

Título de la Ponencia: “Adecuación de los conjuntos inmobiliarios preexistentes a la regulación del derecho real de propiedad horizontal especial”.

Autor: Daniel Germán Luna (Profesor Titular de Derechos Reales- Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario y Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales U.C.E.L, Profesor Titular de Obligaciones y de Teoría de la Reparación - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales U.C.E.L Profesor Titular de Introducción al Derecho Privado - Facultad de Ciencias Económicas y Estadística de la Universidad Nacional de Rosario.)

1.- Una norma imperativa y generadora de derechos subjetivos no obstante carecer de plazo y de expresa sanción

La norma que trata en especial esta cuestión es el tercer párrafo del art. 2075 C.C.C. que dispone: “*Los conjuntos inmobiliarios preexistentes que se hubieren establecido como derechos personales o donde coexistan derechos reales y derechos personales se deben adecuar a las previsiones normativas que regulan este derecho real*”.

Hay inferencias que surgen claras de la norma y acerca de las cuales hay consenso doctrinario: si bien la misma luce imperativa (“*deben*”) no establece plazo ni impone sanción ¹. Estimamos que la ausencia de plazo y, casi correlativamente, de una sanción no priva de carácter imperativo a la norma. Discrepamos así con alguna opinión que ha querido ver en este supuesto un caso de obligación natural ². Al respecto señalaremos que aún en el régimen del Código de Vélez que las regulaba en los arts. 515 a 518, su juridicidad había sido aguda y contundentemente objetada (Bueres, Zannoni, Pizarro, Vallespinos, Calvo Costa,). Pero actualmente dicha polémica ha sido superada y esa clase de obligaciones ya no existe en el Código Civil y Comercial ³, con lo cual mal puede sostenerse que sea aplicable al art. 2075 Cód. Civil y Comercial, siendo, además, evidente que

¹ Cossari, Nelson en *Código Civil y Comercial Comentado – Tratado exegético*, dirigido por Alterini, Jorge H., t. X, p. 30, La Ley, 2015, Buenos Aires; Mariani de Vidal, Marina y Abella, Adriana, *Conjuntos inmobiliarios en el Código Civil y Comercial con especial referencia a los preexistentes*, La Ley Online, AR/DOC/677/2015; Mariani de Vidal, Marina y Abella, Adriana, *Los derechos reales en el Código Civil y Comercial*. t. I, p. 332; Causse, Federico y Petris, Christian R, *Coincidencias en el Código Civil y Comercial – Derechos reales*, p. 161, Hammurabi, 2015, Buenos Aires; Bilbao Aranda, Facundo M., *Propiedad horizontal y conjuntos inmobiliarios: regulación de los countries y otros emprendimientos urbanísticos en el Código Civil y Comercial*, DJ13/07/2016, 1, AR/DOC/1188/2016; Molina Quiroga, Eduardo, *Manual de derechos reales*, p. 364, La Ley, 2015, Buenos Aires

² Fuster, Gabriel Aníbal, *¿Adecuación de los conjuntos inmobiliarios pre-existentes? A propósito del artículo 2075 del Código Civil y Comercial de la Nación*, LLC2015 (noviembre), 1047 - DJ27/04/2016, 15, AR/DOC/3593/2015

³ Calvo Costa, Carlos A, *Derecho de las obligaciones*, p. 202, Hammurabi, 2016, Buenos Aires

