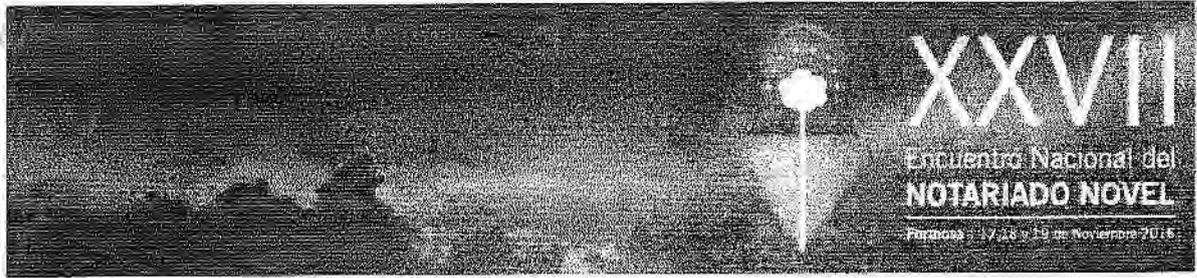


SUREDA - REALES

07-06-17



Título: "CONJUNTOS INMOBILIARIOS PREEXISTENTES. SU ADECUACION"

Autoras:

Berenice Bisogni

berenicebisogni@hotmail.com
(03442) - 518544 / 422691

-

Pamela Etelvina Garelli

pamela_garelli@hotmail.com
(03446) - 595330 / 436817

TEMA 2: NUEVOS DERECHOS REALES. **Conjuntos Inmobiliarios:** Naturaleza jurídica. Afectación a propiedad horizontal especial. Adecuación de los conjuntos inmobiliarios preexistentes (art. 2075). Cosas y partes necesariamente comunes o de uso común (arts. 2076, 2082 y 2083). El derecho de admisión y preferencia (art. 2085). Tiempo compartido. Cementerios privados. **Derecho de Superficie:** Constitución, objetivos o destinos, modalidades. Afectación a propiedad Horizontal por parte del superficiario. Extinción: causas y efectos jurídicos. Registración. Temporalidad.

Coordinador

Notario Federico Carlos Orduña Salas (Provincia de San Juan)

Mail: escrifede@gmail.com

Sub Coordinadora

Notaria Paula Coll Aráoz (Provincia de Salta)

Mail: escribaniacoli@gmail.com



COLEGIO DE ESCRIBANOS
DE ENTRE RÍOS

INDICE

1. Conjuntos inmobiliarios preexistentes a la sanción del CCyCN.....	3
Casos en particular.....	5
a) Conjuntos inmobiliarios que se establecieron sobre la base de derechos reales:	
- Dominio	
- Dominio imperfecto o revocable	
- Condominio	
- Usufructo, uso y habitación	
- Dominio y condominio	
- Servidumbre	
- Propiedad Horizontal	
b) Conjuntos inmobiliarios que se establecieron sobre la base de derechos personales:	
- Prehorizontalidad	
- Formas Asociativas	
c) Conjuntos inmobiliarios que se formaron utilizando derechos reales y personales	
2. Artículo 2.075 del Código civil y Comercial de la Nación. Sistema legal impuesto a los desarrollos urbanísticos.....	10
3. Norma sin plazo ni sanción.....	12
4. Inconstitucionalidad. Retroactividad de la norma contenida en el artículo 2075 último párrafo. Críticas.....	13
5. Hipótesis de adecuación.....	16
6. Ponencias.....	19
7. Bibliografía.....	20

1. Conjuntos inmobiliarios preexistentes a la sanción del CCyCN.

Diferentes necesidades, aficiones, emprendimientos económicos y urbanísticos etc., producto de la complejización que han sufrido las sociedades modernas a lo largo de las últimas décadas, llevaron a una situación de hecho en la cual el hombre se ha planteado y reformulado el uso que le asignaba a los inmuebles. Hoy ya no solo lo ve con fines de producción agrícola-ganadera o habitacional, sino también como un lugar de esparcimiento donde poder compartir gustos o intereses, de protección ante las situaciones de inseguridad –sobre todo en las grandes ciudades–, de intercambio sociocultural y deportivo, de inversión en el establecimiento de parques industriales o emprendimientos urbanísticos, etc. *"...la tendencia es que el hombre ha comenzado a utilizar los inmuebles en forma compartida y no exclusiva"*¹.

Esta situación llevó a que en nuestro país nacieran y se desarrollaran conjuntos inmobiliarios en sus más diversas modalidades (clubes de campo, barrios cerrados o privados, parques industriales, empresariales o náuticos, etc) sin que el régimen jurídico imperante hasta el 31 de julio de 2015 pudiera siquiera imaginarlos.

A raíz de dicho surgimiento se generaron relaciones jurídico-patrimoniales, que carecían de una normativa específica que las contemple, en las cuales los operadores del derecho intervinieron intentando darle un encuadre legal que garantice de la mejor forma los derechos aquí en juego, sin dejar de lado que en muchos casos estos intentos resultaban cuestionables a la luz del sistema de Numerus Clausus de los Derechos Reales estipulado en el Código Velezano² y mantenido en el actual CCyCN en su artículo 1884³.

¹ HIGHTON, Elena I. y otros. "Nuevas Formas de Dominio". Ed. Ad Hoc. Bs. As. 1993 Pág. 15

² Art. 2502 Código Civil Argentino: *"Los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley. Todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales, o modificase los que por este Código se reconocen, valdrá sólo como constitución de derechos personales, si como tal pudiese valer"*. Los fundamentos que daba en la nota de dicho artículo para establecer éste sistema de Numerus Clausus eran entre otros: *"...la multiplicidad de derechos reales sobre unos mismos bienes es una fuente fecunda de complicaciones y de pleitos, y puede perjudicar mucho a la explotación de esos bienes y la libre circulación de las propiedades..."*

³ Art. 1884 Código Civil y Comercial de la Nación: *"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"*.

