

XXVI° JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL – LA PLATA (2017).

COMISIÓN VII – DERECHOS REALES.

PONENCIA:

LOS CONJUNTOS INMOBILIARIOS Y LA PREHORIZONTALIDAD.

Carlos Alberto De Rosa¹

Habitualmente, en la venta de unidades de propiedad horizontal, la adquisición del dominio no es inmediata; sino que viene precedida de una etapa contractual que se prolonga -muchas veces más allá de lo esperado- porque el tránsito hacia la constitución del derecho real a favor del adquirente depende de diversos factores que exceden la voluntad de las partes.

2

La protección de los adquirentes de inmuebles durante el proceso de comercialización, ha sido desde hace décadas materia de preocupación por parte de la doctrina y de los operadores del derecho en general.³

“El notable desarrollo adquirido por el sistema de la propiedad por pisos o departamentos” a partir de la sanción de la Ley 13.512⁴, impactó en el terreno jurídico y puso en evidencia la cada vez más creciente necesidad de “complementar dicha normativa, a fin de asegurar los derechos de los compradores de unidades en propiedad horizontal antes de su escrituración definitiva”.⁵

Durante ese lapso, plagado de incertidumbres, la vulnerabilidad de la posición del adquirente radica en la eficacia relativa de su derecho -por cierto personal- que dimana del

¹ Profesor titular de Derecho Civil IV y Director del Departamento de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata.

² Conf. Villaro F. P. “Situación jurídica prehorizontal”, La Ley, t. 139, p.1016.

³ Segundas Jornadas de Derecho Civil, Tema VI, Conclusiones, Corrientes, 1965; Lafaille H. “Los boletos privados de compraventa; sus efectos jurídicos.”, J.A., v. I, p. 222; Morello A. M. “El boleto de compraventa inmobiliaria”, pág. 96, Bs. As., 1975; Spota A. G. “Curso sobre temas de derecho civil”, p. 31, Bs. As., 1971; Adrogué M. y ots. “Temas de derechos reales”, p. 179, Bs. As., 1986; Mosset Iturraspe J. “Compraventa inmobiliaria”, p. 41, Bs. As., 1976.

⁴ Allende G., Alsina Atienza D. y Alterini J. H. “Reformas a la ley 13.512 de propiedad horizontal”, Revista F.A.C.A. N° 2, p. 21, Bs. As., 1969; Racciatti H. “Propiedad por pisos o departamentos”, p. 29, Bs. As., 1975; Adrogué M. “El derecho de propiedad en la actualidad”, p. 15, Bs. As., 1991.

⁵ Considerandos del Decreto-Ley 9032/63.

boleto de compraventa respectivo; modalidad instrumental que sigue siendo la más utilizada en la práctica negocial.⁶

LA LLAMADA “PREHORIZONTALIDAD”:

Desde distintos ámbitos académicos y profesionales⁷ se propició dotar de seguridad jurídica a la “comercialización de la propiedad horizontal”⁸ mediante diversas propuestas, ensayos y proyectos legislativos⁹; siendo el Decreto-Ley 9032/63, el art. 1185 bis incorporado por la Ley 17.711 al derogado Código Civil de Vélez Sársfield, y la Ley 19.724¹⁰, las expresiones normativas de mayor trascendencia.

La descripción de la situación materia de regulación, surge del Mensaje de elevación del proyecto emanado del Ministerio del Interior, que plasmaría en la denominada “ley de prehorizontalidad”:

“En el período llamado de “prehorizontalidad”, que comprende desde el momento en que se ofrece una unidad que todavía no está en construcción hasta aquél en que finaliza la edificación y se cumplen los trámites para adjudicar el dominio, existe la posibilidad de que se frustren los derechos en expectativa de los adquirentes”.¹¹

El esquema de la ahora derogada Ley 19.724, repetía la fórmula ya consagrada en la Ley 14.005 de “venta de lotes en mensualidades” y en el Decreto-Ley 9032/63, basada en los pilares de la previa afectación del inmueble y la registración de los contratos.¹² No obstante, existieron por entonces otras propuestas alternativas provenientes de prestigiosos juristas y legisladores.¹³

⁶ Gatti E. y Alterini J. H. “Prehorizontalidad y boleto de compraventa”, Bs. As., 1981; Morello A. M. “El boleto de compraventa inmobiliaria”, Bs. As., 1975.

