

## ***Barrios cerrados, clubes de campo y conjuntos inmobiliarios: ¿un nuevo derecho real?\****

Por Marcelo de Hoz

### **1. Introducción**

Cuando comenzamos a plantearnos la necesidad de crear un nuevo derecho real que regule, no sólo los clubes de campo y barrios cerrados, sino estas nuevas urbanizaciones en general, tratamos de ser muy cuidadosos y respetuosos de nuestra normativa civil sobre los derechos reales, buscando interpretar correctamente la voluntad e intención de nuestro legislador, acerca de la conveniencia del número cerrado y el orden público que infunde toda la normativa legislativa sobre nuestros derechos reales.

Aún más, nos detuvimos a analizar la opción de nuestro legislador, seguida por gran parte de nuestra doctrina nacional, de contar con un número reducido de derechos reales, capaces de regular todas y cada una de las relaciones jurídicas que vinculan a un sujeto con una cosa en forma directa e inmediata.

Estamos absolutamente convencidos de las ventajas impuestas por nuestro codificador al regular el capítulo de los derechos reales bajo tales parámetros.

Sin embargo, creemos, luego de un arduo y mentado análisis, que en estas nuevas urbanizaciones nos hallamos frente a una situación fáctica similar a la producida en nuestro país con el nacimiento de la propiedad horizontal. Es decir, ante la necesidad de sanción de una ley que consagre un nuevo derecho real.

### **2. Los derechos reales frente al *numerus clausus* y el “orden público”**

La pregunta al respecto sería: ¿porqué la creación de un nuevo derecho real y no la utilización de uno ya existente, como la propiedad horizontal, o la combinación de derechos reales y personales, como el dominio, las servidumbres y la figura asociativa?

Dedicaremos algunas consideraciones acerca de las ventajas y desventajas en la utilización de las distintas figuras para la regulación de estas nuevas urbanizaciones, haciendo hincapié en las más utilizadas en la actualidad.

En primer lugar, convengamos que la vía legislativa es la única válida para la creación de un nuevo derecho real, cumpliendo con el principio del *numerus clausus* impuesto por el Código Civil, hallándose vedado a los particulares la posibilidad de crear estos derechos por acuerdo de voluntades.

En segundo lugar, la existencia del “orden público” en gran parte de las normativas regulatorias de nuestros derechos reales, tienen el mismo efecto, es decir, priva a los particulares de reglar por acuerdo de sus voluntades ciertos aspectos, que

---

\* Artículo publicado en *Doctrina Judicial*, 16/6/99, p. 438.

hacen a la estructura, contenido, ejercicio, alcance, extinción u otros aspectos de los derechos reales ya consagrados por nuestro Código Civil o por otras leyes nacionales.

Quizás, con un simple ejemplo, esta idea logre entenderse mejor. Si existen tres condóminos de una casa, ellos pueden pactar el uso alternativo de la misma por cada uno de ellos divididos en tres períodos anuales, correspondiéndole el uso exclusivo durante 4 meses al año a cada uno; sin embargo nunca podrán pactar una indivisión forzosa perpetua de la cosa objeto de su derecho real de condominio. Como verán, el tiempo de utilización exclusivo que los condóminos puedan pactar de la cosa común no hace al “orden público” dentro de las normas que regulan este derecho real en nuestro Código, sin embargo la tendencia a la división y partición del condominio consagrada por nuestro codificador en la imprescriptibilidad de la acción de partición, entre otras tantas normas, nos indica que hace al “orden público” la división del derecho real de condominio, no pudiendo los titulares otorgarle perpetuidad voluntaria.

Este ejemplo a su vez nos sirve para dejar aclarado que el orden público con el que se nutren algunas normativas de los derechos reales, aspecto que, entre otros, los diferencia de los derechos personales, bajo ninguna circunstancia, elimina, impide o restringe la posibilidad de que las partes que contratan respecto de ellos puedan acordar voluntariamente los más convenientes a sus intereses, siempre y cuando no vulneren aquello que hace al interés público.

