

LOS CONJUNTOS INMOBILIARIOS Y EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO: LO COMÚN COMO EXCLUSIÓN SOLAPADA DE LO PÚBLICO¹

THE REAL ESTATE DEVELOPMENTS AND THE NEW ARGENTINEAN CIVIL AND COMMERCIAL CODE: THE COMMON AS AN OVERLAPPING EXCLUSION OF THE PUBLIC

María Florencia Pasquale²

Mariela Puga³

Gustavo Pelegrin⁴

Resumen

Este trabajo tiene por objeto analizar críticamente el régimen que regula la figura jurídica de los “Conjuntos Inmobiliarios” a partir de la reforma del Código Civil y Comercial argentino del año 2014. Con la reforma del Código se han redefinido las fronteras institucionales entre los bienes de dominio público, los de dominio privado, y los llamados “bienes comunes”. Se advierte que esta redefinición se ha hecho, sin embargo, en el sentido de ampliar las formas legales en las que los conjuntos inmobiliarios podrían afectar derechos de terceros vinculados al ambiente y al desarrollo urbano. En este sentido, se sostiene que los potenciales conflictos entre los derechos de titulares de conjuntos inmobiliarios, y los derechos sociales y ambientales de terceros, podrían considerarse como una tensión provocada por la exclusión solapada de valores públicos en la redefinición de las fronteras entre los tipos de bienes, y a partir de una reivindicación del principio civil de lo común.

Palabras clave: conjuntos inmobiliarios – código civil y comercial argentino – bienes comunes.

¹ Una primera discusión de este trabajo se ha dado durante el año 2016 en el marco del grupo de investigación de Derecho y Control, problemáticas específicas, cuyo director ha sido el Dr. Hernán G. Bouvier, y co-director el Dr. Federico Arena, a quienes agradecemos. Asimismo, una versión anterior ha sido presentada durante el Seminario Conflictos urbanos y ambientales, derecho y espacio público, organizado por la UNGS en Los Polvorines y Buenos Aires. 27 y 28 de octubre de 2016, cuya mesa coordinó la Dra. Gabriela Merlinsky, cuyos comentarios también agradecemos.

² Abogada. Dra. en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Becaria Posdoctoral Conicet. E-mail: flopasquale@hotmail.com

³ Dra en Derecho Constitucional (UBA), Master of Law (Columbia School of Law) Investigadora Adjunta de CONICET. E-mail: puga.mariela@gmail.com

⁴ Lic. en relaciones internacionales. Becario doctoral Conicet. Doctorando en Cs. Políticas - Universidad Nacional de Rosario (FCPRRII-UNR). E-mail: gustavopelegrin@hotmail.com

Abstract

The purpose of this paper is to analyze the regime that regulates the legal status of the "Real Estate Complexes" based on the reform of the Argentine Civil and Commercial Code of 2014. The reform of the Code redefines institutional boundaries between public domain's goods, private's, and the so-called "common goods". This redefinition has been made, however, aiming at expanding the legal forms in which the real estate complexes could affect rights of third parties linked to the environment and urban development. The potential conflicts between the rights of real estate complex owners, and the social and environmental rights of third parties, should be considered as a tension caused by the overlapping exclusion of public values, based on a claim of civil principles of the common.

Keywords: real estate developments - argentine civil and commercial code - common goods.

INTRODUCCIÓN

La incorporación del régimen de barrios cerrados al Código Civil y Comercial argentino se presenta por la doctrina civil como la regulación de una realidad insoslayable⁵. Este supuesto carácter ineludible de la regulación se plasmó en la incorporación de un régimen legal unificado, referido como "conjuntos inmobiliarios", previsto en los arts. 2073 a 2086 del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCCN).

