

Entrevista

ENTREVISTA A: DRA. AIDA KEMELMAJER

I EL CONTRATO DE "FRANCHISING"

- ¿Cree Ud. que debe haber una legislación en defensa del concesionario?

- Bueno, en el año 1973 se publicó en la famosa Revista Trimestral Francesa de Derecho Comercial, un artículo que se llamaba justamente así: "¿El concesionario, necesita de la protección del legislador?" y el autor francés, se contestaba que sí y se contestaba afirmativamente porque los concesionarios y por supuesto en este caso el *franchise*, se encuentra desprotegido. En primer lugar frente a las resoluciones intempestivas como la que hablamos esta mañana, y fundamentalmente porque frente a esas resoluciones intempestivas, él se puede encontrar por ejemplo con una serie de acumulación de stock, de mercadería que concluida la concesión, concluido el *franchising*, él qué puede hacer con toda esa mercancía que ha acumulado, con las grandes inversiones que realizó para poder instalarse, con las campañas publicitarias que él tuvo que sufragar.

De modo que, nosotros creemos que si bien es cierto, los grandes principios generales del derecho, como son, el principio de la buena fe, el abuso del derecho, pueden servir a los jueces para solucionar los problemas mayores, también creemos que este sistema de comercialización, de distribución ha tomado ya tal auge que parecería necesario que el legislador tome cartas en el asunto para resolver incluso no solamente el problema entre el concedente y el concesionario, el *franchisee* y el *franchisor*, sino también otros problemas vinculados a la competencia del consumidor, por lo tanto, creemos que aunque todavía el contrato no está suficientemente conceptualizado en la doctrina, quizás ya llegó el momento de regularlo.

- ¿Qué tipo de mecanismos cree Ud. que serían procedentes para legislar este tipo de contrato?

- Aquí, hay que evitar el exceso de regulación porque a veces creemos que regulándolo todo generamos seguridad, pero no nos damos cuenta que un exceso de regulación puede incluso llegar a generar inseguridad porque frente a un exceso de regulación viene la respuesta del que no quiere someterse a ese exceso de regulación. Entonces, hay que tener mucho cuidado, la legislación debe ser proyectada por gente que compatibilice la necesaria seguridad y proyectada por gente que compatibilice la necesaria seguridad y agilidad que el comercio requiere con estos otros principios de los que hemos hablado, la defensa de la competencia, la defensa del consumidor, entonces no cualquiera puede legislar sobre esta materia.

II

RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL

- ¿Cómo considera Ud. el régimen de Propiedad Horizontal?

- Bueno, en la República Argentina la propiedad horizontal tiene un régimen de regulación específico, nosotros entendemos que esa regulación es bastante acertada por lo menos en los años de vigencia que tiene nuestra ley no se han producido problemas de interpretación demasiado graves.

El sistema argentino es el siguiente, sobre las partes comunes que son aquellas que, como todos sabemos, están destinadas a la seguridad o al uso común, sobre estas partes existen un condominio con indivisión forzosa, en cambio existe propiedad sobre las partes privativas, pero, es evidente que, ni sobre las partes comunes existe un condominio cualquiera ni sobre las partes privativas una propiedad cualquiera, por eso nos parece exacto conceptualizar la propiedad horizontal como un *queva derecho real*, que no se identifica ni con el condominio ni con la propiedad, y porqué decimos esto, bueno, sobre las partes privativas tenemos un dominio pero un dominio mucho más restringido que en el dominio normal, así por ejemplo nosotros

