como ya lo hace el art. 2725 del ordenamiento actual y que concuerda con las previsiones del art. 1948 del Anteproyecto de 1998.

En relación al régimen de dominio de los muros, el art. 2009 establece el condominio funcional e inmediato en torno al muro de cerramiento forzoso (hasta los tres metros de altura) siguiendo, en alguna medida, aquella tesis expuesta por Tobal, por cuanto el mismo serviría inmediatamente al vecino a los fines de encerramiento. En cuanto al muro de elevación, la adquisición de la medianería por el colindante será viable a través de convención entre las partes o bien por vía de prescripción adquisitiva.

En materia de presunciones, los artículos 2010, 2011, 2012 y 2013 del Anteproyecto mantienen los lineamientos acogidos en el código velezano en cuanto a la titularidad de los muros, la exclusión de estas presunciones y las pruebas que sirven para mantenerlas o desvirtuarlas, en la misma línea por la que trasuntó el mentado Anteproyecto de 1998.

Refiriéndose a lo atinente al cobro de la medianería, establece que quien construyó un muro contiguo tiene derecho al reembolso por parte de su vecino de la mitad del valor del terreno, del muro y sus cimientos, y si el mismo se construyó encaballado, resulta lógico que solo tenga tal derecho sobre el muro y los cimientos, únicamente. Tal previsión no hace más que afirmar lo esbozado por el art. 2736 del Código Civil.

En caso de que encontrarse frente a un muro de elevación o u muro enterrado, el que lo haya construido tiene derecho al reclamo de la mitad del valor de aquel, pero solamente desde que se lo utilice efectivamente. Y el vecino que desee adquirir la medianería sobre aquellos muros, solo la adquirirá tal como esté construida.

Por su puesto que quien pretenda adquirir el muro medianero deberá hacerlo en toda su longitud, mientras que en caso de pretender la adquisición del muro de elevación, lo hará solo en la parte que efectivamente utilice, teniendo en cuenta el valor al momento de la mora, tal como lo sostiene el art. 2736 *in fine* CC, que toma en cuenta el momento de la interposición de la demanda o la constitución en mora.

Un tratamiento particular merece el análisis del momento en el cual comienza a correr el curso de la prescripción adquisitiva. Sostiene el artículo 2018 del Anteproyecto que en caso de encontrar-

2. LAFAILLE, Héctor – ALTERINI, Jorge Horacio, *“Tratado de los derechos reales”*, 2ª Ed. Actualizada y ampliada, Tomo III, Pág. 409, La Ley, 2010.

nos frente a un muro de cerramiento, la misma correrá desde su construcción, y si nos situamos frente a un muro de elevación, la misma comenzará a contar desde su efectiva utilización. Sabido es que la doctrina no ha sido pacífica en torno a esta cuestión, y de allí el mérito del Anteproyecto bajo análisis al establecer expresamente la respuesta a la cuestión planteada. Al margen quedará el análisis del acierto o no de la respuesta.

En cuanto a las facultades materiales que corresponden al condómino, se le permite ejercer todo tipo de construcción mientras la misma no afecte la solidez de aquel muro. Asimismo, puede prolongarlo en altura o profundidad sin que eso dé derecho a indemnización, siendo privativo el nuevo muro en su mayor extensión. Si de tal construcción se deriva perjuicio al otro condómino, este podrá solicitar su restitución al estado anterior.

Todo ello concuerda con las previsiones del art. 2730, 2731 y 2732 CC, que otorgan similares facultades mientras aquellas no importen un ejercicio irregular de ese derecho en consonancia con lo previsto por el artículo 1071 de nuestro ordenamiento.

En materia de reconstrucción del muro, el art. 2020 mantiene la idea plasmada por los arts. 2733 y ss. CC, otorgando la posibilidad de demoler el antiguo muro y construir uno nuevo más alto o más ancho debiendo tomar, quien construye, el excedente de terreno de su fundo. En materia de propiedad y derecho a indemnización, se mantienen las previsiones del código velezano.

En caso de realizarse reparaciones o construcciones en muro medianero, ambos condóminos están obligados a sufragar los gastos de aquello, en proporción a sus derechos sobre este. Así lo prescribe el art. 2021, en la misma sintonía en que lo hace el art. 2722 CC.

El Anteproyecto otorga la facultad al condómino de liberarse del pago de los gastos de conservación de la pared por el mero hecho de renunciar a la medianería, con las excepciones previstas a saber: que dicha pared no sea parte de una construcción que le pertenezca o que dicha reparación no haya sido producto de un hecho suyo, en consonancia con lo dispuesto por el art. 2723 CC.

Sin embargo, si mantiene su derecho sobre el muro de cerramiento, esta facultad abdicativa no correrá respecto del muro de elevación o enterrado.

