

**EL DERECHO DE USAR PAREDES Y AZOTEAS DE UN EDIFICIO
PARA PUBLICIDAD**

(Formas que puede adoptar: ¿derechos reales o personales?)

por

Luis MOISSET de ESPANÉS

SUMARIO:

- I.- Introducción
 - II.- Distintas formas de este derecho:
 - a) Derechos personales
 - b) Derechos reales
 - c) Derecho a favor de una de las unidades
 - III.- Duración del derecho
 - IV.- Conclusiones
-

I.- Introducción

Deseamos aclarar en primer lugar que el trabajo ha sido elaborado tomando principalmente en consideración el derecho argentino, pero como en estos temas hay estrecho contacto con el derecho vigente en Perú, hemos procurado señalar las concordancias que existen entre uno y otro ordenamiento jurídico, que pueden brindar soluciones similares al problema que se enfoca en este estudio.

Las características de la vida moderna, sometida en muchos aspectos a la presión masiva de la publicidad en sus diversas formas, ha hecho frecuente que en las ciudades se celebren contratos por los cuales se concede la facultad de

usar con fines de propaganda las paredes o la azotea de los edificios. Como las facultades de uso de la cosa son parte integrativa de varios derechos reales (el dominio y sus desmembraciones), y también pueden surgir de contratos que sólo hacen nacer derechos personales (por ejemplo arrendamiento o comodato); las partes tienen pues diferentes caminos para satisfacer sus intereses, y pueden optar por el que consideren más conveniente, de conformidad al contenido que la ley fija para cada una de esas figuras. El problema suele plantearse cuando los títulos son confusos, y no han especificado con claridad el tipo de derecho que se constituyó, lo que motiva luego controversias interpretativas, que deben ser dirimidas ante los estrados de la justicia.

El elevado valor económico que ha adquirido este "derecho de usar" los edificios con fines publicitarios ha sido advertido por los empresarios, en especial por aquéllos que hacen de la construcción y venta de "propiedades horizontales" una actividad netamente comercial, y han comprendido que aún después de fraccionado el edificio, y enajenadas todas las unidades, la sola reserva del "derecho de publicidad", continúa otorgándoles durante plazos bastante extensos pingües beneficios.

Como en la práctica el reglamento de copropiedad y administración suele ser redactado por la empresa constructora antes de enajenar las unidades ¹, le resulta muy fácil incluir en ese instrumento cláusulas de "reserva" del mencionado derecho de uso a los fines publicitarios, que en un primer momento no suelen ser advertidas por los adquirentes, que tienen en

¹.En Argentina el Decreto reglamentario de la ley de propiedad horizontal lleva el N° 18.734/69.

El primero de sus artículos prevé que el Reglamento de copropiedad puede también "ser redactado e inscripto en los registros públicos por toda persona, física o ideal, que se disponga a dividir horizontalmente en propiedad - conforme al régimen de la ley 13.512- un edificio existente o a construir...".

mira primordialmente el conseguir un techo que les sirva de vivienda.

Con el correr del tiempo, cuando ya han sido vendidas todas las unidades, y el consorcio ha adquirido fisonomía propia, no falta alguno de sus integrantes que note la importancia económica que tiene el "derecho de uso" que se ha concedido, que permitiría atender con su producido buena parte de los gastos comunes. Se plantean entonces los primeros conflictos con el concesionario, pues el reglamento -a veces sin mala intención, pero en otros casos para disfrazar la dimensión que puede alcanzar esa "reserva de uso a los fines publicitarios"- no contiene menciones precisas de las características del derecho que surgía de esa cláusula contractual, sin preocuparse por distinguir si era un derecho real, o un derecho personal, cuando lo prudente y correcto hubiese sido determinar si se trataba de una servidumbre, de un usufructo limitado -que con más propiedad debería denominarse uso-, o si la facultad de usar surgía de un arrendamiento, o de un comodato, especificando en tales casos la duración del derecho.

Algún autor argentino, como Palmiero ², considera inadmisibles esas cláusulas de reserva, introducidas en el reglamento por el propietario vendedor, por entender que son incompatibles con el régimen legal al que voluntariamente se somete. Se trata de una afirmación demasiado absoluta, y que no existen inconvenientes legales para que el enajenante constituya a su favor algunos derechos, siempre que su actuar no caiga en el terreno de lo abusivo ³.

