

Los nuevos derechos reales: una afectación a los principios del sistema de *numerus clausus*

POR BELÉN MASCI (*)

Sumario: I. Introducción.- II. Naturaleza jurídica de los conjuntos inmobiliarios, tiempo compartido y cementerios privados, preexistentes.- III. Jornadas nacionales de derecho civil.- IV. Código Civil y Comercial de La Nación y la conculcación de los principios generales de la teoría de los derechos reales.- V. Conclusión.- VI. Bibliografía.

Resumen: el nuevo Código Civil y Comercial, haciéndose eco de las necesidades de una sociedad moderna, trae a las nuevas formas de propiedad como derechos reales autónomos. La polémica acerca de la naturaleza jurídica que estos institutos debían tomar, se ha producido desde antaño, y el nuevo Código Civil y Comercial pone fin a esa discusión. Es así cómo, en primer lugar, observaremos los antecedentes de estas nuevas formas de propiedad, lo que se propiciaba en la doctrina y jurisprudencia en cuanto a su naturaleza, para ver luego cómo lo trae la nueva legislación. Su recepción es plausible, no así el modo en que han sido recepcionadas. Pues, entiendo que la manera elegida atenta contra el sistema de *numerus clausus* imperante en la materia generando una desvirtuación de los principios generales de los derechos reales, objeto que aquí será de especial estudio.

Palabras claves: conjuntos inmobiliarios - tiempo compartido - cementerios privados - *numerus clausus*

The new real rights: an affectation to the principles of the numerus clausus system

Abstract: *the new Civil and Commercial Code, as a response to the needs of a modern society, establishes new forms of ownership as autonomous real property rights. The controversy regarding these concepts' legal nature dates back to old times; and the new Civil and Commercial Code ends this discussion. Therefore, we shall observe, in the first place, the antecedents to these new forms of ownership, what legal theory and precedent have declared as to their nature, in order to analyze*

(*) Abogada, Universidad Nacional de La Plata. Prof. Derechos Reales, Universidad Nacional del Noroeste de Buenos Aires.

how they are then stated in the new law. While their acceptance is admissible, the way in which they have been accepted is not; as I understand that such way infringes upon the numerus clausus system dominant in the subject, causing a distortion of the general principles of real property rights, object which will be specially studied herein.

Keywords: *gated community real estate - vacation ownership - private cemeteries - numerus clausus*

I. Introducción

Los cambios demográficos, culturales y sociales acaecidos en nuestro país han producido el surgimiento de las denominadas Nuevas Formas de Propiedad (los conjuntos inmobiliarios desde 1930 (Juliá, 2011), el tiempo compartido se difundió en nuestro país a partir de la segunda mitad de la década de 1980 (Kiper, 2017) y los cementerios privados fueron admitidos en la provincia de Buenos Aires desde 1978 (1). Al igual que sucedió con la propiedad horizontal a la que Vélez era contrario (2), donde la misma se impuso frente a las reales necesidades sociales, aparecen nuevos institutos jurídicos para cumplir con las exigencias cada vez más altas de una sociedad moderna. Como expresa la Profesora Adriana N. Abella:

El derecho de propiedad desborda de humanización y socialización en el marco de una fuerte internacionalización, ello es producto de las complejidades modernas, la uniformidad de deseos y necesidades de la sociedad de masa y de consumo, la interdependencia, el avance de la tecnología y la universalización de las comunicaciones. Acontece un cambio de su metamorfosis (2009, p. 942).

Es así, y como sucedió con la propiedad horizontal (también con la superficie), que el nuevo Código Civil y Comercial incorpora lo que ya era una realidad incontestable y los trae como tres nuevos derechos reales, a los que incorrectamente agrupa en la denominación de Conjuntos Inmobiliarios —siendo que esa es la terminología específica para solo uno de ellos— y serán llamados a aquí como “nuevas formas de dominio” (Highton y Otros, 1993), “nuevas formas de propiedad inmobiliaria” (Papaño y Otros, 1990), “manifestaciones actuales relativas al derecho

(1) En el país, desde 1821 se dispuso su secularización, y en 1925 se dispuso la prohibición de cementerios privados en la Ciudad de Buenos Aires, admitiéndose la subsistencia de cementerios administrados por colectividades.

(2) El artículo 2617 del Código de Vélez expresaba: “El propietario de edificios no puede dividirlos horizontalmente entre varios dueños, ni por contrato, ni por actos de última voluntad”. Norma que fue derogada al solo efecto de la ley N° 13.512.

de dominio” (3), “propiedades especiales”, “nuevas formas de propiedad” (4), o bien “propiedades coparticipativas” (Andorno, Luna, 2002). Pues, cualquiera de ellas se adapta mejor que la terminología errada utilizada para el título VI y cuya futura modificación desde aquí se propugna.

La polémica acerca de la naturaleza jurídica que estos institutos debían tomar se ha producido desde anteaño, desde la óptica doctrinaria y jurisprudencial, y el nuevo Código Civil y Comercial pone fin a esa discusión. Es así cómo, en primer lugar, observaremos los antecedentes de estas nuevas formas de propiedad, lo que se propiciaba en la doctrina y jurisprudencia en cuanto su naturaleza, para ver luego cómo lo trae la nueva legislación. Su recepción es plausible, no así el modo en que han sido recepcionados. Pues, entiendo que la manera elegida atenta con el sistema de *numerus clausus* imperante en la materia generando una desvirtuación de los principios generales de los derechos reales, objeto que aquí será de especial estudio.