Tal abdicación implicará, en los términos del art. 2022, el efecto de conferir la titularidad exclusiva del muro a su vecino, en armonía con lo prescripto por el art. 2724 CC.

Va de suyo que quien ha hecho abandono de la medianería, puede siempre volver a adquirirla sufragando los gastos en la forma antes descripta, y así lo sostiene el art. 2023.

El Anteproyecto regula asimismo la cuestión de la medianería en materia rural. Lógicamente se le otorga el derecho de levantar o excavar un muro para cerramiento, aunque no sea en los términos de lo que se ha denominado muro de cerramiento forzoso. Como contrapartida, debe abonar el valor que correspondiere a su vecino si cuando se asentare, su terreno ya se encontrare con un muro construido.

A diferencia con lo dispuesto por el art. 2743 CC, que presume la medianería del muro en fincas rurales, el art. 2025 del Anteproyecto lo eleva a la categoría de medianero desde su construcción, y otorgando a su constructor la facultad de solicitar a su vecino la mitad del valor de la construcción realizada.

Se mantiene asimismo la aplicación subsidiaria de las reglas propias de la medianería urbana en materia rural, tal como lo hacía el art. 2744. Así lo refleja el art. 2026 del Anteproyecto.

Por último, en relación al condominio sobre árboles o arbustos se mantiene la línea trazada por Vélez Sarsfield en el art. 2745 CC, pero con la modificación en torno a la presunción de medianería, la que es reemplazada directamente por su titularidad en caso de encontrarse aquel en cercos o zanjales medianeras, tal como lo prevé el artículo 2027.

Condominio por confusión de límites

Nuestro Código Civil trata el tema en el Capítulo IV del Título en estudio, en diez artículos (arts. 2746 a 2755). Allí encara, en el primero de ellos, la naturaleza jurídica de lo que denomina *condominio por confusión de límites*, reputando condóminos a quienes poseyeren terrenos colindantes con límites confundidos.

Bien ha señalado Lafaille³, que pese a la cita de una Ley de Partida⁴, y de romanistas (Marcadé, Zachariae y Maynz), en verdad la fuente ha sido Freitas (art. 4044), y se establece un condominio de origen legal, ya que no interviene otra voluntad que la ley, pero que carece de perpetuidad; más aún: en su propio texto y el de los artículos siguientes se advierte que está destinado a desaparecer, sea por acuerdo de partes sobre los límites definitivos, sea por decisión judicial dictada en la acción de deslinde, que se reglamenta con detalle en las restantes normas del mencionado capítulo.

Mientras no se establezcan esos límites, la ley dispone que exista entre los linderos ese condominio sobre el que cabe aplicar el artículo 2708, es decir reputándolo de partes iguales con cuya proporción se deben repartir los frutos.

La doctrina en general opina que Vélez pudo haber encontrado un camino más sencillo para el deslinde, sin necesidad de crear un criticable condominio. Sin duda, en el espíritu del Codificador pesaron los antecedentes romanos sobre la *actio finium regundorum* destinada al deslinde en esos casos, es decir determinando límites entre heredades contiguas cuando ellos fueran confusos.

Pero la mencionada acción era –en Roma– como destinada a dividir, con similitudes notorias con los casos de partición de herencia o *actio familiae erciscundae* o a la simple división de cosas comunes, conocida como *actio comuni dividendo*, porque podría dar lugar a una adjudicación efectuada por el juez “en el caso de que no pudiendo fijarse los límites de otra forma, fuese necesario dividir entre los dueños de las dos heredades las partes confundidas” (Salvat)⁵.

Según este último autor, para los romanos la similitud entre las tres acciones que hemos nombrado, “serían para hacer cesar una comunidad de intereses formada por otra causa que una convención entre partes” (circunstancias fortuitas, liberalidades o la ley).

Señala el mismo autor la estrecha vinculación entre las tres acciones, claramente demostrada por los textos sucesivos del Digesto pero, citando a Maynz, es diferente la acción de deslinde que no produce la partición de cosas comunes, sino que se limita a reglar límites confusos. Pero Vélez, pese a la observación de Maynz, adopta la concepción romana que implica la afirmación de que los límites confusos entre heredades contiguas, crea entre los respectivos copropietarios una comunidad especial, a la que Vélez titula *condominio por confusión de límites* dedicándole detalladamente los diez artículos del Capítulo IV⁶.

Existe acuerdo en que el origen del mismo es única y exclusivamente la ley, siendo uno de los supuestos que enumera el artículo 2675 como posible fuente de condominios.