Entre diversos análisis que podrían citarse respecto a los barrios cerrados, podría decirse que la doctrina civil o bien toma a los barrios cerrados y emprendimientos urbanísticos como presupuesto empírico que vuelve ineludible la necesidad de una regulación específica (Molina Quiroga, 2015), o bien analiza directamente cuestiones técnicas específicas, desentendiéndose de cualquier explicación sobre la decisión político-jurídica de abordar el tratamiento legal de los barrios cerrados. En este último sentido, se tematizan, entre otras, cuestiones como el carácter ejecutivo de las expensas comunes (Mariani de Vidal y Abella,

⁵ En palabras de Molina Quiroga (2015): "La explosión demográfica, así como la escasez y alto valor de los inmuebles en las grandes ciudades y zonas aledañas, la búsqueda de seguridad, de más contacto con la naturaleza y aún aspiraciones de mayor nivel social, entre otras motivaciones, provocaron nuevas formas de aprovechamiento común de las cosas inmuebles, para satisfacer necesidades tanto habitacionales, como recreativas, comerciales e industriales. Estos conjuntos, actualmente, son una *realidad insoslayable* en todo el territorio nacional, pero carecen de una regulación a nivel federal y han preocupado a la doctrina en busca de su encuadre jurídico, dentro del esquema de los derechos patrimoniales (...)"

2017), o la adecuación normativa de los emprendimientos preexistentes (Alterini, 2016; Puerta de Chacón y Negroni, 2016; Mariani de Vidal y Abella, 2015).

En este trabajo, en cambio, se buscará problematizar el régimen vigente a partir de un cuestionamiento al presupuesto de la regulación adoptada poniendo en tensión el régimen de privilegios establecidos para estos emprendimientos urbanísticos en su regulación específica, vis a vis los derechos urbano-ambientales de terceros. Por ello el análisis inicia aquí, abordando el modo como se tematizan las cuestiones urbano-ambientales en el nuevo Código Civil, para después analizar el régimen de los conjuntos inmobiliarios.

LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL Y LA TEMATIZACIÓN DE LAS CUESTIONES URBANO-AMBIENTALES

La ley 26.994, sancionada en 2014, reforma y unifica el Código Civil y Comercial de la Nación configurando un nuevo abordaje sobre las cuestiones urbano-ambientales, regulándolas, a veces, de manera explícita, y otras, de manera implícita.

La reforma *explícita* refiere a aquellas normas del nuevo Código Civil vinculadas directamente con las cuestiones urbanas y/o ambientales. En este sentido se puede ver al artículo 14°, donde al distinguir a los derechos en derechos individuales y de incidencia colectiva, se establece que “(...) La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general”. La norma instituye así, dos reglas importantes. Por un lado, introduce el concepto de “afectación del ambiente”, y lo constituye como límite al ejercicio de derechos individuales (caracterizando a la afectación al ambiente como un “ejercicio abusivo del derecho”). Por otro lado, y en concordancia con el artículo 43° de la Constitución Nacional, categoriza a los derechos ambientales como derechos de incidencia colectiva⁶.

⁶ El art. 14 incorpora el reconocimiento de los derechos de incidencia colectiva al CCCN. Es relevante mencionar el precedente del caso “Halabi” (CSJN, “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986”, 24/02/2009, Fallos: 332:111), allí la Corte Suprema de Justicia argentina ha dejado señalado que uno de los tipos de derechos de incidencia colectiva tiene por objeto bienes colectivos. Los bienes colectivos, a su vez, son aquellos que pertenecen a toda la comunidad, siendo indivisibles y no admitiendo exclusión alguna (...). Aclara el fallo: “No se trata solamente de la existencia de pluralidad de sujetos, sino de un bien que, como el ambiente, es de naturaleza colectiva. Es necesario precisar que estos bienes no tienen por titulares a una pluralidad indeterminada de personas, ya que ello implicaría que si se determinara el sujeto en el proceso éste sería el titular, lo cual no es admisible. Tampoco hay una comunidad en sentido técnico, ya que ello importaría la posibilidad de peticionar la extinción del régimen de cotitularidad. Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno (...)”

Por otro lado, en el artículo 16° se establece la posibilidad de ser titular de derechos patrimoniales individuales sobre la energía y las fuerzas naturales, las que así son asumidas como bienes materiales susceptibles de apropiación privada y valor económico, por ello, para el Código Civil el ambiente presenta una triple dimensión: por un lado, como un bien susceptible de estar bajo la titularidad de un derecho de incidencia colectiva, por otro, como un bien cuyas partes constitutivas son susceptible de estar bajo la titularidad de un derecho individual, y, finalmente, como un concepto-límite al ejercicio de los derechos individuales. Estas dimensiones están en la base legal en la que ha de encontrarse la mayor parte de conflictos ambientales entre titulares de dimensiones diferentes del mismo bien.