Ante la carencia de legislación de fondo que regule la situación de hecho originada a raíz del avenimiento de los conjuntos inmobiliarios, las provincias intentaron remediar dicha ausencia a través de normas que fueron muy cuestionadas, dado a que se entrometían en cuestiones de derecho de fondo (facultad atribuida en forma exclusiva por el artículo 75 inc. 12 de la Constitución Nacional al Congreso de la Nación). Fue así que en ejercicio del Poder de Policía Urbanístico y en virtud de su facultad de regular respecto de la división y uso racional del suelo las Provincias de Buenos Aires (Dec. Ley 2489/63- Ley 8912/1977), Salta (Ley 5602/1980), Neuquén (Dec. 313/1982), Santa Fe (Dec. 1717/1983), Corrientes (Ley 5405/1999) entre otras, dictaron ciertas normativas que pretendieron contener la situación de hecho en análisis.

Dentro de los conjuntos inmobiliarios preexistentes, están los que se han establecido en el campo de los derechos reales, los que optaron por el ámbito de los derechos personales y por último aquellos que combinaron derechos reales y derechos personales.

En el campo de los derechos reales se encuentran los que utilizaron las figuras de: a) dominio –sea éste perfecto o imperfecto; b) condominio; c) dominio y condominio⁴; d) usufructo⁵, uso y habitación; e) servidumbre y propiedad horizontal⁶.

En el ámbito de los derechos personales se establecieron bajo la prehorizontalidad⁷ o mediante formas de tipo asociativo.

⁴ DE REINA TARTIÈRE, Gabriel: "Las Denominadas Nuevas Formas de Dominio: Revisión Conceptual y Perspectivas de Futuro. Barrios Privados y Clubes de Campo, Emprendimientos Turísticos y Comerciales, Cementerios Privados" Ed. El Derecho. Bs. As. 2004. Pág 20: "Si los complejos inmobiliarios manifiestan la vinculación entre la finca particular y los servicios y lugares de carácter común, el esquema mas acorde con ello partiría de relacionar el derecho de dominio sobre aquella con el de copropiedad respecto de éstos".

⁵ SIERZ, Susana V.: "Temas y Soluciones en el nuevo Código Civil y Comercial. Aspectos prácticos. Modelos. Ed. Di Lalla. C.A.B.A. 1ra. ed. Pág. 100. "De acuerdo a este sistema, se asignaban las partes comunes en condominio al conjunto de propietarios de los lotes o a una sociedad o asociación, constituyendo usufructo sobre dichos sectores comunes en beneficio de los propietarios individualmente considerados. Otre posibilidad era que el propietario de los lotes de un área organizada como club de campo, cediera a favor de un tercero el usufructo de los mismos. Los usufructuarios podían construir en dichos lotes sus viviendas, las que serían independientes entre sí, teniendo además un espacio destinado a la actividad deportiva y social. Los compradores solo tenían el uso y goce del lote, reservándose el titular de dominio la nuda propiedad de los mismos. El promotor del conjunto conservaba la propiedad de las partes privativas y de las comunes".

⁶ Ley 13.512- Propiedad Horizontal

Y por último encontramos aquellos en los cuales se utilizaron ambos, con el fin de enmendar las fallas y vacíos que presentaba el recurrir a una sola clase de estos derechos (reales o personales), recurriendo en la mayor parte de los casos a un derecho real sobre las partes privativas con la participación simultánea en una sociedad o asociación creada a esos efectos, la cual detenta el derecho de dominio sobre las áreas comunes.

Casos en particular

a) Conjuntos inmobiliarios que se organizaron sobre la base de los derechos reales:

- Dominio: dominio del lote por el particular, unido al dominio de las partes comunes por parte de una entidad, promotor, etc. Crítica: no hay vinculación jurídica entre unos y otros, generando con ello una situación de inseguridad para el adquirente.

Otra variante muy utilizada en las diferentes provincias es donar a las calles a la municipalidad local y solicitar un permiso de cierre del conjunto, haciéndose cargo los integrantes del conjunto de los servicios de recolección de residuos, provisión de energía, agua y demás servicios. Esto trae muchos inconvenientes ya que no soluciona el tema de las demás partes comunes y, las calles y espacios verdes, pasan a ser de dominio público.

- Dominio imperfecto o revocable: se otorga, por parte de los promotores, un dominio a favor de los titulares de los lotes, luego de la correspondiente subdivisión de la fracción, sujeto a condición resolutoria. Crítica: 1) Al transmitirse siempre y por cualquier título el dominio con la posibilidad de ser revocado, nunca se consolida el dominio pleno; 2) genera una desigualdad en el contrato, dado a que los adquirentes se ven obligados a cumplir con sus

obligaciones so pena de perder el dominio y no tienen ningún poder sobre la entidad organizadora a los fines de exigir el cumplimiento de sus obligaciones.⁸

Como agravante a dicha situación, se deberá contemplar que el art. 1.965 del C.C. y C. limita al plazo de diez años, la posibilidad de establecer condiciones resolutorias. En consecuencia todos los conjuntos inmobiliarios que se encuentren en esa situación, cuando se cumplan los diez años contados desde la sanción del Código Civil y Comercial, quedarán establecidos como dominios perfectos.

