

Nuevas urbanizaciones y propiedad horizontal*

Derechos y responsabilidades

Por Juan C. Pratesi

Es singularmente complejo enfrentar la problemática de las nuevas urbanizaciones (*country clubs*, barrios privados, etc.) organizadas bajo el régimen de propiedad horizontal, siendo para ello imprescindible definir la naturaleza jurídica y la titularidad del derecho de cada propietario respecto del terreno sobre el cual se desarrolla el emprendimiento, y sobre sus diversas partes.

Se debe entender inicialmente y en todo su alcance que “parcela” es el inmueble de extensión territorial continua, deslindada por un polígono de límites, perteneciente a un propietario o a varios en condominio, o poseída por una persona o por varias en común, cuya existencia y elementos esenciales constan en un documento cartográfico.

Corrientemente se acepta que el terreno es el único elemento necesariamente común en el inmueble afectado a propiedad horizontal, por lo que resulta difícil comprender cómo en los clubes de campo y barrios privados puede aplicarse el concepto de la propiedad horizontal cuando la parcela sobre la que se edifica debe ser necesariamente común, ya que el art. 2º de la ley 13.512 menciona el terreno en primer lugar, diferenciado de las restantes cosas comunes¹. El terreno que es común es todo el lote de tierra utilizado según título y según catastro, aunque no se asiente el edificio en todas las partes de él o aunque el sistema se haya aplicado a casas separadas que no se tocan².

El Código Civil reguló rígidamente el dominio inmobiliario, prohibiendo la división superficiaria y desalentando la continuidad de las copropiedades, en procura del crecimiento poblacional descentralizado en un país extenso y despoblado.

La propiedad horizontal fue pensada y normada para circunstancias distintas: hace algo más de medio siglo la realidad social del momento, caracterizada por la concentración urbana en edificios céntricos de gran porte, condujo a la aceptación legislativa de la propiedad horizontal, sustancialmente copropiedad sobre el terreno y propiedad exclusiva sobre unidades construidas, muy poco modificables.

El fenómeno social de la expansión urbana actual es diferente. Se procura el dominio exclusivo de una fracción de terreno en que se asienta la vivienda, con amplia libertad para actuar sobre él, interactuando e interrelacionándose los espacios y servicios compartidos bajo distintas modalidades según las urbanizaciones.

La idea al organizar el club de campo (o barrio u otro emprendimiento urbanístico similar) es que cada miembro se sienta propietario de su casa y de su lote y que tenga sectores de terreno y servicios que sean comunes para todos los titulares, y

* Artículo publicado en *LLActualidad*, 4/12/00, p. 1.

¹ Racciatti, Hernán, *Manual de la propiedad horizontal*, Bs. As., Depalma, 1998, p. 22.

² Acquarone, María, *Las nuevas urbanizaciones y aspectos del tiempo compartido*, Bs. As., Ábaco, 1998, p. 54.

apunta a que esta propiedad de un lote o parcela aislada y la participación sobre el terreno destinado a servicios comunes y todas las cosas comunes para los propietarios estén indisolublemente unidas, de manera que no pueda acceder a estas cosas quien no integra la comunidad y a la vez éstas no puedan quedar independizadas de los lotes en cualquier momento. La organización de todos estos factores constituye un fenómeno nuevo que está pidiendo nuevas soluciones, pero mientras no exista un encuadre legal propio se adapta a los vigentes³.

En la provincia de Buenos Aires se perfeñó una solución basada en el decr. 2489/63 que, relativo a los requisitos para la inscripción de títulos de constitución, transferencia, modificación o extinción de derechos reales comprendidos en la ley de propiedad horizontal, incluyó como tales a los edificios “a construir o en construcción, cualquiera sea el estado de la obra”, y de hecho ha permitido que se comercialicen porciones (o subdivisiones) de terreno baldío como futuras unidades funcionales a construir bajo el régimen de la ley 13.512.

Es decir que cuando se cree que se compra un lote, se compra una unidad a construir sobre un terreno que no es propio sino común.

