

XXVI JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

COMISION N° 7: DERECHOS REALES:

Propiedad Horizontal especial: Necesarias reformas para el funcionamiento adecuado del instituto.

Autores: Nelson G.A. Cossari* y Leandro R. N. Cossari**

I. Identidad sustancial entre la propiedad horizontal ordinaria y los conjuntos inmobiliarios propiamente dichos

1. Siempre sostuvimos que el derecho real más afín a las urbanizaciones privadas es la propiedad horizontal y afirmamos que la misma podía, con las necesarias reformas, receptor sin inconvenientes a los conjuntos inmobiliarios¹.

Ésta es la posición adoptada por los proyectos de reforma a la ley 13.512 y al Código Civil que se han sucedido hasta la sanción del Código Civil y Comercial.

En efecto, el proyecto de reforma a la ley 13.512 de Propiedad Horizontal, cuya autoría corresponde a los doctores Allende, Jorge H. Alterini, Durañona y Vedia y Chevallier Boutell (1981) propuso introducir en la mentada legislación el siguiente texto: “En la organización de los clubes de campo y parques industriales que se sometan al régimen de esta ley, solo serán necesariamente comunes las partes del terreno destinadas a vías de acceso y comunicación e instalaciones de uso compartido, con sus accesorios. Serán de propiedad exclusiva las parcelas asignadas a cada propietario y sus accesorios. El reglamento podrá establecer limitaciones edilicias”. También el Proyecto de 1987 previó la incorporación de una norma (art. 2617, IV párr.) concebida en términos sustancialmente análogos a la anterior, aunque de contenido más amplio, les otorgo un tratamiento similar. El Proyecto de la Comisión Federal de 1993 siguió las mismas aguas en el art. 3159. Por último, el Proyecto de 1998 propuso la regulación de los conjuntos inmobiliarios en su art. 2029, bajo la rúbrica “propiedades especiales”:

* Profesor Titular Ordinario Derechos Reales Parte General, y Derechos Reales Parte Especial, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, Pontificia Universidad Católica Argentina.

** Profesor Adjunto Derechos Reales Parte General, y Derechos Reales Parte Especial, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, Pontificia Universidad Católica Argentina y Profesor Adjunto Derechos Reales UCEL.

¹ COSSARI, Nelson G. A. y LUNA, Daniel G., “Las urbanizaciones privadas y el derecho real de propiedad horizontal”, en *El Derecho*, 25 de septiembre de 2003.

“Los clubes de campo, parques industriales, barrios o cementerios privados, centros de compras, y entidades similares, pueden sujetarse al régimen de los derechos personales o de la propiedad horizontal. En los conjuntos inmobiliarios sometidos al régimen de propiedad horizontal o que se sujeten a él, solo son necesariamente comunes las partes del terreno destinadas a vías de acceso y comunicación e instalaciones de uso común. El reglamento de propiedad y administración puede establecer limitaciones edilicias o de otra índole, instituir una administración con el carácter de mandatario irrevocable, y facultar al consorcio para adquirir nuevos inmuebles para integrarlos al conjunto inmobiliario como unidades funcionales, o cosas y partes comunes. En este caso quedan modificados de pleno derecho los títulos de todas las unidades, de lo que se debe tomar razón en los respectivos asientos registrales”.

De lo expuesto se advierte que, soslayando matices de detalle, los proyectos que antecederan al Código Civil y Comercial se encontraban dirigidos a modificar aspectos de la propiedad horizontal para permitir su adaptación a las expresiones modernas de la propiedad inmobiliaria que en cada caso se incluyen y ello, siempre que los particulares decidan configurarlas como derechos reales.

Los autores españoles han hablado expresivamente en estos casos de la propiedad horizontal “tumbada” según la cual, en estos supuestos, es como si hubiéramos acostado el edificio convirtiendo las escaleras y ascensores en caminos; las terrazas y patios de luces en zonas verdes y de esparcimiento; los pisos en parcelas².