II. Naturaleza jurídica de los conjuntos inmobiliarios, tiempo compartido y cementerios privados, preexistentes

Los conjuntos inmobiliarios, el tiempo compartido y los cementerios privados antes de la sanción del Código Civil y Comercial en los hechos adoptaban distintas formas jurídicas atentas a la ausencia de una legislación nacional unívoca en la materia. Es así como adoptaban la forma de derechos reales en sus diversos tipos, la de derechos personales y hasta la combinación de ambos. En esta total diversidad jurídica que fuera adoptada para institutos que tenían características peculiares y que se repetían en los hechos, la doctrina y jurisprudencia se debatía qué forma jurídica debía optarse legislativamente y la discusión no terminaba entre derechos reales *vs.* personales, sino también entre la variante que fuera optativo por el particular elegir por uno u otro régimen y, dentro de la órbita de los derechos reales, ¿como derecho real autónomo o dentro de las categorías existentes (*numerus clausus*)?

Para un sector de la doctrina, existían dificultades para ubicarlas exclusivamente en alguno de los derechos reales consagrados en nuestro régimen legal (Kermelmajer de Carlucci, 1999; Andorno, 2002), por lo que se propiciaba la creación como derechos reales autónomos (De Hoz, 2007).

Para otro sector debía incluirse en los ya existentes, ya que los mismos podían subsumirse en las estructuras legales de los mismos (Tranchini, 2012).

(3) Expresión utilizada en las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en Buenos Aires, 1987.

(4) Estas dos expresiones son utilizadas en el Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio de 1998.

La postura de que el particular pudiera optar por uno u otro régimen tenía gran sustento en los proyectos de reforma civil y jornadas nacionales.

En materia de Cementerios se preconizaron las naturalezas de derecho real de dominio (5), como una concesión de uso sobre un bien del dominio público amparado por la garantía constitucional de propiedad (6) y como derecho real administrativo (7).

Legislativamente, no hubo más que ordenanzas municipales que sólo hicieron referencia a los cementerios que nacían en el marco del dominio público, pero precisamente la metamorfosis de la que hicieramos referencia ha generado la existencia de cementerios privados por distintas necesidades de espacio, gustos personales (actualmente son muy difundidos los cementerios parque para el descanso de los difuntos donde generalmente los mismos son privados), etc., que generaba la necesidad de una legislación de derecho privado que se expidiera por su naturaleza.

Por su parte, el tiempo compartido se estableció entre otras variantes sobre todo como contrato bilateral con prestaciones recíprocas (Puerta de Chacón, 2003) (8), como un contrato de consumo (Lorenzetti, 2007) (9) —en ambos casos en la mayoría de las veces dejando al particular optar por constituir un derecho real o mantenerse en el ámbito de los derechos personales con el solo título suficiente que forma dicho contrato—, como sociedad, como un condominio (Causse, Tranchini Di Marco, 1986; Di Filippo, 1987). Si bien desde la década de los '80 aparece este instituto en una explosión de propagandas y ofertas de tiempo compartido con fines turísticos en nuestro país, recién en el año 2008 se sancionó la Ley Nacional de Tiempo Compartido (ley N° 26.356). La comunidad jurídica esperaba que ella pusiera fin en cuanto a la naturaleza jurídica del instituto, pero lo que sucedió en los hechos fue que se limitó a expresar que la misma regulaba a los STTC con inde-

(5) En el famoso fallo “Bourdieu” (CSJN, 16-12-1925 “Bourdieu, Pedro E. c. Municipalidad de la Capital” fallos: 145:307), la sentencia de primera instancia estableció que el terreno dedicado a los cementerios podía ser objeto de propiedad privada.

(6) Sentencia de la Corte Suprema del fallo “Bourdieu”.

(7) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín (CCiv y Com Junin), 12/09/1989. La Ley 1990-A, 287 - DJ1990-1, 768 “Brandone, Orfelía y. y otros c. Peticara de Cassola, Adela” y en igual sentido, SCJ de Mendoza, 24-11-88, JA 1990-I-576: “Roge, Juan Carlos u. Municip. De Mendoza”.

(8) En la jurisprudencia nacional encontramos los fallos: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial. Sala/Juzgado: C. 16-abr-2004. “Pinamar Tennis Ranch SA | concurso preventivo”. Microiuris.com MJ-JU-M-7332-AR | MJJ7332

(9) En la jurisprudencia entre otros “Morganti Alberto c/ Club House San Bernardo S.A. y otro. ordinario” Microiuris.com MJ-JU-M-10764-AR|MJJ10764; CNCom., Sala B, 21/10/2009; Cantarella, Lidia Juana y Otros c. Brenna y Asociados S.A. s/ORDINARIO El Derecho Digital (59570).

pendencia de la naturaleza de los derechos que se constituyan o transmitan y del régimen legal al que se encuentren sometidos los bienes que los integran. Es así como, si bien dejó en claro que se podía optar por uno u otro régimen, dejó abierto dudas pues, en caso de optar por un derecho real, ¿cuál molde jurídico tomar?

Por último, en el caso de los conjuntos inmobiliarios también se acudió a multiplicidad de versiones y combinaciones entre derechos reales y personales. Entre los derechos reales a los cuales se ha acudido, mencionamos el de dominio perfecto o imperfecto, al condominio, de propiedad horizontal, de usufructo, de uso y habitación y servidumbres. En el ámbito de los derechos personales, la solución se ha buscado a través de las sociedades, asociaciones y fideicomisos. Los decretos provinciales ubicaban a los conjuntos inmobiliarios dentro del derecho real de propiedad horizontal y en otros casos utilizaban servidumbres reales.

