

XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil

La Plata 2017

Autor: José Alfredo Lopez Candiotti. DNI N° 29722610

Avalista: Prof. Luis Osvaldo Daguerre.

Comisión N° 7: Derechos Reales: “*Propiedad Horizontal Especial*”

“CONJUNTOS INMOBILIARIOS: El derecho de preferencia y sus alcances”

Sumario: **I. Introducción; II. Una nueva manera de vivir, una nueva forma de “no” convivir...; III. El derecho de admisión, IV. Derecho de Preferencia, V. Alcances del Derecho de preferencia , VI. Consideraciones finales. Conclusiones.**

I. Introducción

Uno de los asuntos más intrincados, y cuya previsión normativa era clamada por los claustros académicos, jurídicos, judiciales, y por sobre todo la sociedad misma, era el relativo a las urbanizaciones especiales o conjuntos inmobiliarios. Entorno a ellos circundaba algo más que una necesidad jurídica, era imprescindible contar con un marco normativo que colme la laguna existente, frente a un escenario que suponía un nuevo estilo o forma de vivir.

Desde la aparición de estos fenómenos urbanísticos y hasta la actualidad, los particulares han recurrido diversas figuras jurídicas que les han permitan sobrellevar los variados problemas que se iban generando en el devenir del tiempo. Así, resulta en la actualidad, una nota distintiva, dada por la convivencia de esquemas jurídicos que coexisten en nuestro país, con normativas provinciales que han pretendido coadyuvar a la problemática, a pesar de que en algunas ocasiones contradecían la legislación nacional vigente.

No sería preciso hablar de una caos normativo, pero si de un estado de anomia, que subsistió durante muchos años gracias a que fue mayor la explosión que tuvieron estas urbanizaciones especiales, en una demanda que fue en franco crecimiento, que los problemas que trajo el desatino omisivo del legislador.

Finalmente, con la sanción y promulgación del Código Civil y Comercial, se dio atención a la necesidad mencionada, legislándose bajo la genérica denominación de 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.¹

A poco de dos años de su sanción, la presente constiuye una valorable oportunidad para poner en análisis la regulación de este derecho que se presente con profundas connotaciones sociológicas, que involucran una constante interacción social entre los particulares, con fricciones y problemáticas que han sido la causa de atención normativa.

El derecho de admisión siempre ha sido una cuestión escabrosa, generando una gran cantidad de planteos judiciales, entre los que se ha cuestionado su ejercicio por implicar un accionar discriminatorio o limitar fuertemente la transmisión del derecho de propiedad.

Ahora se lo regula expresamente, bajo la figura del derecho de preferencia, el cual luce bien intencionado, pero merecedor de análisis, y precisión.

II. Una nueva manera de vivir, una nueva forma de “no” convivir...

Resulta importante abordar el tema propuesto desde su dimensión sociológico, ya que desde esta perspectiva se podrá atender las necesidades que el fenómeno genera. La realidad de nuestros tiempos se presenta como el mundo de las relaciones humanas se presentan en constante mutación, donde los cambios culturales, la diversidad, dan muestra de que es posible hablar de una crisis en la homogeneidad cultural². Además, los flagelos de la inseguridad y la violencia son notas que caracterizan estos días, factores que abren pasoa la recurrencia de ciertos sectores sociales al aislamiento o “autismo social” que deviene en un nuevo estilo de vida, más individualista, más alejado del “resto”, más antisocial, pero como hecho social no deja de ser objeto de estudio.

El derecho de admisión claramente, es congruente con el fenómeno que se menciona, en tanto la personas pretendend agruparse y constituir una comunidad, bajo el esquema de nuevas pautas y normas de convivencia, entre quienes suponen detentan un interés común y supremo al individual, pero por sobre todo reúnen los estándares sociales, culturales, políticos, económicos, etc que los habilita a compartir la experiencia. El motivo de tal conducta está orientado a la obtención de una mejor calidad de vida, aunque para ello sea necesario renunciar al ejercicio de ciertas libertades individuales. Ocurre entonces que en procura de tal propósito se está dispuesto a renunciar a ciertos derechos.