el único remedio que de tales obligaciones queda en el art. 728 Cód. Civil y Comercial refiere a un supuesto completamente ajeno al que nos ocupa. Está claro que la norma en análisis no une al deber de adecuación que establece una sanción legal o una consecuencia jurídica, como podría ser una adecuación automática, pero de ello –y atento su evidente carácter imperativo- no puede inferirse que no emerjan de tal norma derechos subjetivos que permitan a un integrante –y por supuesto a varios de ellos- de un emprendimiento urbanístico accionar en procura de la adecuación de éste al derecho real de propiedad horizontal especial que regulan los arts. 2073 y ss. del C.C.C., tal como lo sostiene autorizada doctrina ⁴. Una obligación puede carecer de plazo y no por ello deja de ser tal ni está ausente en ella el elemento que la doctrina ha llamado vínculo obligacional. Hay obligaciones sin plazo y existe en ellas ese enlace entre acreedor y deudor que implica una sujeción jurídica de éste a aquél. Las contempla y regula el Cód. Civil y Comercial, por ejemplo, en el inciso b del art. 887. Y como hay obligación hay consecuencia en caso de incumplimiento y no es otra que habilitar al acreedor a emplear todos los medios legales que le posibiliten obtener la satisfacción de su interés. De ninguna manera es necesario que dicha consecuencia aparezca expresa en cada norma de la cual emerge un derecho personal. No es ésa la estructura de la norma civil. No ha sido tampoco ésa la manera en que el Código Civil y Comercial legisla los derechos personales en el Libro Tercero y de esa naturaleza es el derecho subjetivo que emerge para los titulares de parcelas en conjuntos inmobiliarios preexistentes a la vigencia del Código Civil y Comercial que no estén organizados exclusivamente en derechos reales para accionar en pos de la adecuación. Si la carencia de sanción no es a nuestro entender un defecto de la norma, la ausencia de plazo hasta puede considerarse un acierto. Difícil hubiera sido encontrar un plazo que fuera para todos los casos razonables. Es llamativo que autores que opinan que la adecuación es hartamente compleja hasta llegar a lucir como imposible o contraria a derechos ya incorporados al patrimonio, destaquen esta abstención del legislador a establecer un plazo máximo para la adecuación como una falencia de la norma. No resulta demasiado difícil imaginar la situación que se generaría si tal plazo existiera y contrarreloj debieran efectuarse las adecuaciones. Arreciarían los pedidos de prórroga del plazo legal cuanto más se aproximara su expiración. Por otra parte, cuál sería la sanción para aquellos conjuntos que no se hubieran adecuados en ese término? En verdad, pensamos que es más adecuado que no exista plazo y que los diversos conjuntos inmobiliarios, en función de la situación de cada uno de ellos, con los consensos que se vayan formando en cada caso y, cuando no se logren, a través de las vías judiciales de las que más adelante nos ocuparemos, vayan adecuándose al derecho real de propiedad horizontal

⁴ Puerta de Chacón, Alicia - Negroni, María Laura; *Adecuación de los conjuntos inmobiliarios preexistentes. Normas operativas del Código Civil y Comercial* en LA LEY 04/05/2016, AR/DOC/976/2016; Nissen, Ricardo A., *La situación jurídica de los clubes de campo luego de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación. Punto final para las asociaciones bajo forma de sociedad*, E.D., 263-20-15

especial, de modo menos traumático que si existiera un plazo legal para hacerlo. Más aún: si quienes integran algunos de estos conjuntos inmobiliarios juzgaran que no lo necesitan, que en su caso en nada los beneficia, y en ello están contestes, podrán optar por no adecuarse.

Es preciso no desatender una aguda observación que se ha efectuado respecto al significado que corresponde atribuir a la voz adecuar que emplea el art. 2017 Cód. Civil y Comercial. En efecto: Jorge H. Alterini ⁵ señala que adecuar no significa transformar ni convertir sino que, conforme el diccionario de la Real Academia Española implica “proporcionar, acomodar, apropiarse algo a otra cosa” y, a su vez, “acomodar” es “adaptar o sea ajustar algo a otra cosa”

2.- La adecuación funcional u operativa

Otro aspecto que puede ser de interés considerar y que ya ha sido tratado en diversos trabajos doctrinarios, expresivos en su conjunto de una tendencia aunque con alguna disidencia, es el de si corresponde una aplicación automática de las nuevas normas del derecho real de propiedad horizontal a los conjuntos inmobiliarios preexistentes o, si por el contrario, ello no es posible. Tanto Favier Dubois ⁶ como Nissen ⁷ coinciden en fundamentar la posición que hemos enunciado en primer término principalmente en el art. 150 C.C.C. del cual surge una prelación entre los incisos a y b que conduce a la conclusión que ambos autores postulan. Por su parte, Puerta de Chacón y Negroni ⁸ así lo propugnan con fundamentos que merecen ser tratados con más detalle, y así lo haremos seguidamente. La disidencia a la que antes aludíamos –es decir: no aplicación automática de las normas del derecho real de propiedad horizontal especial a los conjuntos inmobiliarios preexistentes– corresponde a la opinión de Cornejo, que afirma en relación al cobro ejecutivo de las expensas que “no existe la aplicación automática de las normas sobre propiedad horizontal entre las que se encuentra la del 2048, último párrafo, que establece el carácter de título ejecutivo al certificado de deuda” ⁹.

