

Publicación: Revista de Derechos Reales

Fecha: 16-03-2015

Cita: IJ-LXXVII-108

### Derecho de preferencia en la venta de lotes en los conjuntos inmobiliarios en el Código Civil y Comercial Unificado

Dr. Pablo María Corna

El propietario de una unidad funcional en los conjuntos inmobiliarios tiene la facultad de usar gozar y disponer de acuerdo a las disposiciones de la ley y del Reglamento de propiedad horizontal especial.

En consecuencia puede disponer de su unidad funcional libremente, enajenarla, constituir derechos reales de disfrute y garantía, con las limitaciones impuestas por el art. 2085: “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”.

El reglamento de propiedad horizontal especial puede establecer un derecho de preferencia a favor del consorcio o a favor de los propietarios de las partes privativas. El primer problema a plantear es determinar cuál es la naturaleza del derecho de preferencia ¿Es un derecho real o personal?, el no cumplimiento de la comunicación de la venta para que pueda ejercerse el derecho de preferencia, ¿produce la nulidad del acto jurídico, o le es inoponible a los perjudicados?.

Primeramente hay que destacar que el derecho de preferencia debe estar establecido en el reglamento de propiedad horizontal especial. Otra falla de la ley es que no establece plazo para su ejercicio, por lo que deberá establecerlo el reglamento, el que debe ser breve para no trabar el tráfico inmobiliario. Creemos que un plazo adecuado sería no mayor que el de diez días. El reglamento puede fijar un plazo mayor, pero este no debe ser excesivo, sino sería abusivo. Recordemos que el art. 1165 dispone para el pacto de preferencia en la compraventa dicho plazo, salvo pacto en contrario que surja de la convención, de los usos o de las circunstancias del caso.

En cuanto la naturaleza jurídica del derecho de preferencia entiendo que es un derecho personal con oponibilidad a terceros, por encontrarse inserto en el reglamento de propiedad horizontal especial. Apoya esta tesis el artículo 1165 del nuevo ordenamiento legal que establece en dicha norma que “El derecho que otorga es personal y no puede cederse ni pasa a los herederos”.

Si se viola dicho pacto, el acto es inoponible con respecto al consorcio o a los beneficiarios al ejercicio. ¿Qué plazo tienen él o los beneficiarios para demandar la inoponibilidad? Opino que deben de ejercer el derecho de preferencia dentro del plazo fijado para su ejercicio. Si el enajenante y adquirente no comunicaron la enajenación, una vez conocido el acto por los beneficiarios deben comunicar la decisión de ejercerlo dentro del plazo establecido en el reglamento, el que es de caducidad. Ejercida la preferencia juegan los artículos 2562 inciso f y 2563 inciso f, por ser un fraude a los beneficiarios del derecho y deberán demandar la declaración judicial de inoponibilidad. Le convendrá al beneficiario proceder a la anotación de Litis como medida cautelar.

Declarada la inoponibilidad deberá el beneficiario depositar el precio de transmisión, el juez dejará sin efecto la escritura de transmisión atacada y realizarse la nueva escritura y mandará poner en posesión al beneficiario.

Corresponde en cada transmisión que el escribano autorizante deje constancia de haberse efectuado la oferta de preferencia y el silencio de los beneficiarios a los efectos de evitar responsabilidad profesional.

¿Qué pasa si se realiza actos para violar el derecho de preferencia? Ejemplo de ello podría ser constituir primero usufructo y luego enajenarle la nuda propiedad al beneficiario del usufructo. Otro supuesto podría ser aparentar una donación. Deberán aplicarse las acciones de simulación o de fraude.

También podría encontrarnos con actos lícitos como el deseo del padre de donar la nuda propiedad al hijo y reservarse el usufructo. ¿Corresponde aplicar el derecho de preferencia?

En caso de ejecución forzada ¿rige el derecho de preferencia? Estaríamos frente a una venta condicional, mientras se encuentre vigente el plazo para ejercer la preferencia. En la subasta y en el edicto se deberá dejar constancia de la existencia del derecho de preferencia.

En caso de donaciones, ¿cómo opera el derecho de preferencia? Habrá que fijar un sistema para valorar la propiedad para fijar el monto del derecho de preferencia. Entendemos que el pago debe ser inmediato y no se puede imponer pagos a plazo porque se vulneraría el derecho de propiedad.

Si los beneficiarios han hecho uso del derecho de preferencia, ¿puede retractarse el vendedor? Debemos ver primero si el reglamento de propiedad horizontal contempla tal posibilidad. En caso que no esté contemplado dicha posibilidad debemos recurrir a lo establecido en materia contractual en el nuevo ordenamiento.

El art. 998 en materia de los efectos en los contratos sujeto a preferencia establece: El otorgante de la preferencia debe dirigir a su o sus beneficiarios una declaración, con los requisitos de la oferta, comunicándole su decisión de celebrar el nuevo contrato, en su caso

de conformidad con las estipulaciones del pacto. El contrato queda concluido con la aceptación del o de los beneficiarios. Por lo tanto aceptado por el consorcio o los beneficiarios la oferta de preferencia queda celebrada la venta a favor de los titulares de dichos derechos, salvo que el reglamento de copropiedad permita la retracción por parte del vendedor.

Como la aceptación o conformidad debe darla él o los beneficiarios en forma fehaciente o tácita, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 999: El contrato cuyo perfeccionamiento depende de una conformidad o de una autorización queda sujeto a las reglas de la condición suspensiva.

Pero en cambio, si se ha hecho la tradición traslativa de dominio antes de vencer el plazo y sin conformidad del beneficiario, jugaría el artículo 1168 y la venta sería bajo condición resolutoria. Art. 1168: "Venta condicional. Presunción. En caso de duda, la venta condicional se reputa hecha bajo condición resolutoria, si antes del cumplimiento de la condición el vendedor hace tradición de la cosa al comprador".