Los planos de mensura sobre la base de los cuales se efectúa la división horizontal de los proyectos o emprendimientos urbanísticos, al igual que los que usualmente sirven para la promoción de ventas, muestran gráficamente en la gran mayoría de los casos no la fracción delimitada por el perímetro del emprendimiento como una única parcela sujeta a condominio, sino más bien como un fraccionamiento interior en el que las diversas unidades funcionales aparecen como parcelas en el sentido antes expuesto, delimitadas y denominadas como “polígonos”.

Los enunciados corrientes de los reglamentos de copropiedad omiten en general mencionar que el terreno es común, y describen las unidades funcionales indicando que están constituidas por una superficie ínfima cubierta o a construir (luego variable), apareciendo el resto, que en los planos se denota como una parcela en sí misma, como superficie descubierta de propiedad exclusiva, caracterización que no puede dejar de generar la sensación de que el derecho que se adquiere sobre esa porción de terreno reviste todos los caracteres, prerrogativas y señorío del dominio pleno, que se extiende perpendicularmente al subsuelo y al espacio aéreo, comprende todo lo que en él se encuentra, las construcciones, plantaciones y obras existentes en la superficie o en el interior y la de los accesorios que se encuentran en ella, natural o artificialmente unidos (arts. 2518, 2519 y 2520, Cód. Civil). Así, por ejemplo, un árbol o un edificio pertenecen al dueño del terreno al que están adheridos, el primero en forma natural y el segundo de una manera artificial⁴.

Los reglamentos de copropiedad y administración incluyen además, normalmente, pormenorizadas restricciones dominiales relativas a las características de lo construible, verdaderos códigos de edificación, a la vez que admiten que con sujeción a esas restricciones cada propietario de unidad funcional pueda construir con la extensión y características que mejor le acomoden. En la casi totalidad de los casos se prevén restricciones que limitan la altura y la extensión de las construcciones, obligando a mantener descubierta gran parte del predio, prerrogativas y restricciones

³ Highton, Elena I., y otros, *Nuevas formas de dominio*, Bs. As., Ad-Hoc, 1993, p. 52.

⁴ Arean, Beatriz, *Curso de derechos reales*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1994, p. 207.

todas estas más propias del dominio que del condominio sobre el terreno o la propiedad horizontal, en cuanto naturalmente rige en edificios construidos.

Coincidentemente con ello, el balance de superficies expresado en las mensuras y transcrito en los reglamentos de copropiedad computa como común el remanente de la superficie total de la parcela originaria, deducida la suma de las superficies consignadas como de propiedad exclusiva de las unidades funcionales, repitiéndose en forma escrita el modo de presentarse gráficamente los planos, como un parcelamiento catastral diferente a la división horizontal.

En los hechos es dable suponer que al adquirente de tales unidades en un barrio cerrado se le haya permitido acceder materialmente al polígono planimétricamente delimitado del terreno común que servirá de asiento físico a su unidad de vivienda, a fin de que la construya, si decidiera hacerlo por su cuenta, o la encargue por sí a terceros.

La actividad constructiva que el adquirente lleve a cabo en ese terreno común no será consecuencia de ejercer acto posesorio alguno –por la misma inescindibilidad marcada entre lo privativo y lo común–, sino solamente el efecto de una permisión que se le otorgue a ese efecto⁵.

La formación, así, de un barrio privado, de un *country* o emprendimiento análogo bajo el régimen de propiedad horizontal termina por constituir, para la mayoría de los propietarios o adquirentes, una entelequia de difícil comprensión, en que los terrenos que les muestran o ven en los planos aparecen como parcelas sujetas al ejercicio individual del derecho de dominio, y no como partes de una parcela mucho mayor sin divisiones internas, sujeta a condominio de los actuales o futuros propietarios de las unidades funcionales. Esa entelequia se robustece en la redacción de los reglamentos, que indican como de propiedad exclusiva, aun cuando se denominen “patios”, todos los espacios descubiertos comprendidos dentro de los límites de la unidad funcional, declarando la comunidad exclusivamente sobre partes, cosas o instalaciones serviciales que obviamente no están sujetas a aprovechamiento exclusivo de ninguno de los propietarios, asignándose superficies de propiedad exclusiva y de propiedad común que, sumadas, constituyen la totalidad de la extensión de la parcela afectada al barrio.

