

PONENCIA

XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil

Comisión n° 7. Reales: “Propiedad horizontal especial”

Autor: Miryam Adriana Farina¹

LOS CONJUNTOS INMOBILIARIOS PREEXISTENTES A LA VIGENCIA DEL NUEVO CODIGO Y LA ADECUACION AL DERECHO REAL DE PROPIEDAD HORIZONTAL ESPECIAL DE AQUELLOS CONSTITUIDOS COMO DERECHOS PERSONALES O MIXTOS

Resumen:

El art. 2075 del *Código Civil y Comercial* dispone que los conjuntos inmobiliarios preexistentes que estuvieran constituidos como derechos personales o donde coexistan derechos reales y derechos personales se deben adecuar a la normativa del derecho real de propiedad horizontal especial. La norma no prevé plazo ni sanción. Entendemos que la mentada adecuación no impone la transformación de las estructuras consolidadas bajo el régimen anterior, sino la armonización del funcionamiento del conjunto a la nueva normativa, en todo aquello que fuere posible, sin trasvasar la esfera del derecho adoptado al tiempo de la constitución. En virtud de la trascendencia de los intereses comprometidos proponemos, de *lege ferenda*, que se precisen los alcances de la adecuación, el procedimiento, el plazo y el apercibimiento en caso de incumplimiento.

1.- Introducción

En las últimas décadas, renovadas necesidades de la población, dieron origen a la implementación de nuevas formas de propiedad, desarrollándose, en áreas rurales y suburbanas, diversos tipos de urbanizaciones que presentan elementos comunes, así los clubes de campo, chacras, barrios cerrados, countries, que en su origen constituían residencias de uso

¹ FARINA, MIRYAM A. Abogado. Doctor en Derecho UBA. Post-Doctorando de la Universidad de Messina, Italia. Profesor Adjunto de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (interino), Adjunto de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Adjunto de la Universidad del Museo Social Argentino. Adjunto de la Universidad de San Isidro. Jefe de trabajos prácticos de la Facultad de derecho de de la Universidad de Buenos Aires. Profesor de Posgrado de Derechos Reales en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor de Posgrado de la Universidad de Corrientes.

transitorio y actualmente constituyen la residencia permanente de numerosas familias, dotadas de espacios comunes dedicados al esparcimiento y actividades deportivas².

Se trata de complejos residenciales que se componen de “*un área territorial de extensión limitada, regida por un plan de ordenamiento territorial, con unidades funcionales o parcelas privativas independientes (construidas o a construirse) y áreas comunes de uso común, destinadas las primeras a vivienda (transitoria o permanente) y las segundas a la práctica de actividades deportivas, culturales y sociales, existiendo entre el área de vivienda y la recreativa una relación funcional y jurídica que las convierte en un todo inescindible, vinculadas por el destino común, hallándose dotadas de la correspondiente infraestructura para la prestación de los servicios esenciales, la que reposa en cabeza de la urbanización y es comunitaria*”³.

Ante la falta de una normativa nacional que las regulara, estas urbanizaciones acudieron para su organización a diversas figuras, en ocasiones en el ámbito de los derechos reales, otras de los derechos personales o combinando ambos tipos de derechos.

Se organizaron countries en los que el propietario es titular dominial de una parcela ubicada dentro del área residencial y socio o accionista de una entidad (asociación, sociedad o cooperativa) que es a su vez, dueña de los espacios comunes y asume a su cargo la prestación de los servicios. Los estatutos procuran lograr la inescindibilidad entre la titularidad dominial del lote y la calidad de accionista o socio de la entidad, limitando la transferencia de la acción, que debe realizarse conjuntamente con la transmisión inmobiliaria evitando que existan accionistas que no revistan la calidad de propietarios.

Algunos regímenes combinan la titularidad del dominio del lote con un condominio de indivisión forzosa que recae sobre las áreas comunes⁴. Otros un dominio exclusivo sobre el lote, con una servidumbre sobre las partes comunes, cuya titularidad está en cabeza de una persona jurídica, constituida a favor del sector residencial⁵.

