

XXVI JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

La Plata, 28 a 30 de setiembre de 2017

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNLP

LOS CONJUNTOS INMOBILIARIOS COMO PROPIEDAD HORIZONTAL ESPECIAL

DENOMINACION. ESTRUCTURA LEGAL. FACULTADES.

CONSTITUCION DE DERECHOS REALES DE GARANTÍA.

Prof. María Florencia Franchini

Prof. Titular Cát. 1 Derecho Civil IV

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNLP

1.- CONCLUSIONES

ASPECTOS GENERALES DE LOS CONJUNTOS INMOBILIARIOS.

El principio de la estructura legal de los derechos reales y su vinculación con los conjuntos inmobiliarios.

- En el Código Civil y Comercial resulta dudosa la independencia estructural de los conjuntos inmobiliarios como derechos reales.
- La falta de precisiones en la definición legal de los conjuntos inmobiliarios mantiene la polémica sobre la oportunidad de la apertura del numerus clausus, la que sólo se justifica "cuando existe la imposibilidad estructural de encuadrar la nueva situación fáctica en las categorías existentes", tal como lo indicaran las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Córdoba, 2009) ratificando lo declarado por las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 1987).
- Desdibujada la independencia o autonomía de los conjuntos inmobiliarios, se presentan, así, como un derecho real de propiedad horizontal especial que presenta sólo algunos matices que los distinguen de la propiedad horizontal, pero que evidentemente no los separa.
- Sin perjuicio de ciertas oscuridades que se advierten en las disposiciones que contemplan a los conjuntos inmobiliarios, debe hacerse el esfuerzo de encuadrar la figura en el ámbito de los derechos reales, porque el Código Civil y Comercial los

enumera como tales y pone fin al debate pre-Código sobre si son o deberían ser esta clase de derechos subjetivos.

- Los conjuntos inmobiliarios son derechos reales sobre cosa propia, principal y que se ejerce por la posesión.

La inadecuada denominación del Título VI del Libro IV del Código Civil y Comercial.

- El Título VI del Libro VI del Código Civil y Comercial presenta una inadecuada denominación como “Conjuntos inmobiliarios”. La cuestión se plantea no sólo por una prolijidad legislativa (que hasta puede ser una superficialidad si no tiene consecuencias jurídicas), sino porque el nombre “conjuntos inmobiliarios” puede conducir al error de considerar que el tiempo compartido y los cementerios privados (incluidos en el Título) son una exteriorización de los conjuntos inmobiliarios, y que en consecuencia podrían compartir elementos comunes. Los tiempos de englobar las “nuevas manifestaciones de la propiedad” o las “propiedades especiales” bajo un sistema común han concluído con la entrada en vigor del Código Civil y Comercial

Distinción de la propiedad horizontal especial según se trate de conjuntos inmobiliarios preexistentes o a constituirse.

- Los conjuntos inmobiliarios que se constituyan a partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial deben someterse a la normativa del derecho real de propiedad horizontal, mientras que para los preexistentes rige la exigencia de la “adecuación”, que no implica un sometimiento al régimen, puesto que para que ello ocurra deberán darse los requisitos del art. 2038 para la división jurídica del inmueble.

Facultades para constituir derechos reales. Límites en el ejercicio del derecho real.

- El titular del derecho real de conjuntos inmobiliarios tiene amplias facultades materiales y jurídicas sobre su parte privativa, que impacta sobre las partes comunes en estado de indivisión forzosa perdurable.
- En concordancia con el destino del emprendimiento urbanístico de que se trate, tiene derecho a constituir derecho real de superficie, usufructo, uso, habitación, servidumbre, hipoteca y anticresis.

- La expresión “límites y restricciones” que trae el art. 2078 debe concordarse con la terminología utilizada en el Capítulo 4 del Título III del Libro IV (Límites), a la par de lo concluido por unanimidad en las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2013: “1º) La expresión límites al dominio es la más adecuada pues hace referencia al contenido normal de ese derecho real. Las limitaciones o restricciones denotan una reducción de facultades en términos genéricos”.

Publicidad del derecho real de conjuntos inmobiliarios.

- Se requiere la publicidad registral para la afectación, tal como lo indica el art. 2075 (por remisión al art. 2038). Tras la afectación, el derecho real sobre la unidad funcional correspondiente a la propiedad horizontal especial de conjunto inmobiliario también requiere publicidad registral.
- En los casos de cementerio privado y el tiempo compartido, la publicidad es posesoria.

POSIBILIDAD DE CONSTITUIR DERECHOS REALES DE GARANTÍA EN EL ÁMBITO DE LOS CONJUNTOS INMOBILIARIOS.

a) Hipoteca.

- En base a la legitimación para constituir hipoteca que indica el art. 2206 debe entenderse que incluye a los conjuntos inmobiliarios que se estatuyen en los arts. 2073 a 2086, y excluye a los titulares de los derechos reales de tiempo compartido y cementerio privado.
- Al usuario del tiempo compartido y al titular del derecho real de sepultura no se les concede la facultad de constituir hipoteca. A este último supuesto debe añadirse que en el derecho real de sepultura (art.2112), de acuerdo con el art. 2110, es inembargable la parcela exclusiva destinada a la sepultura (excepto por créditos provenientes del saldo de precio de compra y de construcción de sepulcros y por las expensas, tasas, impuestos y contribuciones correspondientes a aquéllas).
- Pueden constituir derechos reales de garantía los propietarios y copropietarios de los bienes afectados a tiempo compartido y cementerio privado, en los términos y con las limitaciones señaladas en los arts. 2091 y 2104 respectivamente.

b) Anticresis

- A pesar de que los titulares del derecho real de conjuntos inmobiliarios no se hallan enumerados entre los legitimados para constituir anticresis en el art. 2213, se considera que se encuentran incluidos los titulares de los conjuntos inmobiliarios (art.2073 a 2086), por la remisión que efectúa el art. 2075 al referirse a ellos como “propiedad horizontal especial”, resultando de aplicación entonces el art. 2045.