En concordancia con el art. 14 citado, el artículo 240° se refiere a los límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes de la siguiente forma: “El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones 1ª y 2ª debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial”. En estas normas se plantea la posibilidad de colisión o tensión entre, por un lado, el ejercicio de derechos individuales sobre bienes materiales, y, por el otro, el ejercicio de derechos colectivos sobre esos bienes o la potestad administrativa en favor del interés público. La regla de solución es la de la “compatibilidad” entre el ejercicio de ambos. Además, introduce conceptos con ciertos niveles de sinonimia con el de “ambiente”, tales como “ecosistemas”, “biodiversidad”, y “paisaje”, para, otra vez, erigir a su afectación como el límite al ejercicio de derechos individuales sobre bienes.

Por otro lado, y en materia urbana, resulta relevante el artículo 235° que instituye como bienes de dominio público a “las calles, plazas, caminos, canales, puentes y cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común” (inc. f), dictando un régimen especial para ellos, que impone su inenajenabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad (conf. Art. 237)⁷

⁷ Es interesante leer esta norma en concordancia con el art. 1970, que establece “Las limitaciones impuestas al dominio privado en el interés público están regidas por el derecho administrativo. El aprovechamiento y el uso del dominio sobre inmuebles debe ejercerse de conformidad con las normas administrativas aplicables en cada jurisdicción”. Por un lado, resulta clave pensar que las obras públicas construidas para la utilidad o comodidad común son una forma de limitación administrativa al dominio privado. Pero en igual sentido, las normas administrativas podrían determinar su desaparición como tales. Por otro lado, este tipo de normas usualmente se abre a la pregunta de si el derecho administrativo es la medida del interés público (como una visión privatista tendería a interpretar), o, por el contrario, es

De modo paralelo a la regulación explícita, han resultado incorporadas instituciones jurídicas que de forma *implícita* se relacionan con la temática urbano-ambiental. La reforma implícita, a primera vista, no se vincula expresamente con dicha temática, pero una profundización en el análisis lleva a encontrar puntos de contacto relevantes. Aquí deben considerarse, en particular, los nuevos derechos reales de “Conjuntos inmobiliarios” (art. 2073 y ss), los que tienen potencialidad de afectar al ambiente o al desarrollo urbanístico en general. No obstante, su regulación específica en el Título VI del Libro IV no da cuenta de modo suficiente de las cuestiones de interés colectivo y público implicadas. Un síntoma, entendemos, de la desconsideración de lo público y de los intereses colectivos en el establecimiento de este régimen.

En este sentido, resulta relevante aquí visibilizar los modos en que los “conjuntos inmobiliarios”, conforme el nuevo régimen vigente, podrían afectar al ambiente y los derechos vinculados al desarrollo urbano.

LOS EMPRENDIMIENTOS URBANÍSTICOS ANALIZADOS

Los conjuntos inmobiliarios son definidos en el artículo 2073 al enunciar: “(...) los clubes de campo, barrios cerrados o privados, parques industriales, empresariales o náuticos, o cualquier otro emprendimiento urbanístico independiente del destino de vivienda permanente o temporaria, laboral, comercial o empresarial que tenga, comprendidos así mismos aquellos que contemplan usos mixtos, con arreglo a lo dispuesto en las normas administrativas locales”.

El presente análisis se centra en los emprendimientos urbanísticos que se caracterizan por establecer un *cerramiento perimetral que interrumpe la traza urbana y/o el acceso a plazas, parques, arroyos, riachos, lagos y cualquier otro espacio público, o recurso natural que forme parte del ejido urbano: así como también, emprendimientos cuyos cerramientos interrumpan la traza urbana restringiendo la libre circulación hacia cualquiera de los espacios públicos o recursos naturales dentro del ejido urbano*. Se considera que estos rasgos de los emprendimientos permiten visibilizar un tipo de abordaje de la cuestión urbano-ambiental, que se vincula con derechos tales como el derecho a la libre circulación (art.14 Constitución

el interés público la medida de validez del derecho administrativo que limita a la propiedad privada (como una visión neo-constitucionalismo tendería a plantear). En materia de cuestiones urbano-ambientales la respuesta a esta pregunta resulta decisiva para laudar entre reglas del derecho administrativo que no serían lo suficientemente protectoras de derechos ambientales o derechos vinculados a lo urbano, y las potestades legales de un propietario.