Este aspecto de los derechos reales es el que más nos ha determinado a intentar por vía legislativa la creación de un nuevo derecho real para regular las urbanizaciones relacionadas, entendiendo que la forzosa aplicación de alguno de los derechos reales existentes, sabiamente previstos para captar otras realidades, traería como consecuencia la vulneración del “orden público” imperante en la normativa de los derechos reales a ser aplicados, y la desnaturalización de la esencia y finalidad de estas nuevas realidades urbanísticas que esperan de un marco regulatorio más adecuado.

Este vacío legal, con relación al marco normativo adecuado para estas nuevas urbanizaciones ha pretendido llenarse en dos niveles distintos:

a) Dentro de lo que podríamos llamar un nivel general, con el avance de la normativa urbanística, a través de leyes provinciales, decretos municipales o resoluciones de los registros de la propiedad inmueble, direcciones y secretarías de tierras, catastros provinciales o de organismos similares, que por más buena voluntad empleada en tratar de legislar sobre un hecho inevitable, como es el avance de estas nuevas urbanizaciones en todas y cada una de nuestras provincias, constitucionalmente son inadecuadas para reglar aspectos del derecho de fondo, reservado a la Nación a través de la labor del Congreso nacional.

b) Dentro de lo que podríamos llamar un nivel particular, teniendo en mira cada una de las urbanizaciones existentes, a través de la inserción de poderes especiales irrevocables, renunciaciones de derechos, restricciones y límites, cláusulas de adhesión impuestas en reglamentos que rigen la funcionalidad de los complejos, reservas de derechos y demás soluciones de dudosa validez.

Podemos afirmar que estos intentos bien intencionados de cubrir aspectos normativos son señales claras de la necesidad del dictado de una legislación de fondo que los contemple.

### **3. Situación jurídica actual de los clubes de campo y barrios cerrados**

Con relación al presente tema es nuestra intención realizar tres aclaraciones previas:

a) No analizaremos todas y cada una de las alternativas utilizadas para darle un marco jurídico adecuado a estas urbanizaciones, sino aquellas a las que se ha recurrido con mayor asiduidad en la actualidad. Ellas son: derecho real de dominio más derecho real de condominio; derecho real de dominio más derecho real de servidumbre más asociación civil o sociedad anónima y derecho real de propiedad horizontal.

b) El enfoque crítico que daremos a estos marcos jurídicos, lejos está de infundir alarma y pánico a los desarrollistas y adquirentes. Con estas figuras se ha venido desarrollando la explosión de *countries* y barrios cerrados durante largos años. Sin embargo es nuestra tarea señalar aspectos de incompatibilidad, supuestos de nulidad, abusos de derecho y otras críticas tendientes a mejorar la organización jurídica de estos emprendimientos, teniendo como máxima lograr la consagración legislativa de un nuevo derecho real como estructura jurídica idónea.

c) En el marco de los derechos reales, tal como lo anticipáramos, no es tan simple hablar de ventajas o desventajas de la aplicación de un derecho real determinado a estas nuevas urbanizaciones. El orden público imperante en los mismos, transforma una desventaja en una posible nulidad, al haber pretendido modificar por vía de acuerdo de voluntades algún aspecto propio del orden público de la normativa del derecho real escogido. Así, si nosotros pretendemos otorgar un derecho real de dominio al titular de un lote en un barrio cerrado, pero cercenamos una gran cantidad de facultades propias del derecho real de dominio legislado por nuestro Código Civil a través de renunciaciones o aceptación de cláusulas reglamentarias, seguramente habremos otorgado un derecho real de dominio imperfecto (revocable o desmembrado) a quien prometimos un dominio pleno o perfecto.

### **4. Derecho real de dominio más derecho real de condominio**

En este caso se trata de organizar la urbanización otorgando al titular un derecho real de dominio sobre un lote y un derecho real de condominio sobre las partes, lugares y cosas comunes del inmueble.