² MARIANI DE VIDAL, MARINA & ABELLA, ADRIANA, *Clubes de Campo y Barrios cerrados*, Herliasta, Bs.As. 2009, pag.22.

³ MARIANI DE VIDAL, MARINA & ABELLA, ADRIANA Ob.cit. pag.21.

⁴ Este sistema, utilizado por diversas provincias, adolece de la dificultad de regular la inescindibilidad entre ambos derechos.

⁵ Dto. Ley 8912/77 , Capítulo V del título III, de la Provincia de Buenos Aires, reglamentado por el decreto 9404/86

A semejanza del decreto 27/98 de la Provincia de Buenos Aires, algunas provincias otorgaron a estos emprendimientos la opción de organizarse a través de la ley 13512⁶.

Ciertos complejos urbanísticos se organizaron exclusivamente en la esfera de los derechos personales bajo la forma de sociedades civiles, asociaciones, cooperativas o sociedades comerciales, ya se trate de sociedades anónimas o de responsabilidad limitada.

La proliferación de estas nuevas formas de propiedad y la falta de regulación normativa, se tornaron acuciantes y las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en la Provincia de Córdoba en el año 2009, se avocaron a su tratamiento, recomendando en forma unánime la regulación legislativa en el marco de los derechos reales⁷, ya sea como derecho autónomo o mediante la reforma legislativa que superara las diferencias que tornaban inaplicable al régimen la ley 13512.

2.- El proyecto del Código Civil y Comercial

El proyecto del *Código Civil y Comercial* reguló las nuevas formas de propiedad bajo la denominación de “Conjuntos inmobiliarios” en el capítulo I del título VII del libro IV, dedicado al tratamiento de los derechos reales, proyectando que cuando estos conjuntos se configuren como derechos reales, deberían someterse al derecho real de propiedad horizontal a los fines de conformar un derecho real de propiedad horizontal especial.

En su redacción original el art. 2075 del Proyecto indicaba que al amparo de la nueva codificación, podrían existir también conjuntos inmobiliarios organizados como derechos personales o donde coexistan derechos reales y derechos personales⁸.

Por nuestra parte disentimos con la regulación de estas nuevas formas de propiedad en la esfera de los derechos personales, vertiendo esta opinión en el V Congreso de Derecho

⁶ Pudiendo optar, en la Provincia de Buenos Aires, por el régimen jurídico del decreto 9404/86.

⁷ XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Córdoba en setiembre de 2009.

⁸ Art. 2075 del proyecto de reforma del *Código Civil y Comercial* “*Cuando se configuran derechos reales, los conjuntos inmobiliarios deben someterse a la normativa del derecho real de propiedad horizontal establecida en el Título VI de este Libro, con las modificaciones que establece el presente Título, a los fines de conformar un derecho real de propiedad horizontal especial. Pueden asimismo existir conjuntos inmobiliarios en los que se establecen los derechos como personales o donde coexisten derechos reales y derechos personales*”.

Privado celebrado en Buenos Aires en el año 2012⁹, convocado con el objeto de tratar el proyecto de reforma del *Código Civil y Comercial*.

Con los fundamentos expuestos en la ponencia adherimos entonces a la regulación legislativa de los conjuntos inmobiliarios bajo la configuración del derecho real de propiedad horizontal especial, por entender que de ese modo resultarían superadas las diferencias que tornaban inaplicable la ley 13512, acogiendo la opinión de la comunidad jurídica expresada en Córdoba en el año 2009, pero propusimos que se excluyera toda posibilidad de organizar estas nuevas formas de propiedad como derechos personales o mixtos¹⁰.

⁹ FARINA, MIRYAM, “Las urbanizaciones privadas en el proyecto de reforma del *Código Civil y Comercial* de la Nación” Ponencia presentada en el V Congreso de derecho privado “La reforma por sus autores” celebrado en Buenos Aires. JA 9-1-2013 .