En el párrafo anterior destacábamos que el desarrollo que de este tema realizan Puerta de Chacón y Negroni ¹⁰ era merecedor de una referencia más detallada. Partamos de la base que estas autoras efectúan una distinción entre “la adecuación formal o estructural y la adecuación funcional u operativa. La primera importa cambiar la configuración jurídica del conjunto inmobiliario preexistente y refiere a los instrumentos que se deben realizar para registrar el conjunto inmobiliario en el marco de la propiedad horizontal especial. La segunda concierne a la aplicación del CCyC a las consecuencias jurídicas de la

⁵ Alterni, Jorge H., *Simplificación en la prehorizontalidad y complejidades en los conjuntos inmobiliarios*, Su. De la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 27&6/2016, La Ley 2016-D, AR/DOC/1050/2016

⁶ Favier Dubois, Eduardo M., *op. cit.*

⁷ Nissen, Ricardo, *op.cit.*

⁸ Puerta de Chacón, Alicia y Negroni, María Laura, *op. cit.*

⁹ Cornejo, Américo Atilio, *El certificado de deuda como título ejecutivo en los conjuntos inmobiliarios*, RCCyC 2015 (noviembre), 17/11/2015, 161, AR/DOC/2961/2015

¹⁰ Puerta de Chacón, Alicia y Negroni, María Laura, *op. cit.*

situación y relaciones jurídicas que nacen de los conjuntos inmobiliarios preexistentes”. Las autoras refieren a los conjuntos inmobiliarios organizados bajo formas asociativas, señalando que hasta tanto se efectúe la adecuación estructural “...ante la imperatividad de la norma, se aplica el nuevo ordenamiento legal en todo cuanto refiera a derecho de admisión, expensas, designación, remoción y cese de la administración en caso de no ser ratificado en la primera asamblea (art. 2066)”. Para el caso de otras configuraciones jurídicas, las citadas juristas en lo que a la adecuación funcional respecta propugnan que el régimen de la propiedad horizontal especial se aplica “...a las consecuencias de la situación jurídica existente. Por ejemplo, para el cobro ejecutivo de los gastos y contribuciones comunes (arts. 2081 y 2048) que procede independientemente de la estructura jurídica del conjunto preexistente, conforme lo ha reconocido la jurisprudencia bajo la vigencia del Código Civil y Comercial. Así mismo para el cumplimiento de los reglamentos preexistentes en materia de construcciones, infracciones, sanciones (art. 2080) Tampoco se debe desconocer la constitución del consorcio de propietarios dotado de personalidad jurídica (art. 2044) que opera independientemente del otorgamiento de cualquier instrumento y por la sola existencia de un grupo de personas titulares de derechos sobre partes comunes y privativas (elementos objetivos y personales) que requieren una organización para asegurar la administración y conducción del complejo al cumplimiento de la finalidad común; la conformación de subconsorcios no previstos (art. 2068).” Sostienen que “De esta manera se alcanza una interpretación integradora y sistemática del artículo 2075 con la del artículo 7°, en tanto se aplica el régimen de la propiedad horizontal especial a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes en los conjuntos inmobiliarios con distinto formato jurídico, si ello redundaría en soluciones que sean más favorables para su subsistencia y desarrollo. En definitiva, si un conjunto inmobiliario no se encuentra formal y estructuralmente adecuado a la propiedad horizontal especial, se entiende que los operadores del derecho igualmente deben aplicar el régimen legal. ...”, fundándolo en el carácter de orden público de las normas que rigen los derechos reales, por lo cual “Así como no pueden crearse derechos reales distintos a los enumerados en la legislación, no se puede esconder bajo un ropaje distinto lo que, por su finalidad y naturaleza fáctica, es un derecho real. Y si los elementos de la relación o situación jurídica definidos por las normas imperativas se encuentran presentes —características que delimita el art. 2074— no puede más que aplicarse las consecuencias que las mismas normas imponen.” Y concluyen diciendo que “Consideramos entonces que la aplicación operativa o funcional del nuevo régimen legal es inmediata respecto de ciertos elementos: sanciones, admisión, régimen de expensas, administración, etc.,”

La adecuación estructural a la nueva normativa en el caso de los emprendimientos urbanísticos preexistentes organizados bajo formas asociativas -coincidimos con Puerta de Chacón y Negroni- que no opera de pleno derecho y que se necesita la decisión de los socios o asociados, a quienes les queda expedita la vía judicial para los casos de no convocatoria a asamblea a tales fines o ante la oposición infundada y abusiva de la mayoría, según afirman las autoras citadas y, agregamos, con más razón aún, de una minoría cuando se requiere la unanimidad, dado el carácter imperativo de la norma del art. 2075. Por razones similares, las mismas juristas –en opinión que compartimos-

destacan que “la adecuación es una obligación perentoria de los administradores u órganos de administración” ¹¹ y “que de no ser cumplimentada cualquier asociado o accionista puede accionar judicialmente”.

