

XXVI JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL COMISIÓN N° 7.
PROPIEDAD HORIZONTAL ESPECIAL.

PONENTE: *Roberto Boqué, Profesor Adjunto de Derecho Civil IV, UNLP.*

PONENCIA:

PROPIEDAD HORIZONTAL ESPECIAL Y PREHORIZONTALIDAD

I. Introducción:

1.1. La redacción, a nuestro juicio no del todo precisa del Art. 2077 del CCyC, en cuanto prevé que las unidades funcionales que constituyen las partes privativas de un Conjunto Inmobiliario pueden hallarse construidas o en proceso de construcción, podría hacernos pensar que aparentemente ahora existe luz verde para la comercialización de unidades funcionales en construcción o a construirse sin que sea necesario para ello el cumplimiento de ningún otro extremo que no surjan de la mencionada norma, esto es “independencia funcional” y salida a la vía pública”.

1.2. Desde ya adelantamos nuestra posición en contrario, como veremos las unidades funcionales en construcción o a construirse no deberían ser objeto del Derecho Real de Propiedad Horizontal especial hasta tanto no tenga existencia actual todas las partes necesariamente comunes en las que se sustenta, siendo que es aquí en donde reside la principal diferencia con la Propiedad Horizontal común u ordinaria. En consecuencia la comercialización de dichas unidades funcionales no debería llevarse a cabo sin cumplir previamente con las previsiones sobre Prehorizontalidad contempladas en los Arts. 2070, 2071 y 2072.

II.El Art. 2077 del CCyC, algunas dudas sobre su alcance y finalidad.

2.1. En tal sentido se ha sostenido, que a través del Art. 2077, se ha dado solución definitiva a “*los inconvenientes existentes en el régimen de la derogada ley 13.512, al prever expresamente en la ley de fondo la posibilidad de afectar unidades que no se encuentran construidas*”¹ [...] En igual sentido se ha destacado, para reafirmar de que los Conjuntos Inmobiliarios, son un supuesto de propiedad horizontal “especial”, que precisamente una de sus diferencias con el régimen de propiedad horizontal común, es que “*el nuevo Código dispone que las unidades privativas pueden hallarse construidas o en proceso de construcción.*”² En rigor esto es así, y ello no está en discusión, lo que sí está en discusión que derivaciones se pueden atribuir a dicho enunciado.

¹ Cfr. Culaciati, M.M., “Conjuntos Inmobiliarios”, en “Derechos Reales”, Kiper C., Director, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 460 y ss.

² Cfr. Mariani de Vidal, M y Abella, A., “Conjuntos Inmobiliarios”, en “Propiedades Especiales en el Código Civil y Comercial”, Abella, A. Directora, Zavalía, Bs.As. 2015, p. 30.

2.2. No obstante la redacción poco feliz del Art. 2077, lo cierto es que el concepto de unidad funcional está dirigido específicamente al lote o terreno, o simplemente a los “espacios”³ como dice el Art. 2039, -vale decir a la “parte o cosa privativa”-, y que como tal puede o no estar construida, circunstancia que la diferencia sustancialmente con la Propiedad Horizontal ordinaria⁴, en la cual el terreno debe necesariamente ser común (Art. 2041 inc. a).⁵

2.3. Si bien es cierto que al igual que la derogada ley 13.512, el actual Código no contempla la posibilidad de constituir un derecho real de Propiedad Horizontal que tengan por objeto a unidades funcionales futuras, cuestión sobre la que no hemos ocupado in extenso, por lo que nos remitimos a lo allí expuesto.⁶ Ahora bien cabe preguntarse, el régimen de Propiedad Horizontal especial admite lisa y llanamente lo contrario?

2.4. Para eso nos debemos preguntar si el objeto del derecho real en estos casos recae “exclusivamente” en la unidad funcional (espacio terreno), o el mismo debe integrarse con las partes o cosas necesariamente comunes (Art. 2076), respecto de las cuales existe una relación inescindible (Art. 2074 in fine).

2.5. Dicho en otros términos, la Propiedad Horizontal especial ¿puede considerarse existente con la sola delimitación física de los lotes o terrenos que constituyen la distintas partes privativas, luego de haberlo exteriorizado catastralmente mediante la confección de los respectivos planos de subdivisión del emprendimiento inmobiliario de que se trate, aun cuando las partes necesariamente comunes no tengan todavía una existencia actual?