¹⁰ FARINA, MIRYAM, “Las urbanizaciones privadas en el proyecto de reforma del *Código Civil y Comercial* de la Nación” JA 9-1-2013 expresamos que *“la posibilidad de configuración como derechos personales o mixtos, produce mi profunda disidencia con el proyecto. Sostengo, sin hesitación alguna, que estas urbanizaciones, al igual que los edificios sometidos a la ley 13512, son una nueva forma de propiedad inmobiliaria y, en cuanto tal, es indubitable su naturaleza jurídica real, por lo que considero inaceptable su posible configuración en el ámbito de los derechos personales. Podrá afirmarse que el proyecto, al permitir su configuración como derechos reales, o derechos personales, o mixtos, no hace sino garantizar a los interesados, la libertad de opción entre dos sistemas legítimamente válidos: el real y el personal, facilitando la posibilidad de optar por aquel que mejor se adapte a sus intereses. No merece objeción alguna la opción ejercida por el desarrollista o urbanizador ya que su objetivo es el lucro y no es su labor cautelar el orden público ni el interés social de la propiedad. Legítimamente, podría encuadrar el emprendimiento en el sistema que mejor se adecue a sus intereses económicos, descartando, posiblemente el encuadramiento como derechos reales, posiblemente desalentado por el elevado costo y formalismo de su constitución y transmisión. Entre otras cosas, la necesidad de escritura pública e inscripción registral de cada unidad. Sin embargo, respecto a los adquirentes de los inmuebles, advierto un acotado margen en su libertad de optar, ya que, aun ejerciendo la mayor diligencia estarán, en general, impedidos de discernir los efectos jurídicos que implica el sometimiento de la urbanización a uno u otro régimen. Estará en su exclusiva esfera de libertad decidir si realizará o no la adquisición del inmueble y esa decisión será producto de innumerables factores. Evaluará seguramente la ubicación, el precio, el tipo de construcción, los servicios con los que cuenta el complejo. Los cotejará con sus posibilidades económicas, sus deseos, sus sueños e infinidad de cuestiones propias de su intimidad respecto de las cuales el derecho guarda respetuoso silencio. Su mirada reposará en su tiempo, en su presente, en el aquí y en el ahora. En tanto, al legislar sobre derecho real, la comunidad jurídica trasciende el tiempo y la historia de cada individuo en particular, dotando al derecho que éste adquiere, de las garantías que le confieren la imperatividad de sus normas. La protección jurídica no tremula ante la mayor o menor capacidad económica que tenga el adquirente, o el valor del inmueble objeto de su dominio, en un espacio temporal determinado. Dotamos al dominio de un carácter perpetuo, oponible erga homines, que se extiende más allá de la vida del adquirente. Le otorgamos la posibilidad de proteger la vivienda familiar mediante la afectación del inmueble al régimen de bien de familia. Lo protegemos de la muerte del cónyuge cuando se trate de un solo inmueble, asiento del hogar conyugal, mediante la creación del derecho real de habitación del cónyuge supérstite. Le posibilitamos la constitución de derechos reales de disfrute y garantía. Le otorgamos acciones reales para proteger su derecho. Le reconocemos el ius perseguendi y el ius preaferendi y, defendemos el ius abutendi, hasta consagrar la nulidad de toda cláusula de inenajenabilidad. Fulminamos mediante el numerus clausus todo apartamiento de sus normas. Enmarcamos la transmisión bajo el principio impecable del nemo plus iuris y reconocemos la posible adquisición del derecho mediante el instituto de la prescripción adquisitiva. Si aceptamos que estas nuevas formas de propiedad se constituyan bajo derechos personales, regidos por la autonomía de la voluntad, excluirémos irremediabilmente a los adquirentes y a toda la cadena transmisiva del inmueble, de la seguridad jurídica que el derecho real les otorga y, a la sociedad toda, de los efectos que la propiedad derrama sobre toda la comunidad. No dudo que estos conjuntos inmobiliarios pueden funcionar en el ámbito de los derechos personales, como de hecho ocurre en la actualidad con numerosos complejos, pero sostengo que existen fundadas razones de orden público para imponer su encuadramiento,*

Consideramos que si bien nada impide la organización de estos complejos como derechos personales, se encuentra comprometido en el caso el derecho de propiedad y en cuanto tal resulta imprescindible su regulación por parte del Estado Federal, en forma uniforme y general para todo el territorio de la Nación.