POSIBILIDAD DE CONSTITUIR CONJUNTOS INMOBILIARIOS, TIEMPO COMPARTIDO Y CEMENTERIO PRIVADO COMO PROPIEDAD HORIZONTAL “NO ESPECIAL”.

- La falta de precisiones en cuanto a las facultades que tienen los titulares de estos derechos reales amerita pensar que quien pretende llevar adelante un emprendimiento urbanístico, o un tiempo compartido o un cementerio privado pueda optar por el derecho real de propiedad horizontal. Constituíos bajo esta figura, la regulación en cuanto a sus elementos, contenido, adquisición, constitución, modificación, transmisión, duración y extinción será la de la propiedad horizontal, a la que, como la otra cara de la moneda, la podemos llamar “no especial”.

2.- PONENCIA. FUNDAMENTOS

LOS CONJUNTOS INMOBILIARIOS COMO PROPIEDAD HORIZONTAL ESPECIAL

DENOMINACION. ESTRUCTURA LEGAL. FACULTADES. CONSTITUCION DE DERECHOS REALES DE GARANTÍA.

I. INTRODUCCIÓN.

El tema propuesto para la Comisión de Derecho Reales de estas XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil es PROPIEDAD HORIZONTAL ESPECIAL.

La temática se direcciona, de esta manera, a lo dispuesto en el segundo del art. 2075 que, al tratar los conjuntos inmobiliarios, establece 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**”.

Estimo, así, que la propuesta es más amplia que el debate sobre los conjuntos inmobiliarios enumerados en el art. 1887 inc. d).

En tal sentido, bajo el sistema del *numerus clausus* el Código Civil y Comercial enumera los derechos reales en el art. 1887: a) dominio; b) el condominio; c) la propiedad horizontal; d) los conjuntos inmobiliarios; e) el tiempo compartido; f) el cementerio privado; g) la superficie; h) el usufructo; i) el uso; j) la habitación; k) la servidumbre; l) la hipoteca; m) la anticresis; n) la prenda.

El Código adopta el criterio del Proyecto de 1998 y así el tratamiento de los derechos reales en particular es precedido por disposiciones generales atinentes a todos los derechos reales.¹ El mismo método se sigue para los derechos reales de garantía ya que su

¹ El derogado Código Civil trataba los lineamientos básicos de los derechos reales en solo cuatro artículos, los artículos 2502 a 2505 (incluso el último de ellos, según el texto de la Ley N° 17.711, se refería exclusivamente a los derechos reales sobre inmuebles). Se señala en los Fundamentos del Proyecto de 1998 que “la ausencia de directivas generales en el lugar adecuado, o sea antes del tratamiento particular de las distintas instituciones propias de los derechos reales, tuvo como contrapartida la indiscutible desviación metodológica de que en reiteradas ocasiones las normas atinentes al dominio hicieran las veces de las disposiciones generales omitidas, o que en otras, se reiteraran en cada uno de los institutos regulaciones que no eran singulares, sino que importaban nuevas resonancias hasta redundantes de pautas que debieron extenderse a un universo de situaciones, para evitar repeticiones e incluso contradicciones”. Se agrega, además, que no era comprensible que el otro eje de los derechos patrimoniales, el mundo de los contratos, estuviera precedido de previsiones generales y que no se iniciara con ellas el régimen de los derechos reales.

tratamiento se inicia con disposiciones comunes, para luego abocarse al tratamiento de cada uno de ellos en particular².

Esta introducción se efectúa por cuanto los conjuntos inmobiliarios se encuentran enumerados bajo el sistema del *numerus clausus* por lo que se hallan alcanzados tanto por las disposiciones generales de los derechos reales, como por las disposiciones generales y especiales de los derechos reales de garantía, en la medida que sus titulares se hallen legitimados para constituirlos, tema que también se pretende abordar.

II. ASPECTOS GENERALES DE LOS CONJUNTOS INMOBILIARIOS.

a) La estructura legal en los derechos reales y en particular en los conjuntos inmobiliarios.

Con dudosa independencia estructural, el Código Civil y Comercial contiene a los conjuntos inmobiliarios (y al tiempo compartido y al cementerio privado) como derechos reales.

La duda sobre su independencia estructural surge a poco de analizar la definición legal de derecho real en el art. 1882 y concordarla con la definición legal de cada derecho real en particular.

En efecto, el art. 1882 define al derecho real como “el poder jurídico, de estructura legal, que se ejerce directamente sobre su objeto, en forma autónoma y que atribuye a su titular las facultades de persecución y preferencia, y las demás previstas en este Código”.

La estructura legal, entonces, es la que permite diferenciar un derecho real de otro en la medida que cada uno contempla un conjunto de facultades que le son propias y que recaen sobre un objeto idóneo para el ejercicio de las mismas³.

² La metodología del derogado Código Civil es seguida por el Proyecto de 1936 y el Anteproyecto de 1954, mientras que en los Proyectos de 1993 y de 1998 se sistematizaron reglas abarcativas de los distintos derechos reales de garantía para luego reglamentar los rasgos distintivos de cada uno. En los Fundamentos del Proyecto de 1998 se explica el criterio adoptado al decir: “La reducción de 153 artículos a menos de la tercera parte: 50, es otra demostración de que la preocupación por actualizar los derechos reales, lejos de implicar un alongamiento de la legislación, conlleva naturalmente una importante reducción del contexto preceptivo” y agregar que “el breve tratamiento particular de cada uno, se sustenta en la existencia de disposiciones comunes, que traducen la unidad de fondo de todos ellos, sistematización global que omite Vélez Sársfield, quien tampoco es explícito en indicar todos los rasgos básicos en la normativa especial de los distintos institutos”. El Anteproyecto de 2012 que con algunas modificaciones se aprobara en 2014 mantiene la propuesta de 1998 al leerse en sus fundamentos que “los derechos de garantía están precedidos por disposiciones generales comunes a todos, lo cual luego torna en mínima la tipificación de cada uno de estos derechos”.