2.6. En tal hipótesis, ello habilita el otorgamiento del reglamento de propiedad horizontal y su posterior inscripción en el Registro de la Propiedad?⁷ Para algún sector de la doctrina, en

³ Advierte Alterini , que el concepto de unidad funcional que contiene la mencionada norma, *“se desfiguró precisamente en los conjuntos inmobiliarios, ámbito principal donde se imaginó la propiedad sobre “espacios”*(Cfr. Alterni, J.H., “Simplificación en la prehorizontalidad y complejidades en los conjuntos inmobiliarios”, AR/DOC/1050/2016)

⁴ *“De esta manera se supera la limitación que existía con respecto a la ley 13.512 en la que el terreno es siempre necesariamente común, lo que es lógico pues es un sistema pensado para edificios”*.(cfr. Molina Quiroga, Eduardo, “Los conjuntos inmobiliarios y el código civil y comercial de la nación”, AR/DOC/1554/2016)

⁵ *“En resumen, ciertas partes del terreno podrán ser privativas y las partes privativas podrán construidas o en construcción.”* (Cfr. Mariani de Vidal, M. Y Abella, A., “ Derechos Reales”, T. 1, Zavalía, Bs.As. 2016, p. 320)

⁶ Cfr. Boqué R., Comercialización de unidades en construcción o por construir ¿cuál es el régimen jurídico vigente?, AR/DOC/7240/2010.

⁷ Esta pareciera ser la opinión de Saucedo, R.J, quién sostiene: *“ Así, una vez obtenida la factibilidad del Proyecto inmobiliario por la autoridad administrativa competente (municipio o provincia, según disponga la reglamentación local vigente), el objeto de la contratación puede ser un terreno donde a futuro habrá de erigirse las viviendas”*[...] , en

aras de acotar en parte esta cuestión, exigen que es necesario que las vías de comunicación internas estén concluidas por ser indispensables para la salida a la vía pública⁸, ello guarda consonancia con lo que exige el propio Art. 2077. Pero claro quedan pendientes el resto de las partes o cosas comunes (Art. 2076), que son justamente las que le dan sustentabilidad y razón de ser a esta modalidad especial de Propiedad horizontal, y si las mismas no tienen una existencia actual por estar en construcción o por construirse no hay Derecho Real. En consonancia con esta línea interpretativa, se sostiene que, [...]“*un criterio razonable es entender que 'en construcción' puede referirse a las obras básicas de infraestructura del conjunto, sus instalaciones y la provisión de servicios públicos que debe aprobar la autoridad administrativa para que la unidad funcional cumpla su destino dentro del conjunto*”⁹.

2.7. En el caso de la Propiedad Horizontal ordinaria, aun cuando la unidad funcional esté terminada, si por ejemplo no están instalados y funcionando los ascensores, o cualquier otra parte o cosa necesariamente común, no habría argumentos para sostener que existe un Derecho de Propiedad Horizontal, ni que el mismo se puede comercializar en ámbito negocial inmobiliario como tal, y al margen de las previsiones específicas sobre Prehorizontalidad. Pues bien, con la Propiedad Horizontal especial, ocurre exactamente lo mismo, y ese es el sentido y alcance que debería darse al mentado Art. 2077.

2.8. Según sea la respuesta a estos interrogantes, se podrá admitir o no la comercialización de unidades funcionales que forman parte de Conjuntos Inmobiliarios aun no concluidos, -nos referimos a las instalaciones necesariamente comunes-, y si en su caso corresponde que su comercialización en tales supuestos se haga bajo los parámetros de la Prehorizontalidad prevista en los Arts. 2070, 2071 y 2072.

En rigor siendo que los Conjuntos Inmobiliarios constituyen un supuesto de Propiedad Horizontal Especial, pero Propiedad Horizontal al fin, entendemos que los mismos se encuentran alcanzados por el régimen de Prehorizontalidad previsto en los Arts. 2070, 2071 y 2072.¹⁰

III. La prehorizontalidad en el CCyC. Su aplicación a los Conjuntos Inmobiliarios.

Rivera JC. y Medina G., Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, T. V. LA LEY, Bs.As. 2014, p. 620)

⁸ Cfr. Kiper, C., “Tratado de Derechos Reales”, T. I, RubinzalCulzoni, Santa Fe 2016, p. 725.