En el tránsito hacia la redacción definitiva se modificó el proyecto original y, finalmente, el *Código Civil y Comercial*, incorporó en el art. 1887 inc. d) los conjuntos inmobiliarios como derechos reales, tal como se encontraba proyectado, pero descartando toda posibilidad de organización bajo el régimen de los derechos personales, o de sujetarlos a la combinación de derechos reales y derechos personales.

3.- El derecho real de propiedad horizontal especial en el Código Civil y Comercial

El instituto se encuentra regulado en los arts. 2073 a 2086 del *Código Civil y Comercial*, en el capítulo 1 del título VI. Se trata de un derecho de características especiales que se ejerce sobre un inmueble propio y confiere a su titular amplias facultades de uso, goce y disposición material y jurídica, las que se ejercen sobre las partes privativas y sobre las partes comunes a las que se encuentran unidas de una manera no escindible.

Dice el art. 2075 en el segundo párrafo: *“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”*.

Se desprende de lo expuesto que los conjuntos inmobiliarios constituyen un derecho real de propiedad horizontal con características especiales, que tienen una regulación propia en todos aquellos aspectos que se diferencian de la propiedad horizontal, sin perjuicio de la prescripción legal de que deben someterse a la normativa del derecho real de propiedad horizontal establecida en el título V del libro IV, con la modificaciones que establece el título VI.

exclusivamente, como derechos reales, ya que, de otorgar al adquirente un derecho personal, dentro del marco de oponibilidad relativa que ello implica, se lo privará de la protección jurídica que emana de aquellos”.

El propietario del inmueble, ya sea que este se encuentre construido o en proceso de construcción, es titular de un derecho real y en cuanto tal tiene un poder jurídico de estructura legal, que se ejerce directamente sobre su objeto en forma autónoma¹¹ y que confiere a su titular las facultades de persecución y preferencia y las demás previstas en el *Código Civil y Comercial*, conforme lo dispone el art. 1882 de ese cuerpo legislativo.

Por su parte, el art. 1888 del *Código Civil y Comercial* determina que los conjuntos inmobiliarios, son derechos reales sobre cosa total o parcialmente propia; y el art. 1889 del nuevo ordenamiento dispone que son derechos reales principales; que se ejercen por la posesión conforme lo dispone el art. 1891 del Código y que son registrables en el marco de lo dispuesto por el art. 1890 del mismo cuerpo legislativo.

El art. 2073 del *Código Civil y Comercial* 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 por las normas administrativas locales*”. Cada propietario debe ejercer sus derechos dentro del marco legal que le es propio, con los límites y restricciones que surgen del reglamento de propiedad horizontal que los rige.

4.- Los conjuntos inmobiliarios preexistentes

El tercer párrafo del art. 2075 del *Código Civil y Comercial* dispone que todos aquellos conjuntos inmobiliarios preexistentes a la sanción del nuevo ordenamiento que se hubieran establecido como derechos personales o en los que coexistan derechos reales y derechos personales “*se deben adecuar a las previsiones normativas que regulan este derecho real*”.

La disposición no prevé plazo para la adecuación ni impone sanción para el incumplimiento, tampoco nos permite inferir con certeza cuál es el alcance que debemos darle a esa adecuación.

La doctrina no es unánime en la interpretación de la norma, mientras algunos juristas, consideran que el art. 2075 del *Código Civil y Comercial* impone a los conjuntos

¹¹ Que en el caso recaer sobre el sector de propiedad exclusiva y las partes de propiedad común.

inmobiliarios preexistentes constituidos como derechos personales o mixtos la transformación de la estructura jurídica del conjunto, adaptándose al sistema de la propiedad horizontal especial. Otros estiman que la adecuación requerida por la ley no impone la conversión sino la adaptación de todo aquello que resulte posible sin alterar la naturaleza jurídica del sistema adoptado al tiempo de su creación, ya sea este personal o mixto¹².