Por las razones expuestas y compartiendo las citadas opiniones doctrinarias en ese sentido, consideramos que -salvo respecto a los conjuntos inmobiliarios preexistentes estructurados exclusivamente en derechos reales- procede la adecuación funcional u operativa.

3.- La adecuación estructural

Como es sencillo de suponer, estas adecuaciones funcionales y más aún las estructurales, enfrentan al intérprete a la cuestión de la posible inconstitucionalidad por afectar la aplicación de la nueva normativa a derechos subjetivos amparados por garantías constitucionales.

La doctrina al respecto presenta un abanico de opiniones que es interesante reseñar aunque más no sea con la brevedad propia de la naturaleza de este trabajo.

Con el indudable y valioso propósito de velar por los derechos subjetivos de quienes participan en estos emprendimientos urbanísticos preexistentes pasibles de adecuación, hay opiniones doctrinarias que advierten que “*impresiona como de muy dudosa constitucionalidad, lesiva de la garantía de la propiedad (art. 17, Constitución Nacional) e incluso contraria a lo dispuesto por el art. 7º del propio Código. En efecto, si el conjunto inmobiliario fue creado con arreglo a las normas en vigor en momento anterior, tal creación constituye una situación jurídica consolidada. Y al amparo de esa situación jurídica consolidada se habrán generado derechos incorporados a los respectivos patrimonios (del propio conjunto inmobiliario y de sus integrantes). Tales derechos no pueden ser modificados —ni se puede obligar a sustituirlos por otros—, aun cuando se entienda que el régimen de los derechos reales es de orden público (arg. art. 1884 del nuevo Código). Porque ello querría decir que, al afectarse la constitución de una situación jurídica que tuvo lugar con anterioridad, el legislador ha dotado a los nuevos dispositivos de efecto retroactivo en un ámbito en el que le está vedado avanzar, que es el de los derechos amparados por garantías constitucionales (art. 17, Constitución Nacional; art. 7º Código Civil y Comercial)*” ¹². Desde una óptica en general poco favorable al nuevo régimen jurídico de los conjuntos inmobiliarios, se afirma que es suficiente con la oposición fundada de uno solo de los integrantes del emprendimiento inmobiliario para que se evite la afectación voluntaria y, que de lo contrario, se vulnerarían derechos consolidados, con violación del art. 7 del Código y del 17 de la Constitución Nacional, y agrega que en el caso que se recurriera a los órganos jurisdiccionales no debería prosperar tal pretensión salvo que hubiere tal carencia de razones

¹¹ Puerta de Chacón, Alicia y Negroni, María Laura, *op. cit.*

¹² Mariani de Vidal, Marina y Abella, Adriana, *Conjuntos inmobiliarios en el Código Civil y Comercial con especial referencia a los preexistentes*, La Ley Online, AR/DOC/677/2015 y en *Los derechos reales en el Código Civil y Comercial*, t. I, p. 333

suficientes como para que se configurase un supuesto de abuso de derecho ¹³. También se ha dicho que el cambio frontal viola garantías constitucionales ¹⁴

La cuestión adquiere ribetes controversiales tan marcados que, en una misma obra se han expuesto posiciones contrapuestas. Así, Ricardo Javier Saucedo nos dice que “*A mi entender, el respeto al derecho de propiedad incorporado al patrimonio de los particulares y al statu quo imperante determinan que ellos seguirán funcionando bajo el sistema que hayan escogido inicialmente, incluso aunque se trate de derechos reales diferentes al aquí estudiado (refiriéndose el autor citado al derecho real de propiedad horizontal especial), en la medida en que estén reconocidos en el ordenamiento jurídico vigente a ese momento*” ¹⁵. Pocas líneas luego, en bastardilla, los directores de dicha obra: Julio C. Rivera y Graciela Medina, ¹⁶ expresan su opinión, conforme a la cual “*Sin embargo, en todos los casos deberán ajustar y adecuar su normativa al régimen que dispone el Código Civil y Comercial en este título, para dar cumplimiento a lo dispuesto en la parte final del precepto en análisis*” ¹⁷. Saucedo reafirma su posición en otra reciente obra ¹⁸