III. Jornadas nacionales de Derecho Civil

Las jornadas nacionales de derecho civil han sido punto de encuentro para que los máximos y prestigiosos juristas de cada materia se expidan acerca de los temas más álgidos de cada disciplina. Es así por cuanto importa lo que de las mismas surgía acerca de las nuevas formas de propiedad. De esta manera podremos ver si se ha legislado en el nuevo Código Civil y Comercial conforme a las mismas.

Las **XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1987** dejaron entrever la problemática que venía desde hace rato de incorporar vs. no incorporar a las nuevas formas de propiedad como nuevos derechos reales autónomos o dentro de los existentes o en el ámbito de los derechos personales. Es así como la Comisión nº 4, dedicada a los derechos reales y con la temática según la terminología utilizada por ella “Manifestaciones actuales relativas al derecho de dominio”, estableció como principio general de *lege ferenda*: “Cualquier modificación al Código Civil en materia de derechos reales debe respetar el principio del numerus clausus, por lo que la introducción de nuevos tipos debe hacerse con suma prudencia”.

En cuanto al tiempo compartido (10), la postura con mayores adhesiones estableció de *lege ferenda* que

1. En palabras de Codificador, armónicas con su formación romanista, ‘la naturaleza de los derechos reales (...) está fijada en consideración al bien público y al de las instituciones políticas’ (nota al artículo 2828 del CC). En consecuencia debe descartarse ‘la creación arbitraria de nuevos derechos reales’ (nota al artículo 2502 del CC).
2. La creación

(10) La terminología utilizada por las jornadas nacionales de 1987 fue “Multipropiedad”, haciendo referencia a lo que ahora conocemos como Tiempo Compartido.

indefinida de derechos reales conspira abiertamente contra el ‘*numerus clausus*’, este principio, si bien posibilita la creación legislativa de nuevos derechos reales, impone al mismo tiempo que ello ocurra tan sólo ante la imposibilidad estructural de encuadrar la nueva situación en las categorías existentes. 3. En modo alguno se justifica introducir un nuevo derecho real cuando las situaciones jurídicas que se pretende regular no están suficientemente arraigadas en el país ni en el extranjero. Menos aún es admisible acudir a la creación de un nuevo derecho real, cuando ni siquiera existe suficiente consenso acerca de la caracterización de los elementos y del contenido del mismo. 4. La atribución de usos y goces sucesivos y alternados por períodos determinados genera una situación de comunidad que, en nuestro régimen legal, queda subsumida en el derecho real de condominio. En tal sentido expresa nuestro Codificador, que nace una comunidad con el ‘contrato por el que dos vecinos comprasen en común un terreno para proporcionarse un lugar de paseo, o una máquina para explotarla privativamente cada uno a su turno’ (nota al artículo 1648 del CC) 5. En el estado actual del fenómeno a regular, la prudencia aconseja la sanción de una norma legal que lo incluya entre los supuestos de condominio con indivisión forzosa. Ello, en consonancia con las conclusiones del reciente Congreso Internacional de Derecho Registral celebrado en Río de Janeiro, respecto a la ‘subsistencia de la indivisión’ (ap. 7º del tema 1).

En cuanto a los Cementerios privados, la presente jornada de derecho civil no fue decisiva a la hora de expedirse acerca de la naturaleza del mismo y de *lege ferenda* se expresó que “El legislador nacional debe contemplar el régimen de los cementerios privados, sin perjuicio del derecho administrativo local.”

En 1993, en las **XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil**, la comisión de derechos reales tuvo como temática a la Propiedad Horizontal. De *lege ferenda* se esgrimió:

2) Objeto: Se propicia la ampliación del concepto de unidad funcional para abarcar a locales u otros espacios determinados del inmueble, susceptibles de aprovechamiento independiente a fin de canalizar que la propiedad horizontal pueda alcanzar aplicaciones que no respondan estrictamente a la noción de pisos o departamentos, como los locales comerciales o cocheras y también las denominadas nuevas formas de propiedad.

En 1997, en las **XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil**, la Comisión Nº 3, referida a los Contratos, estableció que “el contrato de tiempo compartido es un contrato celebrado por adhesión a condiciones generales”. Es así cómo, desde

entonces, fue innegable que la relación entre el propietario, emprendedor, comercializador y administrador con respecto al usuario estaba amparada por las leyes del consumo. Sin embargo, no profundiza acerca de la naturaleza del derecho adquirido.

Las **XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil** del año 2009, que sin hesitación alguna ha sido el antecedente inmediato de lo que sería el anteproyecto de Código Civil y Comercial del 2012, trató a los Conjuntos Inmobiliarios, Tiempo Compartido y Cementerios Privados bajo la denominación utilizada por su Comisión n° 5, de:

‘Formas coparticipativas de propiedad’. Como Declaración general se estableció por unanimidad: debe ratificarse lo declarado por las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bs. As. 1987), en el sentido que la creación indefinida de derechos reales conspira abiertamente contra el ‘*numerus clausus*’ y sólo deben crearse nuevos tipos cuando existe la imposibilidad estructural de encuadrar la nueva situación fáctica en las categorías existentes.

En cuanto a los hoy denominados Conjuntos Inmobiliarios de *lege ferenda* se dejó dicho que

resulta imperioso que el Poder Legislativo de la Nación dicte normas que regulen las urbanizaciones privadas a fin de dar seguridad jurídica a los adquirentes. Despacho A. El derecho real de propiedad horizontal es el que mejor atiende a dicha finalidad. En consonancia con lo declarado por las XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (San Miguel de Tucumán, 1993), se recomienda la modificación de la ley 13.512 para su mejor adaptación a las nuevas realidades inmobiliarias. Despacho B. A los fines de regular estas nuevas manifestaciones de propiedades coparticipativas, es menester el dictado de una ley especial que, incluyendo el derecho real de propiedad horizontal, las contemple con una tipicidad genérica, precisando en capítulos las particularidades de cada una.

