

TEMA IV

“Novedades en el tratamiento de los derechos reales en el nuevo Código Civil y Comercial: Derecho de superficie, conjuntos inmobiliarios, propiedad horizontal, hipoteca abierta y cementerios privados.”

Coordinador: Marcelo de Hoz. - Email: marcelo@escribaniadehoz.com.ar

Autoridades:

Presidente: Not. Marcelo de Hoz

Secretarias: Not. Martha Linares de Urrutigoity
Not. Silvia Maela Massiccioni

Comisión redactora:

Not. Marcelo de Hoz,
Martha Linares de Urrutigoity
Silvia Maela Massiccioni
Horacio Colman Lerner
Horacio Teitelbaum
Sebastián Szabo
Augusto P. Mariño Galasso
Mariana Hefling
Sebastián Norberto Grillo
Bárbara Ríos

Relatora: Not. Martha Linares de Urrutigoity

TRABAJOS Y PONENCIAS PRESENTADOS: Conforme lo establecido en el Reglamento de la Jornada Notarial Argentina, todos los trabajos presentados fueron expuestos por sus autores y debatidos.

Representantes de las instituciones que emitieron voto:

- *Silvia Maela Massiccioni (Colegio de Escribanos de la provincia de Santa Fe, 2da. Circunscripción)
- *Martha Linares de Urrutigoity (Colegio de Escribanos de la provincia de Mendoza)
- *Sebastián Norberto Grillo (Colegio de Escribanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires)
- *Emery Omar Muñoz (Colegio de Escribanos de la provincia de Córdoba)
- *Joaquina Córdoba Gandini (Colegio de Escribanos de la provincia de Catamarca)
- *Leonardo Nicolás Posteraro Sánchez (Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires)

CONCLUSIONES

La Comisión IV de la XXXII Jornada Notarial Argentina concluye por voto unánime de todos sus integrantes lo siguiente:

SUBTEMA 1: CONJUNTOS INMOBILIARIOS

1) Dentro de la temática planteada por este nuevo derecho real se trató especialmente en el seno de la comisión la adecuación prevista en el artículo 2075 del Código Civil y Comercial de la Nación para los conjuntos inmobiliarios preexistentes organizados bajo la órbita de los derechos personales o donde coexistan derechos reales y derechos personales.

Para algunos este tipo de adecuación violentaría derechos patrimonial y definitivamente adquiridos constitucionalmente protegidos por ser situaciones jurídicas ya consolidadas

Sostienen asimismo que su aplicación contraría el principio de irretroactividad de las leyes previsto en el artículo 7 del mismo Código. Señalan además la falta de plazo, procedimiento y sanción.

Por otra parte, están quienes consideran que en ningún caso se estarían vulnerando derechos patrimonialmente adquiridos ni garantía constitucional alguna, que sería un supuesto de excepción al principio de irretroactividad de la ley consagrado en el artículo 7 por tratarse de derechos reales y como tales de orden público, no viendo en la falta de plazo, procedimiento o sanción obstáculos insalvables para la adecuación.

Para la corriente mencionada en primer término, la adecuación sería de cumplimiento imposible teniendo en cuenta el régimen de mayorías exigido, planimetría e instrumentación, mientras que para la nombrada en segundo término el cumplimiento puede resultar dificultoso pero posible.

En el seno de la comisión se distinguieron dos tipos posibles de adecuación, la denominada adecuación estructural y la denominada adecuación funcional, advirtiendo que la primera necesitaría una normativa de fondo de igual jerarquía que establezca plazo razonable, procedimiento y sanción, mientras que la adecuación funcional opera de pleno derecho de acuerdo con la actual legislación.

Lo expuesto nos lleva indefectiblemente a analizar caso por caso cuál se debe adecuar y cual no.

Interpretando la obligatoriedad de adecuación del art. 2075 C.C.C. dirigido a determinados supuestos podemos concluir que aquellos conjuntos inmobiliarios estructurados bajo la órbita exclusivamente de derechos reales no deben adecuarse. Analizando las estructuras jurídicas de los actuales emprendimientos vemos que la mayoría de los mismos se encuentra organizado con uno o más derechos reales, tales como la propiedad horizontal, aquellos que combinan derecho real de dominio sobre parte privativas y derecho real de condominio sobre partes comunes o aquellos que combinan derecho real de dominio sobre la parcela, derecho real de dominio de una asociación o entidad jurídica sobre las partes comunes y la conexión de ambos sectores a través de los derechos reales de servidumbre, concluyendo que estas estructuras por no hallarse comprendidas en los supuestos del artículo 2075 C.C.C. no tienen obligación de adecuación, en estos casos manteniendo la opción de adecuarse en forma voluntaria.