En todos los casos la doctrina resalta la complejidad y el elevado costo de la adecuación estructural de los conjuntos preexistentes al régimen de la propiedad horizontal especial sin soslayar como lo hacen MARIANI DE VIDAL Y ABELLA “*que la impuesta adecuación impresiona como de muy dudosa constitucionalidad, lesiva de la garantía de la propiedad*”¹³.

Afirma COSSARI “*Nosotros estimamos que los derechos personales o reales adquiridos respecto de los conjuntos inmobiliarios al amparo de una legislación anterior a la vigencia del Código Civil y Comercial son bienes que integran el patrimonio de su titular y constituye por lo tanto una propiedad en sentido constitucional (art.17 de la Const. Nac.). La aludida garantía constitucional obliga al intérprete a pronunciarse por la subsistencia de los conjuntos inmobiliarios que preexistentes a la sanción del Código, fueron regulados como derechos personales o combinando derechos reales y derechos personales. Por supuesto que para que exista inconstitucionalidad deberá escudriñarse en el caso concreto que la garantía de la propiedad se encuentre afectada*”¹⁴.

GUARDIOLA plantea serios reparos a la adecuación estructural forzosa de los conjuntos inmobiliarios¹⁵, en tanto KIPER hace presente el difícil y costoso procedimiento que implicaría adaptar aquellos complejos constituidos con moldes jurídicos diferentes, ya sea como derechos personales o donde coexistan ambos tipos de derechos, “*como los clubes de campo constituidos como parcelas de dominio exclusivo, complementado con servidumbres prediales sobre espacios pertenecientes a una persona jurídica, generalmente una sociedad anónima*”¹⁶.

¹² CAMPAGNUCCI DE CASO, RUBEN, “Conjuntos inmobiliarios. Previsiones del Código Civil y Comercial” LL 2017-B.

¹³ MARIANI DE VIDAL, MARINA & ABELLA, ADRIANA, “Conjuntos inmobiliarios en el Código Civil y Comercial, con especial referencia a los preexistentes” LL2015-B, 869.

¹⁴ COSSARI, NELSON, Comentario al art. 2075, en ALTERINI, J. Director, “Código Civil y Comercial comentado”, T X, Editorial La Ley, Buenos Aires, pp. 32.

¹⁵ GUARDIOLA, JUÁN, “Los conjuntos inmobiliarios en el Código Civil y Comercial” en LL 2016-D, 1123.

¹⁶ KIPER, CLAUDIO, *Tratado de Derechos reales, Código Civil y Comercial de la Nación*, T.I. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2016.

Por su parte ALTERINI entiende que la previsión legal no impone el cambio frontal de un sistema por otro, lo que no sería conforme a derecho por violar garantías constitucionales, sino que la norma procura que los conjuntos inmobiliarios constituidos como derechos personales o mixtos con anterioridad a la vigencia del código se ajusten a la nueva regulación¹⁷.

El autor afirma que en la nueva normativa *“no se predica ni una transformación, ni una conversión, sino la adecuación, la adaptación, el ajuste de la situación jurídica anterior a la arquitectura que sobrevino con la reforma legal*¹⁸.

Por nuestra parte consideramos que el último párrafo del art. 2075 del *Código Civil y Comercial*, no impone la transformación de las estructuras consolidadas bajo el régimen anterior, sino la armonización del funcionamiento del conjunto a la nueva normativa, en todo aquello que fuera posible sin trasvasar la esfera del derecho adoptado al tiempo de su constitución.

De tal manera los conjuntos inmobiliarios preexistentes a la sanción del Código, que se encuentren estructurados como derechos personales, o donde coexistan derechos reales y derechos personales, conservarán la naturaleza jurídica originalmente adoptada, salvo que los titulares del conjunto decidieran en forma unánime afrontar libremente el complejo y costoso procedimiento de transformación al régimen de propiedad horizontal especial.