En los *countries* el adquirente pretende ser propietario del lote que ocupa y sobre el que se asienta su casa, circunstancia que no se da en la propiedad horizontal⁶.

¿Cómo se entiende o explica que los límites mostrados o que surgen de los gráficos y planos, frecuentemente delimitados y demarcados *in situ* como parcelas, no son tales y que sólo pertenece al propietario de cada unidad funcional un derecho porcentual proindiviso sobre la totalidad del predio y que cada uno de los demás propietarios es idéntico titular proindiviso de derechos respecto de los espacios que se muestran e indican en los reglamentos como de propiedad exclusiva de sus titulares?

⁵ Causse, Jorge R., *Urbanizaciones privadas: barrios cerrados*, Bs. As., Ad-Hoc, 1998, p. 152.

⁶ Lambois, Susana E., *Los clubes de campo y su implementación jurídica*, ED, 134-318.

¿Cómo se explica y comprende que los derechos que se reconocen y las obligaciones que se imponen a cada propietario lo son en realidad con relación a una proporción ideal sobre la totalidad del inmueble y no sobre el sector físicamente determinado que supone adquirido y propio?

¿Cómo se explica y entiende, en suma, que quien construye su casa no lo hace en realidad sobre terreno de su propiedad sino sobre un espacio común y al amparo de la no oposición de sus condóminos o vecinos?

Íntimamente el propietario en urbanizaciones de este tipo sujetas a propiedad horizontal (en otras sujetas a distintos regímenes la condición jurídica es diversa, aun cuando la presentación gráfica y las regulaciones puedan ser similares y aun idénticas), se cree y se siente titular de dominio en toda la extensión que según planos y reglamentos constituye todo el sector cubierto, a construir o a mantener descubierto de ese polígono definido como “unidad funcional” que ha adquirido.

Las parcelas están indicadas con sus límites, medidas, superficies y demás características, que constituyen las unidades proyectadas. Los adquirentes piensan que ese rectángulo o polígono que conforma esa parcela es “su unidad” y la cercan y plantan, pensando que es de su propiedad, y sobre todo edifican con costos realmente elevados, aunque en realidad adquieren un derecho a que los demás propietarios lo reconozcan en el futuro, una vez que el edificio esté construido y obtenga el alta con la consecuente modificación del reglamento, o sea, el derecho real de dominio sobre lo edificado⁷.

Las leyes han de interpretarse y cumplirse no apegadamente a la exégesis de sus términos, sino teniendo en cuenta su espíritu, las circunstancias históricas al tiempo de su sanción y al tiempo de su aplicación, así como los modelos axiológicos y teleológicos que las inspiran en orden a los fines de bien general a que están dirigidas.

Así, dadas las circunstancias actuales en que se hace aplicación de la ley 13.512 a urbanizaciones obviamente no tenidas en cuenta en su texto, cabe recordar que el de propiedad horizontal es un derecho real autónomo⁸ que ha sido definido como “el derecho real de propiedad de dos o más personas sobre un inmueble edificado, por el cual cada uno tiene un derecho exclusivo sobre determinados sectores y un derecho común sobre las restantes partes, establecido al solo efecto de hacer posible el primero”⁹, lo que permite a la vez sostener que en ese condominio tan especial se dan ciertos efectos distintos del condominio común, particularmente en cuanto concierne a aquello que no es necesariamente de uso o aprovechamiento común, o que no está ordenado “al solo efecto de hacer posible el dominio individual”, como las superficies descubiertas de las unidades funcionales de propiedad exclusiva, aunque sean parte del terreno.

⁷ Acquarone, *Las nuevas urbanizaciones y aspectos del tiempo compartido*, p. 58 y 59.