². Tratado de la propiedad horizontal", ed. Depalma, Buenos Aires, 1974, p. 248.

³. Código Civil argentino, artículo 1071, y Artículo II del Título Preliminar del Código peruano de 1984.

II.- Distintas formas de este derecho

a) Derechos personales

Hemos dicho ya que la "facultad de uso" puede concederse como derecho personal, y también como derecho real. La forma elegida va a tener consecuencias prácticas importantes, tanto respecto a su ejercicio como a su duración.

Los derechos personales son, por su naturaleza, temporales y están destinados a tener una vida efímera; el codificador ha querido poner un límite, para evitar que las facultades del propietario se vean tan restringidas que la cosa desmerezca en su valor. Así, si se tratase de un arrendamiento, jamás podría establecerse por un plazo superior a los 10 años⁴. Conviene releer la nota con que Vélez Sársfield ilustró esa disposición, donde explica los inconvenientes económicos y sociales de locaciones más prolongadas, que las convertirían en verdaderos derechos reales sobre la cosa ⁵.

La concesión podría asumir también la forma de un préstamo gratuito de uso, hipótesis en la cual se regiría por las normas del contrato de comodato.

Estos derechos personales de uso no se extinguen por muerte del acreedor, sino que se transmiten a sus sucesores; podrían también ser cedidos por actos entre vivos.

⁴. Ésa es la duración máxima fijada en el derecho argentino por el artículo 1505 del Código civil, y en el derecho peruano por el 1688.

⁵. Nota al artículo 1505 del Código civil argentino: " ... Un arrendamiento hace siempre que la cosa no se mejore, y cuando fuese de treinta, cuarenta, o noventa años, sería sumamente embarazoso para la enajenación de las cosas, y para su división entre los diversos comuneros, que por sucesión viniesen a ser propietarios de la cosa. Tanto por una razón de economía social, como por no impedir la transferencia o enajenación de las cosas, o por no embarazar la división en las herencias, hemos juzgado que no debían permitirse los arrendamientos que pasen de diez años. El Derecho romano y el español daban al arrendamiento de más de diez años el carácter de usufructo, y así en verdad venía a ser por la necesidad de dar al arrendatario un derecho real, desde que debía suponerse que los dueños de la cosa arrendada serían muchísimas personas, en los arrendamientos de treinta o cuarenta años".

Por su parte el consorcio propietario del edificio tiene la ventaja de que una vez extinguida la relación contractual se encuentra en libertad de disponer de la cosa como mejor le convenga.

b) Derechos reales

El derecho real que más se adecua a las facultades que se desean otorgar es el "derecho de uso", aunque a veces en el reglamento de algún consorcio, o en la doctrina se ha hablado de "usufructo".

El usufructo reúne en sí la plenitud de las facultades de "goce y uso" de la cosa ⁶; el uso, en cambio, en nuestro sistema jurídico, es un "usufructo limitado" ⁷, por el cual se otorgan solamente algunas facultades de uso o de goce, que son aquéllas que específicamente se mencionan en el título constitutivo del derecho, como lo prevé expresamente el artículo 2052 del Código Civil argentino ⁸. En el Código peruano no encontramos una disposición similar, pero no tenemos dudas de que las facultades del usuario deben ser establecidas en el título que sirve para constituir ese derecho.

Pues bien, por lo general es el reglamento de copropiedad el que, en alguno de sus artículos, fija el contenido de este "uso para publicidad", determinando la cosa sobre la cual se ejercita, y los modos de ejercicio de la facultad. Esa norma es la que sirve de título al derecho y, además, tiene

⁶. ver artículo 2507 del Código civil argentino y 999 del Código civil peruano.

⁷. ver artículo 1026 del Código peruano y 2948 del Código argentino.

⁸. "Art. 2952 (Código civil argentino).- El uso y el derecho de habitación son regidos por los títulos que los han constituido, y en su defecto por las disposiciones siguientes".

las formas requeridas para la constitución de un derecho real, ya que el reglamento debe efectuarse por escritura pública ⁹.