Tanto Salvat, cuanto Lafaille, Bibiloni y los Proyectos de Reformas del Código recogen lo expresado sobre lo artificioso de crear este condominio legal, pues en realidad tenemos dos fundos distintos cuyos límites aparecen simplemente confusos. En la obra de Salvat, ya mencionada, se afirma que la sola existencia de la acción de deslinde sería suficiente, y que el artículo 2755 brinda una solución “que es un medio de zanjar la dificultad que el legislador ha podido adoptar por razones de justicia y equidad...pero que no basta para decir que allí haya habido condominio...(y una vez trazada la línea) la extensión de cada propiedad queda fijada hasta allí como contenido del título de cada propietario”, y de allí cita la concordante opinión de Segovia⁷.

No es propósito aquí el estudiar la detallada normativa del actual Capítulo IV, sino entrever una opinión sobre lo acertado o no del sistema que sigue el Anteproyecto de Código Civil de 2012.

De la normativa actual destacaremos: a) legitimación activa para promover el deslinde en situaciones que se detallan (art. 2749), acotando que le corresponde a todos aquellos titulares de derechos reales sobre un terreno contra el propietario del otro; b) contigüidad y confusión de dos predios

3. Op. cit. Número 1237.

4. Ley 10, Título 15, Partida 6ª.

5. SALVAT, Raymundo M., “*Tratado de derecho civil argentino. Derechos Reales*”, 4ª Edición, 1959, T III N° 1439.

6. SALVAT, Raymundo M., ob cit., N° 1440.

7. SEGOVIA, Lisandro, T. II, Nro 172, afirma “hay dominio incierto respecto de la zona dudosa, que establece una especie de condominio de hecho entre ellas, pero que difiere bajo más de un concepto del verdadero condominio que tiene siempre por objeto *partes ciertas* aunque indeterminadas”.

rústicos, no urbanos⁸, según el art. 2748; c) posibilidad de ejercerla contra el Estado si se trata de un bien de dominio privado (art. 2750); d) la buena fe en la posesión no mejora la posibilidad del que la ejerce (art. 2751); e) proporcionalidad de los gastos del deslinde según la extensión del terreno de cada uno (art. 2752), pero las mejoras de la línea separativa ya existente son comunes; f) el deslinde privado pero con intervención homologatoria del juez y escritura pública, acorde con el art. 1184 del Código actual que exige el cumplimiento de esta forma, está contemplado en el art. 2753; g) la judicial, con agrimensor (art. 2754).

Queda a salvo de la acción de deslinde, y atribuido por el Código a la acción reivindicatoria, cuando los límites son cuestionados o con mojones destruidos según el art. 2747, y allí el accionante intenta que se le devuelva el terreno “en cuya posesión estuviese el otro”. Es decir, aquí habría cuestionamiento y no confusión.

Con una salvedad, que se explicitará *infra*, no hemos encontrado en el derecho comparado ese condominio explicable el Roma, pero poco sustentable en la opinión común. Consideramos una síntesis adecuada la opinión de un autor Venezolano quien afirma: “Entre comuneros – y si se otorga a la reivindicación los efectos normales que se describen en el caso del propietario singular –, la reivindicación representaría una negación virtual de los derechos de los copartícipes. Ello obedece al hecho de que la acción reivindicatoria se dirige a lograr un pronunciamiento judicial que ordena la restitución de la cosa al reivindicante, lo cual, fatalmente, aparejaría la negación del dominio proporcionalmente idéntico de los demás propietarios y la liquidación consecucional de la comunidad. Por este motivo, la doctrina alude el calificativo “reivindicación” a la actividad procesal encaminada, no a forzar la entrega de la totalidad de la cosa al actor, sino al reconocimiento de los límites dentro de los cuales el poder del copropietario demandante ha de coexistir con el dominio ejercido por los copartícipes. Si bien la formulación y el mecanismo de la acción puede coincidir en sus rasgos esenciales con al reivindicatoria reconocida al propietario singular, objetivamente no puede tener otros efectos que los de una acción declarativa de derechos”⁹.

Según parece, entonces, los Códigos que abrevaron en el francés no toman del derecho romano esta figura del condominio, doctrinalmente observable como tal, limitando la situación a las normas que fijan para el deslinde en casos de confusión.

La excepción la encontramos en el Código Civil del Paraguay que, sin duda por su origen en la legislación previa (Código de Vélez) trata en un Capítulo IV (similitud destacable) el *condominio por confusión de límites*, que se reproduce en nota al pie¹⁰.