⁸ Papaño, Ricardo J. - Kiper, Claudio M. - Dillon, Gregorio. A. - Causse, Jorge R., *Derechos reales*, Bs. As., Depalma, 1990, t. II, p. 16; Molinaro, Alberto D., *Inexistencia de personalidad del consorcio creado por la ley nacional 13.512*, ED, 120-409; Racciatti, Hernán, *Propiedad por pisos o por departamentos*, Bs. As., Depalma, 1982, p. 41.

⁹ Allende, Guillermo L., *El acto jurídico real*, LL, 110-1068, citado por Mariani de Vidal, Marina, *Curso de derechos reales*, Bs. As., Zavalía, 1993, t. II, p. 103.

Bajo esta óptica cabe entender el art. 2680 del Cód. Civil que, más allá de su interpretación corrientemente vinculada al *ius prohibendi*, consagra como regla que mediando el consentimiento de todos, cualquiera de los condóminos puede ejercer sobre la cosa común o sobre partes de ella físicamente determinadas actos materiales o jurídicos que importen el ejercicio actual e inmediato del derecho de propiedad.

No es dudoso que por adquirir bajo el régimen de propiedad horizontal se adhiere al reglamento, que constituye un verdadero contrato de condominio que vincula a los actuales y futuros propietarios¹⁰.

Resultando de él el consentimiento de todos los propietarios para que cada uno actúe sobre toda y cada parte de su unidad funcional con un margen de goce y aprovechamiento compatible con el derecho de propiedad, ha de entenderse, entonces, que a ese grado se extienden los derechos y deberes de cada propietario sobre las “partes físicamente determinadas” (art. 2680, Cód. Civil) que el reglamento y sus títulos le atribuyen como de propiedad exclusiva, y en la extensión que de ellos resulta, aun sobre la porción de terreno que constituya la parte descubierta de su unidad funcional, ya que no obstante la comunidad final a la que está destinado (en caso de destrucción o vetustez total de las edificaciones, o de desafectación del inmueble del régimen horizontal por decisión unánime de los copropietarios), no reviste en los hechos calidad de común “al solo efecto de hacer posible el primero” (el derecho exclusivo de todos y de cada uno sobre otros sectores).

Ello así, es válido regular las relaciones de los propietarios de unidades funcionales entre ellos, y consiguientemente con relación al consorcio, como enmarcando derechos y deberes de propietario pleno y no de condóminos respecto de los espacios descubiertos de sus unidades funcionales.

Las leyes están por delante y por detrás de la realidad. Por delante, en un plano lógico, en tanto que dada una realidad social, la ley debe ordenarla y organizarla en función de los fines de bien social a que está dirigida; por detrás, en un plano cronológico, dado que normalmente la ley responde a la realidad social configurada por los hechos mismos, que la preceden.

Cabe predicar para los emprendimientos urbanísticos actuales, que constituyen hechos sociales obvios, difundidos y son una práctica y una realidad social extendida que exige una legislación específica, que en tanto ésta no llegue, las situaciones emergentes han de resolverse por vía de interpretación de instituciones afines existentes¹¹.

En función de ello, puede válidamente afirmarse que en tanto subsista la impropia e inadecuada utilización del régimen de propiedad horizontal para regular barrios privados, cada propietario de unidad funcional, por serlo, adhiere a un régimen estatutario conocido y publicitado, emergente del reglamento de copropiedad otorgado en función de la ley 13.512, y que esa adhesión conlleva la aceptación, el consentimiento necesario para que todos y cada uno de los propietarios actúen respecto

¹⁰ Molinario, *Inexistencia de personalidad del consorcio creado por la ley nacional 13.512*, p. 417.

¹¹ Puede verse con provecho el proyecto de ley de propiedad residencial a estudio en el Senado de la Nación, Comisión de Legislación General (nº S-1607/98, diario de asuntos entrados, año XIV nº 83, p. 2031, <http://www.senado.gov.ar>).

de partes determinadas, material y jurídicamente como propietarios exclusivos, esto es, como titulares de dominio respecto de tales partes determinadas.