Este encuadre de la realidad inmobiliaria en examen es el que nos parece más adecuado. La naturaleza jurídica de estos complejos inmobiliarios es sustancialmente idéntica a la de la propiedad horizontal ordinaria. Existen partes propias y partes comunes formando un todo inescindible. Se satisface el deseo de ser propietario sobre la unidad —en el caso de estos conjuntos inmobiliarios también sobre la parcela de tierra—, que es sin duda la intención económica de quien compra una propiedad de este tipo, y de poner las cosas comunes al servicio de las privativas mediante un condominio de indivisión forzosa de naturaleza peculiar.

² RAGEL SÁNCHEZ, Luis, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, coordinado por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, Aranzadi, Navarra, 1999, p. 741.

II. Injustificado y vacilante tratamiento como nuevo derecho real

1. El Código enumera a “los conjuntos inmobiliarios” en el art. 1887 inc. d) como un derecho real separado de la propiedad horizontal que ocupa el casillero del inc. c) del mismo artículo, y en el art. 1888 lo menciona como un derecho sobre cosa propia distinguiéndolo de la propiedad horizontal. Lo mismo ya se había hecho en el art. 1124 donde se nombran por separado los conjuntos inmobiliarios y la propiedad horizontal. Pero luego en el art. 2075, segunda parte, va a decir que “todos los conjuntos inmobiliarios deben someterse a la normativa del derecho real de propiedad horizontal establecida en el Título V de este Libro, con las modificaciones que establece el presente Título, a los fines de conformar un derecho real de propiedad horizontal especial.” En definitiva, por un lado se lo prevé y trata como un derecho real distinto, tan diverso que justifica abrir un nuevo inciso en el catálogo de los derechos reales y un Título y Capítulo aparte, y por la otra se lo somete al título V con las modificaciones del capítulo específico con lo cual queda subsumido dentro de la propiedad horizontal, si bien con ciertos caracteres propios que hacen que la ley la califique como “especial”.

Probablemente los redactores del anteproyecto pensaron que ese temperamento y la reiteración de normas ya existentes en la propiedad horizontal común se justificaba atento la posibilidad de configurar “conjuntos inmobiliarios en los que se establecen los derechos como personales o donde coexisten derechos reales y derechos personales”. Entendemos que aun en tal caso no se está ante un nuevo derecho real sino ante derechos personales o una combinación de derechos reales existentes con derechos personales. O quizás, extremando la imaginación, que esas normas debían aplicarse inmediatamente a todo conjunto inmobiliario cualquiera sea su forma jurídica. Tal vez, y solo tal vez, el redactor final del texto finalmente promulgado, pensó que la regulación separada permitía su aplicación a los conjuntos preexistentes que se hubiesen establecido como derechos personales o donde coexistan derechos reales y derechos personales que deberían adecuarse a esa normativa. Pero en tal caso tanto el proyectista como el legislador debieron establecer los alcances con precisión.

2. El art. 2074 pretende, sin lograrlo, enumerar “los elementos característicos de estas urbanizaciones”. Recordemos que conforme el diccionario de la Real Academia caracterizar es “determinar los atributos peculiares de alguien o de algo, de modo que

claramente se distinga de los demás”, pero todos estos –en rigor- no difieren de los elementos de una propiedad horizontal común. Veamos:

a) Cerramiento: La propiedad horizontal también es cerrada dentro de los muros de un edificio, es por ello que pide que las unidades “tengan comunicación con la vía pública, directamente o por un pasaje común” (art. 2039 in fine), entre otras normas que sirven para demostrar esta verdad Perogrullo.

b) Partes comunes y privativas: Ello es característico de toda propiedad horizontal (art. 2039, 2040 y concordantes)

c) Estado de indivisión forzosa y perpetua de las partes, lugares y bienes comunes: También propio de la propiedad horizontal. La ley 13.512 lo preveía expresamente cuando en el art. 18 declaraba no aplicable el art. 2693 del Código de Vélez a su régimen, hoy surge igualmente de la inseparabilidad de las partes propias y las comunes (arts. 2037 y 2039)

d) Reglamento por el que se establecen órganos de funcionamiento: El reglamento también es un elemento esencial de toda propiedad horizontal (arts. 2037, 2038, 2056 y concordantes) asimismo se prevén en el mismo la asamblea, el administrador y eventualmente el consejo de propietarios

e) Limitaciones y restricciones a los derechos particulares: Tampoco es distintivo per se de los conjuntos inmobiliarios. De todo el articulado de la propiedad horizontal surgen límites a los derechos de los consorcistas. Así por ejemplo el art. 2047.