El caso es explicado por Jeremy Rifkin en su libro *“La era del acceso”*: *“Dado que para mucha gente la casa es la forma más importante de propiedad individual, es interesante examinar como el modo de vida de una CID comienza a minar la tradicional perspectiva de la propiedad y, en este proceso, se van sentando las bases legales y filosóficas para una era*

¹ Art. 2073 del Código Civil y Comercial.

² Ricardo Luis LORENZETTI, Teoría de la decisión judicial-Fundamentos de Derecho, Ed. Rubinzal Culzoni, p.57.

la cual la casa propia empieza a ser menos importante que la posibilidad de experimentar un estilo de vida... Las normas y acuerdos que rigen una CID otorgan los residentes menos derechos de propiedad que los que tenían sobre lo suyo en la propiedad tradicional. La pertenencia a una CID, después de todo, trae consigo determinados beneficios de los que no se puede disfrutar si se es un propietario particular de una casa individual.”³

Sin embargo, es posible cuestionarse si un conjunto de personas pueda formar una pequeña comunidad, subsumida en sus propias normas, y que dicho sistema coexista al del resto de la sociedad, en forma paralela?. Lógicamente que la interrogante no resiste el menor análisis, por cuanto la idea no solo resulta impensable sino que además implicaría un verdadero disparate.

Así, el derecho a decidir quién puede vivir o no en un country se postula como un asunto espinoso, y no puede suponerse amplio o irrestricto, reducido a las previsiones reglamentarias y en contradicción con la Constitución Nacional, ordenamiento jurídico y los principios generales del derecho.

III. El derecho de admisión

Ante la falta de previsión normativa, la posibilidad de ingreso de nuevos miembros estaba sujeta a las previsiones reglamentarias, siendo una modalidad típica la que dio la práctica en nuestro ordenamiento jurídico, la de encontrar reglamentos de convivencia que imponían restricciones para poder ser parte de la urbanización. Generalmente, se trata de un proceso de admisión, a cargo de un órgano creado a tales efectos, encargado de ponderar la idoneidad del postulante y su núcleo familiar.

En prácticamente todos los clubes de campo se implementa de una u otra manera el derecho de admisión, ya sea mediante una opción de compra o cláusula de venta preferencial a favor del club o de sus miembros, dominio revocable, etc. En general, se instrumentaba de manera tal que la decisión de admitir o denegar la solicitud se hacía a puertas cerradas, siendo confidencial las causas que motivaran una u otra decisión.

Así, podía suceder que la negativa de admisión se sostenga sobre una causa discriminatoria, o afecte gravosamente la posibilidad de transmitir el derecho de propiedad.

Es decir, que aparentemente el sistema de adquisición de derechos reales sobre inmuebles ya no se ajustaría estrictamente al sistema de título y el modo, sino que sería necesario contar con el dictamen favorable de la comisión de admisión.

En algunos casos, se ha ido tan lejos que se ha sostenido: *“Los principios concomitantes en el derecho asociacional no se prestan a admitir la obligación de una entidad para recibir en su seno a cautos quieran afiliarse, aunque estén en condiciones de hacerlo. Ella puede rechazar*

³ Jeremy RIFKIN, “La era del acceso: la revolución de la nueva economía”, Editorial Paidós, pag. 165

*a aquellos que, por una u otra causa –y aun sin causa ostensible- reputa incapaces de ser sus asociados. Y no está obligada a expresar las razones de su actividad”*⁴

En otros se llegó a un postura intermedia, en donde el tribunal decidió que el adquirente de un lote no se encuentra privado de ingresar al Country, ni de usar y gozar de su propiedad, sino que únicamente no puede utilizar las áreas deportivas y sociales, a las que solo pueden acceder los socios activos.⁵

En uno se trasluce una interpretación que menosprecia el derecho de propiedad, en tanto limite la posibilidad de transmitir el mismo a la reservada y elevada discreción de una comisión de admisión, y que a la vez podría inclusive fundar la decisión de no admisión en causas discriminatorias.