Ambos despachos recibieron el mismo número de apoyos. Haciendo referencia al Tiempo compartido de *lege ferenda*, la mayoría estuvo de acuerdo en que “la regulación de este derecho debe otorgar a los particulares la posibilidad de optar por un derecho real o personal”.

En cuanto a los Cementerios privados de *lege ferenda*, se dijo “El cementerio privado debe estructurarse como derecho real privatístico sin perjuicio de las restricciones y límites de naturaleza administrativa en función de su particular afectación” —por mayoría—.

En el año 2013, las **XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil** reafirmaron el principio sentado por las XI y XXI jornadas nacionales de derecho civil: “El límite primario y fundamental de los derechos reales es el “*numerus clausus*” y sólo deben crearse nuevos tipos cuando exista la imposibilidad estructural de encuadrar los fenómenos económicos-sociales en los derechos reales existentes”.

En conclusión, de las jornadas antecedentes surge que la creación indefinida de derechos reales conspira abiertamente contra el “*numerus clausus*”, este principio, si bien posibilita la creación legislativa de nuevos derechos reales, impone al mismo tiempo que ello ocurra tan sólo ante la imposibilidad estructural de encuadrar la nueva situación en las categorías existentes. (1987-2009-2013). La figura del Tiempo Compartido debe ser subsumida dentro del derecho real de condominio con indivisión forzosa (1987) o dentro del ámbito de los derechos personales a opción del particular (2009). Los Conjuntos Inmobiliarios deben ser englobados dentro de la normativa de la Propiedad Horizontal (1993-2009); y, por último, los cementerios privados deben conformarse como un derecho real privatístico (2009) aunque su antecedente en la Jornada de 1987 no había sido decisivo y se limitó a expresar la necesidad de regulación en el derecho civil.

Vemos como se propugnó la no creación de derechos reales de forma arbitraria por existir moldes jurídicos existentes en los que se podían adaptar las nuevas formas de propiedad que se daban en los hechos, con la opción de que el particular pueda optar por incluirlas dentro del régimen de los derechos personales flexibilizando de esta manera el sistema de *numerus* al que adscribe nuestro derecho.

IV. Código Civil y Comercial de la Nación y la conculcación de los principios generales de la teoría de los derechos reales

El nuevo Código no sigue a las posiciones mayoritarias esgrimidas, que debían ser antecedentes fundamentales a tener en consideración. La opción elegida por el legislador menoscaba la teoría general de los derechos reales en diversos sentidos, como veremos a continuación:

En primer lugar, podemos observar que la nueva legislación trae a las nuevas formas de propiedad como derechos reales autónomos, ensanchando de esta manera la nomina cerrada de derechos reales y pareciendo con dubitaciones que en el tiempo compartido se puede optar por el régimen de los derechos personales. Nuestro máximo legislador Vélez Sarsfield en la nota del antiguo artículo 2502 daba los fundamentos para la elección del sistema romano del *numerus clausus* en nuestro derecho y establecía el rechazo de la creación arbitraria de nuevos derechos reales. ¿La actitud legiferante ha tenido suficiente fundamentación? La otorgada al momento del Anteproyecto del Código del año 2012 no

parece ser suficientemente válida, pues en el capítulo I referido a los Principios Comunes ha expresado:

El crecimiento de este tipo de propiedad que brinda mayor aprovechamiento de los recursos al utilizarse en común, trae mayor conflictividad por la convivencia más cercana. La proximidad del vecino y la comunidad de intereses requiere una adaptación de la normativa a aspectos impensados en tiempos del codificador, a tal punto es así en el código civil que la accesión está ínsita las bases del régimen y la comunidad en el condominio tiene como nota más típica su tendencia hacia la partición, principios impensables para estos derechos compartidos.

Los fundamentos dados lo único que generan es oscurecer más la postura legiferante, pues hace referencia a la utilización para estas nuevas figuras del derecho real de condominio que tiene el principal problema de la partición. En primer lugar, es por demás sabido que aquella circunstancia se podría solucionar estableciendo para el caso un condominio con indivisión forzosa legal y perdurable, y en todo caso se tendrían que haber hecho referencia también a las imposibilidades de adecuarlos a la propiedad horizontal. Es así como no hay fundamentación válida alguna para haber agregado nuevos derechos reales. No ofrece duda alguna que la creación de nuevos derechos reales por ley nacional sólo se considera aceptada cuando existe una necesidad real de no poder utilizar un molde jurídico de los ya existentes y en el caso los conjuntos inmobiliarios podrían haberse incluido dentro de la propiedad horizontal —de hecho el artículo— 2075 del Código Civil y Comercial (CCiv. y Com.) establece que conforman un Derecho Real de Propiedad Horizontal Especial y las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (año 2017) de *lege ferenda* estableció que deben constituir un capítulo dentro del ph-, el tiempo compartido dentro del condominio con indivisión forzosa y los Cementerios Privados dentro del derecho real de dominio, dentro de la propiedad horizontal o del condominio con indivisión forzosa.

El profesor Horacio Jorge Alterini (2012), al hacer la crítica al proyecto del 2012, bien decía que no luce como congruente crear un nuevo derecho real en virtud de la existencia algunos matices dentro de las figuras y daba como ejemplos, entre otros, que el dominio imperfecto no dejaba de ser dominio; el condominio sin indivisión forzosa y aquellos con indivisión forzosa, son todos condominios; son indistintamente usufructos los que recaen sobre cosas no fungibles, derechos, conjuntos de animales o una herencia, etc.