f) Régimen disciplinario: Nótese que el art. 2069 también prevé un régimen disciplinario si bien embrionario.

g) Obligación de contribuir con los gastos y cargas comunes: Nuevamente es una característica de toda propiedad horizontal (art. 2046 inc. c).

h) Entidad con personería jurídica que agrupe a los propietarios de las unidades privativas: En la propiedad horizontal el consorcio es persona jurídica según lo establece expresamente el art. 2044.

Se observa así que ninguno de los elementos descriptos en el art. 2074 son definitorios de los conjuntos inmobiliarios de manera que alcancen a distinguirlo de la propiedad horizontal común. Quizás el legislador quiso decirnos, en los supuestos del art. 2073, y solo en tal supuesto, estábamos ante un conjunto inmobiliario; pero en tal

caso debió haberlo dicho expresamente estableciendo abiertamente qué consecuencias tiene, en cuanto regulación, encontrarnos ante esa realidad.

3. No se brinda tampoco una definición del pretendido derecho real de conjuntos inmobiliarios. El art. 2073 describe simplemente tipos urbanísticos: clubes de campo, barrios cerrados o privados, parques industriales, empresariales o náuticos, en forma no taxativa “o cualquier otro emprendimiento urbanístico”. Se dice que los descriptos son conjuntos inmobiliarios, con ello no se da un concepto del derecho, sino que solo se enumera los posibles objetos sobre el que recaerá el derecho real, sin finalmente definirlo.

A lo sumo, el art. 2074 podría servir de piedra de toque para ver si es realmente un conjunto inmobiliario o no; pero no necesariamente deben concurrir todos los elementos que se mencionan en el mismo para concluir que se trata o no de un conjunto inmobiliario. Un barrio cerrado podría, por ejemplo, carecer de régimen disciplinario.

4. Para agregar más confusión, el Título VI del Libro Cuarto del Código Civil y Comercial lleva la rúbrica “Conjuntos inmobiliarios”, pero se divide en tres capítulos: el primero regula el objeto de nuestro estudio al que denomina también “conjuntos inmobiliarios”, el segundo el “tiempo compartido” y el tercero los “cementeros privados”. Se advierte con ello que para el Código Civil y Comercial, los “conjuntos inmobiliarios” constituyen una denominación genérica que luego se descompone en “conjuntos inmobiliarios”, “tiempo compartido” y “cementeros privados”. No se llega a advertir qué pudo haber llevado al legislador a denominar una de las especies con el mismo nombre del género. Esto nos ha obligado a hablar frecuentemente de conjuntos inmobiliario “propriadamente dichos” frente a los conjuntos inmobiliarios como rótulo general del título VI.

Más aún, observados en detalle, poco tienen que ver los conjuntos inmobiliarios propriadamente dichos con las otras dos figuras cobijadas bajo ese título; y es que en rigor los conjuntos inmobiliarios propriadamente dichos, como dijimos, tienen su lugar más adecuado dentro de la propiedad horizontal.

Adelantamos, pues, nuestra propuesta es que una futura reforma desplace estos conjuntos inmobiliarios propriadamente dichos al Título de propiedad horizontal y, más aun, se suprima el Título de "conjuntos inmobiliarios" otorgado a los dos restantes capítulos -tiempo compartido y cementeros privados- sendos títulos diversos.

No podemos dejar de observar que estos dos últimos “conjuntos inmobiliarios” también gozan de una regulación sumamente deficiente y que requiere reformas, pero ello no es materia –ahora- de este estudio.

III. Necesidad de suprimir las repeticiones superfluas ya previstas en la propiedad horizontal.

1. Si los conjuntos inmobiliarios propiamente dichos no son más que una propiedad horizontal especial, una reforma debe suprimir todas las normas que se superpongan innecesariamente con la regulación general, con lo que llamaríamos la “parte general” de la propiedad horizontal, o la propiedad horizontal “común” lo que solo trae confusión.