En cuanto al derecho real de dominio sobre el lote, nuestro Código Civil, si nada en contrario se pactase, le otorga las características de absoluto, perpetuo y exclusivo, consolidando así un derecho real de dominio pleno o perfecto sobre la cosa. Es decir que me otorgará la mayor cantidad de facultades que una persona pueda tener sobre una cosa (absolutes) asegurándome ser el único y excluyente dueño de la misma, no compartiendo mi derecho con nadie (exclusividad) y no perdiéndolo por

el mero transcurso del tiempo ni por el no uso de la cosa objeto de mi derecho (perpetuidad).

Sin embargo, hemos visto crear por vía de reglamentos de uso o reglamentos internos, al cual el titular adhiere sin más, varias y graves restricciones y límites a dicho dominio pleno o perfecto, que en principio sólo pueden tener origen legal, tal como lo expresa nuestro codificador. Así, mi derecho se ve restringido en cuanto al cúmulo y a la forma de ejercer las facultades que le son propias, tal como surgen de nuestra legislación. Dichas limitaciones, que no son caprichosas ni injustas, ya que responden al hondo sentido comunitario que impera en estas urbanizaciones, llegan muchas veces a transformar mi dominio perfecto en imperfecto, ya sea por su desmembración o por su revocabilidad.

Si analizamos diversos supuestos, veremos que no son pocos los casos de *countries* o barrios cerrados que prevén, ante una posible infracción a las normas de ese reglamento interno o de uso, la revocación del dominio otorgado. Es decir, que otorgan desde el inicio un dominio revocable al titular, sancionándolo por su “posible y futuro” incumplimiento de dicha normativa, trayendo como consecuencia las lógicas observaciones y reparos de los departamentos legales de los bancos, cuando dicho titular se acerca con su título de propiedad a solicitar un crédito para la construcción de su vivienda en dicha urbanización.

Con relación a la utilización del derecho real de condominio para regular las partes y lugares comunes de la urbanización, otorgando a cada titular una parte indivisa sobre el todo, merece reparos aún mayores.

En principio, el derecho real de condominio tiende naturalmente a la partición de acuerdo a la normativa establecida por nuestro codificador, pese a las excepciones legalmente consagradas. Ninguna de ellas –pactos temporales de indivisión, nocividad de la división, etc.– es aplicable a estos casos en donde deben asegurarse la indivisión forzosa perpetua de los lugares, espacios y cosas comunes, para lograr el correcto funcionamiento del complejo urbanístico. Todo pacto entre condóminos que asegura tal indivisión perpetua es nulo.

Por otra parte, cada condómino podría disponer libremente de su porción indivisa del todo, manteniendo su derecho real de dominio sobre el lote, desnaturalizando así la funcionalidad y esencia del complejo en donde la inescindibilidad entre lo privativo y lo común constituyen el núcleo central en el que se apoya toda urbanización.

A su vez, la falta de obligatoriedad de un administrador del condominio, el régimen de mayorías para la toma de decisiones sobre la cosa común, el derecho de veto de cada condómino y la facultad de abandono de la parte indivisa al no poder hacer frente a los gastos de mantenimiento y mejora de la cosa común, hacen prácticamente inaplicable esta figura para regular tales urbanizaciones.

## **5. Derecho real de dominio más derecho real de servidumbre más asociación civil o sociedad anónima**

La aplicación de este marco normativo ha sido alentado en la provincia de Buenos Aires con el dictado de los dectrs. 9404/86 y 27/98.

Con respecto a la utilización del derecho real de dominio le son aplicables las críticas realizadas en el análisis anterior. Sin embargo, y haciendo hincapié en el aspecto de “orden público” de los derechos reales legislados por nuestro codificador, nos permitimos remarcar tres observaciones con relación a la utilización del derecho real de servidumbre:

a) El derecho real de servidumbre es el derecho real sobre cosa ajena que menor cantidad de facultades otorga a su titular (fundo dominante) sobre el bien ajeno (fundo sirviente). En estos casos, pareciera que utilización amplia y genérica de las servidumbres para regular los complejos inmobiliarios en sus distintos aspectos (calles y vías de circulación, sectores deportivos y recreativos, normas edilicias, partes y lugares comunes, etc.) encubren la aplicación de un derecho real de usufructo perpetuo sobre los bienes, cosas y lugares comunes de un conjunto inmobiliario, absolutamente incompatible de acuerdo a nuestra normativa.