Existe otra línea de interpretación en relación a la constitucionalidad de esta adecuación que impone el art. 2075 C.C.C. y a la cual adherimos. En esa orientación, partiendo que la disposición constituye una excepción al principio de irretroactividad del art. 7 C.C.C., Aída Kemelmajer de Carlucci señala “*que en su caso habría que demostrar judicialmente que se afectan derechos constitucionales adquiridos*” ¹⁹. Resulta interesante la reflexión que efectúa Jorge R.R. Juliá en cuanto a que en razón de los defectos de las forzadas soluciones jurídicas que antes de la vigencia del Código Civil y Comercial se han dado en la práctica a estos emprendimientos “*...más que vulnerar derechos adquiridos la nueva legislación con la obligación de “adecuación” que impone consolida esos derechos en los aspectos vinculados a su ordenamiento y tratamiento normativo, y en lo práctico, aventa conflictos clarificando y consolidando los derechos de los actuales titulares de los hasta ahora, exagerando, pseudos derechos reales, sometiéndolos a una regulación cuya naturaleza jurídica resulta debidamente expresada en la letra y el espíritu del nuevo Código*” ²⁰.

Compartimos el criterio que exponen Federico Causse y Christian R. Pettis, quienes afirman que si se realizaran planteos de inconstitucionalidad argumentando la afectación, por ejemplo más

¹³ Fuster, Gabriel Aníbal, *op. cit.*

¹⁴ Alterini, Jorge Horacio; *Simplificación en la prehorizontalidad y complejidades en los conjuntos inmobiliario*, Sup. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Bs. As. 27/06/2016, 27/06/2016, 1 - LA LEY2016-D, AR/DOC/1050/2016

¹⁵ Saucedo, Ricardo Javier, *op. cit.*, t. V, p. 617

¹⁶ Gurfinkel de Wendy, Lilian y Saucedo, Ricardo J., *Propiedad horizontal. Conjuntos inmobiliarios. Tiempo compartido. Cementerios privados*, p. 476, Abeledo-Perrot, 2016, Buenos Aires

¹⁷ Rivera Julio C y Medina, Graciela en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, dirigido por esos autores, t. V, p. 618, La Ley, 2015, Buenos Aires

¹⁸ Gurfinkel de Wendy, Lilian y Saucedo, Ricardo J., *Propiedad horizontal. Conjuntos inmobiliarios. Tiempo compartido. Cementerios privados*, p. 476, Abeledo Perrot, 2016, Buenos Aires

¹⁹ Kemelmajer de Carlucci, Aída, *La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes*, Editorial Rubinzal - Culzoni Editores, §57.5, página 164

²⁰ Juliá, Jorge R.R., *Conjuntos inmobiliarios*, p. 196, Hammurabi, 2015, Buenos Aires

común, del derecho de propiedad, el interesado deberá demostrar que la adecuación que le impone la norma le ocasiona un agravio concreto, privándolo de ventajas de las cuales gozaba bajo el modelo en el cual estaba organizado ese conjunto inmobiliario ²¹

En el trabajo ya citado, Puerta de Chacón y Negroni tras recordar que “*La irretroactividad de la ley es un principio infra constitucional y el límite de esta facultad es la afectación de derechos amparados por garantías constitucionales, dado que es un límite a las facultades del legislador*” y al sintetizar las dos corrientes doctrinarias en esta materia, fijan su posición diciendo que “*Entendemos que la aplicación retroactiva de la ley se justifica si es más beneficiosa para el interés general y el particular del titular del derecho. Por tal razón, la medida de adecuación de los conjuntos inmobiliarios preexistentes al régimen de la propiedad horizontal especial exige ingresar en el casuismo y distinguir la diversa tipología del encuadre jurídico que para ellos ofrecía el mercado inmobiliario con anterioridad a la sanción del nuevo Código*” ²², tras lo cual destacan que los inconvenientes habrán de plantearse principalmente en los emprendimientos con destinos empresariales (shoppings, malls, parques industriales, etc.), que, vale recordar, son los menos numerosos dentro del universo de los conjuntos inmobiliarios.