Hacemos hincapié en que la normativa que establezca el procedimiento de adecuación no sea delegada al ámbito provincial o municipal, por tratarse de derecho de fondo, atribución exclusiva del Congreso de la Nación, sin perjuicio de las facultades conferidas a las jurisdicciones locales especialmente establecidas en el primer párrafo del artículo 2075 C.C.C. y concordantes.

2) También en la comisión se trató de establecer respecto de los elementos característicos enunciados en el artículo 2074 C.C.C. cuáles podrían considerarse esenciales y cuáles contingentes, hallándose dentro de esta última categoría casos como el cerramiento, el régimen disciplinario, cantidad de inmuebles iniciales o resultantes, estado constructivo de las unidades funcionales y el

grado de avance de obra de la urbanización. Estas características contingentes no pueden erigirse en condicionamientos policiales por las jurisdicciones locales para la registración de planos catastrales de un conjunto inmobiliario como presupuesto para su configuración como derecho real de propiedad horizontal especial.

3) También se analizó la posibilidad para las partes contratantes de acogerse a la relación de consumo a los efectos de justificar la no adecuación, interpretando a esta última como un menoscabo de derechos protectorios de raigambre constitucional.

4) Los títulos de conjuntos inmobiliarios preexistentes que no se hayan adecuado no son observables por esas circunstancias debiendo considerarse títulos suficientes y aptos para la circulación.

SUBTEMA 2: HIPOTECA ABIERTA

1) Es favorable el tratamiento que hace el C.C.C. de los derechos reales de garantía, estableciendo un sistema general más ordenado y sistemático, y luego tratando específicamente a la hipoteca, anticresis y prenda.

2) Se introduce el derecho real de garantía abierto, indeterminado o de máxima (art. 2189 CCC) por ejemplo para los contratos bancarios y la cuenta corriente (Arts. 1407 y 1439 C.C.C.)

3) Sería conveniente establecer en los contratos constitutivos de estos derechos reales que los artículos 2187 y 2193 C.C.C. se aplican a los derechos de garantía determinados y el artículo 2189 C.C.C. a los indeterminados o de máxima. El hecho de no establecer en el título el sistema específico, supone el riesgo de que fuera del monto garantizado, el crédito sea considerado quirografario. La interpretación que propiciamos armoniza con el régimen jurídico establecido para la fianza (arts. 1578 C.C.C. fianza general y art. 1580 C.C.C. fianza determinada) y con el carácter declarativo de la inscripción registral inmobiliaria.

4) El plazo previsto en el artículo 2189 C.C.C. debe considerarse de acceso a los créditos y no del derecho real de garantía, cuyos términos máximos surgen de la regulación específica de cada uno de los derechos reales de garantía tipificados.

5) La protección de los terceros en cuanto a la configuración de su buena fe en los términos del actual C.C.C. no puede limitarse a la publicidad registral exigiendo la debida diligencia en todos los casos (arts. 1893, 1902, 1725 y 756 C.C.C.)

6) Proponemos una modificación del art. 2189 C.C.C. reflejando la doctrina del proyecto de 1998 diferenciando los créditos determinados y los indeterminados y reservando a estos últimos las limitaciones en cuanto al monto del gravamen y la extensión de la garantía tal como surge del Proyecto de fecha 18 de Mayo de 2016 con media sanción en el Senado de la Nación denominado Sistema de Ahorro para el fomento de la inversión en viviendas casa de ahorro (UVI).