En tal caso, los propietarios adquirirán la calidad de titulares de derechos reales y en cuanto tales gozarán de un derecho absoluto y perpetuo, oponible *erga omnes*, quedando a salvo de las contingencias de la quiebra o embargo de la sociedad. Podrán constituir derechos reales de disfrute y garantía, afectar el inmueble al régimen de protección de la vivienda, interponer acciones reales, gozarán del derecho de habitación del cónyuge y conviviente supérstite de fuente legal, todo lo cual estimamos deseable en función de la seguridad jurídica que ofrece el derecho real, sin que ello implique adherirnos a la adecuación compulsiva al régimen de PH especial.

¹⁷ ALTERINI, JORGE, “Simplificación en la prehorizontalidad y complejidades en los conjuntos inmobiliarios”, LL, 2016-D, 756, afirma que *“Es sabido que a tenor del art. 7 las nuevas leyes, aun en el supuesto de que fueran aplicables retroactivamente si así lo dispusieran, no pueden afectar las situaciones jurídicas consumadas con anterioridad, tanto es así que regla que “la retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales”*

¹⁸ ALTERINI JORGE, “Simplificación en la prehorizontalidad y complejidades en los conjuntos inmobiliarios”, LL, 2016-D, 756.

Dada la trascendencia de los intereses comprometidos y la disparidad de criterios en la materia, proponemos de *lege ferenda*, que se precisen los alcances de la adecuación, el procedimiento, el plazo y el apercibimiento en caso de incumplimiento

Conclusión

El art. 2075 del *Código Civil y Comercial* dispone que los conjuntos inmobiliarios preexistentes que estuvieran constituidos como derechos personales o donde coexistan derechos reales y derechos personales se deben adecuar a la normativa del derecho real de propiedad horizontal especial. La norma no prevé plazo ni sanción.

La doctrina no es unánime en la interpretación de la norma, mientras algunos juristas interpretan que el art. 2075 impone a los conjuntos inmobiliarios preexistentes, constituidos como derechos personales o mixtos, la transformación de la estructura jurídica del conjunto, adoptando el sistema de la propiedad horizontal especial. Otros estiman que la adecuación requerida por la ley no impone la conversión, sino la adaptación de todo aquello que resulte posible, sin alterar la naturaleza jurídica del sistema adoptado al tiempo de su creación, ya sea este personal o mixto.

Por nuestra parte consideramos que la norma no impone la transformación de las estructuras consolidadas bajo el régimen anterior, sino la armonización del funcionamiento del conjunto a la nueva normativa, sin que ello implique trasvasar la esfera de su derecho, ya sea este personal o combinando derechos reales y derechos personales. De tal manera conservarán la naturaleza jurídica adoptada al tiempo de su constitución, salvo que la adecuación al régimen de los derechos reales fuera la decisión unánime de los titulares del conjunto inmobiliario, quienes decidan afrontar libremente el complejo y costoso procedimiento de transformación al régimen de propiedad horizontal especial.

En tal caso, los propietarios adquirirán la calidad de titulares de derechos reales y en cuanto tales gozarán de un derecho absoluto y perpetuo, oponible *erga omnes*, quedando a salvo de las contingencias de la quiebra o embargo de la sociedad. Podrán constituir derechos reales de disfrute y garantía, afectar el inmueble al régimen de protección de la vivienda, interponer acciones reales, gozarán del derecho de habitación del cónyuge y conviviente supérstite de fuente legal, todo lo cual estimamos deseable en función de la seguridad jurídica que ofrece el derecho real, sin que ello implique adherirnos a la adecuación compulsiva al régimen de PH especial.

Dada la trascendencia de los intereses comprometidos y la disparidad de criterios en la materia, proponemos de *lege ferenda*, que se precisen los alcances de la adecuación, el procedimiento, el plazo y el apercibimiento en caso de incumplimiento.