- Condominio: un emprendedor, el cual posee una fracción de tierra sobre la cual decide llevar a cabo el desarrollo de un conjunto inmobiliario, transfiere un porcentaje de la propiedad a cada uno de los interesados y por medio un convenio acuerdan la porción determinada de dicha fracción que cada cual ocupará. Crítica: 1) cuando no se encuentre sometida a indivisión forzosa, cada condómino tiene la facultad de pedir en cualquier tiempo la división de la cosa común; 2) la indivisión forzosa no se encontraba contenida en ninguna normativa que le otorgase el carácter de perdurable;⁹ 3) el derecho de veto, propio del condominio, impediría efectuar cualquier mejora sin el consentimiento unánime de los copropietarios;
- Usufructo, uso y habitación: una alternativa fue asignar en condominio las partes comunes al conjunto de propietarios de los lotes o a una sociedad o asociación compuesta por éstos, constituyéndose usufructo sobre dichas partes comunes a favor de los propietarios individuales. Otra variante consistió en que el propietario de los lotes de un perímetro organizado como club de campo ceda a favor de terceros el usufructo de los mismos, reservándose la nuda propiedad el titular de dominio. Por último el otorgamiento del derecho real de uso o habitación en lugar del derecho real de usufructo. Crítica: 1) Las facultades materiales para introducir innovaciones sobre el inmueble son muy limitadas para ambos (usufructuario y nudo propietario), además de que las mejoras quedarían a favor del titular de dominio, no pudiendo el usufructuario reclamar el

⁸ Situación en la que se encuentra por ejemplo el Parque Industrial de la ciudad de Gualguaychú, Provincia de Entre Ríos, donde los predios se transmiten bajo la condición resolutoria del cumplimiento del pago de los gastos de mantenimiento y reglamento establecidos.-

⁹ El derogado art. 2715 solamente permitía la indivisión forzosa solo por cinco años. El actual art. 2000 del C.C. y C. permite pactar la suspensión de la indivisión por el plazo de diez años.

pago de las mismas; 2) la duración de dicho derecho real, dado a que se extinguiría con la muerte del usufructuario si este fuera una persona física o a los 20 años en el supuesto de ser una persona jurídica; 3) en el caso del Uso y Habitación, si bien el uso es similar al que ostenta el usufructuario, al ser más limitado el contenido de estos derechos, las dificultades se acrecientan.

- Dominio y condominio: derecho real de dominio sobre el lote o parcela y derecho real de condominio sobre los servicios y lugares de carácter común. Crítica: 1) cuando no se encuentre sometida a indivisión forzosa, cada condómino tiene la facultad de pedir en cualquier tiempo la división de la cosa común; 2) la indivisión forzosa de las partes comunes no se encontraba contenida en ninguna normativa que le otorgase el carácter de perdurable; 3) no articula de manera indisoluble los derechos sobre las partes privativas y sobre las partes y cosas comunes, esencial en los conjuntos inmobiliarios; 4) la condición de enajenable de la cuota indivisa provocaría la escisión de la titularidad sobre la unidad privativa respecto de las comunes, haciendo que el disfrute de éstas correspondiera a un tercero no propietario¹⁰; 5) escasas garantías para el cobro de las expensas devengadas, como asimismo la insolidaridad y el acrecentamiento que a sus coparticipes generaría el abandono que de su cuota parte hiciera el titular deudor con relación a los gastos de conservación o reparación de la cosa común; 6) el derecho de veto, propio del condominio, impediría efectuar cualquier mejora sobre las partes comunes sin el consentimiento unánime de los copropietarios.
- Servidumbre: derecho de dominio de los particulares sobre las partes privativas residenciales, derecho de dominio en cabeza del promotor enajenante o de condominio a favor de todos los adquirentes de lotes residenciales, sobre el sector deportivo, social y recreativo, y entre ellos, a los fines de generar una necesaria e inescindible relación funcional y jurídica, se constituye una servidumbre predial, gratuita y recíproca. Los fondos partes privativas son "servientes" de una servidumbre de abstenerse de ejecutar construcciones que no cumplan con el código de edificación interno y que no cuenten con la

¹⁰ DE REINA TARTIÈRE, Gabriel. Ob. cit. Pág 20.

aprobación del titular del fondo dominante; y “dominantes” de una servidumbre de afectación al área recreativa del conjunto inmobiliario. Las partes comunes son fondos “sirvientes” de la servidumbre de afectación al área recreativa que implica: lugar de esparcimiento y práctica de deportes, abstenerse de realizar construcciones diferentes a las previstas en el conjunto inmobiliario, abstenerse de subdividir, parcelar y fraccionar el predio, abstenerse de cancelar, anular, destruir áreas existentes con destinos recreativos (aunque pueden ampliarse), y “dominantes” de la servidumbre de abstenerse a ejecutar construcciones que no cumplan con el código de edificación interno y que no cuenten con la autorización del titular del fondo dominante. Crítica: 1) otorga una particular utilidad sobre el inmueble, no tan plena y variada en atributos como la que concede el usufructo (el cual por absorber el dominio útil del dominio se encuentra limitado en el tiempo); 2) la servidumbre es un derecho real sobre cosa ajena al cual se le esta dando un matiz diferente, en aquellos supuestos en que aparece como uso de cosa propia en condominio de indivisión forzosa; 3) se grava al fondo sirviente con una obligación de hacer, cuando dicho derecho real no puede tener tal contenido.

- Propiedad Horizontal¹¹: (antes de la vigencia del C.C. y C.) propiedad exclusiva sobre las partes privativas y condominio de indivisión forzosa sobre las partes comunes, permitiendo establecer una adecuada inescindibilidad entre la parte privativa y la común. Al igual que en el supuesto de combinación de dominio y condominio solo que aquí nadie discute la indivisibilidad perpetua o la prohibición de abandonar la cosa común por el copropietario deudor. La propiedad horizontal difiere en su configuración física de los complejos residenciales pero en el plano jurídico éstos darían lugar a una situación análoga si tomamos en cuenta que las escaleras y ascensores se habrían transformado en caminos y viales, las terrazas y los patios de luces en zonas verdes de esparcimiento y los departamentos en parcelas. A raíz de esta semejanza fue que ciertas normativas provinciales, a la espera de una regulación nacional, pretendieron ofrecer cierto marco regulatorio, facilitando mediante leyes provinciales reglamentarias de la Propiedad Horizontal, la posibilidad de someter