4.- La acción judicial para la adecuación estructural

A título de síntesis de lo expuesto y a la vez como fundamento de la posición que sostenemos respecto al polémico tema de la adecuación de los conjuntos inmobiliarios preexistentes (art. 2075, tercer párrafo Cód. Civil y Comercial) al derecho real de propiedad horizontal (arts. 2073 a 2086 Cód. Civil y Comercial) señalaremos que: a) la magnitud del problema es sumamente relevante ya se la enfoque como superficie, cantidad de inmuebles y personas afectados, trascendencia económica, etc.; b) la variedad y especialmente las deficiencias jurídicas de las formas organizativas que adoptaron estos conjuntos inmobiliarios preexistentes debido a la carencia de una normativa adecuada aconsejan no mantener ni consolidar dichas situaciones jurídicas; c) existió un unánime reclamo doctrinario en el sentido que se regulase legalmente a los conjuntos inmobiliarios; d) la normativa que para los conjuntos inmobiliarios contiene el Código Civil y Comercial está plena de defectos de técnica legislativa y de reiteraciones innecesarias y propugnamos su modificación en ocasión que el Código sea objeto de una reforma, pero, no obstante ello, consideramos que es preferible -con sus yerros- a la situación de carencia normativa precedente con su secuela de tan variadas como defectuosas soluciones prácticas; e) la finalidad de la ley es la uniformidad en cuanto a la estructura que deben tener estos emprendimientos inmobiliarios: el derecho real que regulan los artículos 2037 a 2072 Cód. Civil y Comercial para los que se constituyan a partir de su entrada en vigencia como única opción y el mandato legal de adecuación para los preexistentes, con la única excepción de los que estén organizados exclusivamente en derechos reales.

²¹ Causse, Federico y Pettis, Christian R., *Incidencias del Código Civil y Comercial – Derechos reales*, p. 161, Hammurabi, 2015, Buenos Aires

²² Puerta de Chacón, Alicia y Negroni, María Laura, *op.cit.*

Antes de cualquier otra consideración y como corolario de algunas de las premisas sentadas en el párrafo precedente, debemos señalar que sabido es que desde siempre el elemento teleológico y la valoración axiológica constituyen guías basales de toda labor interpretativa. Por si hiciera falta algo más, el art. 2 del Cód. Civil y Comercial dispone que “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades.....y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.”

Estimamos que está claro que la finalidad de la ley es la uniformidad en cuanto a la estructura jurídica de estos emprendimientos inmobiliarios, determinando que todos ellos queden organizados al menos mediante derechos reales -en el caso de los preexistentes que están por lo tanto exentos de adecuación- y especialmente mediante la utilización del derecho real de propiedad horizontal especial, para los posteriores a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial y los anteriores por vía de adecuación. Siendo esa la finalidad de la ley, la marcha hermenéutica debe escoger de las opciones que el marco normológico habilita aquéllas que más tienden a la realización de ese objetivo. No existe razón dikelógica que inste al intérprete a apartarse de esa orientación por cuanto, si bien la normativa de los arts. 2073 a 2086 del Cód. Civil y Comercial adolece de todos los defectos que hemos señalado (y unos cuantos más...) cierto es que el régimen que organiza es mejor a las situaciones jurídicas resultantes de la carencia de normas precedentes, con su secuela de inseguridad jurídica como nota de los emprendimientos que han empleado derechos personales solamente o una mixtura de éstos con derechos reales, para no aludir a los forzamientos de la tipicidad de estos últimos derechos en que se ha incurrido en numerosos casos. Parece contradictorio, por otra parte, que desde la doctrina se haya clamado y reclamado por décadas para que existiera una regulación que sacara a estos tan numerosos e importantes emprendimientos inmobiliarios de esa situación de carencia de regulación y ahora que (con sus defectos) existe, la interpretación se oriente a restringir, limitar, cuando no impedir su aplicación. Salvo que se opine que es preferible para quienes son parte de un conjunto inmobiliario mantenerse en la situación jurídica precedente que acceder funcional y estructuralmente a la que plantea el nuevo Código Civil y Comercial. Puede que exista algún caso en que así suceda pero creemos que en la generalidad de los supuestos ocurre exactamente lo contrario. Por otra parte, si de manera generalizada en uno de estos emprendimientos así se opinara -como la norma no se aplica de oficio y en tal caso nadie tampoco impulsaría por vía judicial- nada impide que permanezcan con el formato jurídico en que se encuentren. Obvio es que si hubiera unanimidad en adecuarse tampoco hay conflicto. La cuestión que nos planteamos y motiva estas reflexiones es la de aquellos supuestos en los cuales algunos integrantes del emprendimiento (incluso la mayoría) pretenden la adecuación y otros (tal vez la minoría o incluso uno solo) se oponen y la cuestión a resolver es si aquéllos tienen derecho y correlativamente acción judicial y, en caso afirmativo, de qué manera funciona ésta.