En el otro caso, se trata de una interpretación que se desentiende de la dinámica propia que gira en torno a las urbanizaciones especiales, pretendiendo escindir la propiedad sobre el terreno respecto de los bienes comunes.

Vale advertir que nunca el ejercicio del derecho de admisión podría traducirse en una forma de materializar un acto discriminatorio, lo que sería no solo abusivo, sino además ilícito a la luz de la ley 23.592 e inconstitucional por contraria el principio de igualdad consagrado en el Art. 16 de la Carta Magna.

En igual sentido se sostiene la inviabilidad de un ejercicio de dicha facultad mediante la cual se afecte o limite seriamente el derecho de propiedad del titular, sometiendo su libre transmisión a una decisión inapelable y arbitraria.

IV. Derecho de Preferencia

El Código Civil y Comercial, ha regulado la problemática en el art. 2085: Transmisión de unidades. *“El reglamento de propiedad horizontal puede prever limitaciones pero no impedir la libre transmisión y consiguiente adquisición de unidades funcionales dentro del conjunto inmobiliario, pudiendo establecer un derecho de preferencia en la adquisición a favor del consorcio de propietarios o del resto de propietarios de las unidades privativas.”*

De alguna manera, la solución se presenta como correcta, en tanto de lo contrario, no se daría respuesta a aquellos supuestos en donde las previsiones reglamentarias importaban una verdadera afectación al derecho de propiedad en tanto implicaban una encubierta prohibición de enajenar. En tal sentido le asiste razón a Highton cuando afirmaba que: *“En algún sentido todo esto se emparenta con las cláusulas de no enajenar o abstenerse de enajenar... El art. 1364 (del Código Civil) dice que es prohibida la cláusula de no enajenar la cosa vendida a*

⁴ Juzgado Civil y Comercial Laboral y Paz Letrado (04/3/1977) citado por Adolfo CAHIAN, “Las Asociaciones Civiles”, Ed. La Rocca, pag. 126)

⁵ CNCiv. Sala C, “Trammel SA y Otros c/ Mayling Club de Campo SADC y AS s/ Daños y Perjuicios”, 01/03/2005.

persona alguna, más no a una persona determinada. Aquí aparece un tercer género intermedio, pues se obliga al miembro del club de campo a no enajenar a persona indeterminada. Solo puede enajenar a persona determinada como socia, reducido número de individuos en el mundo de potenciales adquirentes. Casi, casi, es como no enajenar a persona alguna (salvo que sea aceptado por la comisión directiva)... la facultad de enajenar en el dominio (o propiedad horizontal) es en principio esencial, por lo que quitarla implicaría la desnaturalización de este derecho real, salvo los límites que impone la ley... ”⁶

De esta manera, la ley admite que vía previsión reglamentaria se disponga una preferencia en favor del consorcio de propietarios o del resto de los propietarios de las unidades privativas, siempre que con ello no se impida la libre transmisión y consiguiente adquisición de las unidades funcionales dentro del conjunto inmobiliario.

La preferencia deberá instrumentarse en el Reglamento de Conjunto inmobiliario, y en cada escritura de transmisión para procurar así su oponibilidad frente a terceros.

Ahora bien, queda claro que la comisión redactora ha puesto su énfasis en evitar que por intermedio del conocido derecho de admisión se menoscabe el derecho de propiedad mediante la limitación de su transmisibilidad y consiguiente adquisición. En tal sentido existe claridad normativa. Solo se concede facultades de limitar pero no impedir la libre transmisión.