¹¹ Ley 13.512

el conjunto a este derecho real, cumpliendo la menor cantidad de requisitos exigidos normalmente. (Dec. Ley 2489/63, 9404/86 y 27/98 de la Prov. de Bs. As.; Ley 5405 Prov. Ctes., etc.) Crítica: 1) el terreno es parte común en la P.H. lo que no se condice con la realidad de los conjuntos inmobiliarios; 2) la P.H. debe recaer sobre una unidad funcional de un inmueble edificado, lo que no acontece en la mayoría de los conjuntos inmobiliarios donde quienes ingresan suelen adquirir lotes no construidos¹², ello obligaría a recabar el consentimiento unánime de los demás copropietarios a fin de modificar el Reglamento de Copropiedad y Administración; 3) es más que dudoso utilizar el privilegio que establece la ley 13.512 para el cobro de expensas debidas a la comunidad por uno de los propietarios, cuando su aplicación demanda una interpretación estricta.

b) Conjuntos inmobiliarios que se establecieron sobre la base de derechos personales:

- Prehorizontalidad: en aquellas provincias en las cuales la legislación no permitía el sometimiento a P.H. de obras en construcción se dieron ciertos casos en los cuales se sometió en forma previa a la Ley 19.724 de Prehorizontalidad. Crítica: 1) su forma de comercialización es mediante boleto de compraventa inscripto; 2) es un sistema que resulta demasiado costoso; 3) se sucedían innumerables transmisiones y cesiones de los boletos de compraventa, generándose la situación particular en muchos casos de que las personas que poseían las unidades no eran las mismas que figuraban inscriptas en el Registro de la Propiedad como adquirentes.-
- Formas Asociativas (asociaciones, sociedades civiles, sociedades comerciales, sociedades cooperativas): la propiedad del complejo es de una persona jurídica, esta emite tantas acciones o cuotas como lotes hay, de manera que quienes se incorporan al sistema pasan a detentar una porción del capital de dicho sujeto, traduciéndose sus utilidades y beneficios en el uso exclusivo de determinadas

¹² HERNANDEZ, María del Pilar. "...El decreto 2489/63 de la Prov. de Bs. As., reglamentario de la Ley de Propiedad Horizontal, fue una adaptación para solucionar el problema de estas instituciones que surgían, permitiéndose la inscripción de unidades a construir..." en Andorno, Luis O. y Otros- Clubes de Campo "Countries"- Ed. Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2002, Pág. 77.

áreas del conjunto (con fines residenciales, comerciales, industriales, etc.), y en el uso común de las restantes. Crítica: 1) se encuentran supeditadas al manejo de una correcta administración, como asimismo a la suerte de la conducción comercial¹³; 2) esta forma no ofrece las garantías deseadas por los sujetos involucrados, debido a que su oponibilidad es solo entre partes.

c) Por último aquellos conjuntos inmobiliarios que se formaron utilizando derechos reales y personales:

- Combinación de derecho real de dominio sobre el lote y participación en una asociación o sociedad: se asigna en propiedad a cada uno de los adquirentes el lote respectivo y la parte común es propiedad de una sociedad anónima de la cual son accionistas con acciones nominativas los referidos propietarios de las parcelas. Crítica: 1) no genera la vinculación necesaria entre el lote y la acción nominativa; 2) en principio no se puede ser dueño de un lote sin ser accionista y por tanto disfrutar de las instalaciones de las partes comunes sin ser dueño de un lote, aunque con el fin de incluir entre los beneficiarios del club de campo al grupo familiar del accionista o invitados, se han establecido categorías de socios.

2. Artículo 2.075 del Código civil y Comercial de la Nación. Sistema legal impuesto a los desarrollos urbanísticos.

El Código Civil y Comercial de la Nación establece la obligación¹⁴ de adoptar el sistema de la propiedad horizontal especial como forma jurídica para constituir los conjuntos inmobiliarios, dando un marco más acotado y ordenado al abanico de posibilidades que los operadores jurídicos habían desarrollado en ausencia de un ordenamiento específico antes de la sanción del mismo.

¹³ CORNA, Pablo M. "Clubes de campo y barrios cerrados: administración, aspectos sociales, jurídicos y contables. Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 2011. Pág. 50.

¹⁴ COSSARI, Nelson G. en Código Civil y Comercial Comentado. Director General Jorge H. Alterini. Ignacio E. Alterini Coordinador. Edit. La Ley. Bs.-As: Año 2015 (pag 24): "Es también reprochable que no se permita la opción de someter estas urbanizaciones al régimen de los derechos personales. Se trata de una evidente limitación de la autonomía de la voluntad extraña a nuestra tradición jurídica, donde nunca nada impidió que los interesados optaran por derechos personales o reales (v.gr., locación o usufructo). Sí, en cambio, no se encontraba permitido pretender dar efectos reales a derechos personales..."

El artículo 2075 reza: **"Marco legal. Todos los aspectos relativos a las zonas autorizadas, dimensiones, usos, cargas y demás elementos urbanísticos correspondientes a los conjuntos inmobiliarios, se rigen por las normas administrativas aplicables en cada jurisdicción.**

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.