De otra forma, una interpretación excesivamente apegada a la literalidad de las normas conduciría a entender que, en principio, cuanto constituye o está en terreno definido en los planos como unidad funcional es en realidad de propiedad común, y de la misma manera la responsabilidad por todas las consecuencias emergentes de su utilización o aprovechamiento o por los eventuales riesgos y contingencias resultantes de ellos sería coparticipada *in solidum* por toda la comunidad, en una suerte de propiedad comunitaria ajena a nuestros hábitos y a nuestro derecho.

No termina de entenderse, para terminar, cómo sobre ciertas partes definidas como edificables (aunque no lo estén) o edificables en el futuro, o modificables y aun suprimibles, el propietario de la unidad funcional ejercería derechos exclusivos y asumiría responsabilidades excluyentes, y no sobre el resto de lo que la constituye, a lo que cabe añadir, observándose lo absurdo de las consecuencias, que toda ampliación o modificación de construcción convertiría en exclusivo el dominio sobre lo que inmediatamente antes no lo era, o a la inversa, retornaría a la situación de condominio lo que inmediatamente antes fuera exclusivo, con lo que sucesiva y secuencialmente los distintos espacios y cosas ubicados o ubicables sobre la superficie asignada por mensura a la unidad funcional cambiarían de carácter y de régimen legal (dominial o condominial) contundentemente, sin oponibilidad de esos cambios respecto de terceros y de los demás copropietarios en tanto no hubieren sido modificados los planos y el reglamento para incorporar e inscribir registralmente toda y cada una de las construcciones o modificaciones, y para retirar aquellas que fueren demolidas o modificadas.

Ello constituiría un estado caótico, que no alcanza esa característica en la actualidad porque, imponiéndose los hechos sociales a las inadecuadas normas jurídicas que se aplican, la sensata y voluntaria aceptación de soluciones racionales y lógicas permite en la generalidad de los casos obviar cuestionamientos y litigios de difícil solución, lo que es a la vez receptado por la incipiente jurisprudencia de los tribunales llamados a resolver sobre cuestiones de esta clase, que en general aplican un derecho inadecuado ajustándolo por vía de interpretación a la luz de la realidad social que las modalidades urbanísticas impuestas por el tráfico inmobiliario exigen.

Desde otra óptica, y ciñendo el tema no ya a la amplitud de los derechos y deberes de los propietarios, sino al marco de las responsabilidades respecto de los hechos o acontecimientos que se producen por las cosas, con las cosas o por el riesgo o vicio de las cosas establecidas o instaladas en los espacios descubiertos de las unidades funcionales caracterizados como de propiedad exclusiva de los respectivos propietarios, las reglas de la responsabilidad civil por daños conducen a sostener, con el art. 1113 del Cód. Civil, que la obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado.

En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total

o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder.

Si la cosa hubiese sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, no será responsable.

Es válido sostener que, más allá de toda disquisición sobre la propiedad o el ejercicio del derecho exclusivo de propiedad sobre el terreno que constituye la parte descubierta de cada unidad funcional, todo lo en ella plantado, clavado, adherido o de alguna manera integrante de ese espacio, y que no constituya edificación afectada directamente a la ley 13.512 y disposiciones del reglamento de copropiedad, son cosas de las que al menos el propietario de la unidad funcional se sirve, es guardián o tiene a su cuidado.

Como tal, en consecuencia, es responsable de los daños que ellas ocasionen, recordando muy someramente que en el actual estado de nuestra legislación sobre el derecho de daños cabe diferenciar entre los daños producidos con las cosas, por las cosas o por el riesgo o vicio de las cosas, sin dejar de recordar que esa responsabilidad objetiva no excluye la primaria y fundamental, la subjetiva del art. 1109 del Cód. Civil, de donde habrá además que tener en cuenta la eventual omisión de las diligencias o precauciones exigibles a quien por su mera condición de usuario o tenedor le compete asumirlas, y las eventuales causas de exoneración de imputabilidad (p.ej., caso fortuito o fuerza mayor)¹².

© Editorial Astrea, 2002. Todos los derechos reservados.

¹² Llambías, Jorge J., *Tratado de derecho civil*, Bs. As., Perrot, 1982, t. IV-A, n° 2565 y siguientes.