SUBTEMA 3: DERECHO DE SUPERFICIE

- 1) La concepción del dominio absoluto, perpetuo y pleno, se redirecciona hacia una figura que utilizada con pragmatismo y fluidez contribuye a motorizar procesos de expansión y paliar situaciones de déficit habitacional y social. Su plasticidad permite articularlo con múltiples derechos reales y personales.
- 2) El superficiario tiene amplias facultades de administración y disposición, solo limitadas por el plazo y las condiciones particulares del contrato.
- 3) La indemnización al superficiario (Art. 2126 C.C.C.) es renunciable, no constituyendo dicha renuncia un acto a título gratuito por estar previsto el pacto en contrario. Puede compensarse con la transmisión de parte del terreno o unidades funcionales luego de cumplirse con la readquisición de dominio del dueño perfecto.
- 4) Es posible la afectación a propiedad horizontal por el superficiario sin existir terreno común. Presenta diferencias notables y ventajas frente el derecho de sobreelevar al que no se opone dado que responden a necesidades diferentes.
- 5) La constitución del derecho real de superficie sobre parte determinada del inmueble requiere plano a los efectos de la determinación del inmueble, sin que sea necesaria registración administrativa alguna, tal como lo dispone la DTR 15/2016 de CABA.
- 6) En sentido semejante a lo resuelto en la XVIII jornada Notarial Cordobesa (2015), considerando las facultades del superficiario contempladas en los artículos 2114 y 2120 C.C.C., los efectos extintivos del art. 2125 C.C.C. (extinción de la superficie) y retroactivos del art. 1969 C.C.C. (dominio revocable) se sugiere que el sometimiento a propiedad horizontal que formalice el mismo, se haga: 1) conjuntamente con el propietario del suelo y 2) que en el acto constitutivo del derecho real de superficie se convenga la no retroactividad del mismo, a fin de lograr la subsistencia de la afectación al expirar el plazo en los términos de los arts. 1967 y 1969 C.C.C.

SUBTEMA 4: PROPIEDAD HORIZONTAL

- 1) El derecho real de propiedad horizontal y el consorcio de propietarios nace con el otorgamiento de la respectiva escritura pública de reglamento de propiedad horizontal.
- 2) La lectura armónica del artículo 2039 C.C.C. en su última parte en combinación con el artículo 2056 inc. q) C.C.C. permite considerar que las unidades complementarias no pueden transmitirse ni gravarse en forma independiente a las funcionales a las que acceden permitiéndose únicamente la cesión de uso personal a terceros.-
- 3) Pese a la omisión legislativa destacamos la importancia del plano de propiedad horizontal como presupuesto necesario para el otorgamiento del reglamento y afectación del sistema.
- 4) Con relación al concepto de la unidad funcional que surge del artículo 2039 C.C.C. al hablar de espacios de aprovechamiento por su naturaleza o destino, consideramos que la unidad funcional no

necesita estar construida o edificada. Coincidiendo con lo resuelto en el XVIII Congreso Nacional de Derecho Registral (2015) y la 39 Jornada Notarial Bonaerense (2015) manifestamos que la parte privativa puede hallarse sin construcción alguna y delimitada en el plano de propiedad horizontal con los requisitos de la salida a la vía pública por vía directa o indirecta y su aprovechamiento independiente según su naturaleza o destino.

5) El patrimonio del consorcio no debe confundirse con los bienes y partes comunes del inmueble objeto del derecho real de propiedad horizontal (definidos en los artículos 2040, 2041, 2042 y concordantes C.C.C.) y está conformado por los créditos, acreencias y deudas que tuviera el consorcio. El mismo no es objeto de calificación registral.

6) El consorcio responde por sus obligaciones con la totalidad de su patrimonio y únicamente en caso de resultar insolvente para afrontarlas. No siendo posible su concurso, responderán en forma subsidiaria, mancomunada y de acuerdo a sus respectivos porcentuales (art. 143 C.C.C.) los integrantes del mismo.

7) El otorgamiento del reglamento de propiedad horizontal no deberá ser considerado como un acto de disposición por lo que no debería requerirse ni certificado de inhibición del otorgante ni asentimiento conyugal. La frase que en el art. 2038 C.C.C., establece que el reglamento integra el título de propiedad de la unidad funcional deberá interpretarse como integrante de la causa del derecho pero no como instrumento.

SUBTEMA 5: CEMENTERIOS PRIVADOS.

En relación a cementerios privados se presentó un solo trabajo con una postura novedosa que planteaba serias dudas sobre la naturaleza jurídica real de este derecho. En el marco de las opiniones vertidas se planteó la siguiente inquietud: Cuál es el derecho regulado en el art. 1887 inc. f). C.C.C. que lo consagra como derecho real, sobre cosa propia (art. 1888 C.C.C.), principal (art. 1889 C.C.C.), registrable (art. 1890 C.C.C.) y que se ejerce por la posesión (art. 1891 C.C.C.) Para algunos existiría un solo derecho real que sería el derecho real de cementerio privado del dueño del predio que lo afecta a la inhumación de restos humanos concediendo a los terceros usuarios derechos personales sobre esos nichos o parcelas. Para otros existirían dos derechos reales que serían el designado en el punto anterior para el titular de dominio del predio afectado (cementerio privado) y tantos derechos reales sobre cosa ajena como parcelas o nichos existan en el predio (derecho real de sepultura). Y para otros existiría un solo derecho real, el de sepultura que ejercería cada titular sobre cosa propia (parcelas o nichos existentes en el predio).