⁷ “Congreso Argentino de la Prehorizontalidad”, 1970. Recomendaciones.

⁸ Gatti E. y Alterini J. H. “Nuevo esquema sobre la seguridad jurídica en la comercialización de la propiedad horizontal fundamentos y proyecto de ley”; La Ley, t. 139, p. 1130.

⁹ Gatti E. Alterini J. H. “Prehorizontalidad y Boleto de Compraventa”, págs. 149 y ss., Bs. As., 1981.

¹⁰ Sancionada y promulgada el 6 de julio de 1972.

¹¹ Mensaje de elevación del proyecto de la Ley 19.724 emanado del Ministerio del Interior.

¹² “La clave de bóveda de las seguridades que el decreto-ley 19.724 quiere otorgar al adquirente, se encuentra en las registraciones: de la escritura de afectación y de los contratos celebrados por los adquirentes” (Mosset Iturraspe J. p. 622, “Acerca de la ley de prehorizontalidad”, J.A., Doctrina, 1973., p.614).

¹³ Gatti E. y Alterini J. H. “Prehorizontalidad y boleto de compraventa”, pág. 197 y ss., Bs. As., 1981.

Entre ellas, la que -con algún antecedente en la legislación española- propiciaba la constitución de seguros o avales bancarios a favor de los adquirentes, para ponerlos a resguardo de los efectos de los incumplimientos del vendedor, o del fracaso de la operación por distintas causas.¹⁴

Ésta fue la que finalmente adoptó el nuevo Código Civil y Comercial, receptando prácticamente a la letra el esquema ya plasmado en el Proyecto de Código Unificado de 1998.
15

EL RÉGIMEN DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL:

En efecto, los autores del código vigente se hicieron eco de aquellas opiniones críticas que -provenientes de distintos sectores- entendían que la Ley 19.724 “había fracasado”, porque establecía un “retardatario sistema”, de “imposible cumplimiento” en la práctica.¹⁶

En síntesis, más allá de importantes precedentes jurisprudenciales que en su momento apuntalaron su cuestionado régimen¹⁷, la ley fue finalmente derogada; y en su reemplazo el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación vigente, consagró -dentro del Libro Cuarto dedicado a los “Derechos Reales”, Título V correspondiente al derecho real de “Propiedad Horizontal”, Capítulo 10, conservando la denominación de “Prehorizontalidad”- un nuevo sistema de protección a los adquirentes en el proceso de comercialización de la propiedad horizontal, “más elástico y acorde con la realidad negocial”.¹⁸

Así, dispone el artículo 2070, que: “Los contratos sobre unidades funcionales celebrados antes de la constitución de la propiedad horizontal están incluidos en las disposiciones de este capítulo”.

Cabe interpretar que el objeto de tales contratos consiste en la adquisición del derecho real de propiedad horizontal sobre las unidades (Conf. arts. 2037 y 2039 CCyC).

¹⁴ El denominado “seguro de confianza”, ya previsto en la Ley española nº 57 de 1968.

¹⁵ Art. 2016 del Proyecto de Código Civil Unificado de 1998.

¹⁶ Voto de los Dres. Vernengo Prack e Igarzábal en el plenario de la Cámara Nacional Civil, in re: “Cotton c. Tutundjian”, J.A. T. 1979-I, p. 559.

¹⁷ Cámara Nacional en lo Civil de la Capital Federal, en pleno: “Cotton c. Tutundjian”, La Ley, t. 1979-A, p. 528; ídem: “Alvear 1850 c. Taub”, La Ley, t. 1985-B, p. 424; S.C.B.A. “Fortete c. Kremer e hijos”, La Ley, Rep. XLI, J-Z, 2351, s. 7, entre los más notables.

¹⁸ Proyecto de Código Civil Unificado de 1998 (Fundamentos).

El artículo 2071 establece en su primera parte, un seguro obligatorio como requisito tendiente a cubrir los riesgos de la operación, disponiendo:

“Para poder celebrar contratos sobre unidades construidas o proyectadas bajo el régimen de propiedad horizontal, el titular del dominio del inmueble debe constituir un seguro a favor del adquirente, para el riesgo del fracaso de la operación de acuerdo a lo convenido por cualquier razón, y cuya cobertura comprenda el reintegro de las cuotas abonadas, con más un interés retributivo o, en su caso, la liberación de los gravámenes que el adquirente no asume en el contrato preliminar.”