Sin embargo ninguna prohibición expresa se encuentra respecto de limitaciones fundadas en un trato discriminatorio. También es cierto, que de así suceder, es decir cuando mediante el ejercicio de las facultades limitativas, o el del derecho de preferencia, se esté negando el acceso por causa vinculadas al género, nacionalidad, religión, etc, el juez tendrá sobrados fundamentos jurídicos para declarar la imposibilidad di dicho acto, por ser un ejercicio irregular y abusivo de un derecho.

En tal sentido, debe sostenerse que el derecho de preferencia debe implicar “... *la promesa de concluir un contrato determinado, con prioridad a otros interesados, en igualdad de ventajas o condiciones que las que estos ofrezcan...* ”⁷, y nunca una práctica discriminatoria.

En rigor de verdad, se trata de una clausula especial, propia de los contratos de compraventa, y que tiene previsión normativa en el Art.1165 del Código Civil y Comercial: “*Pacto de preferencia. “Pacto de preferencia es aquel por el cual el vendedor tiene derecho a recuperar la cosa con prelación a cualquier otro adquirente si el comprador decide enajenarla. El derecho que otorga es personal y no puede cederse ni pasa a los herederos. El comprador debe comunicar oportunamente al vendedor su decisión de enajenar la cosa y todas las particularidades de la operación proyectada o, en su caso, el lugar y tiempo en que*

⁶ Elena Higthon, Nuevas formas de dominio, Ed. Ad. Hoc, Bs. As., pag. 85

⁷ Luis M., REZZONICO, Estudio de los contratos en nuestro derecho civil, Ed. Depalma.

debe celebrarse la subasta. Excepto que otro plazo resulte de la convención, los usos o las circunstancias del caso, el vendedor debe ejercer su derecho de preferencia dentro de los diez días de recibida dicha comunicación. Se aplican las reglas de la compraventa bajo condición resolutoria.”

De tal modo, se entiende justificada y como válida, la previsión reglamentaria del derecho de preferencia en favor del consorcio o de los propietarios, cuando la misma se fundamenta en motivos objetivos como la de ampliar las propias comodidades de los propietarios, o del consorcio ante la necesidad y siempre que sea posible, de adquirir una unidad para transformar la misma en espacio común y por decisión y beneficio de los propietarios y no cuando mediante su ejercicio se pretenda de manera encubierta, denegar el acceso al conjunto de una persona por causas discriminatorias.

V. Alcances del Derecho de preferencia

No caben dudas que el titular de una parcela, detenta plenas facultades jurídicas de disposición, con las limitaciones que habilita el art. 2085 del Código Civil y Comercial.

Las limitaciones que refiere la norma, se extienden a la previsión vía reglamentaria del derecho de preferencia en favor del consorcio o los demás propietarios, pero no hacia el precio o la reserva de la facultad de determinarlo. Lo mismo cabría para el supuesto, en el cual se disponga un procedimiento tendiente a valorar la parcela del propietario. Sostener lo contrario implicaría un menoscabo al ejercicio de la autonomía de la voluntad, y una limitación infundada al derecho de propiedad, poniendo al titular de dominio de un club de campo en una situación desventajosa en relación a cualquier propietario.

Entonces, ante la supuesta voluntad de proceder a la enajenación de la cosa, el propietario deberá dar formal aviso al beneficiario de la preferencia, informando las condiciones en las cuales se contratara, e intimando el ejercicio de la misma bajo apercibimientos.

El incumplimiento de tal formalidad traerá aparejada la resolución del contrato, como consecuencia de lo normado en el último párrafo del Art 1165 del Código Civil y Comercial, que dispone la aplicación de las reglas de la compraventa bajo condición resolutoria. La misma se legisla en el Art. 1169, y de cuya letra se establece que “ *La compraventa sujeta a condición resolutoria produce los efectos propios del contrato, pero la tradición o, en su caso, la inscripción registral, sólo transmite el dominio revocable.* Finalmente el dominio revocable se encuentra regulado en el libro IV, Art. 1965 del mismo cuerpo legal.