b) Es esencial a la utilización de esta figura la existencia de una obligación de hacer (mantenimiento de las calles y vías de circulación, limpieza y acondicionamiento de la pileta común, canchas de tenis, canchas de golf, etc.), contenido expresamente prohibido por nuestra legislación en materia de derechos reales.

c) Al ser el derecho real de servidumbre, el de menor contenido sobre un fundo ajeno, éste conserva la utilidad y provecho para su titular en todo aquello que no ha sido afectado por la existencia de la servidumbre, incluso en caso de duda, se está a favor de la liberación del fundo sirviente. En estos casos, la existencia del derecho real de servidumbre sobre el fundo sirviente, abarca la totalidad de su utilidad y provecho en favor del fundo dominante, situación incompatible con el mismo concepto y contenido del derecho real de servidumbre elaborado por nuestro codificador.

## **6. Derecho real de propiedad horizontal**

Con la intención de destacar las ventajas propuestas por esta legislación, consideramos importante detenernos en ella, teniendo en cuenta que cuantitativamente viene siendo la más aplicada hasta el presente.

La ley 13.512 nos resuelve el carácter de inescindibilidad que debe imperar entre el sector residencial y recreativo; nos otorga la posibilidad de cobrar por vía ejecutiva y privilegiada (antes y más rápido) los gastos por mantenimiento y funcionamiento de las partes, lugares y servicios comunes a través de las expensas; y contempla el aspecto de la creación de los órganos necesarios para lograr la participación y toma de decisiones de los titulares de los distintos lotes o unidades del complejo urbanístico a través de la asamblea de copropietarios, del administrador y del consejo de administración.

Sin embargo, ante la realidad de estas nuevas urbanizaciones o complejos inmobiliarios, nos hallamos frente a hipótesis concretas carentes de solución legislativa, e incluso a replantearnos las ventajas que este sistema nos ofrece y que acabamos de comentar. A simple título ejemplificativo podemos señalar las siguientes:

a) En la propiedad horizontal, si el terreno no es común, no puede existir tal derecho, adquiriendo los compradores unidades funcionales proyectadas sobre ese terreno común, por lo que las mejoras allí realizadas requerirán el consentimiento

unánime del resto de los copropietarios. Nuestra propuesta es la de otorgar al titular del lote un derecho real absoluto, exclusivo y perpetuo sobre un terreno propio, por el que pueda prescindir de sus vecinos a los efectos de realizar las mejoras proyectadas cumpliendo con las pautas edilicias, arquitectónicas y paisajísticas del complejo.

b) En la propiedad horizontal el régimen de sanciones ante inconductas graves y reiteradas de algún copropietario, nunca pueden llevar a su exclusión, y consecuentemente a la pérdida de su derecho real sobre el inmueble. En nuestra propuesta dichas inconductas pueden llevar a su exclusión como miembro del complejo y, consecuentemente a la pérdida de su condición de titular dominial, hallándose obligado a vender, una vez cumplidas y agotadas todas y cada una de las etapas administrativas impuestas por el propio complejo en su reglamento, dejando siempre a salvo los recursos judiciales pertinentes para el sancionado.

c) En la propiedad horizontal no existe previsión alguna acerca del derecho de admisión ni del ejercicio del derecho de preferencia, tan comunes en esta clase de urbanizaciones. Nuestra propuesta contempla ambos elementos, cuidando de fijar criterios que no impliquen discriminación alguna, y siendo optativos para cada complejo que quiera contemplarlos en su organización.

Dentro de las ventajas ofrecidas por el sistema, podemos realizar los siguientes replanteos:

En las nuevas urbanizaciones, la inescindibilidad no sólo se da al nivel del sector recreativo y residencial, sino también al nivel de propietario y miembro del complejo, circunstancia que justifica la posibilidad de aplicar la sanción de exclusión y pérdida del derecho comentada. Es decir que nos hallamos frente a una “doble inescindibilidad”: parte privativa-parte común y dueño (lote)-miembro (comunidad).