Hasta aquí es, como la mayoría de los autores reflejan, una solución, que reconoce las normas provinciales y municipales que rigen las materias específicas.¹⁵ Las dudas o los planteos comienzan en el tercer párrafo del artículo: **"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."**

Atendiendo lo expresado por la norma y completando con el artículo 2.073, "(...)los clubes de campo, los barrios cerrados o privados, los parques industriales, empresariales o náuticos o cualquier otro emprendimiento urbanístico (...)" constituidos con anterioridad deben adecuarse a este nuevo sistema que plantea el código.-

Surgen aquí varios interrogantes, en principio y sobre todo en virtud de que al momento de la redacción original del artículo en cuestión, el mismo no contemplaba la adecuación como una obligación. Se suma el hecho de que la norma no prevé plazos en los que la adecuación debiera realizarse, ni procedimientos para ello, ni sanción legal ante el incumplimiento.- Estas circunstancias despiertan los planteos y análisis de la norma y su aplicación; en palabras de Carlos M. Clerc: **"Con la nueva disposición se logra un fin exactamente contrario al querido, pues si se pretendió, por fin, darles**

¹⁵ COSSARI, Nelson G. en ob. Cit. (pág. 18) **"Se desprende que es materia de la normativa local (provincial o municipal, según la jurisdicción) todo lo concerniente a la regulación de la localización, es decir, si los mismos deben emplazarse en área urbana, complementaria o rural y en particular, en que zonas dentro de cada área puede hacerse, lo que, desde luego, dependerá del destino de cada emprendimiento urbanístico (zona residencial, comercial y administrativa, esparcimiento, industrial, etc.), previéndose para cada porción del territorio zonificada indicadores urbanísticos que establecerán las pautas de la intensidad de la ocupación del suelo (densidad poblacional); volúmenes edificables (factor de ocupación del suelo - FOS- factor de ocupación total - FOT-), subdivisión del suelo que determinará la superficie mínima del parcelamiento, los requerimientos en materia de obras de infraestructura de servicios y equipamiento comunitario, como, así también, las cesiones urbanísticas que debe efectuar el propietario del inmueble (para espacios circulatorios, verdes y libres públicos y reservas para equipamiento comunitario)".**

seguridad jurídica definitiva a los conjuntos inmobiliarios, no se entiende por que a la mayoría de ellos, esto es, a los preexistentes, se los coloca en tan enorme incertidumbre legal.”¹⁶

3. Norma sin plazo ni sanción

Si realizamos un pequeño análisis a los fines de establecer ante que tipo de norma nos encontramos en el artículo 2.075 in fine del C.C y C N, creemos que ello nos ayudará a comprender la fuerza y el alcance de su aplicación.

Es una norma *“imperativa o de orden público”*: no puede ser dejada de lado por disposición de los destinatarios.

En cuanto al contenido de lo normado, es una norma *“obligatoria”*: dispone la realización de un acto.

Considerando los efectos de su violación, es lo que se conoce como una norma *“imperfecta”*: aquella que no establece una sanción para el caso en que sea incumplida.

Si nos referimos a su *validez*, cabe hacer la distinción en *“formal”*: es una norma emanada por autoridad competente¹⁷ y conforme a los procedimientos establecidos; y *“material”*: que su contenido no sea contrario a los establecidos en una norma de carácter superior, lo cual entendemos es así y más precisamente detallamos al tratar el subtema de inconstitucionalidad.

En cuanto a su *“eficacia”* deberá observarse el comportamiento efectivo que se tome ante esta norma en análisis, es decir tanto de los destinatarios cuya conducta la norma regula, como el de los órganos que tienen la función específica de aplicar el derecho¹⁸.

Con todo lo vertido, y teniendo en cuenta la vinculación estrecha que Kelsen sostenía entre la validez y la eficacia (considerando a esta última como una condición de la primera), estimamos que, a pesar de no contener plazo para el cumplimiento del

¹⁶ CLERC, Carlos M. "Derechos Reales en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación". Edit. ERREIUS, Bs. As. 2016 (pag.238)

¹⁷ Dictada por el Congreso de la Nación, en virtud de las facultades establecidas a éste órgano en dicha materia en el Art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional Argentina.

¹⁸ SUAREZ, Eloy Emiliano "Introducción al Derecho". Centro de Publicaciones, Sec. de Extensión. Universidad Nacional del Litoral. Santa Fe. 2002. Pág. 80.

deber que el artículo 2.075 impone, ni sanción para el supuesto de su incumplimiento, ello no sería un obstáculo para su aplicación,¹⁹ la cual podría darse: 1) por cumplimiento voluntario de sus destinatarios; 2) por decisión de un juez que ordene la adecuación a instancia de los interesados.

4. Inconstitucionalidad. Retroactividad de la norma contenida en el artículo 2075 último párrafo. Críticas

La obligación de adecuar establecida para los conjuntos inmobiliarios preexistentes es entendida por algunos autores como lesiva de derechos con reconocimiento constitucional como lo es el Derecho de Propiedad; argumentando la posición, en la retroactividad prevista en la norma, en la ausencia de plazo, procedimiento y sanción.-²⁰

El artículo 7 del Código Civil y Comercial de la Nación establece: ***“Eficacia temporal. A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. La leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales...”***

Dicho artículo hace una distinción clara en cuanto a la aplicación de la ley, la que será “inmediata” (como regla general) y “retroactiva” (solo en aquellos supuestos en que el legislador lo haya estipulado expresamente).

¹⁹ En tal sentido se pronuncio parte de la doctrina “no viendo en la falta de plazo, procedimiento o sanción obstáculos insalvables para la adecuación” en las Conclusiones vertidas para el subtema 1: Conjuntos Inmobiliario de la XXXII Jornada Notarial Argentina. 2016.