Nacional argentina, en adelante CN) y el libre goce del espacio público y el ambiente sano (art.41 CN).

Cabe observarse que la interrupción de acceso y de libre circulación puede considerarse un rasgo transversal a cualquiera de las formas urbanas que adopten los conjuntos inmobiliarios. En efecto, ello podría caracterizar, en general, tanto a clubes de campo, barrios cerrados o abiertos, como en general, a todo emprendimiento urbanístico, independientemente de su destino, cuente o no con un cerramiento perimetral, y siempre que afecte el trazado urbano de manera de interrumpir la circulación, y/o el acceso a espacios y/o recursos públicos. Por el contrario, los barrios abiertos, y los emprendimientos urbanos de cualquier tipo, que no restrinjan el libre acceso a espacios y recursos públicos, ni la circulación por calles o trazado urbano quedan fuera de este análisis.

LOS FUNDAMENTOS DE LA REFORMA Y EL PRESUPUESTO DE “LO COMÚN”

El texto oficial en el que se exponen los Fundamentos del Anteproyecto de Reforma señala: “(...) La falta de regulación o regulación parcializada y separada del Código de los conjuntos inmobiliarios, el tiempo compartido, el cementerio privado y la superficie los tornan ajenos a los principios generales clásicos y de difícil interpretación y aplicación práctica. El crecimiento de este tipo de propiedad que brinda mayor aprovechamiento de los recursos al utilizarse *en común*, por otro lado, 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 el principio de la accesión según el cual todo lo edificado y plantado pertenece al dueño del suelo, está ínsito en 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 (...) (p.202)”.

Según el texto de fundamentos, la utilización “en común” bajo la figura de conjuntos inmobiliarios, implicaría un mayor aprovechamiento de los bienes. La categoría de “lo común” en dicho texto se presenta como una justificación de la institución. Representa aquello que el legislador explicitó buscando brindar la/las razón/es, o el motivo por el que deberíamos considerar que es relevante introducir una regulación especial en materia de conjuntos inmobiliarios.

La presentación de lo común en los emprendimientos privados, como eso especial que es objeto de la regulación, y como eso de lo que se apropian los condóminos por accesión, desplaza el foco de atención del hecho de que esa apropiación privada de lo común restringe a terceros en su libre circulación y acceso al uso de espacios verdes, recursos hídricos y otros recursos públicos.

Es interesante observar, sin embargo, que la conceptualización de los bienes comunes representa en los ámbitos próximos a la geografía crítica (Harvey, 2013) y la teoría social contemporánea, la expectativa de habilitar espacios de resistencia a las lógicas neo-liberales.⁸ En tanto, en el terreno del derecho de propiedad la categoría de bienes comunes ha venido a ocupar un espacio en la academia intentando generar alternativas conceptuales al binomio público-privado (Ugo Mattei⁹), o bien proponiendo la visibilización de prácticas que puedan leerse como disruptivas, en tanto recuperan formas comunales alternativas o cooperativas a la hora de administrar los bienes (Elinor Ostrom¹⁰). Ambas vías representan espacios de indagación elegidos para realizar lecturas alternativas y críticas a las lógicas urbanas y ambientales instaladas con la reforma del Código Civil.

Sin embargo, el uso de la categoría de “lo común” (que se analizará aquí como sinónimo de “bienes comunes”) en el nuevo régimen civil contiene un carácter complejo que amerita un análisis particular. Al observar la reforma del Código civil y Comercial en materia de derechos reales, y tematizar a los conjuntos inmobiliarios como espacios de “lo común”, se distrae la atención del rol del Estado a la hora de regular los límites de los derechos privados respecto a “lo público”. En efecto, la idea de “lo común” parece tender a operar, en el particular contexto de los derechos reales, como una forma estratégica de amplificar el derecho individual de la propiedad privada, y de desplazar solapadamente al interés público del análisis. Tal operación incita a interpelar la constitucionalidad de la regulación de este instituto.