2. Comencemos con el art. 2078. Siendo una propiedad horizontal especial es redundante afirmar que cada propietario debe ejercer su derecho dentro de los límites del reglamento, lo cual ya está dicho en el art. 2037. También es suprimible afirmar que hay que atenerse a la normativa, lo cual es obvio. Que se debe tener en miras una buena convivencia resulta una directiva ética de una obviedad infinita y además, con otros términos, ya está implícita en el art. 2047.

La posibilidad de fijación de reglas de convivencia en el reglamento que menciona el art. 2080 también se desprende del art. 2047 de la “parte general” de la propiedad horizontal, y nadie duda que este instrumento también puede establecer las mismas, con lo cual es una disposición suprimible.

3. Es también superfluo e innecesario el art. 2080 cuando dispone que “Toda limitación o restricción establecida por el reglamento debe ser transcrita en las escrituras traslativas del derecho real de propiedad horizontal especial. Dicho reglamento se considera parte integrante de los títulos de propiedad que se otorgan sobre las unidades funcionales que componen el conjunto inmobiliario, y se presume conocido por todo propietario sin admitir prueba en contrario.”

El art. 2038 segunda parte en forma más breve y adecuada ya afirma que “reglamento de propiedad horizontal se integra al título suficiente sobre la unidad funcional”.

La circunstancia que el reglamento forme parte del título del derecho real de propiedad horizontal, unido al necesario estudio de títulos, hace también inútil afirmar que el reglamento “se presume conocido por todo propietario sin admitir prueba en

contrario”, lo cual se desprende de toda la legislación sobre la materia. Además si el reglamento se presume conocido (y debe serlo mediante el correspondiente estudio de los títulos antes de adquirir la propiedad) qué sentido tiene establecer que “toda limitación o restricción establecida por el reglamento debe ser transcrita en las escrituras traslativas del derecho real de propiedad horizontal especial” (art. 2080 segundo párrafo, primera parte) ¿Qué consecuencias tendría tal omisión? Ninguna. ¿Podría decir el adquirente que lo desconocía? No. Por ello tal previsión debe también suprimirse.

4. Respecto a las expensas, que son tratadas en el art. 2081, la primer parte del artículo resulta redundante atento a que la obligación de pago de expensas se encuentra ya regulada en los arts. 2046 inc. c), 2048 (que señala el concepto de expensas), 2049, 2050, 2056 inc. g (que indica que el reglamento determina la proporción en el pago de las expensas comunes), y 2067 inc. d) e i). Que los propietarios deben pagar las expensas y que la proporción está determinada en el reglamento ya se encuentra suficientemente dicho en la “parte general” de la propiedad horizontal.

5. Tampoco resulta necesario repetir, como hace el art. 2076 segundo párrafo, que “las cosas y partes cuyo carácter de comunes o propias no esté determinado se consideran comunes”, ello ya está dicho en el art. 2040 con similares palabras.

Asimismo tampoco es forzoso reiterar que la unidad funcional, art. 2077, “debe reunir los requisitos de independencia funcional según su destino y salida a la vía pública por vía directa o indirecta” dado que ello ya se afirmó y en mejor forma en el 2039 al decir que la unidad funcional debe tener “independencia funcional, y comunicación con la vía pública, directamente o por un pasaje común”.

IV. Conveniencia de derogar las normas que remiten al derecho administrativo

1. Deben derogarse las normas que hacen una innecesaria y constante remisión a normas administrativas y que afean la normativa³. En cualquier caso todas ellas caben en el art. 1970 cuando dispone que “las limitaciones impuestas al dominio privado en el

³ Como se ha dicho con claridad “Sorprende que de los 14 artículos del Capítulo ‘conjuntos inmobiliarios’ 6 de ellos remitan a ‘limitaciones, ‘restricciones’ o ‘límites’ previstos por normas administrativas (ALTERINI Jorge H. y Alterini, Ignacio E. en ALTERINI Jorge H. (Director General) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador) *Código, Civil y Comercial Comentado, Tratado Exegético*, COSSARI, Nelson G.A. (Director del tomo IX y X), Ed. La Ley, Bs. As. 2016, segunda edición, Tº X, p. 14)

interés público están regidas por el derecho administrativo”, especificando que “el aprovechamiento y uso del dominio de inmuebles debe ejercerse de conformidad con las normas administrativas aplicables en cada jurisdicción”.