²⁰ DE HOZ, Marcelo en *Código Civil y Comercial Comentado, Anotado y Concordado*. Eduardo Gabriel Clusellas. Ed. ASTREA – FEN Bs. As. 2015 (T. 7, pag.218) *“Con relación a este tema, entendemos que los derechos de propiedad existentes e incorporados definitivamente y perpetuamente en el patrimonio de todos y cada uno de los titulares de los lotes, parcelas o unidades en los distintos conjuntos inmobiliarios preexistentes, no deberán adecuarse ni ser alterados, canjeados o modificados por esta nueva normativa. Entendemos que no correspondería adecuación alguna de los derechos preexistentes, por las siguientes razones: a) derechos patrimoniales definitivamente adquiridos y constitucionalmente protegidos (art. 17 Const. Nacional, art.7º del cód. civil y comercial de la Nación y jurisprudencia concordante. b) Aplicación del principio de irretroactividad de la ley (art.7º) c) Interpretación a favor del consumidor (art.7º) d) Falta de plazo, procedimiento y sanción para el cumplimiento de la obligación de adecuación.”*

Al analizar lo establecido por el artículo 2.075 in fine en cuanto a la aplicación retroactiva que tendría el deber de adecuar, nos encontramos con diferentes posturas doctrinarias.

En un sentido Mariani de Vidal y Abella sostienen: *"la exigencia de adecuación, impuesta por el art. 2.075, último párrafo... impresiona como de muy dudosa constitucionalidad, lesiva de la garantía de propiedad (art.17 Constitución Nacional) e incluso contraria a lo dispuesto por el artículo 7 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- aún 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 esta vedado avanzar, que es el de los derechos amparados por las garantías constitucionales (art. 17, Constitución Nacional; art. 7, Código Civil y Comercial de la Nación)".²¹*

En otro sentido, cierto sector de la doctrina sostiene que la disposición del art. 2.075 in fine constituye una excepción al principio de irretroactividad establecido por el artículo 7 del Código Civil y Comercial²².

Sobre el particular, Aída Kemelmajer de Carlucci, sostiene que *"en materia civil a diferencia de lo que ocurre en materia penal, la irretroactividad no tiene jerarquía*

²¹ MARIANI de VIDAL, Marina y ABELLA, Adriana N., Artículo pub. en la Rev. La Ley el 8 de abril de 2015, "Conjuntos inmobiliarios en el Código Civil y Comercial con especial referencia a los preexistentes". En igual sentido se expresan D'Alessio Carlos Marcelo, Acquarone María T., Benseñor Norberto R. y Casabé Eleonora R. en "Teoría y Técnica de los Contratos, Instrumentos Públicos y Privados" 2ª ed., 1ª reimpresión- Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La Ley, 2015. Tomo I. Pág.422.

²² KEMELMAJER de CARLUCCI. en "La aplicación del Código Civil y Comercial en las relaciones y situaciones jurídicas existentes"- Editorial Rubinzal- Culzoni. Santa Fe 2015. Pág. 164. "...es un caso en el que el C.C. y C. ha dispuesto expresamente su aplicación retroactiva" ..."la retroactividad está permitida. Quien pretenda que la aplicación de una norma lo priva de un derecho constitucional, tiene la carga de acreditarlo".

constitucional" y "en consecuencia, una ley que establece su vigencia retroactiva, en sí misma, no es inconstitucional"²³

Más allá de lo expresado hasta aquí creemos que si se entiende que la adecuación no es obligatoria, y que los conjuntos inmobiliarios preexistentes pueden quedar bajo la forma adoptada al momento de su constitución, de ninguna manera, estos podrían tomar del sistema legal actual sólo los aspectos que hagan al mejor funcionamiento del complejo, tal como sostienen Marcelo de Hoz y Favier Dubois²⁴, porque entendemos sería dotar a un derecho personal, de los efectos propios del derecho real de propiedad horizontal especial y seguiríamos forzando las normas para comprender situaciones, que el nuevo sistema ya previó.²⁵

Esgrimiendo palabras de Moisset de Espanés "algunos cambios de legislación son solo aparentes, pues el texto se limita a incorporar una solución (doctrinal o jurisprudencial) que ya integraba el ordenamiento jurídico, de manera tal que no se ha producido un cambio real en el derecho vigente y la nueva norma no encuentra dificultades para su aplicación inmediata, pues los problemas continúan solucionándose

²³ KEMERLMAJER de CARLUCCI. Ob. Cit. Pág. 52.

²⁴ DUBOIS, Favier: en *Código Civil y Comercial Comentado, Anotado y Concordado*. Eduardo Gabriel Clusellas. Ed. ASTREA – FEN Bs. As. 2015 (T. 7. pag.219) "En tal sentido el doctor Favier Dubois sostiene que la mencionada adecuación no se produce en forma automática, ni hay necesidad que las sociedades anónimas titulares de los bienes comunes se conviertan en consorcios de propietarios dentro del régimen de la propiedad horizontal especial, afirmando que la mencionada adecuación debería realizarse sobre aquellos aspectos que hacen al funcionamiento del sistema, tales como el régimen de expensas, la transmisión de la calidad de socio, el cambio de administrador, y la modalidad asamblearia de quórum y mayorías para la toma de decisiones válidas y eficaces. Estas modificaciones deberían instrumentarse en las reformas de los reglamentos respectivos de cada urbanización y ser inscriptas ante el Registro de la Propiedad Inmueble."

²⁵ En sentido se ha pronunciado la Sala C de la Cámara Nacional Comercial en autos "Altos de los Polvorines S.A. c/ Castaño, Mariana s/ Ejecutivo". La sentencia de la Sala C detalla que el nuevo ordenamiento jurídico somete a los conjuntos inmobiliarios "a las normas que rigen el derecho real de propiedad horizontal, con las modificaciones particulares establecidas para estas urbanizaciones". Y que ese sometimiento "hace también al cumplimiento de los recaudos específicos para la constitución misma del derecho real", como puede ser la inscripción registral del reglamento de propiedad horizontal, ya que al tener una estructura legal, "todo lo referente a sus elementos, contenido, adquisición, constitución". Ese punto fue el que definía la cuestión en el caso de autos, ya que el club de campo demandante manifestó ser una sociedad anónima "que tiene por objeto el dominio y administración de los espacios comunes y régimen de expensas". En ese marco, "en tanto el emprendimiento urbanístico no se constituya bajo las disposiciones que regulan el derecho real denominado 'conjunto inmobiliario', no podrá invocar para sí las prerrogativas que se derivan de ese tipo", destaca el fallo de la Cámara. "Pretender el automático reconocimiento de la existencia de un derecho real sobre un complejo que no se ha adecuado a su tipología, importaría tanto como soslayar las reglas de estructura (que son de orden público) que rigen la materia (art. 1884)", concluyeron los magistrados.

en el mismo sentido que antes de su incorporación²⁶, entendemos que la normativa en cuestión solo ha venido a pronunciarse en el mismo sentido en el cual lo han hecho, a lo largo de los últimos años, las legislaciones locales y la doctrina mayoritaria.