Así, y en lo que respecta a los derechos reales que recaen sobre cosa propia o parcialmente propia (art. 1888); el *dominio* (art. 1941) le concede a un sujeto las facultades de usar, gozar y disponer material y jurídicamente de una cosa; el *condominio* (art. 1983) hace lo propio con respecto a varias personas que ejercen las facultades que a cada una le corresponde por una parte indivisa; la *propiedad horizontal* (art. 2037) otorga a su titular facultades de uso, goce y disposición material y jurídica que se ejercen sobre partes privativas y sobre partes comunes de un edificio, conformando, unas y otras, un todo inescindible⁴ y la *superficie* (si existe propiedad superficiaria) le otorga a su titular la facultad de uso, goce y disposición material y jurídica sobre lo plantado, forestado o construido en el terreno, el vuelo o el subsuelo.

Los derechos reales que recaen sobre cosa ajena también responden a este criterio de facultades de determinados sujetos vinculados a un objeto, y de esta manera en la *superficie* (art. 2114) el superficiario (cuando no existe propiedad superficiaria) tiene la facultad de uso, goce y disposición material y jurídica del derecho de plantar, forestar o construir; en el *usufructo* (art. 2129) el usufructuario tiene el derecho de usar, gozar y disponer jurídicamente de un bien, sin alterar su sustancia; en el *uso* (art. 2154) el usuario puede usar y gozar de una cosa, su parte material o indivisa, en la extensión y con los límites establecidos en el título, sin alterar su sustancia; en la *habitación* (art. 2158) el derecho del habitador consiste en morar en un inmueble construido, o en parte material de él, sin alterar su sustancia y en la servidumbre (art. 2162) el titular del inmueble dominante goza de determinada utilidad sobre el inmueble sirviente.

Con respecto a los derechos reales que se ejercen por la posesión, y de acuerdo al art. 1891, todos los derechos reales regulados en el Código se ejercen por la posesión, excepto las servidumbres y la hipoteca. La aseveración, no obstante su contundencia, merece reparos: la prenda con registro no se ejerce por la posesión y es una modalidad de la prenda

³ Franchini, María Florencia, Los derechos reales en el ámbito de los conjuntos inmobiliarios, tiempo compartido y cementerios privados, La ley, Revista Código Civil y Comercial (Año 2, nro 6, julio 2016)

⁴ El artículo se completa con lo previsto en el art. 2039: “Unidad funcional. El derecho de propiedad horizontal se determina en la unidad funcional, que consiste en pisos, departamentos, locales u otros espacios susceptibles de aprovechamiento por su naturaleza o destino, que tengan independencia funcional, y comunicación con la vía pública, directamente o por un pasaje común”.

contemplada en el art. 2220, donde expresamente se indica que los bienes prendados “deben quedar en poder del deudor o del tercero que los haya prendado.”⁵

Por último, y en cuanto a los derechos reales accesorios de un crédito en función de garantía (art. 1889), la *hipoteca* (art. 2205) es conceptualizada como “el derecho real de garantía que recae sobre uno o más inmuebles individualizados que continúan en poder del constituyente y que otorga al acreedor, ante el incumplimiento del deudor, las facultades de persecución y preferencia para cobrar sobre su producido el crédito garantizado”, la *anticresis* (art. 2212) como “el derecho real de garantía que recae sobre cosas registrables individualizadas, cuya posesión se entrega al acreedor o a un tercero designado por las partes, a quien se autoriza a percibir los frutos para imputarlos a una deuda”, la *prenda* (art. 2219) como “el derecho real de garantía sobre cosas muebles no registrables o créditos instrumentados. Se constituye por el dueño o la totalidad de los copropietarios, por contrato formalizado en instrumento público o privado y tradición al acreedor prendario o a un tercero designado por las partes”, a la que se le aduna la *prenda con registro* (art. 2220).

En lo atinente a los conjuntos inmobiliarios (y al tiempo compartido y al cementerio privado), resulta complejo encuadrar estas figuras en el ámbito de los derechos reales.

El primer escollo se advierte en la búsqueda de su naturaleza real a través de la definición legal: mientras todos los derechos reales enumerados en el art. 1887 inc., a), b), c), g), h), i), j), k), l), m) y n) se reflejan como tales en cada una de sus definiciones legales, no sucede lo mismo en los enumerados en los inc. d), e) y f).

⁵ La indicación de que los bienes prendados “deben” quedar en poder del deudor tampoco es acertada, ya que el propietario de los objetos prendados mantiene la facultad de disposición, tal como lo indica el art. 2195 para todos los derechos reales de garantía: “Facultades del constituyente El constituyente de la garantía conserva todas las facultades inherentes a su derecho, pero no puede realizar ningún acto que disminuya el valor de la garantía. Si esto ocurre, el acreedor puede requerir la privación del plazo de la obligación, o bien puede estimar el valor de la disminución y exigir su depósito o que se otorgue otra garantía suficiente”. Por su parte, el art. 2º del Decreto-ley Nº 15.348/46 –Prenda con registro- ratificado por Ley 12.962 señala que los bienes sobre los cuales recae la prenda con registro “quedarán en poder del deudor o del tercero que los haya prendado en seguridad de una deuda ajena”, pero esta regla encuentra su excepción en la misma norma, ya que por el art. 9º el dueño de los bienes prendados no puede enajenarlos, “pudiendo hacerlo solamente en el caso que el adquirente se haga cargo de la deuda garantizada, continuando en vigor la prenda bajo las mismas condiciones en que se constituyó, inclusive en cuanto a la responsabilidad enajenante. La transferencia se anotará en el Registro y se notificará al acreedor mediante telegrama colacionado”. Entonces, puede enajenarlos, con los alcances que le da el art. 2199 a la responsabilidad del propietario no deudor.

El art. 2073 dispone 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 contemplan usos mixtos, con arreglo a lo dispuesto en las normas administrativas locales”.