De las opiniones vertidas, y de la nuestra propia, podemos afirmar que no existen razones valederas para crear en estos casos un condominio por ley, que resulta artificioso e innecesario, pudiendo resolverse los casos que se plantean y que excedan el marco de la acción reivindicatoria, por la vía de una adecuada normativa sobre la acción de deslinde. No se afectaría tampoco la tradición romana de la *actio finium regundorum*, pues el tema se vería tratado autónomamente, pero descartando un condominio que, por definición, carecería del más mínimo consentimiento necesario para crearlo o para ejercer facultades propias de este derecho real, y tampoco recaería, mientras subsiste, sobre las abstracciones intelectuales que implica la existencia de cuotapartes indivisas o ideales que están en la esencia del condominio.

Cabe resaltar una crítica al Anteproyecto que, si bien no recae en su articulado en sí, incumbe a su exposición de motivos. En efecto, nada se dice en ella sobre la supresión de este Capítulo IV, y ello es observable por cuanto no parece baladí la mencionada supresión, abandonando una larga tradición,

8. Los Tribunales interpretan el concepto de rusticidad como *no edificados*, y no por la ubicación geográfica.

9. KAUMMEROW, Gert, “Bienes y Derechos Reales”, Derecho Civil II, 4ª Ed. Caracas 1997.

10. Art.2124.- El propietario de terrenos cuyos límites estuvieren confundidos con los del fundo colindante, repútase condómino con el dueño de este, y tiene derecho para pedir que los límites confusos se investiguen y demarquen. Art.2125.- La acción de deslinde tiene por antecedente indispensable la contigüidad y confusión de dos predios rústicos. Ella no se da para dividir los predios urbanos. Art.2126.- Esta acción compete únicamente a los que tengan derechos reales sobre el terreno, contra el propietario del fundo contiguo. Art.2127.- Puede dirigirse contra el Estado respecto de los terrenos del dominio privado. El deslinde de los fundos del dominio público corresponde a la jurisdicción administrativa.

lo que debió merecer una advertencia que, incluso, hubiera facilitado su estudio e informaría sobre los plausibles motivos que los autores hayan tenido para tomar tal decisión que compartimos.

Encontramos el tema tratado en tres artículos del Anteproyecto (arts. 2266 a 2268)¹¹, en el Libro IV, dedicado a los Derechos Reales, Título XIV (Acciones Posesorias y Acciones Reales), Capítulo 2 (Defensas del Derecho Real), Sección 5ª, titulada “Acción de Deslinde”. El primero de esos artículos, dedicado a la finalidad de esta acción, comienza con los presupuestos que hacen viable la misma. Así: a) inmuebles contiguos; b) estado de sobre la línea divisoria, nunca, reservando la reivindicatoria para este último caso. Sigue con el objeto mismo: fijarla de manera cierta. El cómo hacerlo: a) investigación de títulos y antecedentes; b) demarcación en el terreno. No es difícil relacionarlo con los actuales artículos 2746, 2747 y 2748.

El artículo 2267 otorga similar legitimación activa y pasiva que el actual artículo 12749, y la última parte de aquel reproduce el artículo 2750. Además, el artículo 2268 aclara la importancia de los aportes de las partes, y deja al juez la posibilidad de decidir ponderando esos diversos aportes, y termina facultando al magistrado para sentenciar según, con fundamentos, lo considere adecuado, como lo que le reserva el amplio margen del actual artículo 2755. Se ha limitado la cantidad de normas y evitado, a la vez, el condominio de origen legal de Vélez, adoptando así el camino que transitan la doctrina y legislación comparada actual.

11. ARTÍCULO 2266.- Finalidad de la acción de deslinde. Cuando existe estado de incertidumbre acerca del lugar exacto por donde debe pasar la línea divisoria entre inmuebles contiguos, la acción de deslinde permite fijarla de manera cierta, previa investigación fundada en títulos y antecedentes, y demarcar el límite en el terreno. No procede acción de deslinde sino reivindicatoria cuando no existe incertidumbre sino cuestionamiento de los límites. ARTÍCULO 2267.- Legitimación activa y pasiva. El titular de un derecho real sobre un inmueble no separado de otro por edificios, muros, cercas u obras permanentes, puede exigir de los colindantes, que concurren con él a fijar mojones desaparecidos o removidos o demarcar de otro modo el límite divisorio. Puede citarse a los demás poseedores que lo sean a título de derechos reales, para que intervengan en el juicio. La acción puede dirigirse contra el Estado cuando se trata de bienes privados. El deslinde de los bienes de dominio público corresponde a la jurisdicción administrativa. ARTÍCULO 2268.- Prueba y sentencia. Cada una de las partes debe aportar títulos y antecedentes a efectos de probar la extensión de los respectivos derechos, en tanto el juez debe ponderar los diversos elementos para dictar sentencia en la que establece una línea separativa. Si no es posible determinarla por los vestigios de límites antiguos, por los títulos ni por la posesión, el juez debe distribuir la zona confusa entre los colindantes según, fundadamente, lo considere adecuado.