Con relación a las expensas, se trata de especificar su carácter de crédito privilegiado en los términos del art. 3901 del Cód. Civil, especificando concretamente cuál es el instrumento de crédito que lleva a su cobro ejecutivo y estableciendo la obligatoriedad de otras contribuciones que podrán aplicarse en aquellos casos en donde personas no titulares de los lotes utilicen los espacios, servicios y bienes comunes del complejo.

En cuanto a los órganos, la existencia y puesta en marcha del consejo de disciplina, es un apéndice fundamental para el correcto funcionamiento del complejo y el respeto mutuo de los derechos de todos y cada uno de los miembros propietarios que integran la comunidad urbanística.

## **7. Propuesta del anteproyecto del Código Civil (comisión decreto ley 685/95)**

Con respecto a la propuesta del anteproyecto, nos permitimos transcribir el art. 2020 que regula los “complejos inmobiliarios”, estableciendo: “Conjuntos inmobiliarios. Los clubes de campo, parques industriales, barrios o cementerios privados, centros de compra, y entidades similares, pueden sujetarse al régimen de los derechos personales o de la propiedad horizontal. En los conjuntos inmobiliarios sometidos al régimen de propiedad horizontal o que se sujeten a él, sólo son necesariamente comunes las partes del terreno destinadas a vías de acceso y comunicación e

instalaciones de uso común. El reglamento de propiedad y administración puede establecer limitaciones edilicias o de otra índole, instituir una administración con el carácter de mandato irrevocable, y facultar al consorcio para adquirir nuevos inmuebles para integrarlos al conjunto inmobiliario como unidades funcionales, o cosas y partes comunes. En este caso quedan modificados de pleno derecho los títulos de todas las unidades, de lo que se debe tomar razón en los respectivos asientos registrales”.

Con relación a esta propuesta de marco jurídico abierto (derecho personal o propiedad horizontal) para la regulación de los complejos inmobiliarios en general, creemos, que si bien es importante darle un rol de protagonismo a la autonomía de la voluntad, estamos convencidos que la misma debería ser ejercida dentro del marco de inmediatez entre la relación sujeto-objeto (cosa), estructura propia de los derechos reales. La realidad nos demuestra, tal como pretendimos explicar en este artículo, que la comercialización de lotes o unidades funcionales en los complejos urbanísticos de nuestro país, se ha realizado siempre dentro del marco de los derechos reales, sin que ello implique de modo alguno, la anulación o escasa participación de la voluntad de las partes en aquellos aspectos contractuales que no interfieran en las normativas de orden público que informan a los distintos derechos reales. Será motivo de un análisis el fundamentar nuestra elección de escoger el sistema de los derechos reales con relación a los personales, a fin de darle un marco jurídico adecuado a la comercialización de estos conjuntos inmobiliarios en general.

Por otra parte, creemos, que no basta con quitarle al terreno el carácter de bien común, a los efectos de tener vía libre para la aplicación del régimen de la propiedad horizontal, tal como surge de las críticas vertidas en el presente artículo.

Además consideramos que la institución por reglamento de un administrador con mandato irrevocable o la facultad consorcial de adquirir inmuebles linderos, constituyen una franca contradicción con el régimen deliberativo y decisorio asignado a la asamblea de propietarios, único organismo del sistema idóneo para resolver ambas cuestiones.

En virtud de todo lo expuesto es que presentamos un proyecto legislativo, actualmente en estado parlamentario, patrocinado por los senadores de la Nación doctores O'Donnell y de la Rosa, bajo la denominación “ley de propiedad residencial” que otorga un marco jurídico más adecuado a estas urbanizaciones a través de la creación de un nuevo derecho real, que esperamos sirva como herramienta de trabajo a ser perfeccionada en su tratamiento.

© Editorial Astrea, 2002. Todos los derechos reservados.