En efecto, lo común en el régimen analizado no debe leerse como esencialmente diferente a “lo privado”. Por el contrario, el interés comunitario, en tanto fundamento de los conjuntos inmobiliarios, debe interpretarse como una especie o sub-clase de interés privado en

⁸ Harvey (2005) considera que el neoliberalismo es, ante todo: (...) una teoría de práctica político-económica que afirma que la mejor manera de promover el bienestar del ser humano consiste en no restringir el libre desarrollo de las capacidades y de las libertades empresariales de un individuo dentro de un marco institucional caracterizado por derechos de propiedad privada fuertes, mercados libres y libertad de comercio (p. 6).

⁹ Ugo Mattei se refiere a los “Bienes comunes” por oposición tanto a los “Bienes privados” como a los “Bienes públicos”.

¹⁰ Elinor Ostrom, desde la *Public Choice Theory*, ha cuestionado las tradicionales atribuciones de eficiencia al régimen de propiedad privada a partir recuperación de regímenes comunales.

el ejercicio de derechos individuales sobre bienes materiales¹¹, el que tampoco se corresponde con los intereses colectivos enunciados en la Constitución y en el Código Civil. Por lo tanto, de acuerdo a las mismas normas civiles, dicho interés debería tener siempre límite en el ambiente y el interés público.

Lo que resulta relevante no es ya cuál es el interés protegido, sino más bien quiénes se aprovechan de los bienes comunes y con qué título. La respuesta se dirime entre tres opciones: 1. una comunidad particular de propietarios (que representa aquí un interés privado)¹², o bien, 2. los terceros titulares de derechos individuales y/o derechos colectivos públicos directamente afectados por el emprendimiento, y/o 3. la ciudadanía que en su conjunto (que representa el interés público) se ve privada del goce de un recurso que se supone público.

Realizar esta distinción conceptual no sólo nos permite interpelar con estas preguntas los fundamentos de la regulación, sino que además conlleva asimismo repercusiones al momento de dar cuenta de posibles conflictos de intereses en torno a esta nueva figura prevista en el CCCN. Preguntarse cuál es el interés que el derecho protege (o debería proteger) en la tensión público - privado, no es similar a preguntarse cuál es el interés que debería protegerse ante una tensión de dos intereses ubicados en un supuesto plano de igualdad. Esto sucedería si se presenta a lo común y a lo público como categorías análogas, o que se encuentran en una situación de paridad respecto de los intereses individuales privados¹³.

Tematizar al derecho real de conjuntos inmobiliarios en el campo de “lo común” puede llevar a desplazar el foco de análisis del carácter siempre superior del orden público. En particular resulta aquí relevante resaltar el rol del Estado local, el cual es precisamente el encargado de regular limitaciones al dominio privado impuestas en interés público (art.1970 CCCN), y cuya función de administración y protección de los bienes y recursos públicos urbanos resulta pre-encasillada por la regulación de conjuntos inmobiliarios.

¹¹ David Harvey ha llamado precisamente la atención sobre los riesgos de la reivindicación de un bien común bajo intereses sectoriales (Ciudades Rebeldes, p.112).

¹² Sobre el interés comunitario y su carácter privado consideramos cabe realizarse otra aclaración: Jurídicamente no todo interés común es privado. En numerosas oportunidades precisamente existe un interés público en la protección de ciertos intereses comunes. De hecho hay intereses comunes de grupos que están protegidos constitucionalmente y que por lo tanto son públicos. Tal es el caso de las comunidades culturales, indígenas por ejemplo, el de grupos vulnerables, el de usuarios y consumidores, etc.

¹³ Quizás incluso hasta podría pensarse que ante la presencia de intereses comunales e intereses públicos no habría conflicto de intereses alguno.

SOBRE FINES Y FUNCIONES DE LA PROPIEDAD PRIVADA

La pregunta relativa a quienes son los beneficiarios del régimen de bienes comunes se vincula, a su vez, con la relativa a la determinación de los fines o funciones que debe satisfacer la propiedad privada. La respuesta a esta pregunta podría abordarse desde diferentes perspectivas teóricas. Entre aquellas que han resonado en Latinoamérica con mayor envergadura, se puede mencionar la obra de León Duguit¹⁴, la cual coloca el énfasis en la función social de la propiedad privada.