Con ese norte en la interpretación, comenzaremos por despejar tres cuestiones que llamaremos previas. La primera es que no se trata de aplicación retroactiva de la ley sino del efecto

inmediato de la ley nueva aplicada a situaciones jurídicas preexistentes ²³. La segunda es que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sentado como jurisprudencia que ninguna persona goza de un derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentos, ni a su inalterabilidad ²⁴. La tercera es que no son admisibles planteos genéricos de inconstitucionalidad, para que la misma proceda deberá acreditarse que en el caso existe un agravio concreto al derecho de propiedad, que es de suponer será la garantía eventualmente vulnerada en algún especial supuesto.

En lo que refiere a la adecuación formal o estructural, la cuestión central a resolver es si la mayoría o incluso la minoría o hasta uno solo de esos sujetos está legitimado para accionar judicialmente a ese fin. Como ya lo hemos fundamentado, sostenemos que la norma contenida en el tercer párrafo del art. 2075 del Código Civil es imperativa y se integra entre las normas de orden público que principalmente rigen en el ámbito de los derechos reales. De la misma emergen derechos subjetivos. Ese derecho emergente es un derecho personal y conlleva una acción que es su consecuencia. Es una obligación exigible, por más la norma carezca de plazo y de sanción expresa. Se trata de una obligación de hacer, cuyo contenido prestacional es la adecuación del conjunto inmobiliario preexistente al nuevo derecho real, otorgando los instrumentos necesarios para ello y efectuando las registraciones correspondientes. La situación jurídica de conjunto inmobiliario no estructurado exclusivamente en derechos reales es el presupuesto de hecho (el hecho idóneo del art. 726 CCC) de la obligación de adecuación o -según la posición doctrinaria en cuanto a las fuentes de las obligaciones que el intérprete adopte- existiría una obligación legal emergente del art. 2075 CCC. Acreedor es cualquier titular de derechos en dicho conjunto. Deudores: los restantes titulares. Objeto: otorgar los instrumentos necesarios para la adecuación, un hacer. Causa: las que hemos señalado. En consecuencia: ése o esos acreedores tienen acción, tras el agotamiento de los requerimientos previos, contra los restantes titulares para que cumplan con esa obligación de hacer. Es obvio que más allá que la legitimación le corresponde a un solo titular y con más razón varios de ellos pueden demandar, es de suponer que en el litigio concreto no será indiferente al magistrado -a los fines de valorar las circunstancias del caso- la proporción de quienes están a favor de la adecuación y la de aquéllos que se oponen. Las defensas de los demandados pueden ser: imposibilidad originaria de cumplimiento de la obligación y, en tal caso, no hay en verdad obligación; imposibilidad sobreviniente, lo cual la extingue sin responsabilidad para los deudores (en ambos supuestos de imposibilidad -originaria y sobreviniente- deberá la parte accionada acreditarla y con todos los requisitos exigibles al respecto);

²³ Al respecto cabe recordar para un análisis más profundo de la cuestión, que a esa conclusión se arriba si se recuerda que el actual art. 7 del Cód. Civil y Comercial sigue en lo esencial el art. 3 del Cód. Civil derogado, el cual fue elaborado en base al pensamiento de Paul Roubier y en relación al cual son sumamente valiosos los aportes de Luis Moisset de Espanés (*Irretroactividad de la ley y el nuevo art. 3 (Código Civil) (Derecho transitorio)*, www.acaderc.org.ar) y Aída Kemelmajer de Carlucci (*La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes*, Editorial Rubinzal - Culzoni Editores)