5. Hipótesis de adecuación

Según surge de la redacción del último párrafo de la norma en análisis la adecuación es obligatoria cuando se trate de "*derechos personales o donde coexistan derechos reales y personales*" y no sería necesaria u obligatoria en los casos en que el desarrollo inmobiliario se hubiere realizado bajo una modalidad que otorgue a los propietarios exclusivamente derechos reales. Así, en la combinación de dominio (parte privativa) condominio (partes comunes); dominio (parte privativa) servidumbre (partes comunes), propiedad horizontal y condominio.-

Cabe destacar que en el caso de la utilización del derecho real de servidumbre, su objeto como derecho real quedaba sobreexigido, como también en el caso de la utilización del derecho de propiedad horizontal, se han forzado a estas figuras jurídicas a contener y regular la realización de estos emprendimientos.- Llegando incluso, en algunos casos, a regular cuestiones de fondo mediante decretos o leyes provinciales que permitieron esa aplicación.-²⁷

Pero bien, de uno u otro modo el fin era darle la mayor protección jurídica posible a las partes del negocio utilizando las figuras disponibles. Lo que nos ocupa ahora es ensamblar toda esa realidad jurídica con las nuevas pautas y reglas disponibles. Entonces concluimos, en que para los conjuntos inmobiliarios preexistentes constituidos adoptando la forma exclusivamente de derechos reales, no es obligatoria la adecuación, aunque si recomendable.- Y solo debe entenderse obligatoria la adecuación para aquellos emprendimientos que para su implementación recurrieron a los derechos personales o la combinación de estos y alguno de los derechos reales, y en este grupo encuadrarían entonces los casos en que hay figuras asociativas.- Pero para que ello sea posible, como también lo expresa Nelson G.A.Cossari,²⁸ se debería sancionar una ley que establezca los plazos, los procedimientos y la sanción ante el

²⁶ MOISSET de ESPANES, Luis "La irretroactividad de la ley y el nuevo art. 3 del Código Civil (derecho transitorio) Universidad Nacional de Córdoba. Dirección General de Publicaciones. Córdoba. 1976.

²⁷ Decreto Reglamentario 2489/63 Provincia de Buenos Aires.-

²⁸ COSSARI, Nelson G. en ob. Cit. (pág. 18)-

incumplimiento, determinar el organismo de aplicación, en fin coordinar y completar los temas de fondo con la aplicación de la misma, la que deberá complementarse con la participación de las provincias teniendo en cuenta, las facultades no delegadas y lo establecido en el primer párrafo de la norma en análisis.-

En la situación actual, nos parece inviable que el estado pueda exigir el cumplimiento de la adecuación. Aunque lo que creemos que si es posible para estos casos, es que entendiéndose obligatoria la adecuación, algunos de los particulares titulares de parcelas, o accionistas de la sociedad anónima, que encuentren necesaria la adecuación soliciten la misma judicialmente. Hipótesis que obviamente se tratará casuísticamente; porque no es lo mismo el riesgo en que se encuentra el titular de un mero porcentaje en un condominio o la simple participación en una sociedad, que quien ya es titular registral de un lote o parcela y tiene derechos personales que le permiten usar de las partes comunes del establecimiento. En tales casos, los propietarios deberán demandar al resto de los propietarios del conjunto inmobiliario exigiéndoles la adecuación, pero creemos que no bastaría la sola pretensión, sino que deberían acreditar en el juicio el perjuicio que les acarrearía permanecer bajo la forma adoptada previamente, o los beneficios en concreto y que en su caso, les traería adoptar la forma de propiedad horizontal especial, quedando librado a la interpretación judicial lo imperioso de la adecuación o no. No pudiéndose establecer reglas previas que contemplen las innumerables posibilidades, creemos prudente atender a las reglas básicas, relativas al número de interesados que pretende adecuación, teniendo en cuenta que la misma demandará erogaciones de dinero para todos los miembros.-

Una vez que se ha decidido adecuar surge el desafío de la instrumentación de la misma, la cual estará determinada, por las particularidades de cada urbanización y su organización actual. Así será más sencillo adecuar un conjunto inmobiliario que ya se encuentra en situación de prehorizontalidad, debido a que el inmueble ya se halla inscripto en cabeza de una sola persona que seguramente es el organizador del emprendimiento y ya cuenta con los planos requeridos para el sometimiento a propiedad horizontal. En cambio un poco más alejado de conseguir la misma están quienes son titulares registrales de lotes; porque no sólo hay que realizar una nueva mensura que contenga toda la superficie a afectar, sino que hay que unificar la titularidad a fin de someter para luego adjudicar, y allí comienzan las preguntas,

transmitir ¿a quien? y suponiendo que sorteamos la inquietud, aparecen las sucesiones en trámite, los divorcios en trámite, las inhibiciones, embargos, quiebras, etc.

Pero imaginando que hemos tenido la suerte de no quedar comprendidos en ninguna de estas vicisitudes, creemos que la mejor opción es utilizar para estos casos la figura del fideicomiso.