El derecho recaerá sobre "cosa ajena", pues las paredes y la azotea son cosas comunes, que pertenecen al consorcio, y el usuario suele ser la empresa constructora, o algún particular, que son personas distintas al consorcio.

Ahora bien, si las partes eligen la forma de este derecho real, deberán también sujetarse a la regulación del código, que dispone que se trata de un derecho "vitalicio"¹⁰, que durará tanto cuanto viva el "usuario", pero que a su muerte no podrá transmitirse a sus herederos.

Además, si el "uso" se hubiese establecido a título gratuito, no podría cederse, ni locarse ¹¹.

Finalmente, parecería que también es posible acudir a la figura de las "servidumbres reales", constituyendo el beneficio a favor de un fundo dominante, que se vería beneficiado con el uso del inmueble ajeno. Incluso en este caso podría pensarse en un derecho "perpetuo", ya que las servidum-

⁹. En Argentina el punto está previsto en el artículo 9 de la ley 13.512, que dispone:

"Al constituirse el consorcio de propietarios, deberá acordar y redactar un reglamento de copropiedad y administración, por acto de escritura pública que se inscribirá en el Registro de la Propiedad. ...".

¹⁰. Así lo dispone el artículo 2822 del Código civil argentino para el usufructo, norma que es aplicable también al uso, en virtud de lo previsto en el artículo 2969, que prevé que "lo dispuesto sobre la extinción del usufructo se aplica igualmente al uso".

El Código civil de Perú no ha establecido de manera expresa el carácter vitalicio del usufructo, uso y habitación, pero la doctrina se inclina en ese sentido (ver Max ARIAS SCHREIBER y otros: "Exégesis del Código Civil Peruano de 1984", Tomo V, Derechos Reales, Gaceta Jurídica Editores S.R.L., Lima, 1998, p. 157 y 163, tomando especialmente en consideración el inc. 4 del artículo 1021, que prevé que el usufructo se extingue por la muerte del usufructuario.

¹¹. En el derecho argentino la solución está expresamente consagrada en el artículo 2059 del Código Civil.

bres reales, por definición, pueden serlo ¹². Sin embargo, pensamos que por sus características, este derecho de "uso a los fines publicitarios", no puede ser objeto de una servidumbre real, pues no otorga ningún beneficio particular a un fundo que justifique encuadrarlo en esa categoría. Los beneficios que de él se derivan son exclusivamente personales, en favor del sujeto que lo explota.

c) Derecho a favor de una de las unidades

Como hipótesis distintas de las que hemos analizado hasta el momento, encontramos el caso en que la facultad de "uso publicitario" se establezca a favor de una de las unidades de propiedad individual. La ley exige que en el reglamento, que es la carta constitutiva del régimen, se enumeren las partes de propiedad exclusivas y las partes comunes; además, entre las últimas, debe distinguirse si están destinadas a uso común, o si se otorga a uno o varios consorcistas el beneficio del uso exclusivo sobre algunas partes comunes; así, por ejemplo, el párrafo final del artículo 2 (ley 13.512), prevé la posibilidad de que los sótanos o azoteas sean adjudicados con exclusividad a alguno de los copropietarios.

No existe, pues, inconveniente legal en adjudicar a alguno de los propietarios el uso a los fines publicitarios de la azotea, pues si se admite lo más, es decir que tenga el uso exclusivo de esa cosa común, es admisible que se le conceda lo menos, o sea un uso restringido a ciertos fines, y siempre que con ese uso no se afecte la seguridad del edificio.

Si completamos estos dispositivos con la previsión contenida en el inciso 4, artículo 3, del decreto reglamenta-

¹². ver artículo 2970 del Código civil argentino y 1037 del Código peruano.

rio, en donde se anticipa que el reglamento de copropiedad y administración debe estipular el "uso de las cosas y servicios comunes", hemos de llegar a la conclusión de que también pueden incluirse previsiones que autoricen a uno de los propietarios a utilizar los muros para la colocación de letreros de publicidad.