La profesora Marcela Tranchini, en igual posición, expresa que

(...) sólo los aspectos 'estructurales' del derecho real pueden constituir el fundamento para la creación de nuevos tipos. Tal lo que ocurre

con la propiedad horizontal y la superficie, pero no con los conjuntos inmobiliarios que pueden encuadrarse con leves modificaciones en lo que exceden a los tipos rígidamente organizados por la ley, en las estructuras del derecho real de propiedad horizontal, o el condominio, si se quiere dar a los adquirentes de estas formas especiales de propiedad un derecho real sobre cosa propia (2012, pp. 4-5).

La creación injustificada de estas figuras como nuevos derechos reales atenta contra el principio de *Numerus Clausus* que impera en nuestro sistema, pues nuestro supremo legislador y jurista Vélez Sarsfield, en la mencionada nota del artículo 2502 CV, hacía referencia a las complicaciones de la afectación con distintos derechos reales con igual objeto. Por ellos fundamentos optó por una nómina cerrada.

No quedan dudas que el Código Civil y Comercial debiera haber incluido a las tres figuras dentro de los moldes jurídicos de los derechos reales existentes.

Por último, dentro de este primer menoscabo, entiendo que hubiera sido correcto dejar a la voluntad de las partes elegir entre afectarlo entre un derecho real (de los existentes) o a uno personal para no poner coto alguno al desarrollo político y económico de estos fenómenos. Pues, la opinión que aquí se comparte del profesor Alterini (2012) en cuanto a los conjuntos inmobiliarios la hago extensiva al tiempo compartido y a los cementerios privados. El profesor entendió que era adecuado que los conjuntos inmobiliarios no quedaran atados, exclusivamente, al régimen de los derechos reales y que se reconozca que pueden, asimismo, existir conjuntos inmobiliarios en los que se establecen los derechos como personales o donde coexisten derechos reales y derechos personales, atento de que el Profesor observó que muchos emprendimientos se realizaban a través de derechos personales y era inadecuado desconocer esa alternativa negocial para no apagar la potencialidad de ese fenómeno económico.

La propuesta que se sostiene, y que entiendo que debería haber sido la optada por la nueva legislación, era la que había traído el Proyecto de reforma del año 1998 que establecía que los conjuntos inmobiliarios (incluyendo dentro de éstos a los cementerios privados) podían sujetarse al régimen de los derechos personales o de la propiedad horizontal. En cuanto al tiempo compartido, estableció que se podía optar por el sistema de los derechos personales o del condominio con indivisión forzosa sin límite de tiempo.

El Código se aleja de todo antecedente y sin fundamentación válida trae tres nuevos derechos reales (con sólo en TC la opción dudosa de optar por los derechos personales), cuando podría haber traído distintos matices dentro de los moldes jurídicos ya existentes.

IV.1. El primer menoscabo a la teoría de los derechos reales: su creación injustificada

Como segunda ofensa a los principios generales de los derechos reales, estos nuevos derechos no tienen una estructura legal definida en los términos del artículo 1884 CCiv. y Com., principio al que deberían respetar y subsumirse por ser general y estar ínsito en su propia naturaleza especial.

Todo derecho implica un beneficio, una utilidad para su titular, cada derecho real queda configurado o tipificado mediante la determinación cualitativa y cuantitativa de esa utilidad por ejemplo el dominio, como el sometimiento de una cosa a la voluntad de una persona; el usufructo como el uso y el goce de una cosa ajena conforme su destino; el uso como un usufructo limitado a las necesidades del usuario y su familia; la habitación como el uso de una casa; la servidumbre como el derecho a una utilidad determinada y específica de un inmueble ajeno cualquiera sea esa utilidad, etc. En consiste la tipicidad (tipicidad genérica) (Gatti, 1980, p.122).

Dicha tipicidad genérica no se observa en éstos nuevos derechos reales, en donde se realiza una simple enunciación de sus objetos sin hacer mención alguna a las utilidades que determinan su tipo.

Como dice mi Maestro, el Profesor Juan José Guardiola:

Si bien los objetos de cada uno de ellos tienen indudable trascendencia en cuanto a la destinación, no resulta adecuado que al definirlos (artículos 2073, 2087 y 2103 CCiv. y Com.) se haya circunscripto a este único elemento de su estructura sin precisar básicamente los poderes o facultades que los distinguen, su contenido específico, tal como se hace dar el concepto o definición (términos que más allá de sus diferencias se utilizan indistintamente) de los demás derechos reales (*u.gr.*, artículos 1941, 1983, 2037, 2114, 2129, 2154, 2158, 2162, 2205, 2212 y 2219) (2016, p. 2).

En igual posición, la profesora Marcela Tranchini (2012) expresa que todos los conceptos de cada derecho real son consecuentes con la definición general que los comprende (artículo 1882 CCiv. y Com.). De tal suerte que, mientras los restantes derechos reales se definen por los poderes a los que dan lugar, en los conjuntos inmobiliarios, tiempo compartido y cementerios privados se opta por una descripción fáctica o física de los objetos que los conforman.