⁹ Cfr. Guardiola, J.J., “Los conjuntos inmobiliarios en el Código Civil y Comercial”, AR/DOC/2223/2016.

¹⁰ En igual sentido se pronuncia, Bilvao Aranda, Facundo M; “Propiedad horizontal y conjuntos inmobiliarios: regulación de los countries y otros emprendimientos urbanísticos en el código civil y comercial”, AR/DOC/1188/2016.

3.1. El Capítulo 10 del Título V del CCyC prevé en los Arts. 2070, 2071 y 2072, un nuevo régimen de prehorizontalidad que sustituyó al establecido por la ley 19.724, a través del cual se dispuso que los contratos preliminares que tengan por objeto la comercialización de unidades en construcción o a construirse, -celebrados antes de la constitución del derecho de propiedad horizontal-, y cuya causa final justamente sea la adquisición del mismo, caen dentro del régimen de prehorizontalidad regulado en el mencionado capítulo.

3.2. Si bien es cierto que los Arts. 2070, 2071 y 2072, no hacen ninguna mención expresa a los Conjuntos Inmobiliarios, el Art. 2075 por el contrario reenvía de manera expresa al Título V, “*a los fines de conformar un derecho real de propiedad horizontal especial*”, en consecuencia los Conjuntos Inmobiliarios se encuentran alcanzados por las previsiones de los citados artículos en materia de Prehorizontalidad, por tal razón la comercialización de unidades funcionales que forman parte de un Conjunto Inmobiliario no concluido o en ejecución deberá dar cumplimiento a los extremos impuestos en el Art. 2071, a cuyo fin deberá el emprendedor inmobiliario contratar un seguro de cumplimiento de contrato que garantice que dicho emprendimiento se ejecute en los términos pactados, para permitirle así a los compradores adquirir el respectivo Derecho de Propiedad Horizontal especial tal cual lo prevé el Art. 2075.

3.3. Cuando el Art. 2075 dice que “Todos los Conjuntos Inmobiliarios deben someterse a la normativa del Derecho Real de Propiedad Horizontal”[...] “*a los fines de conformar un derecho real de propiedad horizontal especial*”, ello supone que previamente el Conjunto Inmobiliario de que se trate está terminado, lo que supone indefectiblemente que los sectores o partes necesariamente comunes tienen una existencia actual, ello no obstante que cómo se dijo los lotes o terrenos que constituyen las unidades funcionales no estén construidos (Art. 2077). Esto es lo que ocurre habitualmente cuando una persona se interesa sobre un determinado emprendimiento inmobiliario con la idea de irse a vivir por ejemplo a un Club de Campo, sus expectativas están puestas simultáneamente tanto en el lote o terreno en dónde piensa erigir su vivienda, y por supuesto también en todas las instalaciones y comodidades comunes que ofrece el mismo, tales como los lugares de recreación o desarrollo de actividades deportivas, etc. Cabe entonces recordar que en materia interpretativa se sostiene que el significado del precepto legal se determina según su fin, (Arts. 1 y 2), que en este caso estaría representado en el hecho de que todos los sectores y cosas necesariamente comunes deben estar terminadas y en condiciones de ser usadas. “*La ley debe ayudar a obtener algo, es siempre y sin excepción medio para un fin*”. “*Para obtener este último, se utiliza el*

precepto. El precepto legal debe interpretarse de tal suerte que se ofrezca como el medio posible para la obtención del fin”¹¹.