2. Es cierto lo que dice el art 2075 primera parte: “todos los aspectos relativos a las zonas autorizadas, dimensiones, usos, cargas y demás elementos urbanísticos correspondientes a los conjuntos inmobiliarios, se rigen por las normas administrativas aplicables en cada jurisdicción”. Dado que es materia de la normativa local (provincial o municipal, según la jurisdicción) todo lo concerniente a la regulación de la localización de los conjuntos inmobiliarios, pero todo esto ello es extraño a la regulación civil.

3. La protección de los valores paisajísticos, arquitectónicos y ecológicos, que establece el art. 2078, resulta solo declamativa por más que coincidamos que son cuestiones a tener en cuenta en la vida comunitaria. Lo paisajístico y lo arquitectónico en cuanto no entren dentro de la protección del medio ambiente deberá regirse por los límites edilicios establecidas en el reglamento y en las normas administrativas urbanísticas. Lo ecológico por las normas propias del derecho ambiental y eventualmente, vía reglamento mediante límites razonables. Se trata pues, de otra norma innecesaria

4. El art. 2079, además de superponerse con el art. 2075 primera parte cuya derogación propugnamos, es también una norma ajena al derecho civil que también debe suprimirse. Es obvio que los conjuntos inmobiliarios que tiene en miras la norma – clubes de campo, barrio cerrados, etc.- dependen de las normas administrativas en cuanto a en qué lugares de la trama urbana existente o proyectada deben ubicarse. También lo referente a cómo deben realizarse los cerramientos son normas de tipo administrativo contenidas, por lo general, en los códigos urbanísticos. Pero es impropio del derecho civil ocuparse de referir a estos aspectos repitiendo machaconamente que hay que tener en cuenta el derecho urbanístico aplicable.

5. El art. 2080 también refiere innecesariamente a “las normas administrativas”, pero volveremos sobre ello al tratar lo salvable del resto de la norma.

V. Las normas esenciales de la propiedad horizontal especial

1. ¿Qué es lo que distingue en esencia los conjuntos inmobiliarios y que los hacen diferentes de la clásica propiedad horizontal? Como ya adelantamos lo único que

lo separa de la propiedad horizontal común es que no es necesario que todo el terreno sea común, sino -como bien dice el proyecto de 1998 en el art. 2029- “sólo son necesariamente comunes las partes del terreno destinadas a vías de acceso y comunicación e instalaciones de uso común” Basta ello para distinguir la propiedad horizontal general de la especial y es la única norma esencial del régimen.

El art. 2076 debería tener la principalidad, mas su relevancia aparece difuminada en el Código relegada a ser la cuarta norma del capítulo. Como se recordará, ese artículo establece que “Son necesariamente comunes o de uso común las partes y lugares del terreno destinadas a vías de circulación, acceso y comunicación, áreas específicas destinadas al desarrollo de actividades deportivas, recreativas y sociales, instalaciones y servicios comunes, y todo otro bien afectado al uso comunitario, calificado como tal por el respectivo reglamento de propiedad horizontal que regula el emprendimiento”. Claro está, todo ello puede y debería decirse mucho más escuetamente, tal como lo hizo el Proyecto de 1998. Por otra parte, al igual que ocurre en el art. 2041 se arruina la distinción doctrinal entre cosas necesariamente comunes y cosas comunes simplemente consideradas.⁴

2. La consecuencia lógica de esta directiva legal del art. 2076 –y lo que generalmente busca quien adquiere este derecho de propiedad horizontal especial- es que la parte privativa incluye en dominio exclusivo el terreno de la parcela con –en principio- todas las consecuencias que ello trae, no existiendo la necesidad que el terreno se encuentre en condominio como en la propiedad horizontal general. Tal como afirman los fundamentos del Proyecto de 1998 “la modificación central de la propiedad horizontal para proyectarla en los conjuntos inmobiliarios, consiste en reconocer que pueden existir unidades de propiedad privativa sobre el terreno, pues es de máxima transparencia que en la propiedad horizontal el terreno es necesariamente común de todos los consorcistas”