En la misma línea se describe al tiempo compartido en el art. 2087 y a los cementerios privados en el art. 2103.

Prontamente se advierte que, a pesar de estar enumerados como derechos reales, no se los define como tales. La falta de conceptualización o definición como derecho real podría ser un detalle no determinante si fuera posible revelar su naturaleza jurídica a través de su estructura legal, tal como se indicara para el resto de los derechos reales en lo atinente a la determinación del objeto sobre el que recae y las facultades que otorga. Así ocurrió, a modo de ejemplo, con la derogada ley 13.512 que en el art. 1º no definía a la propiedad horizontal como un derecho real, pero era posible declarar tal carácter a partir de los elementos, contenido, adquisición, constitución, modificación, transmisión, duración y extinción.

Esta es la nota característica de los derechos reales que señala el art. 1884 cuando indica: “Estructura. La regulación de los derechos reales en cuanto a sus elementos, contenido, adquisición, constitución, modificación, transmisión, duración y extinción es establecida sólo por la ley. Es nula la configuración de un derecho real no previsto en la ley, o la modificación de su estructura”.

La falta de precisiones en las definiciones legales mantiene la polémica sobre la oportunidad de la apertura del *numerus clausus*, la que sólo se justifica “cuando existe la imposibilidad estructural de encuadrar la nueva situación fáctica en las categorías existentes”, tal como lo indicaran las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Córdoba, 2009) ratificando lo declarado por las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 1987).

Sin perjuicio de ciertas oscuridades que se advierten en las disposiciones que contemplan a los conjuntos inmobiliarios (y al tiempo compartido y al cementerio privado), entiendo que debe hacerse el esfuerzo de encuadrar la figura en el ámbito de los derechos reales, porque el Código Civil y Comercial los enumera como tales y pone fin al debate pre-Código sobre si son o deberían ser esta clase de derechos subjetivos.

En los párrafos siguientes analizaré la independencia o no de los conjuntos inmobiliarios con respecto a otros derechos reales, pero que en definitiva no le quita el carácter de derecho real, aunque se desdibuje la autonomía que pretende consagrar el art. 1882.

b) La inadecuada denominación del Título VI del Libro IV del Código Civil y Comercial.

El Título VI del Libro IV se denomina “Conjuntos inmobiliarios” para luego tratar en el Capítulo 1 a los conjuntos inmobiliarios, en el Capítulo 2 al tiempo compartido y en el Capítulo 3 a los cementerios privados.

Resulta cuanto menos llamativa esta metodología ya que el Libro IV –Derechos reales- tiene XIII Títulos: mientras el TÍTULO I se refiere a las Disposiciones generales, el TÍTULO II a la Posesión y tenencia y el XIII a las Acciones posesorias y acciones reales, todos los demás llevan el nombre del derecho real que corresponde: TÍTULO III: Dominio, TÍTULO IV: Condominio, TÍTULO V: Propiedad horizontal, TÍTULO VII: Superficie, TÍTULO VIII: Usufructo; TÍTULO IX: Uso, TÍTULO X: Habitación y TÍTULO XI: Servidumbre, menos el TÍTULO XII que trata los Derechos reales de garantía y que se divide en cuatro capítulos: CAPÍTULO 1: Disposiciones comunes, CAPÍTULO 2: Hipoteca, CAPÍTULO 3: Anticresis, y CAPÍTULO 4: Prenda y el TÍTULO VI que bajo el título Conjuntos inmobiliarios presenta el CAPÍTULO 1 para Conjuntos inmobiliarios, el CAPÍTULO 2 para Tiempo compartido y el CAPÍTULO 3 para Cementerios privados.

Lo sugestivo no se halla en la existencia de un título que no se corresponda con la denominación de un derecho real, sino en que el nombre del título hace referencia a uno de los derechos reales que lo componen, tal vez en desmedro de los demás. Esto no ocurre con el TÍTULO XII que trata los Derechos reales de garantía, porque cada derecho real de garantía encuentra su independencia en un capítulo especial y el nombre del Título no hace referencia a ninguno de ellos sino a Disposiciones comunes para todos.

Considero que el Título VI no debió denominarse “Conjuntos inmobiliarios”, y no sólo por una cuestión de prolijidad legislativa que hasta puede ser una superficialidad si no tiene consecuencias jurídicas, sino porque el nombre “Conjuntos inmobiliarios” puede conducir al error de considerar que el tiempo compartido y los cementerios privados son una exteriorización de los conjuntos inmobiliarios, a los que se sumarían los conjuntos inmobiliarios “propriadamente dichos”, y que en consecuencia podrían compartir elementos comunes. Los tiempos de englobar las “nuevas manifestaciones de la propiedad” o las

“propiedades especiales” bajo un sistema común han concluído con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial⁶.

Las otrora “nueva formas de propiedad” son ahora pretendidos derechos reales autónomos: los conjuntos inmobiliarios (arts. 1887 inc. d y 2073 a 2086), el tiempo compartido (arts. 1887 inc. e y 2087 a 2102) y los cementerios privados (arts. 1887 inc. f y 2103 a 2113), sin que sea posible aplicar las regla de unos a los otros si el legislador no lo establece.

El tema reviste importancia en lo que atañe a la constitución de los derechos reales de garantía, puesto que conforme al criterio que sustento, y que se desarrollará con posterioridad, cuando el art. 2206 dispone que pueden constituir hipoteca los titulares de conjuntos inmobiliarios, sólo hace referencia a los previstos en el capítulo 1 del título VI y no pueden considerarse incluídos los demás derechos reales que engloba el nombre del título, ni tampoco que es posible por la circunstancia de que pueden constituirlos los titulares de la propiedad horizontal, porque el art. 2075 cuando se refiere a la consideración de una “propiedad horizontal especial” lo hace en referencia sólo a los conjuntos inmobiliarios, y no es abarcativo ni del tiempo compartido ni de los cementerios privados.