3.4. El espíritu de la nueva normativa es procurar proteger los derechos de aquellas personas que hacen una inversión económica en un proyecto inmobiliario a desarrollarse o en vías de desarrollo, de manera que si el desarrollador, titular del dominio, incumple con las obligaciones asumidas, y como consecuencia de ello se ven frustrados los derechos de los inversores, éstos cuenten con alguna herramienta que les permita recuperar lo invertido producto de dicho incumplimiento. El medio elegido por el legislador —al igual que el Proyecto de 1998— procura establecer un procedimiento —que en principio parece sencillo—, consistente en la obligación que se le impone en el Art. 2071 al titular del dominio y/o desarrollador de contratar un seguro que cubra tales incumplimientos. Pero, como veremos, aun cuando la contratación de un seguro es sin duda un medio que supera con creces al farragoso sistema previsto por la derogada ley 19.724, pensamos que quedan cabos sueltos que nos generan ciertas dudas sobre si se podrá alcanzar el objetivo buscado. También se ha destacado que la contratación de un seguro podría incrementar los costos, lo que sería un aspecto negativo de la alternativa propuesta.¹²

3.5. Un tema no menor es saber si las empresas aseguradoras están en condiciones técnicas, económicas y comerciales para emitir un seguro de tales características. No hay duda, aunque el art. 2071 no lo especifique, conforme a los principios y normas que rigen en materia de seguros, el seguro al que se alude no puede ser otro que un seguro de caución, ya que justamente este tiene por finalidad "proteger al acreedor contra el incumplimiento del deudor"¹³. Vale recordar que el seguro de caución supone la existencia de tres sujetos: el tomador del seguro, quien lo contrata, en este caso sería el titular del dominio o desarrollador; el asegurador, quien cumplirá la prestación asegurada en caso de incumplimiento por parte del titular de dominio y además tomador del seguro, y finalmente el asegurado, es decir, el inversor titular del derecho creditorio, "quien es en definitiva el titular del interés legítimamente protegido por el seguro."¹⁴

¹¹Cfr. Hans Reichel, "La Ley y La Sentencia", Reus, Madrid, 1921, p. 64 y ss.

¹²Cfr. Boqué, R., "La prehorizontalidad en el Código Civil y Comercial. ¿Qué pasa con los fideicomisos inmobiliarios frente al nuevo régimen?", RCCyC 2016/AR/DOC/621/2016

¹³Cfr. CAMACHO DE LOS RÍOS, J., El seguro de caución, Fundación Mafre Estudios, Madrid 1994, p. 94 y ss.; FARINA, J. M., "Seguro de caución", RDCO, nro. 32, Depalma, Buenos Aires, 1981.

¹⁴Cfr. LÓPEZ SAAVEDRA, D. M., en Martorell, E. E. (dir.), Tratado de Derecho Comercial, LA LEY, Buenos Aires, 2010, ps. 765 y ss.

3.6. En el caso que nos ocupa, supongamos que a través de un emprendimiento inmobiliario no concluido, en etapa de desarrollo, se comercializan cien unidades funcionales en construcción. Ello supondría la obligación de contratar un número equivalente de seguros. Hasta aquí no habría mayores dificultades. No ocurre lo mismo con el riesgo asegurado, esto es, la "totalidad" de las cuotas abonadas por los adquirentes más sus intereses. Es que de mediar un incumplimiento por parte del desarrollador, y tomador del seguro, si éste se produjera, por ejemplo, cuando se ha cancelado el noventa por ciento del valor de las cuotas, en ese caso la aseguradora debería pagar a los adquirentes dicho importe, independientemente del grado de avance de la obra. Las aseguradoras, en este ejemplo, estarían tomando un riesgo que parece desproporcionado y ajeno a las reglas propias del mercado del seguro.

3.7. Nuestra principal duda, como ya hemos tenido oportunidad de manifestarlo¹⁵, es que si bien es cierto que si no se contrató dicho seguro, no puede el enajenante-desarrollador reclamarle al adquirente por eventuales incumplimientos, siguiendo así los precedentes jurisprudenciales nacidos a partir de plenario "Cotton". ¿Nos preguntamos qué pasa si un adquirente abonó parte del precio y el proyecto inmobiliario no llega a efectivizarse y no existe seguro?. El desarrollador enajenante incurrió en un doble incumplimiento, no contrató el seguro, comercializó el proyecto inmobiliario en construcción, luego el mismo no fue construido o terminado. En tales circunstancias, finalmente el adquirente no podrá adquirir el derecho de propiedad horizontal conforme lo acordado en el contrato celebrado a tal efecto. Por tal motivo, al adquirente le resultará casi inocuo que se prive "al titular del dominio de todo derecho contra el adquirente a menos que cumpla íntegramente con sus obligaciones", tal como reza el último párrafo del art. 2071. El problema reside en que, en tal caso, el adquirente quedará totalmente desguarnecido, ya que, por un lado, no podrá adquirir el derecho de propiedad horizontal y, por el otro, tampoco contará con un seguro que le permita resarcirse económicamente de las derivaciones del incumplimiento.