Fideicomiso en el cual los fiduciantes serán los titulares de las parcelas o lotes y también lo será la persona jurídica que es titular registral de las partes comunes, todos transferirán el dominio al Fiduciario, (el inmueble total previamente unificado con una mensura) quien tendrá como manda principal el sometimiento a propiedad horizontal especial y la adjudicación de la unidades funcionales a los fideicomisarios que serán los propios fiduciantes titulares de parcelas o quienes estos dispongan al momento de constituir el fideicomiso.

Encontramos apropiada la figura del fideicomiso porque crear un condominio entre todos los propietarios para que sean ellos mismos quienes sometan y luego se adjudiquen es muy riesgoso dado que se amplían las posibilidades de verse afectado el logro del objetivo; transferir a uno o varios particulares la propiedad es una opción intermedia, pero no parece ser fácil para explicar a un grupo de 50 o 100 propietarios que para lograr una reorganización del club, o barrio en el que vive, debe transferir la propiedad de su casa a "x" y que este luego le devolverá una Unidad Funcional, podría en tal caso para brindar la mayor seguridad jurídica posible utilizarse el dominio imperfecto revocable bajo condición y plazo resolutoria.-

6. PONENCIAS.-

- 1) Estimamos que, a pesar de no contener plazo para el cumplimiento del deber que el artículo 2.075 impone, ni sanción para el supuesto de su incumplimiento, ello no sería un obstáculo para su aplicación, la cual podría darse: 1) por cumplimiento voluntario de sus destinatarios; 2) por decisión de un juez que ordene la adecuación a instancia de los interesados. -
- 2) Si se entiende que la adecuación no es obligatoria, y que los conjuntos inmobiliarios preexistentes pueden quedar bajo la forma adoptada al momento de su constitución, de ninguna manera, estos podrían tomar del sistema legal actual sólo los aspectos que hagan al mejor funcionamiento del conjunto inmobiliario.-
- 3) Para los conjuntos inmobiliarios preexistentes constituidos adoptando la forma exclusivamente de derechos reales, no es obligatoria la adecuación, aunque si recomendable.- Y solo debe entenderse obligatoria la adecuación para aquellos emprendimientos que para su implementación recurrieron a los derechos personales o la combinación de estos y alguno de los derechos reales.-
- 4) Nos parece inviable que el estado pueda exigir el cumplimiento de la adecuación. Aunque lo que creemos que si es posible para estos casos, es que entendiéndose obligatoria la adecuación, algunos de los particulares titulares de parcelas, o accionistas de la sociedad anónima, que encuentren necesaria la adecuación soliciten la misma judicialmente.-
- 5) Creemos que la mejor opción para el caso de existir acuerdo o mandato judicial de adecuación, es utilizar la figura del fideicomiso.

Bibliografía

- ANDORNO, Luis O. y Otros- Clubes de Campo "Countries"- Ed. Jurídicas Cuyo. Mendoza. 2002.
- CAUSSE, Jorge Raúl "Propiedad Horizontal y Conjuntos Inmobiliarios" – Aplicación Notarial del Código Civil y Comercial de la Nación- Claudio Kiper (Director) Luis O. Daguerre (Coordinador)- Ed. RUBINZAL- CULZONI. 1ª Ed. Santa Fe. 2015- T.2.
- CLERC Carlos M. "Derechos Reales en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación".- Edit. ERREIUS, Bs. As. 2016.
- CORNA, Pablo M. "Clubes de campo y barrios cerrados: administración, aspectos sociales, jurídicos y contables. Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 2011.
- COSSARI, Nelson G. en Código Civil y Comercial Comentado. Director General Jorge H. Alterini. Ignacio E. Alterini Coordinador. Edit. La Ley. Bs. As. Año 2015.
- D'ALESSIO Carlos Marcelo, ACQUARONE María T., BENSEÑOR Norberto R. y CASABÉ Eleonora R. en "Teoría y Técnica de los Contratos, Instrumentos Públicos y Privados" 2ª ed., 1ª reimpresión- Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La Ley. 2015. Tomo I.
- DE HOZ, Marcelo en *Código Civil y Comercial Comentado, Anotado y Concordado*. Eduardo Gabriel Clusellas. Ed. ASTREA – FEN Bs. As. 2015- T. 7.
- DE REINA TARTIÈRE, Gabriel: "Las Denominadas Nuevas Formas de Dominio: Revisión Conceptual y Perspectivas de Futuro. Barrios Privados y Clubes de Campo, Emprendimientos Turísticos y Comerciales, Cementerios Privados" Ed. El Derecho. Bs. As. 2004.
- DUBOIS, Favier en *Código Civil y Comercial Comentado, Anotado y Concordado*. Eduardo Gabriel Clusellas. Ed. ASTREA – FEN Bs. As. 2015- T. 7.
- HIGHTON, Elena I. y otros. "Nuevas Formas de Dominio". Ed. Ad Hoc. Bs. As. 1993.

- KEMELMAJER de CARLUCCI en *"La aplicación del Código Civil y Comercial en las relaciones y situaciones jurídicas existentes"*- Editorial Rubinzal- Culzoni. Santa Fe. 2015.
- MARIANI de VIDAL, Marina y ABELLA, Adriana N., Artículo "Conjuntos inmobiliarios en el Código Civil y Comercial con especial referencia a los preexistentes" pub. en la Rev. La Ley el 8 de abril de 2015.
- MOISSET de ESPANES, Luis "La irretroactividad de la ley y el nuevo art. 3 del Código Civil (derecho transitorio) Universidad Nacional de Córdoba. Dirección General de Publicaciones. Córdoba. 1976.
- SIERZ, Susana V.: "Temas y Soluciones en el nuevo Código Civil y Comercial. Aspectos prácticos. Modelos. Ed. Di Lalla. C.A.B.A. 1ra. Ed.
- SUAREZ, Eloy Emiliano "Introducción al Derecho". Centro de Publicaciones, Sec. de Extensión. Universidad Nacional del Litoral. Santa Fe. 2002.