Estas, y otras particularidades serán consideradas al abordar la posibilidad de constituir derechos reales de garantía en el ámbito de los conjuntos inmobiliarios, por lo que en lo que sigue se detallarán sólo algunos semblantes de la figura para articularla con los derechos reales accesorios en función de garantía.

c) Conjuntos inmobiliarios.

Con enumeración no taxativa, el art. 2073 (bajo el título “concepto”, que no da) indica 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 contemplan usos mixtos, con arreglo a lo dispuesto en las normas administrativas locales”.

⁶ Franchini, María Florencia, Los derechos reales en el ámbito de los conjuntos inmobiliarios, tiempo compartido y cementerios privados, La ley, Revista Código Civil y Comercial (Año 2, nro 6, julio 2016)

Los elementos característicos de estas urbanizaciones también son señalados de manera enunciativa en el art. 2074, entre los que se destaca el cerramiento, la existencia de partes comunes y privativas, el estado de “indivisión forzosa y perpetua”⁷ de las partes, lugares y bienes comunes, la necesidad de un reglamento por el que se establezcan órganos de funcionamiento, limitaciones y restricciones a los derechos particulares, régimen disciplinario y obligación de contribuir con los gastos y cargas comunes, además de una “entidad con personería jurídica”⁸ que agrupe a los propietarios de las unidades privativas. Agrega además que las diversas partes, cosas y sectores comunes y privativos, así como las facultades que sobre ellas se tienen, “son interdependientes y conforman un todo no escindible”.

Su similitud con la propiedad horizontal es tal, que el art. 2075 establece como marco legal, el de una “propiedad horizontal especial”.

Desdibujada la independencia o autonomía de los conjuntos inmobiliarios, se presentan, así, como un derecho real de propiedad horizontal especial que presentan sólo algunos matices que la distinguen de la propiedad horizontal, pero que evidentemente no los separa⁹.

La ausencia de un carácter distintivo, sin embargo, es la que permite entender con mayor facilidad la constitución de derechos reales de garantía. No es un mérito: la relación paterno-filial que une a los conjuntos inmobiliarios con la propiedad horizontal, facilitan la comprensión de la constitución de derechos reales de garantía, ya que el derecho real de conjuntos inmobiliarios se determina también en una unidad funcional, aunque matizada (arts. 2039 y 2077).

⁷ Siguiendo los lineamientos del Código Civil y Comercial, la expresión más adecuada es “indivisión forzosa perdurable”, tal como lo indica el art. 2004.

⁸ Expresión que no se adecua al espíritu del art. 2044 cuando se refiere al consorcio de propietarios.

⁹ Como señala Jorge Alterini. “El dominio imperfecto no deja de ser dominio; el condominio sin indivisión forzosa y los con indivisión forzosa, son todos condominios; los derechos de construir, plantar o forestar, y el derecho sobre la propiedad superficiaria (construcción, plantación o forestación ya existente) son todos ellos abarcados como derecho de superficie; son indistintamente usufructos los que recaen sobre cosas no fungibles, derechos, conjuntos de animales o una herencia; el género servidumbre engloba múltiples manifestaciones especiales; puede haber prenda de cosas y de créditos, y el único derecho real es el de prenda”. Alterini, Jorge Horacio, *Primeras consideraciones sobre los Derechos reales en el Proyecto de Código*, Acad.Nac. de Derecho 2012 (setiembre), 04/09/2012, 1 - LA LEY2012-E, 898, AR/DOC/4622/2012.

d) Distinción de la propiedad horizontal especial según se trate de conjuntos inmobiliarios preexistentes o a constituirse.

De acuerdo con el art. 2075, todos los conjuntos inmobiliarios deben someterse a la normativa del derecho real de propiedad horizontal, a los fines de conformar un derecho real de propiedad horizontal especial.

Sin embargo, el mismo artículo trae una aclaración: “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”.

Bajo estas premisas, considero que los conjuntos inmobiliarios que se constituyan a partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial deben someterse a la normativa del derecho real de propiedad horizontal (especial), mientras que para los preexistentes rige la exigencia de la “adecuación”, que no implica un sometimiento al régimen, puesto que para que ello ocurra deberán darse los requisitos del art. 2038 para la división jurídica del inmueble¹⁰.

e) Facultades para constituir derechos reales. Límites en el ejercicio del derecho real.

El titular del derecho real de conjuntos inmobiliarios tiene amplias facultades materiales y jurídicas sobre su parte privativa, que impacta sobre las partes comunes en estado de indivisión forzosa perdurable.

Acorde a lo dispuesto por el art. 2078 cada propietario “debe ejercer su derecho dentro del marco establecido en la presente normativa, con los límites y restricciones que surgen del respectivo reglamento de propiedad horizontal del conjunto inmobiliario, y teniendo en miras el mantenimiento de una buena y normal convivencia y la protección de valores paisajísticos, arquitectónicos y ecológicos”.

¹⁰ Art. 2038 .— Constitución. A los fines de la división jurídica del edificio, el titular de dominio o los condóminos deben redactar, por escritura pública, el reglamento de propiedad horizontal, que debe inscribirse en el registro inmobiliario. El reglamento de propiedad horizontal se integra al título suficiente sobre la unidad funcional.

De tal manera, y en concordancia con el destino del emprendimiento urbanístico de que se trate, tiene derecho a constituir derecho real de superficie, usufructo, uso, habitación, servidumbre, hipoteca y anticresis.

Estimo como inadecuada la expresión “límites y restricciones” que trae el art. 2078. El término debe concordarse con el Capítulo 4 del Título III del Libro IV (Límites), a la par de lo concluido por unanimidad en las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2013: “1º) La expresión límites al dominio es la más adecuada pues hace referencia al contenido normal de ese derecho real. Las limitaciones o restricciones denotan una reducción de facultades en términos genéricos”.

f) Publicidad del derecho real de conjuntos inmobiliarios.

Los conjuntos inmobiliarios son derechos reales sobre cosa propia, principal y que se ejerce por la posesión.