En ese orden de cosas el art. 2077 no hubiere sido del todo inútil cuando afirma que “La unidad funcional que constituye parte privativa puede hallarse construida o en proceso de construcción, y debe reunir los requisitos de independencia funcional según su destino y salida a la vía pública por vía directa o indirecta.” Su principal defecto es

⁴ Ver al respecto COSSARI, Nelson G.A. en ALTERINI Jorge H. (Director General) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador) *Código, Civil y Comercial Comentado, Tratado Exegético*, Ed. La Ley, Bs. As. 2016, segunda edición, Tº IX, p. 816

que indica que la unidad “puede hallarse construida o en proceso de construcción” por lo que una interpretación precipitada podría llevar a pensar que si no hay comienzo de construcción no puede haber unidad funcional independiente. De allí la justa crítica de Jorge H. Alterini e Ignacio Alterini Se afirma con razón que se debió haber estado a una redacción como la del art. 2039 atento esta considera como posibles de ser unidades funcionales a los “espacios susceptibles de aprovechamiento por su naturaleza o destino”⁵

Por nuestra parte creemos que para ser coherentes con la finalidad de la institución y el propio art. 2039 debe entenderse "en proceso de construcción" en referencia a las unidades que están meramente proyectadas en el plano de subdivisión, lo que en definitiva implica solo su demarcación en el mismo.

Nótese que el régimen superpuesto creado por el capítulo de conjuntos inmobiliarios significa oscurecer lo que surge claro del régimen general de la propiedad horizontal, por lo que era mejor que la norma no se hubiere incluido. De querer preservarse el art. 2077 debería decir expresamente que no es necesario que la unidad funcional se encuentre construida.

3. ¿Era necesaria la enumeración del art. 2074? Claramente no. La misma bajo el rótulo Concepto, no define ni perfila de que se trata el derecho real sino que solo enumera en forma muy amplia y no taxativa los conjuntos inmobiliarios más usuales, y así dice que lo son “los clubes de campo, barrios cerrados o privados, parques industriales, empresariales o náuticos, o cualquier otro emprendimiento urbanístico independientemente del destino de vivienda permanente o temporaria, laboral, comercial o empresarial que tenga, comprendidos asimismo aquellos que contemplan usos mixtos” Lo lógico sería fundir el art. 2074 y 2076 afirmando, a la manera del art. 2029 del proyecto de 1998 que en “los clubes de campo (...) comprendidos aquellos que contemplan uso mixto” “sólo son necesariamente comunes las partes del terreno destinadas a vías de acceso y comunicación e instalaciones de uso común”. Ello es suficiente. Por su parte ya demostramos que el art. 2074 no suministra ninguna característica especial y que no tiene sentido su mantenimiento.

⁵ ALTERINI Jorge H. y Alterini, Ignacio E. en ALTERINI Jorge H. (Director General) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador) *Código, Civil y Comercial Comentado, Tratado Exegético*, COSSARI, Nelson G.A. (Director del tomo IX y X), Ed. La Ley, Bs. As. 2016, segunda edición, Tº X, p. 42

Conclusiones: Conjuntos inmobiliarios propiamente dichos: Propiedad Horizontal especial. Necesarias reformas. Por Nelson G.A. Cossari y Leandro R. N. Cossari

Propugnamos de lege ferenda que:

1. Los conjuntos inmobiliarios propiamente dichos, deben constituir un capítulo dentro de la propiedad horizontal.

2. Las normas específicas de dicho capítulo deben establecer la esencia de lo que distingue la propiedad horizontal común de la especial, esto es que son solamente comunes las partes del terreno destinadas a vías de acceso y comunicación e instalaciones de uso común.

3. Pueden incluirse normas específicas para este tipo de propiedades especialmente las que fijan límites edilicios, perfilando también en forma precisa los límites de otra índole.

4. Debe evitarse la superflua remisión a las normas administrativas y la repetición de normas ya incluidas en la propiedad horizontal común.