²⁴ CSJN-Fallos, 283:360; 315-839

alegar la inconstitucionalidad pero no de manera genérica sino demostrando en el caso concreto la violación de una garantía constitucional, debiéndose también y a tal efecto realizar una comparación integral de la situación jurídica actual de ese conjunto inmobiliario y de quien ejerce oposición y la situación jurídica a la cual accedería tras la adecuación. La sola existencia de perjuicio patrimonial analizado con el criterio precedentemente expuesto no obsta a que prospere la demanda. Si ése detrimento patrimonial fuere correlativo del enriquecimiento de otros titulares, queda la vía indemnizatoria a cargo de éstos. No dándose alguno de estos supuestos, la demanda debería prosperar. Dada las características de esta obligación de hacer no existe impedimento que ante la negativa del deudor o de quienes sean deudores a cumplir lo ordenado judicialmente, los instrumentos constitutivos del conjunto inmobiliario sean otorgados por el juez. Se trata de una situación análoga a otras que ha resuelto la doctrina y la jurisprudencia en ese sentido. Puede citarse el caso del condominio o la comunidad hereditaria cuando, habiéndose resuelto dividir la cosa común en propiedad horizontal, no existe acuerdo acerca de aspectos de la división. Al respecto señalaba Racciatti ²⁵ que “*en los casos de nacimiento del régimen de partición...faltando la unanimidad necesaria para la sanción del reglamento que impediría la constitución formal del sistema de la ley 13.512, no queda otro recurso que la decisión judicial*” (hacia aplicación analógica -art 16 Cód. Civil- del art. 10 de la ley 13.512). La jurisprudencia así lo ha establecido: “*Debe admitirse -en materia de propiedad horizontal- que, en casos excepcionales, cuando la redacción del reglamento de copropiedad no surge de la voluntad de quienes resulten copropietarios, por faltar la unanimidad, la decisión de la justicia asesorada por peritos habrá de conciliar los intereses y atender lo que es usual en la materia*” ²⁶.

Finalmente digamos que la doctrina en diversas expresiones ha destacado que el costo es un impedimento o, al menos, una grave dificultad para la adecuación. Y es una prudente observación. Sin embargo, si se coincide en la imperatividad de la norma, en que de ella emergen derechos subjetivos, en que la finalidad de la ley es la que expusimos y que su normativa a pesar de todos sus desaciertos coloca a quienes integran estos emprendimientos en mejor situación jurídica que la que ostentan y que -no teniendo plazo ni sanción- la adecuación se aplicará en aquellos emprendimientos que por unanimidad lo hayan querido o por acción judicial -de acuerdo a lo expuesto- de algunos de sus integrantes y no mediando las argumentaciones de defensa de los accionados, hayan obtenido sentencia favorable, la solución a la cuestión no debe ser que la norma del Cód. Civil y Comercial no se aplique sino que se exhorte a las autoridades gubernamentales de todos los niveles a que brinden a estas adecuaciones un tratamiento tributario que no obstaculice la adecuación en los supuestos en que sea unánimemente aceptada o legítimamente requerida.

²⁵ Racciatti, Hernán, *Acerca de las formalidades constitutivas del dominio horizontal*, J.A. Doctrina 1970-66. En el mismo sentido: Loiza, Fabián Marcelo en *Propiedad Horizontal*, obra dirigida por Claudio M. Kiper, p. 163, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008

²⁶ CNC, Sala C, 13/5/1980, Rep.ED 17-783

CONCLUSIONES

1.- Si bien la norma del tercer párrafo del art. 2075 C.C.C. no une al deber de adecuación que establece una sanción legal o una consecuencia jurídica (como podría ser una adecuación automática) de ello –atento su evidente carácter imperativo- no puede inferirse que no emerjan de tal norma derechos subjetivos que permitan a los integrantes de un emprendimiento urbanístico accionar en procura de la adecuación de éste al derecho real de propiedad horizontal especial que regulan los arts. 2073 y ss. del C.C.C.

2.- No procede ante tales acciones la genérica invocación de inconstitucionalidad. Debe demostrarse en el caso concreto la violación de una garantía constitucional, debiéndose también y a tal efecto realizar una comparación integral de la situación jurídica actual de ese conjunto inmobiliario y de quien ejerce oposición y la situación jurídica a la cual accedería tras la adecuación.

3.- Dadas las características de esta obligación de hacer no existe impedimento para que ante la negativa del deudor o de quienes sean deudores a cumplir lo ordenado judicialmente, los instrumentos constitutivos del conjunto inmobiliario sean otorgados por el juez, con el correspondiente asesoramiento de peritos

4.- Corresponde exhortar a las autoridades gubernamentales de todos los niveles a que brinden a estas adecuaciones una tramitación y un tratamiento tributario que no obstaculice la adecuación en los supuestos en que sea unánimemente aceptada o legítimamente requerida.