Se requiere la publicidad registral para la afectación, tal como lo indica el art. 2075 (por remisión al art. 2038). Tras la afectación, el derecho real sobre la unidad funcional correspondiente a la propiedad horizontal especial de conjunto inmobiliario también requiere publicidad registral.

Considero que no ocurre lo mismo para el cementerio privado y el tiempo compartido¹¹.

El art. 2106 impone al administrador del cementerio privado la obligación de llevar dos clases de registros: uno de inhumaciones y otro de titulares de los derechos de sepultura en el cual se deben consignar los cambios de titularidad producidos. El registro de titulares de los derechos de sepultura no alcanza para hacer oponibles a terceros interesados de buena fe tales derechos (art. 1893). Sin una técnica registral adecuada¹², proveniente de planos de mensura y subdivisión identificatorios de las parcelas a que hacen referencia los arts. 2107 inc. a) y c), 2110, y de títulos que lo habiliten, la publicidad será posesoria.

¹¹ Franchini, María Florencia, Los derechos reales en el ámbito de los conjuntos inmobiliarios, tiempo compartido y cementerios privados, La ley, Revista Código Civil y Comercial (Año 2, nro 6, julio 2016)

¹² KIPER, Claudio M., Acerca de la posibilidad de constituir derechos reales sobre espacios destinados a sepulturas en los cementerios privados, La Ley 1988-E, 929. SCOTTI, Edgardo O., Régimen jurídico de los cementerios privados, La Ley 1987-A, 811

Lo mismo ocurre en el caso del tiempo compartido. El registro que debe llevar el emprendedor de acuerdo al art. 2094 inc. b) es un Registro de Titulares en el que deben asentarse los datos personales de los usuarios y su domicilio, períodos de uso, el o los establecimientos a los que corresponden, tipo, extensión y categoría de las unidades, y los cambios de titularidad. La registración señalada, tal como el caso del registro de titulares de derecho de sepultura, no alcanza para la publicidad registral a que hace referencia el art. 1893, por lo que, en las mismas circunstancias apuntadas precedentemente, la publicidad será posesoria.

III. ASPECTOS GENERALES DE LOS DERECHOS REALES DE GARANTÍA.

En el Proyecto de 1998 se define a los derechos reales de garantía como aquellos que se constituyen por contrato formal en seguridad de créditos, y que además de las facultades propias de los derechos reales, otorgan las de realizar los bienes y de percibir los créditos sobre su producido.

La definición no es sustituida por ninguna otra en el Código Civil y Comercial, limitándose a señalar en el art. 2184 que “los derechos reales constituídos en garantía de créditos se rigen por las disposiciones comunes de este Capítulo y por las normas especiales que corresponden a su tipo”.

Se adopta el criterio proyectado en 1998 en cuanto a comprender en una parte general las disposiciones comunes a todos los derechos reales de garantía en el Capítulo 1 (arts. 2184 a 2204), para luego tratar en particular la hipoteca en el Capítulo 2 (arts. 2205 a 221), la anticresis en el Capítulo 3 (Arts. 2212 a 2218) y la prenda sin y con registro en el Capítulo 4 (arts. 2219 a 2237).

La hipoteca es definida en el art. 2205 como el derecho real de garantía que recae sobre uno o más inmuebles individualizados que continúan en poder del constituyente y que otorga al acreedor, ante el incumplimiento del deudor, las facultades de persecución y preferencia para cobrar sobre su producido el crédito garantizado; la anticresis por el art. 2212 como el derecho real de garantía que recae sobre cosas registrables individualizadas, cuya posesión se entrega al acreedor o a un tercero designado por las partes, a quien se autoriza a percibir los frutos para imputarlos a una deuda, la prenda por el art. 2219 como el derecho real de garantía sobre cosas muebles no registrables o créditos instrumentados (además de la prenda con registro del art. 2220).

La legitimación para constituir cada derecho real se establece expresamente: para la hipoteca en el art. 2206, para la anticresis en el art.2213 y para la prenda en el art. 2219.

IV. POSIBILIDAD DE CONSTITUIR DERECHOS REALES DE GARANTÍA EN EL ÁMBITO DE LOS CONJUNTOS INMOBILIARIOS.

a) Hipoteca.

Por el art. 2206 pueden constituir hipoteca “los titulares de los derechos reales de dominio, condominio, propiedad horizontal, conjuntos inmobiliarios y superficie”. Además, y de conformidad al art. 2207 un condómino “puede hipotecar la cosa por su parte indivisa. El acreedor hipotecario puede ejecutar la parte indivisa sin esperar el resultado de la partición. Mientras subsista esta hipoteca, la partición extrajudicial del condominio es inoponible al acreedor hipotecario que no presta consentimiento expreso”.

A diferencia de lo que señalaba el Anteproyecto 2012 en el art. 2206: “Pueden constituir hipoteca los titulares de los derechos reales de dominio, condominio, propiedad horizontal y superficie” , el artículo incorpora a los titulares de conjuntos inmobiliarios, refiriéndose entonces a algunos de los derechos reales sobre cosa total o parcialmente propia que enumera la primera parte del art. 1888 ya que no contempla como legitimados para constituir hipoteca a los titulares de tiempo compartido y cementerios privados.

Las características del derecho real de conjuntos inmobiliarios ya fueron analizadas. Para este acápite vale suponer que si el art. 2095 los considera un derecho real de propiedad horizontal especial, las facultades para constituir hipoteca se rigen por el 2045 y las consecuencias y alcances por el título XII.

Para el derecho real de propiedad horizontal, tanto en los derogados arts. 3 y 4 de la Ley 13.512 como en el actual 2045 del Código Civil y Comercial se contempla la posibilidad de los propietarios de unidades funcionales de constituir derechos reales, los que impactan también sobre las partes comunes.