si tenemos una casa y estamos cumpliendo con las restricciones municipales podemos destinarla a cualquier uso, en cambio, en la propiedad horizontal, por muy privativo que sea nuestro departamento, el uso que le demos, la finalidad, debe estar adecuada a lo que fija el reglamento de copropiedad, si nosotros queremos pintar el frente de nuestra casa podemos pintarlo como se nos de la gana, en cambio nunca podríamos pintar como se nos de la gana el frente de nuestro departamento. Esto nos está probando que aún sobre las partes privativas no existe el mismo dominio que existe sobre el dominio individual, y como decíamos sobre las partes comunes existe si un condominio con indivisión forzosa, pero un condominio que está indivisiblemente unido a las partes privativas. Esta es la razón por ejemplo, por la cual, no podemos enajenar la parte privativa sin enajenar al mismo tiempo la parte común, no podríamos por ejemplo decir, hipotecamos nuestra parte privativa pero el adquirente en la subasta si es que no pagamos el crédito hipotecario va a adquirir exclusivamente la parte privativa y no tendrá derecho al uso de la parte común, esto es algo impensable. De modo que, entendemos que el régimen que tiene la República Argentina creando un nuevo derecho real que no se identifica ni con el dominio ni con el condominio, es acertado para regular las necesidades de esta nueva figura a la que llamamos propiedad horizontal directamente, y nuestra ley se llama así, Ley de Propiedad Horizontal.

III

USUFRUCTUARIO: ¿POSEEDOR O CUASI-POSEEDOR

- ¿Es el usufructuario un poseedor, si no es así, cuál es el título que ostenta el usufructuario y cómo se diferencia en este caso la posesión de la propiedad?

- Para saber si el usufructuario es o no un poseedor, creemos que esto se vincula fundamentalmente a saber si aceptamos o no el concepto de cuasi-posesión. En la doctrina argentina, por ejemplo, para algunos el usufructuario es cuasi-poseedor porque es el poseedor del derecho pero es al mismo tiempo un tenedor de la cosa, o sea, al respecto de la cosa es un tenedor porque reconoce en otro la propiedad, en cambio sobre el derecho es un cuasi-poseedor, es un poseedor del derecho y por lo tanto es una persona que tiene las acciones posesorias y si tiene estas acciones es porque él es un poseedor, pero poseedor del derecho y como para nosotros la posesión se ejerce sobre cosas no nos queda más remedio que decir cuasi-posesión respecto del usufructuario.

No obstante, otro sector de la doctrina, considera

que el usufructuario es un verdadero poseedor, no sólo un cuasi-poseedor. En que se funda esta doctrina, esta doctrina sostiene que, la cuasi-posesión no existe, que solamente existe la posesión, y por qué el usufructuario sería un poseedor, sería, porque cuando el Código Civil Argentino al igual que muchos códigos que siguieron en esto al Código Francés definen por ejemplo, qué es la posesión legítima, dicen que la posesión legítima es aquella por la cual se pone en ejercicio un derecho real de acuerdo con las disposiciones que el código establece para la adquisición de los derechos reales, o sea, la posesión sería el modo de ejercicio de un derecho real constituido de conformidad con las normas de fondo. Si esto es así un usufructuario que ha adquirido su derecho real y lo está ejerciendo de acuerdo con las disposiciones del código no sería un cuasi-poseedor sino que sería un poseedor, porque no interesa que el sepa que la propiedad le pertenece a otro sino que está ejercitando un derecho real de conformidad con las disposiciones de este código, por lo tanto, sería un poseedor. Como ven de una u otra manera, lo que interesa es que el usufructuario tiene la protección de los poseedores, a través de las acciones posesorias, entonces lo demás es una cuestión terminológica el de saber si es un poseedor o un cuasi-poseedor, lo que interesa es que tienen exactamente la misma protección de un poseedor sobre la cosa.

IV

- Dra, lo que sucede en nuestra legislación, es que el usufructuario no tiene derecho a todos los interdictos sino sólo a algunos, entonces es que surge la interrogante sobre en qué se diferencia el usufructuario a título oneroso del arrendamiento?

- Claro, nosotros si tenemos una distinción neta entre el usufructo y la locación porque en la locación, el locador garantiza al inquilino el uso y el goce de la cosa, en cambio el usufructo no garantiza el uso y goce de la cosa.

Otra distinción está en que la locación tiene plazos máximos que en principio no superan los 10 años, no se puede concertar una locación por un plazo superior al de 10 años; en cambio si puedes constituir un usufructo oneroso por más de 10 años. Otra diferencia que encontraríamos es que la muerte del inquilino en principio no resuelve la locación, no es una causal de extinción de la locación; en cambio la muerte del usufructuario si extingue el usufructo.

Nota: la Dra. Kerselmaier considera el arrendador como un tenedor de la cosa.