Se trata de una norma de “orden público” impuesta a favor del adquirente; siendo la misma irrenunciable, en la medida que regula la adquisición del derecho real de propiedad horizontal (arg. arts. 12, 13, 1884 y concs. CCyC).

En su segunda parte, el artículo 2071, siguiendo un mecanismo similar al consagrado en el art. 12 de la Ley 19.724, decreta que:

“El incumplimiento de la obligación impuesta en este artículo priva al titular del dominio de todo derecho contra el adquirente a menos que cumpla íntegramente con sus obligaciones, pero no priva al adquirente de sus derechos contra el enajenante”.¹⁹

Finalmente, mejorando lo que en su momento estableciera la Ley 20.276, el artículo 2072 del Código Civil Comercial enumera aquellos supuestos excluidos del régimen de la prehorizontalidad, repitiendo la fórmula empleada en el Proyecto de Código Unificado de 1998 (art. 2017).

Así, dispone el art. 2072 del CCyC, que:

“Están excluidos los contratos siguientes:

- a) aquellos en los que la constitución de la propiedad horizontal resulta de la partición o liquidación de comuniones de cosas o bienes, o de la liquidación de personas jurídicas;
- b) los que versan sobre inmuebles del dominio privado del Estado;

¹⁹ Tal como lo explicitara el voto de la mayoría en el citado plenario “Cotton c. Tutundjian”: “...no puede reclamar a los adquirentes el cumplimiento de sus obligaciones o la resolución del contrato”.

c) los concernientes a construcciones realizadas con financiamiento o fideicomiso de organismos oficiales o de entidades financieras especialmente calificadas por el organismo de control, si de sus cláusulas resulta que los contratos definitivos con los adquirentes deben ser celebrados por el ente financiador o fiduciario, a quien el propietario deben otorgarle poder irrevocable a ese fin” .

Lamentablemente no fueron incluidos en esta enumeración -por cierto taxativa- los fideicomisos inmobiliarios particulares, que deberán dar cumplimiento al seguro obligatorio, más allá de la garantía que representa el patrimonio de afectación.²⁰

LOS CONJUNTOS INMOBILIARIOS:

En el Título VI del Libro IV, a continuación de la regulación del derecho real de propiedad horizontal, el nuevo cuerpo legal trata los “Conjuntos inmobiliarios”.

Dispone el artículo 2073 del Código Civil y Comercial, que: “Son conjuntos inmobiliarios 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 contemplen usos mixtos, con arreglo a lo dispuesto en las normas administrativas locales”²¹

El nuevo sistema legal resulta confuso en su metodología, su técnica legislativa no es depurada y no ha permitido aventar las incertidumbres acerca de la verdadera entidad de la figura; en la medida que se ha creado un nuevo derecho real (art. 1887 inc. “d”), pero para tener vida jurídica dentro del molde de otro derecho real: la propiedad horizontal.²²

²⁰ Probablemente el seguro obligatorio facilite la financiación, sobre todo en materia de fideicomisos, con las seguridades que implican (Conf. Clusellas E. G., “Código Civil y Comercial”, T. 7, p. 206, Bs. As., 2015; Carregal M. A. “El fideicomiso”, p. 106, Bs. As., 1982; Kiper C. “Régimen jurídico del Dominio Fiduciario”, p. 110, Bs. As., 1990; Kiper C. y Lisoprawski S. “Obligaciones y responsabilidad del fiduciario”, p. 135, Bs. As., 1999).

²¹ La enumeración no es taxativa en tanto comprende “cualquier otro emprendimiento urbanístico” (Conf. Alterini J. H. – Cossari N. y ots. “Código Civil y Comercial Comentado”, T. X, p. 7, Bs. As., 2015).

²² Coincidimos con las opiniones que consideran -al menos- “confusa” la metodología empleada en la materia; así como con las críticas que apuntan a la tipicidad legal de la figura vertidas por prestigiosos autores (Conf. Alterini J. H. “Primeras consideraciones sobre los Derechos Reales en el Proyecto de Código”, La Ley, t. 2012-E, p. 898; Alterini J. H. “Simplificación en la prehorizontalidad y complejidades de los conjuntos inmobiliarios”, La Ley, t. 2016-D, p. 754; Guardiola J. J. “Los conjuntos inmobiliarios en el Código Civil y

En efecto, el “marco legal específico” impuesto por el nuevo cuerpo legislativo para esta peculiar figura de propiedad coparticipada es el de: “la normativa del derecho real de propiedad horizontal establecida en el Título V”; a cuyo régimen “deben someterse todos los conjuntos inmobiliarios”, con las modificaciones introducidas en el Título VI, “a los fines de conformar un derecho real de propiedad horizontal especial” (art. 2075 “segundo párrafo” CCyC).