Así, establece el art. 2045 que cada propietario “puede, sin necesidad de consentimiento de los demás, enajenar la unidad funcional que le pertenece, o sobre ella constituir derechos reales o personales”. Y agrega que “la constitución, transmisión o extinción de un derecho

real, gravamen o embargo sobre la unidad funcional, comprende a las cosas y partes comunes y a la unidad complementaria, y no puede realizarse separadamente de éstas”.

No obstante que el Título VI del Libro Cuarto se denomina “Conjuntos Inmobiliarios”, el mismo abarca a los conjuntos inmobiliarios (art. 2073 a 2086), tiempo compartido (art. 2087 a 2102) y cementerios privados (art. 2103 a 2113). En base a la legitimación para constituir hipoteca que indica el art. 2206 debe entenderse que incluye a los conjuntos inmobiliarios que se estatuye en los arts. 2073 a 2086, y excluye a los titulares de los derechos reales de tiempo compartido y cementerio privado¹³.

Al usuario del tiempo compartido y al titular del derecho real de sepultura no se les concede la facultad de constituir hipoteca. A este último supuesto debe añadirse que en el derecho real de sepultura (art.2112), de acuerdo al art. 2110, es inembargable la parcela exclusiva destinada a la sepultura (excepto por créditos provenientes del saldo de precio de compra y de construcción de sepulcros y por las expensas, tasas, impuestos y contribuciones correspondientes a aquéllas).

b) Anticresis

Señala el art. 2213 que pueden constituir anticresis “los titulares de los derechos reales de dominio, condominio, propiedad horizontal, superficie y usufructo”¹⁴.

El análisis de la facultad de construir anticresis por parte del titular de propiedad horizontal amerita el mismo análisis que se efectuara para la hipoteca, en los términos del art. 2045.

Sin embargo, no puede dejar de señalarse que los titulares del derecho real de conjuntos inmobiliarios no se hallan enumerados entre los legitimados para constituir anticresis.

¹³ Franchini, María Florencia, Los derechos reales en el ámbito de los conjuntos inmobiliarios, tiempo compartido y cementerios privados, La ley, Revista Código Civil y Comercial (Año 2, nro 6, julio 2016)

¹⁴ En el derogado Código Civil (arts. 3241 y 3142) podían constituir anticresis tanto el propietario que tuviera capacidad para disponer del inmueble como quien tuviera derecho a los frutos. Bajo estas premisas, entonces, el usufructuario se hallaba legitimado para constituir anticresis, cuyo plazo de duración estaba limitado al tiempo del usufructo (derogado art. 2870). La facultad del usufructuario no estaba contemplada en el Proyecto de 1998, mientras que en el Código Civil y Comercial se hallan legitimados para constituir anticresis los titulares de derechos reales sobre cosa propia que enumera el art. 1888 y el usufructuario, que detenta un derecho real sobre cosa ajena.

Estimo que, no obstante que el artículo menciona sólo al titular del derecho real de propiedad horizontal, se encuentran incluidos titulares de los conjuntos inmobiliarios (art.2073 a 2086), por la remisión que efectúa el art. 2075 al referirse a ellos como “propiedad horizontal especial”, resultando de aplicación entonces el art. 2045.

Con el mismo criterio que el expuesto para la hipoteca, entiendo que quedan excluidos de constituir anticresis el usuario del tiempo compartido y al titular del derecho real de sepultura.

c) Síntesis sobre la constitución de derechos reales de garantía.

El titular del derecho real de conjuntos inmobiliarios tiene amplias facultades materiales y jurídicas sobre su parte privativa, que impacta sobre las partes comunes en estado de indivisión forzosa perdurable. De tal manera, y en concordancia con el destino del emprendimiento urbanístico de que se trate, tiene derecho a constituir derecho real de superficie, usufructo, uso, habitación, servidumbre, hipoteca y anticresis. Si constituye derecho real de superficie, el superficiario puede constituir hipoteca y anticresis, y si constituye usufructo, el usufructuario puede constituir anticresis.

Las facultades del usuario de tiempo compartido no se hallan delineadas de manera clara en el Código Civil y Comercial. De lo establecido en el art. 2095 puede interpretarse que el derecho que tiene consiste en usar los bienes que integran el tiempo compartido ejerciendo su derecho conforme a su naturaleza y destino, sin alterarlos ni sustituirlos y sin impedir a otros usuarios disfrutar de los turnos que les corresponden. A pesar de la amplia expresión del art. 2101 cuando indica la aplicabilidad de las normas sobre derechos reales, no se advierte la posibilidad de constituir derechos reales de garantía.

En cuanto a las facultades del titular del derecho real de sepultura, las mismas se enumeran en el art. 2107 y consisten en inhumar en la parcela restos humanos, efectuar las exhumaciones, reducciones y traslados, construir sepulcros en sus respectivas parcelas, acceder al cementerio y a su parcela en los horarios indicados y utilizar los oratorios, servicios, parque e instalaciones y lugares comunes según las condiciones establecidas. Nuevamente, y a pesar de que el art. 2112 declara la aplicabilidad de las normas de los derechos reales y que se delinea la existencia de parcelas y partes comunes, no se advierte la posibilidad de constituir derechos reales de garantía.

Pueden constituir derechos reales de garantía los propietarios y copropietarios de los bienes afectados a tiempo compartido y cementerio privado, en los términos y con las limitaciones señaladas en los arts. 2091 y 2104 respectivamente.

V. POSIBILIDAD DE CONSTITUIR CONJUNTOS INMOBILIARIOS, TIEMPO COMPARTIDO Y CEMENTERIO PRIVADO COMO PROPIEDAD HORIZONTAL “NO ESPECIAL”.

Ya me he referido a la dificultad de encuadrar a los conjuntos inmobiliarios, al tiempo compartido y al cementerio privado en el ámbito de los derechos reales. No obstante, insisto en que debe hacerse el esfuerzo de encuadrarlas porque el Código Civil y Comercial los enumera como tales y pone fin al debate pre-Código sobre si son o deberían ser esta clase de derechos subjetivos.