3.8. El Art. 2072 consagra distintos supuestos en los que no se exige contar con el referido seguro de caución, lamentablemente, no se menciona dentro de estos a los fideicomisos inmobiliarios, en rigor, éstos no fueron materia de regulación en el Capítulo 30 del Libro III del nuevo Código. Sin duda que la principal ventaja de un fideicomiso inmobiliario sobre un Conjunto Inmobiliario, en desarrollo o a ejecutarse, es que los adquirentes de las unidades funcionales cuentan con la tranquilidad de que al existir un patrimonio de afectación, se

¹⁵Cfr. Boqué, R., "La prehorizontalidad en el Código Civil y Comercial. ¿Qué pasa con los fideicomisos inmobiliarios frente al nuevo régimen?", RCCyC 2016/ AR/DOC/621/2016

encuentra de alguna manera garantizada que su inversión se verá plasmada en la realización del emprendimiento inmobiliario¹⁶.

De esta manera, quien adquiere, bajo el régimen de un fideicomiso inmobiliario una unidad funcional en un desarrollo inmobiliario en construcción, pasa a revestir el carácter de destinatario final o fideicomisario, aprovechando así los beneficios derivados del referido patrimonio de afectación contemplado en los arts. 1685 y 1686 del CCyC.¹⁷

3.9.En rigor, el patrimonio de afectación propio de toda transmisión fiduciaria, de conformidad con lo previsto en el art. 1686 del CCyC, lo que hace es garantizar que la conducta del fiduciario no se desviará de los fines propios del fideicomiso, sustrayéndola además del alcance de los eventuales acreedores del fiduciario y del fiduciante.

En el caso de los llamados fideicomisos inmobiliarios, la presencia de un patrimonio de afectación, legalmente reconocido, es lo que dispensa a los adquirentes de cierta seguridad, en la medida en que los bienes fideicomitados conforman lo que modernamente se conoce como patrimonios de destino, o "patrimonios destinados o afectados a un fin"¹⁸.

3.10.El gran interrogante es saber si los fideicomisos inmobiliarios que se constituyan en el futuro podrán convivir con el nuevo régimen de prehorizontalidad, sin que ello implique sin más un incumplimiento a lo dispuesto por el art. 2071 del CCyC. Para cierta doctrina en oportunidad de abordar la situación que se generaba cuando estaba teóricamente en vigencia la ley 19.724, interpretaban, correctamente para nosotros¹⁹, que los fideicomisos inmobiliarios en el ámbito de la propiedad horizontal no violaban el orden público de la Ley de Prehorizontalidad, y llegaban a esta conclusión luego de poner de resalto la existencia del patrimonio de afectación propio de todo fideicomiso, aspecto sobre el que concordamos. Creemos que tal criterio debe mantenerse al menos hasta tanto se modifique el Art. 2072 y se incluyan expresamente a los fideicomisos inmobiliarios.

¹⁶Cfr. ORELLE, José M., "Financiación de emprendimientos inmobiliarios a través del fideicomiso", LA LEY suplemento especial, "Emprendimientos inmobiliarios", Buenos Aires, 2006, ps. 4/5.

¹⁷Cfr. DE HOZ, Marcelo, "Contrato de fideicomiso. Alternativa para emprendimientos urbanísticos y productivos", LA LEY, 2003-A, 1067

¹⁸Cfr. CÁMARA LAPUENTE, S., "Breve compendio geo-conceptual sobre trusts", en Nasarre Aznar — Garrido Melero (coords.), Los patrimonios fiduciarios y el trust, Marcial Pons, Madrid 2006, ps. 27 y ss.

¹⁹Cfr. CLUSELLAS, Eduardo G. — ORMAECHEA, C., Contratos con garantía fiduciaria, Ábaco, Buenos Aires, 2003, p. 177.