Entonces se concluye que el “*De tratarse de un bien inmueble o bien registrable, y haciéndose constar en el título inscripto el pacto de preferencia, el dominio del comprador es menos pleno para el supuesto de que se determine vender o dar en pago el inmueble. El tercer adquirente, sin haberse cumplido con el tramite instituido por la ley para que el*

enajenante pueda ejercer las acciones que le acuerda el pacto de preferencia, será un adquirente de mala fe y su dominio sería revocable conforme el art. 2664, sin perjuicio de la responsabilidad que se prevé en el art. 1395.”⁸

Por su parte el adquirente no podrá alegar buena fe, ante un planteo del beneficiario solicitando la resolución del contrato en violación a la preferencia pactada, no solo por el efecto que la inscripción del Reglamento de Conjunto inmobiliario tiene respecto a terceros (Art. 2 Ley 17.801), sino también por el especial deber de diligencia que impone el último párrafo del Art. 1902 donde dice: “...*Cuando se trata de cosas registrables, la buena fe requiere el examen previo de la documentación y constancias registrales, así como el cumplimiento de los actos de verificación pertinente establecidos en el respectivo régimen especial.*”

Desde este enfoque resulta que el dueño de una parcela de un conjunto inmobiliario tiene respecto de la misma un dominio imperfecto, más precisamente revocable a la luz de la remisión de normas que surge del Art. 1165 del Código Civil.

Entonces deberá estarse al plazo previsto en el Art. 1965 del Código Civil y Comercial que establece: “*Las condiciones resolutorias impuestas al dominio se deben entender limitadas al término de diez años, aunque no pueda realizarse el hecho previsto dentro de aquel plazo o éste sea mayor o incierto. Si los diez años transcurren sin haberse producido la resolución, el dominio debe quedar definitivamente establecido. El plazo se computa desde la fecha del título constitutivo del dominio imperfecto.*”

Transcurrido el plazo máximo previsto, el titular del dominio revocable, adquiere el dominio pleno, lo que implica para el beneficiario de la preferencia la pérdida del derecho de hacer valer la misma.

Humildemente, se entiende que esta es la solución que más se armoniza con la plenitud del derecho de propiedad que detentan los titulares, y un paradigma social de convivencia subsumido en la igualdad y bajo la regla de la no discriminación.

Desde la perspectiva efectuada, y el juego de remisión de normas que se entiende aplicable, la facultad jurídica del propietario para disponer por actos a título gratuito se verá condicionada en tanto detenta un derecho imperfecto.

En dicho caso, será aplicable lo previsto por el Art. 1966 del Código Civil y Comercial: *El titular del dominio revocable tiene las mismas facultades que el dueño perfecto, pero los actos jurídicos que realiza están sujetos a las consecuencias de la extinción de su derecho”.*

⁸ Mario A. Piantoni, Contrato de compraventa. Negocio Jurídico Venta, Ed. La Ley, 1982, p. 90

VI. Consideraciones finales. Conclusiones

Son acertadas las palabras del reconocido profesor J. Mosset Iturraspe, cuando sostiene que no es verdad que el Derecho otorga prerrogativas y facultades con entera indiferencia del resultado práctico o finalidad que con el ejercicio de las mismas se logre. Las instituciones jurídicas formadas por normas, regidas y gobernadas por normas, tienden a organizar la vida de la comunidad conforme a un ideal de vida. El Derecho no puede desligarse del sentido político ya que cada norma supone la elección de un fin y la de unos medios para conseguirlo. No es jurídico ignorar la ley que ha sido dictada y publicada; tampoco lo es desconocer los fines que el dictado de esa ley persigue, más aún cuando los fines no pueden ser otros que los de satisfacer necesidades e intereses propios del bien común.