La falta de precisiones en cuanto a las facultades que tienen los titulares de estos derechos reales amerita pensar que quien pretende llevar adelante un emprendimiento urbanístico, o un tiempo compartido o un cementerio privado pueda optar por el derecho real de propiedad horizontal.

Conjeturo que la opción es más apetecible para el tiempo compartido y para el cementerio privado que para los conjuntos inmobiliarios (dada su particularidad de ser una propiedad horizontal especial).

Estimo que nada impide a quien pretenda afectar un inmueble a un uso periódico y por turnos o a la inhumación de restos humanos, pueda hacerlo a través del derecho real de propiedad horizontal.

constituíos bajo esta figura, la regulación en cuanto a sus elementos, contenido, adquisición, constitución, modificación, transmisión, duración y extinción será la de la propiedad horizontal, a la que, como la otra cara de la moneda, la podemos llamar “no especial”.

VI. CONCLUSIONES

- En el Código Civil y Comercial resulta dudosa la independencia estructural de los conjuntos inmobiliarios como derechos reales.
- La falta de precisiones en la definición legal de los conjuntos inmobiliarios mantiene la polémica sobre la oportunidad de la apertura del numerus clausus, la que sólo se justifica “cuando existe la imposibilidad estructural de encuadrar la nueva situación

fáctica en las categorías existentes", tal como lo indicaran las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Córdoba, 2009) ratificando lo declarado por las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 1987).

- Desdibujada la independencia o autonomía de los conjuntos inmobiliarios, se presentan, así, como un derecho real de propiedad horizontal especial que presentan sólo algunos matices que la distinguen de la propiedad horizontal, pero que evidentemente no los separa.
- Sin perjuicio de ciertas oscuridades que se advierten en las disposiciones que contemplan al a los conjuntos inmobiliarios, debe hacerse el esfuerzo de encuadrar la figura en el ámbito de los derechos reales, porque el Código Civil y Comercial los enumera como tales y pone fin al debate pre-Código sobre si son o deberían ser esta clase de derechos subjetivos.
- Los conjuntos inmobiliarios son derechos reales sobre cosa propia, principal y que se ejerce por la posesión.
- El Título VI del Libro VI del Código Civil y Comercial presenta una inadecuada denominación como "Conjuntos inmobiliarios". La cuestión se plantea no sólo por una prolijidad legislativa (que hasta puede ser una superficialidad si no tiene consecuencias jurídicas), sino porque el nombre "conjuntos inmobiliarios" puede conducir al error de considerar que el tiempo compartido y los cementerios privados (incluidos en el Título) son una exteriorización de los conjuntos inmobiliarios, y que en consecuencia podrían compartir elementos comunes. Los tiempos de englobar las "nuevas manifestaciones de la propiedad" o las "propiedades especiales" bajo un sistema común han concluído con la entrada en vigor del Código Civil y Comercial
- Los conjuntos inmobiliarios que se constituyan a partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial deben someterse al a la normativa del derecho real de propiedad horizontal, mientras que para los preexistentes rige la exigencia de la "adecuación", que no implica un sometimiento al régimen, puesto que para que ello ocurra deberán darse los requisitos del art. 2038 para la división jurídica del inmueble.
- El titular del derecho real de conjuntos inmobiliarios tiene amplias facultades materiales y jurídicas sobre su parte privativa, que impacta sobre las partes comunes en estado de indivisión forzosa perdurable.

- En concordancia con el destino del emprendimiento urbanístico de que se trate, tiene derecho a constituir derecho real de superficie, usufructo, uso, habitación, servidumbre, hipoteca y anticresis.
- La expresión “límites y restricciones” que trae el art. 2078 debe concordarse con la terminología utilizada en el Capítulo 4 del Título III del Libro IV (Límites), a la par de lo concluido por unanimidad en las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2013: “1º) La expresión límites al dominio es la más adecuada pues hace referencia al contenido normal de ese derecho real. Las limitaciones o restricciones denotan una reducción de facultades en términos genéricos”.
- Se requiere la publicidad registral para la afectación, tal como lo indica el art. 2075 (por remisión al art. 2038). Tras la afectación, el derecho real sobre la unidad funcional correspondiente a la propiedad horizontal especial de conjunto inmobiliario también requiere publicidad registral.
- En los casos de cementerio privado y el tiempo compartido, la publicidad es posesoria.
- En base a la legitimación para constituir hipoteca que indica el art. 2206 debe entenderse que incluye a los conjuntos inmobiliarios que se estatuye en los arts. 2073 a 2086, y excluye a los titulares de los derechos reales de tiempo compartido y cementerio privado.
- Al usuario del tiempo compartido y al titular del derecho real de sepultura no se les concede la facultad de constituir hipoteca. A este último supuesto debe añadirse que en el derecho real de sepultura (art.2112), de acuerdo con el art. 2110, es inembargable la parcela exclusiva destinada a la sepultura (excepto por créditos provenientes del saldo de precio de compra y de construcción de sepulcros y por las expensas, tasas, impuestos y contribuciones correspondientes a aquéllas).
- A pesar de que los titulares del derecho real de conjuntos inmobiliarios no se hallan enumerados entre los legitimados para constituir anticresis en el art. 2213, se considera que se encuentran incluidos los titulares de los conjuntos inmobiliarios (art.2073 a 2086), por la remisión que efectúa el art. 2075 al referirse a ellos como “propiedad horizontal especial”, resultando de aplicación entonces el art. 2045.
- La falta de precisiones en cuanto a las facultades que tienen los titulares de estos derechos reales amerita pensar que quien pretende llevar adelante un emprendimiento urbanístico, o un tiempo compartido o un cementerio privado

pueda optar por el derecho real de propiedad horizontal. Constituíos bajo esta figura, la regulación en cuanto a sus elementos, contenido, adquisición, constitución, modificación, transmisión, duración y extinción será la de la propiedad horizontal, a la que, como la otra cara de la moneda, la podemos llamar “no especial”.