La preponderancia del orden público en los derechos reales hace que la esencia de los mismos esté establecida en normas estatutarias. En este sentido, Gatti (1980)

expresa que este tipo de normas se refieren a la determinación de los elementos que integran la relación jurídica real y, por consiguiente, a los sujetos, el objeto y a la causa de los derechos y relaciones jurídicas reales; y en cuanto a esta última (causa), todo lo relacionado con su adquisición (modos y, en su caso, títulos), constitución, modificación, transferencia y extinción. Ello no sucede con las normas que definen estos derechos reales —en concreto lo visualizo en los conjuntos inmobiliarios y en el tiempo compartido—, que más que normas estatutarias parecen normas reglamentarias en donde prima la autonomía de la voluntad. Pues, en los mismos se enumera su objeto dando lugar a posibilidades no tipificadas. Veamos como el artículo 2073 CCiv. y Com. expresa “(...) o cualquier otro emprendimiento urbanístico (...)” y el artículo 2087 CCiv. y Com. “(...) para alojamiento, hospedaje, comercio, turismo, industria u otros fines (...)”. Es así que, mientras que el resto de los derechos reales tienen una tipicidad genérica determinada por normas estatutarias, estos nuevos derechos reales no tienen ni tipicidad genérica y vienen a determinarse por simple normas reglamentarias. Si bien estoy de acuerdo en que exista una tipicidad específica como sucede con las servidumbres para dar movilidad y desplazamientos que se adecuen a las nuevas necesidades sociales, entiendo que en los presentes nuevos derechos reales no se cumple con la tipicidad genérica que todo derecho real debe cumplir. Como expresa el profesor Pepe y Mendizabal (2009), la preponderancia de normas imperativas en los derechos reales se funda en la gravitación social y económica de la titularidad, explotación, circulación y extinción de la riqueza, por cuya razón el reconocimiento y protección legal comprende al titular del derecho real y lo trasciende, proyectándose así sobre intereses supra individuales.

Traer normas reglamentarias para su estructura no es acorde a los principios en que están inspirados nuestros derechos reales.

IV.2. La segunda ofensa es clara: los tres nuevos derechos reales no tienen una estructura legal definida ni una tipicidad genérica

El Tiempo Compartido y los Cementerios Privados son “derechos reales sobre cosa propia” (artículo 1888) en atención a los titulares del dominio de estas propiedades especiales que son los legitimados para su afectación, pero los usuarios (en el caso del Tiempo Compartido) y los titulares de derecho de sepultura (en los cementerios privados), ¿qué derechos adquieren? Pues, en el caso del Tiempo Compartido del artículo 2088 del CCiv. y Com., pareciera surgir que se puede someter al TC dentro del ámbito de los derechos personales pero no conforme con ello el artículo 2101 ¿expresa que al adquirente de TC se le aplican las normas de derechos reales? Es decir, ¿qué se puede optar someter al TC bajo los derechos personales o reales pero siempre se le aplican las normas de derechos reales? y ¿en caso de que el TC fue organizado por su titular dominial bajo el régimen de los derechos reales qué derecho adquiere el usuario? ¿Podría desmembrar el derecho

real de tiempo compartido? ¿Con qué derecho real para poder usar y gozar por turnos? En el caso de los cementerios privados, al titular del cementerio lo afecta al derecho real de cementerio privado, y el que adquiere la sepultura, ¿qué derecho adquiere? ¿Un derecho real nuevo de sepultura? (De Hoz, 2015).

En este sentido, mi maestro el Profesor Guardiola (2016, p. 2) expresa:

En la regulación tanto del tiempo compartido como de cementerios privados aparecen diversos sujetos (emprendedor, administrador y particularmente el ‘propietario’ -artículo 2093- o ‘titular de dominio’ - artículo 2104-), además del supuesto comunero, respecto del cual se predica que ‘se le aplican las normas sobre derechos reales’ (artículos 2101 y 2112) como si se tratase de otros tipos a los configurados; máxime cuando su titularidad aparece vinculada al carácter de usuario (artículos 2094, inc. c], 2095, 2097, incs. a], b] y g], y en forma especial el artículo 2100, que se refiere al ‘derecho de uso periódico’) o sobre la sepultura (artículos 2108, 2111 y 2112), lo que hace hasta dudar si contradictoriamente con lo pregonado no se han creado en estos supuestos derechos reales sobre cosa ajena y los llamados como tales no son otra cosa que un sistema”.

El profesor Alterini (2012), en cuanto a este tema, expresa que la remisión del artículo 2101 para el tiempo compartido a “las normas sobre derechos reales”, es de tal amplitud que vacía su contenido y entiende que no se clarifica de ningún modo en el Capítulo de los “Cementerios privados” qué tipo de derecho tiene cada uno de los titulares sobre las distintas parcelas, lo que genera la posibilidad de distintas interpretaciones igualmente válidas.

¿Estaríamos hablando de un derecho real de cementerio privado o de tiempo compartido desmembrados por derechos reales sobre cosa ajena y qué derechos? ¿O un TC bajo el sistema de derechos personales en donde el usuario adquiere un derecho real? (artículo 2101 CCiv. y Com.), pues es ilógico que adquiriera un derecho personal al que se le apliquen las normas de los derechos reales. Las dudas generadas no se compadecen con el orden público imperante en el sistema.

Lo que queda claro es que ambos derechos reales, para no generar todas estas oscuridades, deberían haberse legislado como derechos reales sobre cosa total o parcialmente ajena y desde el punto de vista del usuario y titular de la sepultura.

Comparto la opinión de las profesoras Mariani de Vidal y Abella, y lo hago extensivo al Cementerio Privado, que observan que

la caracterización del TC como derecho real sobre cosa propia, que se consagra en el artículo 1888, no resulta adecuada: en el caso del domi-

no parece inconcebible sostener que el dueño tiene la posibilidad de constituir un derecho de TC sobre su propia cosa y a favor de él mismo, ya que al propietario le asiste el derecho de uso y goce de su cosa en todo momento. (...) El titular de dominio o todos los titulares en el supuesto del condominio, pueden afectar el inmueble a TC (artículo 2090). Tal sometimiento permitirá la ‘constitución a favor de terceros’ del derecho real de TC sobre la unidad -para usos sucesivos o alternados y por períodos determinados- en el inmueble u otros objetos con distintos fines, resultando entonces los usuarios, titulares del derecho de TC. Con lo que al enrolar al TC entre los derechos sobre cosa total o parcialmente propia, parecería que el Código se está refiriendo más bien a la afectación al régimen de TC, que pueden llevar a cabo el dueño o los condóminos (artículos 1990 y 2090), y no a la titularidad del derecho de TC propiamente dicho (2016, p. 3).