En definitiva, y bajo la convicción de que no existen verdades absolutas, y si visiones parciales y personales de la realidad, se arriban a las siguientes conclusiones:

- El derecho a decidir quién puede vivir o no en un country se postula como un asunto espinoso, y no puede suponerse amplio o irrestricto, reducido a las previsiones reglamentarios y en contradicción con la Constitución Nacional, ordenamiento jurídico y los principios generales del derecho.
- El ejercicio del derecho de admisión podría traducirse en una forma de materializar un acto discriminatorio, lo que sería no solo abusivo, sino además ilícito a la luz de la ley 23.592 e inconstitucional por contraria el principio de igualdad consagrado en el Art. 16 de la Carta Magna.
- Es inviable que del ejercicio del derecho de preferencia se afecte o limite seriamente el derecho de propiedad del titular, sometiendo su libre transmisión a una decisión inapelable y arbitraria.
- La ley admite que vía previsión reglamentaria se disponga una preferencia en favor del consorcio de propietarios o del resto de los propietarios de las unidades privativas, siempre que con ello no se impida la libre transmisión y consiguiente adquisición de las unidades funcionales dentro del conjunto inmobiliario.
- La preferencia deberá instrumentarse en el Reglamento de Conjunto inmobiliario, y en cada escritura de transmisión para procurar así su oponibilidad frente a terceros.
- el derecho de preferencia debe implicar “... *la promesa de concluir un contrato determinado, con prioridad a otros interesados, en igualdad de ventajas o condiciones que las que estos ofrezcan...*” , y nunca una práctica discriminatoria. E rigor de verdad, se trata de una clausula especial, propia de los contratos de

compraventa, y que tiene previsión normativa en el Art.1165 del Código Civil y Comercial, y a cuya letra deberá estarse para determinar sus límites y alcances.

- Se entiende justificada y como válida, la previsión reglamentaria del derecho de preferencia en favor del consorcio o de los propietarios, cuando la misma se fundamenta en motivos objetivos como la de ampliar las propias comodidades de los propietarios, o del consorcio ante la necesidad y siempre que sea posible, de adquirir una unidad para transformar la misma en espacio común y por decisión y beneficio de los propietarios y no cuando mediante su ejercicio se pretenda de manera encubierta, denegar el acceso al conjunto de una persona por causas discriminatorias.
- Las limitaciones que refiere el Art. 2085 del Código Civil y Comercial, se extienden a la previsión vía reglamentaria del derecho de preferencia en favor del consorcio o los demás propietarios, pero no hacia el precio o la reserva de la facultad de determinarlo. Lo mismo cabría para el supuesto, en el cual se disponga un procedimiento tendiente a valuar la parcela del propietario.
- Ante la supuesta voluntad de proceder a la enajenación de la cosa, el propietario deberá dar formal aviso al beneficiario de la preferencia, informando las condiciones en las cuales se contratara, e intimando el ejercicio de la misma bajo apercibimientos. El incumplimiento de tal formalidad traerá aparejada la resolución del contrato, como consecuencia de lo normado en el último párrafo del Art 1165 del Código Civil y Comercial, que dispone la aplicación de las reglas de la compraventa bajo condición resolutoria.
- El adquirente no podrá alegar buena fe, ante un planteo del beneficiario solicitando la resolución del contrato en violación a la preferencia pactada, no solo por el efecto que la inscripción del Reglamento de Conjunto inmobiliario tiene respecto a terceros (Art. 2 Ley 17.801), sino también por el especial deber de diligencia que impone el último párrafo del Art. 1902.
- El dueño de una parcela de un conjunto inmobiliario tiene respecto de la misma un dominio imperfecto, más precisamente revocable a la luz de la remisión de normas que surge del Art. 1165 del Código Civil y Comercial.
- Transcurrido el plazo máximo previsto en el Art. 1965 del Código Civil y Comercial, el titular del dominio revocable, adquiere el dominio pleno, lo que implica para el beneficiario de la preferencia la pérdida del derecho de hacer valer la misma.