En su párrafo final, la norma establece que: “Los conjuntos inmobiliarios preexistentes que se hubiesen establecido como derechos personales o donde coexistan derechos reales y derechos personales se deben adecuar a las previsiones normativas que regulan este derecho real”.

Adaptación que en modo alguno puede violentar, conmover, ni “afectar derechos amparados por garantías constitucionales”, tal como lo establece el artículo 7 del mismo cuerpo legal.²³

Por lo demás, teniendo en cuenta la complejidad y diversidad de aspectos a considerar para la localización, urbanización y funcionamiento de estos conjuntos inmobiliarios, el régimen legal impone una lógica -aunque exagerada- remisión a las normas locales de

Comercial”, La Ley, t. 2016-D, p. 1137 y doctrina allí citada). Cabe recordar, que hace treinta años, en las X^o Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1987, frente al surgimiento de las nuevas formas de propiedad, la postura doctrinaria surgida de la Comisión N^o 4 de Derechos Reales que recibió mayores adhesiones en el Plenario -entre otras afirmaciones- concluía que: “...La creación indefinida de derechos reales conspira abiertamente contra el “*numerus clausus*”; este principio, si bien posibilita la creación legislativa de nuevos derechos reales, impone al mismo tiempo que ello ocurra tan solo ante la imposibilidad estructural de encuadrar la nueva situación en las categorías existentes”. Resulta así una incoherencia, crear un nuevo derecho real y llamarlo “conjuntos inmobiliarios”, para luego calificarlo como un “derecho de propiedad horizontal especial”.

²³ No podemos más que creerle a nuestra estimada Aida Kemelmajer de Carlucci, en el sentido de que este código “no rompe con el pasado” (ver su artículo: “La entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina”, La Ley, t. 2015-D, p. 847); de manera que entendemos que los derechos consolidados bajo la legislación anterior serán respetados. En tal sentido, ver: Allende G. “Tratado de enfiteusis y demás derechos reales suprimidos o restringidos por el Código Civil”, p. 51, Bs. As., 1964; Compagnucci de Caso R. “Conjuntos Inmobiliarios – Previsiones del Código Civil y Comercial”, La Ley, t. 2017-B, p. 766; Cossari N. en “Código Civil y Comercial Comentado”, T. X, p. 38, Bs. As., 2015; Mariani de Vidal M. – Abella A. “Conjuntos Inmobiliarios en el Código Civil y Comercial con expresa referencia a los preexistentes”, La Ley, T. 2015-B, p. 869. Ver también el análisis y el peculiar criterio interpretativo expresado por: Puerta de Chacón A. y Negroni M. L. en el trabajo: “Adecuación de los conjuntos inmobiliarios preexistentes”, La Ley, T. 2016-C, p. 735.

naturaleza administrativas, aplicables en miras al interés público (Conf. arts. 1970, 2073, 2075 “primera parte”, 2079, 2080 y 2084 del CCyC); cuyas implicancias no deberán desvirtuar el régimen de la propiedad consagrado y garantizado por la Constitución Nacional, y regulado por las leyes sustantivas de la Nación.²⁴

Al referirse a las “características” de los conjuntos inmobiliarios, el artículo 2074 del código alude de manera meramente enunciativa a los “elementos característicos de estas urbanizaciones”, sin mencionar el inmueble o terreno que ha de servir de asiento. De modo que cabe interpretar que estos clubes de campo, barrios cerrados o parques industriales no necesariamente deberán estar emplazados sobre un solo inmueble; sino que, por el contrario, pueden abarcar varios predios, contiguos o no, siempre que conformen “un todo no escindible”; y estar conectados por diversas vías, tales como calles, puentes, pasajes, canales, etcétera.²⁵

LA TUTELA DE LOS ADQUIRENTES DE LAS UNIDADES DE LOS CONJUNTOS INMOBILIARIOS:

La comercialización de las unidades de los conjuntos inmobiliarios se halla envuelta en un complejo plexo normativo, en los que se mezclan aspectos propios de la legislación