La caracterización de ambos derechos reales debiera ser vista desde el punto de la titularidad del usuario o del titular de la sepultura y ello no llevaría a las diversas dudas planteadas *supra*. En el caso del cementerio privado, la mención al “derecho de sepultura” debe ser aclarada porque pareciera que se está creando implícitamente un derecho real autónomo y diverso al de cementerio privado. La dificultad en crear un nuevo derecho real, como nos explica el Profesor Briz Santos Jaime, radica en que ha de tener un contenido concreto, en alguna forma deducido de un precepto legal de carácter coactivo, lo que la doctrina alemana denomina “fijación de tipo” (...), y que efectivamente limita en este respecto notablemente la autonomía de la voluntad (Briz Santos, 1973, p. 22). Nada de ello sucede con el derecho de sepultura cuya naturaleza es dudosa y se le aplican las normas de los derechos reales. Corresponde agregar que, desde lo establecido en el artículo 1884 del CCiv. y Com., si la conjetura anterior resultara jurídicamente atendible, ese derecho real no contaría con la estructura que valide su existencia. Es más, no sería arriesgado presumir que, respecto de ese dudoso derecho real, rondaría la nulidad que predica el artículo 1884 del CCiv. y Com. (Causse, 2016).

IV.3. Todas aquellas dudas no se compadecen con el sistema taxativo que impera en la materia y conforma el tercer menoscabo

Finalmente, entiendo que la adecuación de los conjuntos inmobiliarios preexistentes a la normativa del nuevo derecho real consagrada en el artículo 2075 del CCiv. y Com. genera más ofensas a la teoría general de los derechos reales que se le suman a las ya antes vistas.

En las XXVI Jornadas de Derecho Civil del año 2017, la mayoría determinó que los conjuntos inmobiliarios preexistentes constituidos a través de derechos per-

sonales o derechos reales, o por medio de la concurrencia de algunos de esos derechos entre sí, deben ajustarse funcionalmente a la normativa del derecho real de propiedad horizontal especial, en todo lo jurídicamente posible, entre otros, lo relativo a la existencia y funcionamiento orgánico del consorcio de propietarios (asambleas y administración), obligaciones y ejecución de expensas, gastos y erogaciones comunes (título ejecutivo) y régimen disciplinario (artículo 7º, párr. 1º, CCiv. y Com.).

Esta adecuación genera un folklore jurídico, desde mi punto de vista, inadmisibles. Pues, son figuras híbridas a las que se les aplican las normas de un derecho real cuya tipicidad genérica en los hechos no se cumple. Piénsese en el caso en donde el conjunto inmobiliario ha estado bajo la forma societaria, totalmente distinta al régimen de los derechos reales, en donde se adecue simplemente en lo jurídicamente posible. Se estaría creando una suerte de derecho real atípico que se condice más con el sistema de *numerus apertus* que con el de *numerus clausus*, donde prima la autonomía de la voluntad y las partes pueden crear nuevas figuras. En el ejemplo se trataría de una mezcla de sociedad con el derecho real de conjuntos inmobiliarios. En nuestro sistema, ello conlleva conforme el artículo 1884 CCiv. y Com. a su nulidad porque estamos en presencia de la configuración de un derecho real no previsto en la ley. Los casos donde los conjuntos inmobiliarios preexistentes han sido articulados bajo la forma de derecho real (por ejemplo, de PH o de condominio con indivisión forzosa) al estar modificándolos en su estructura para poder adecuarlo “en lo jurídicamente posible” al régimen de conjuntos inmobiliarios, conllevarían también su nulidad en los términos del artículo 1884 CCiv. y Com.

Si el nuevo Código hubiera establecido la opción de que los conjuntos inmobiliarios pudieran configurarse como un derecho personal, como se preconizó en el Proyecto del año 1998, no se conllevaría a la nulidad inevitable mencionada porque se los podría entender como incluidos dentro de los derechos personales donde abunda la autonomía de la voluntad y, una vez cumplida exactamente con la tipicidad genérica, se podría recién optar por el régimen de derecho real con sus beneficios consecuentes.

Es por ello que, en base a los fundamentos esgrimidos, entiendo que la postura minoritaria en las mencionadas jornadas acerca de la adecuación, encabezada por el profesor Kiper, es la más conveniente ya que estableció que los conjuntos inmobiliarios preexistentes que se hayan configurado como derechos personales, como derechos reales distintos o como combinación de unos y otros, deben someterse estrictamente al régimen de propiedad horizontal especial, lo cual es jurídicamente posible. Consecuente con ello, se evitaría la creación de un derecho real atípico o la modificación de las estructuras de los existentes.

V. Conclusión

Nuestro sistema de derechos reales es el del *numerus clausus* en oposición al de *numerus apertus* y toda regulación atinente a los derechos reales debe compadecerse con aquellos principios que son los que inspiraron a nuestras normas.