Esas facultades, así incluídas en el reglamento, formarían parte del conjunto de derechos de que gozaría el titular de esa unidad, es decir integrarían su *derecho real* de "propiedad horizontal", cuyo contenido queda fijado en el reglamento, dentro de los márgenes que la ley admite para este tipo de derecho. En tal caso, mientras no hubiese una estipulación que estableciese límites temporales, su derecho sería perpetuo, pues quedaría incorporado al dominio de la unidad.

III.- Duración del derecho

Según sea la naturaleza del derecho que se haya elegido para otorgar la facultad de "uso publicitario", será también su duración.

En la última hipótesis que mencionamos, facultad agregada al dominio de una de las unidades, estaremos frente a un derecho perpetuo, que integra el "dominio horizontal" de esa unidad, y que no podría ser suprimido sino por vía de modificación del reglamento de copropiedad, en Asamblea que contase con la unanimidad de los votos, o una renuncia del titular, realizada en escritura pública, y aceptada por el consorcio.

Cuando la facultad de uso formase parte de un derecho real desmembrado, o sea un "usufructo limitado", tendría carácter vitalicio, es decir perduraría mientras viviese el beneficiario, con la salvedad de que si se estableció a favor

de una persona jurídica, su duración no podría exceder los 20 años que fija el artículo 2828 del Código civil argentino, o 30 años en el caso de Perú (ver art. 1001, Código peruano). Por supuesto que no hay ningún obstáculo en que las partes estipulen un plazo más breve, transcurrido el cual el derecho quedaría extinguido.

El principio que inspira a nuestro sistema jurídico es contrario al establecimiento de derechos reales que desmembran o gravan el dominio de manera perpetua; por ello en el Código argentino se suprimieron la enfiteusis y las vinculaciones (mayorazgos y capellanías), y se limitaron a cinco años los censos o rentas.

Por el mismo motivo el codificador puso límite al tiempo de la locación, expresando en la nota al artículo 1505 que lo hacía "tanto por una razón de economía social, como por no impedir la transferencia o enajenación de las cosas, o por no embarazar la división en las herencias".

Los tribunales argentinos han interpretado adecuadamente estos principios y cuando se han enfrentado con "reservas de uso publicitario" que por sus características debía entenderse que otorgaban un derecho personal, han dicho que ese derecho "*debe tener una limitación razonable, que bien puede ser de 10 años, a contar de la inscripción del reglamento de copropiedad y administración, por ser este el lapso que el Código Civil establece para la extinción de ciertos derechos de origen voluntario que cercenan o limitan el de propiedad*"¹³.

Incluso si el derecho de uso se hubiese establecido a título gratuito y no se hubiese estipulado un plazo para su

¹³. Ver Cámara 1ª Civil y Comercial Mar del Plata, sala 2ª, 19 diciembre 1974, "Consortio Avda. Luro c/ Quirno de Ibarlucea, María V., suc.", Jurisprudencia Argentina, 1976-I-541.

duración, el consorcio podría pedir la restitución del uso de la cosa cuando quisiera (arg. art. 2285 del Código civil argentino) ¹⁴.

IV.- Conclusiones

Es lícito, incluso para el empresario vendedor, que somete un edificio al régimen de propiedad horizontal, incluir cláusulas de reserva de uso de la azotea o paredes, con fines publicitarios.

Esas cláusulas deben ser claras y tipificar la naturaleza del derecho que se otorga (real o personal) y su duración.

Cuando el derecho se otorga a favor de una de las unidades del consorcio, integra el "dominio horizontal", y puede tener carácter perpetuo.

Si se concede como derecho personal, será transmisible por cesión y por vía hereditaria, pero su duración debe limitarse a un máximo de 10 años. Si se establece a título gratuito, y sin fijar plazo, el consorcio podría reclamar su cese en cualquier momento.

Si se concede un "derecho real de uso", tendrá carácter vitalicio, es decir que no podrá transmitirse los herederos; en el caso de que el beneficiario fuese una persona jurídica el plazo máximo de duración será de 20 años (Argentina), o 30 años (Perú).

¹⁴. En el derecho peruano se podría recurrir al artículo 1737 de su Código, que regula los problemas del comodato con plazo indeterminado.