²⁴ La genérica remisión del art. 1970 en materia de límites al dominio resultaba suficiente (Conf. Alterini J. H. – Cossari N. y o/s., “Código Civil y Comercial Comentado”, T. X, p. 17, Bs. As., 2015). Más allá de una criticable técnica legislativa, la permanente remisión al llamado “Derecho de urbanismo”, de naturaleza administrativa y local, no puede ni debe ser interpretada con tal magnitud que implique embestir contra los fundamentos del derecho de propiedad, su régimen legal sustantivo y sus bases constitucionales (Conf. Alterini J. H. “Simplificación en la prehorizontalidad y complejidades en los conjuntos inmobiliarios”, La Ley, t. 2016-D, p. 757; ver: Diez Picazo L. – Gullón A. “Sistema de Derecho Civil”, vol. III, “Derecho de cosas”, p. 264, Madrid, 1997; Vallet de Goytisolo J. B. “Estudios sobre derecho de cosas”, T. I, p. 367, Madrid, 1985; Santos Briz J. “Derecho económico y derecho civil”, p. 258, Madrid, 1963; Carrasco Perera A. “Ius aedificandi”, p. 420, Madrid, 1986).

²⁵ De hecho, en algunas de nuestras ciudades, existen diversos centros de compras cuyos edificios se asientan sobre inmuebles separados por calles públicas, pero unidos o conectados por puentes aéreos, conformando un todo no escindible. El uso del singular en la letra del art. 2076, al establecer que: “Son necesariamente comunes o de uso común las partes y lugares *del terreno* destinadas a vías de circulación, acceso y comunicación...”, no obsta a nuestra interpretación, en la medida que esta alusión ha de entenderse armónicamente como sinónimo de “territorio” o “ámbito terrestre”. El empleo de la palabra “lugares”, sugiere que el asiento del complejo urbanístico puede tener la suficiente amplitud, como para no reducirlo a la superficie de una única parcela o fracción de tierra. Sobre todo, atendiendo a que se trata de una enumeración meramente enunciativa (Conf. Alterini J. H – Cossari N. “Código Civil y Comercial Comentado”, t. X, ps. 32/33, Bs. As., 2015)

sustantiva, con otros inherentes al derecho administrativo, al que ahora remite expresa y redundantemente el Código Civil y Comercial.

Así, la necesidad de dar cumplimiento a las diversas normas impuestas por la administración pública, concernientes -entre otras- a uso de suelo, impacto ambiental, urbanización, zonificación, subdivisión, etcétera, conlleva en la práctica interminables demoras en la constitución del “derecho de propiedad horizontal especial” a favor de los adquirentes; con los riesgos que ello implica.

Estas circunstancias y la obligación genérica de prevención del daño consagrada en el artículo 1710 del CCyC, imponen la necesidad de afirmar la plena aplicación de las normas de prehorizontalidad a aquellos contratos que tengan por finalidad la adquisición del derecho real de propiedad horizontal especial sobre las unidades de los conjuntos inmobiliarios²⁶; salvo aquellos supuestos expresamente excluidos.

CONCLUSIONES:

- 1) Las normas sobre prehorizontalidad son de orden público e irrenunciables, en tanto regulan la adquisición del derecho real de propiedad horizontal.
- 2) La obligación de contratar el seguro previsto en el art. 2071 del CCyC es aplicable a todos los contratos que tengan por objeto la adquisición del derecho real de propiedad horizontal especial sobre unidades de los conjuntos inmobiliarios, salvo los supuestos expresamente excluidos.
- 3) Los conjuntos inmobiliarios pueden emplazarse sobre varios inmuebles, contiguos o no, siempre que conformen un todo no escindible.
- 4) La adecuación de los conjuntos inmobiliarios preexistentes prevista en el párrafo final del art. 2075 del Código Civil y Comercial, no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales.
- 5) La interpretación y la aplicación de las normas locales de derecho público, a las que remite reiteradamente la normativa de los conjuntos inmobiliarios establecida en el Código Civil y Comercial, deben guardar armonía con el régimen de la propiedad garantizado por la

²⁶ Conf. Clusellas E. G. “Código Civil y Comercial”, t. 7, p. 199, Bs. As., 2015.

Constitución Nacional, y regulado por las leyes sustantivas de la Nación, sin desvirtuar sus principios y fundamentos.