Dos sistemas se enfrentan: el de *numerus apertus* y el de *numerus clausus*. En el primero, libre es la incentiva de los particulares para crear otras figuras (atipicidad) o para, manteniéndose dentro de los tipos conocidos, introducir variantes al régimen (movilidad). Para el sistema del *numerus clausus*, todo lo contrario. La voluntad negocial tiene los moldes ofrecidos por el legislador y solo cabe adoptarlos o no adoptarlos, sin que le sea factible introducir el más leve retoque (Zavalia, 1989).

Lo traído por el legislador en cuanto a las nuevas formas de propiedad se condice más con el sistema del *numerus apertus* que con nuestro sistema de número cerrado. Vimos cómo se legislaron tres nuevos derechos reales de manera injustificada, que estos no cumplen con una tipicidad genérica propia de la naturaleza de derecho real, que el TC y los cementerios privados han adoptado formas oscuras, que este último generaría un nuevo derecho real de sepultura no previsto en la nómina del artículo 1887 CCiv. y Com. y que, sumándose a toda esta desprolijidad jurídica, la adecuación de los conjuntos inmobiliarios preexistentes produce la creación de derechos reales atípicos o la modificación de los existentes, lo que conlleva a su nulidad. Todo ello constituye una ofensa a los principios generales de nuestro sistema de derechos reales.

Tanto el sistema de *numerus clausus* como el de *numerus apertus*, establecidos en su máxima expresión y pureza, son inadecuados para la vida. Por esa razón, lo que aquí se propicia es una cierta flexibilización del sistema sin generar el ocaso del mismo, debiendo una futura reforma traer matices dentro de los tipos existentes para que estas figuras se adapten a los mismos, con la opción de constituirlos dentro del ámbito de los derechos personales para no poner coto a la expansión económica y no generar los problemas que trae el artículo 2075 CCiv. y Com. La existencia de una cierta movilidad en los tipos de los derechos reales, trayendo tipicidades específicas como sucede con las servidumbres, radica en la válvula de escape para que nuestro sistema cerrado se adapte a las nuevas formas de propiedad imperantes en una sociedad moderna y se respeten los principios en los que se ha inspirado nuestro máximo legislador Vélez Sarsfield.

VI. Bibliografía

Abella, A. N. (2009). Conjuntos inmobiliarios: instituciones jurídicas relevantes. *Revista Notarial. Academia Nacional del Notariado* (pp. 963, 941-966). Buenos Aires.

Alterini, J. H. (2012). Primeras Consideraciones sobre los Derechos Reales en el Proyecto de Código. *Acad. Nac. de Derecho* (p. 898). Buenos Aires: La Ley.

Andorno, L. O. y Otros (2002). *Clubes de Campo. Countries*. Mendoza: Ed. Jurídicas Cuyo.

Briz Santos, J. (1973). *Derecho Civil. Teoría y Práctica. Tomo II. Derecho de Cosas*. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado.

Causse, J. R. (2016). Conjuntos inmobiliarios: derecho real de cementerio privado. ¿Sinécdoque en los textos de sus normas? *RCCyC* (p. 25).

Causse, J. R.; Tranchini Di Marco, M. H. (1986). Tiempo Compartido. Reflexiones en torno a su proyectado régimen legal. *La Ley*. Buenos Aires. D- 1121.

De Hoz, M. (2007). Barrios cerrados, clubes de campo y conjuntos inmobiliarios: ¿un nuevo derecho real? *MJ-DOC*, -3345 | MJD3345.

Di Filippo, M. I. (1987). *Tiempo compartido: un condominio especial*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Guardiola, J. J. (2016). Los conjuntos inmobiliarios en el Código Civil y Comercial. *La Ley*. Buenos Aires: La Ley. D. 1123.

Highton, E. I. y Otros (1993). *Nuevas formas de dominio. Clubes de campo. Cementerios y Cementerios privados. Tiempo compartido o Multipropiedad*. Buenos Aires: Ed. Ad-Hoc.

Juliá, J. R. (2011). Urbanizaciones especiales. Naturaleza jurídica. *El Derecho*. 244-880.

Kemelmajer De Carlucci, A. (1999). *Tendencias actuales y perspectivas del Derecho Privado y el sistema jurídico latinoamericano*. Lima: Ed. Cuyo.

Kiper, C. (2017). *Tratado de Derechos Reales. Segunda edición actualizada*. T. I. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

Lopez De Zavalía, F. J. (1989). *Derechos Reales*. T. I. Buenos Aires: Zavalía.

Lorenzetti, R., L. (2007). *Tratado de los contratos*. T. II. Santa fe: Rubinzal Culzoni.

Mariani De Vidal, M. A. (2016). Tiempo compartido en el Código Civil y Comercial. Más dudas que certezas. *RCCyC*, 12. Cita Online: AR/DOC/1903/2016.

Papaño, R. J. y Otros (1990). *Derechos reales*. Buenos Aires: Depalma.

Pepe, M. A.; Mendizabal, G. A. (2009). El Orden Público y la Flexibilidad o Rigidez Causal en los Derechos Reales. *Revista Jurídica Argentina La ley*. Buenos Aires: La Ley. 871.

Puerta De Chacón, A. (2003). Tiempo compartido ¿un producto turístico? En Kemelmajer de Carlucci y Benitez D. (coord.), *Turismo, derecho y economía regional* (p. 129). Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

Tranchini, M. H. (2012). Comentarios a la Regulación de Los Conjuntos Inmobiliarios. *Ponencia presentada en la Comisión bicameral de la reforma año 2012*. Recuperado de http://ccycn.congreso.gob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/laplata/pdfs/024_MARCELA_TRANCHINI.pdf [Fecha de Consulta 18/03/18].

Fecha de recepción: 01-04-2018

Fecha de aceptación: 10-08-2018