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, necesidad 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 habíamos 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 concesionario y el concesionario, el franchise y el franchising, 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 regular 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 comprenda la necesidad de seguridad y proyectada por gente que comprenda la necesidad de 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 cualquier 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 parece exacto conceptualizar la propiedad horizontal como un nuevo 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 destinarlo a cual-
quier uso, en cambio, en la propiedad horizontal, por
muy privativo que sea nuestro departamento, el uso
que le demos, la finalidad, debe estar a 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 domi-
nio que existe sobre el dominio individual, y como de-
claramos sobre las partes comunes existe un condominio
con indización forzosa, pero un condominio que está in-
divisiblemente unido a las partes privativas. Esto es la
razón por ejemplo, por la cual no podemos enajenar
la parte privativa sin enajenar al mismo tiempo la par-
te común, no podíamos por ejemplo decir, hipotecar
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 rige-
men que tiene la República Argentina creando un
nuevo derecho real que no se identifica ni con el do-
mino ni con el condominio, es acertado para regular
las necesidades de esta nueva figura a lo que llama-
mos 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 dife-
erencia en este caso la posesión de la propiedad?

Para saber si el usufructuario es o no un posee-
dor, creemos que esto se vincula fundamentalmente
da saber si aceptamos o no el concepto de cuasi-poses-
ión. En la doctrina argentina, por ejemplo, para algu-
unos el usufructuario es cuasi-posesor porque es el po-
seedor del derecho pero es el mismo tiempo un tene-
dor 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-posesor, es un
poseedor del derecho y por lo tanto es una persona
que tiene las acciones posesorias y si tiene estas ac-
ciones es porque él es un poseedor, pero poseedor
del derecho y como para nosotros la posesión se ejer-
ce 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-posesor. En que se funda esta doctri-
na, 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 sigueron en esto al Código Francés definen por
 ejemplo, qué es la posesión legítima, dicen que la po-
sesión legítima es aquella por la cual se pone en ejer-
cicio un derecho real de acuerdo con las disposicio-
nes 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 forma
legal con las normas de fondo. Si esto es así un usufruc-
tuario que ha adquirido su derecho real y lo está ejer-
ciendo de acuerdo con las disposiciones del código
no sería un cuasi-posesor sino que sería un poseedor,
porque no interesa el que el propietario le pertenezca a otro sino que está ejercitando un dere-
cho real de conformidad con las disposiciones de esta
código, por lo tanto, sería un poseedor. Como van de
una u otra manera, lo que interesa es que el usufruc-
tuario 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-posesor, lo que interesa es que tienen exacta-
temente 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 interdíc-
tos sino sólo a algunos, entonces es que surge la in-
terrogante sobre en qué se diferencia el usufructuario a
título oneroso del arrendamiento?

-Claro, nosotros sí tenemos una distinción neta ent-
tre 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 plas-
zos máximos que en principio no superan los 10 años,
no se puede concertar una locación por un plazo su-
perior al de 10 años; en cambio si puedes constituir un
usufructo oneroso por más de 10 años. Otra diferencia
que encontramos 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 us-
fructuario sí extingue el usufructo.

Nota: la Dra. Kemelmajer considera al arrendador como un
tenedor de la cosa.