El concepto de conjuntos inmobiliarios previsto por el art. 2073 expresa un repertorio de funciones posibles de los conjuntos inmobiliarios al referir a “clubes de campo, barrios cerrados o privados, parques industriales, empresariales o náuticos, o cualquier otro emprendimiento urbanístico independientemente del destino de vivienda permanente o temporaria, laboral, comercial o empresarial que tenga, comprendidos asimismo aquellos que contemplan usos mixtos, con arreglo a lo dispuesto en las normas administrativas locales”.

La doctrina, por su parte, afirma que el régimen de conjuntos inmobiliarios representa la regulación de determinadas “comunidades funcionales” (Culaciati, 2015), o comunidades que cuentan con una “finalidad común” (Cossari, 2015, 8). En todos los casos se destaca el carácter coparticipativo de estas nuevas formas de propiedad.

Esta manera de teorizar sobre los conjuntos inmobiliarios parece presentarlos, en el campo jurídico, como fruto del derecho constitucional de libre asociación (art. 14 CN). El derecho real de conjuntos inmobiliarios representaría una forma de materializar físicamente (a través del derecho real sobre inmuebles) cierta finalidad común de un colectivo.

Sin embargo, recuperando la idea presentada en el apartado anterior, puede afirmarse que materializar físicamente funciones o fines de una comunidad o colectivo no es equivalente a materializar funciones o fines públicos. En numerosas oportunidades ambos fines o funciones pueden encontrarse contrapuestos o en tensión.

Se considera en este trabajo que este último es el supuesto que se da ante la presencia de un conjunto inmobiliario que regula o restringe la libre circulación por la traza urbana. En nombre de ciertos *finés comunes* (habitacionales, recreativos, etc.) se soslaya el carácter

¹⁴ Se puede consultar en particular: Duguit, León (1920) “Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón”, Segunda edición corregida y aumentada, Francisco Beltrán, Librería española y extranjera, Madrid.

eminentemente privado de esos *finés*, los cuales, a su vez, obstaculizan *finés públicos*, y eventualmente, otros fines privados específicos.

Esta diferencia se traduce asimismo en el régimen de los bienes. El régimen de un *bien público* según el art. 237 del CCCN habilita el uso y goce de toda persona según las normas locales. Por el contrario, el acceso a un *bien común* de un conjunto inmobiliario, según el art. 2083 del CCCN, se encuentra restringido a lo que establezca el reglamento interno del conjunto inmobiliario. O sea, el régimen que se aplica al llamado *bien común* (como una calle que atraviesa el conjunto inmobiliario), equivale al de un *bien privado*.

Ahora bien, una visión dogmático-jurídica, pero con fuertes implicancias prácticas, apuntaría a inquirir sobre la categorización del derecho de “los comunes” (en un conjunto inmobiliario) como un derecho individual, o como un derecho de incidencia colectiva. Si fuera un derecho de incidencia colectiva, su preeminencia sobre los derechos individuales a la libre circulación y al disfrute de espacios públicos parecería inobjetable, y su paridad en el conflicto con otros derechos de incidencia colectiva como los relativos a la traza urbana o al ambiente, también. En cambio, si se tratara de derechos individuales, como por definición lo son los derechos de propiedad, la colisión con otros derechos individuales debería dirimirse bajo otros parámetros.

SOBRE LAS CARACTERÍSTICAS DEL RÉGIMEN DE CONJUNTOS INMOBILIARIOS

La principal novedad del nuevo régimen es la incorporación del derecho real de conjuntos inmobiliarios a la enumeración taxativa prevista por el art. 1887. El titular de un derecho real tiene una relación directa e inmediata con la cosa, su derecho será oponible *erga omnes*, y en caso de violación del derecho, la ley le otorga al titular las acciones reales y las ventajas inherentes del *ius preferendi* y el *ius persequendi* (Mariani de Vidal y Abella, 2015). Al tipificar la figura de los emprendimientos urbanos, el legislador dejó atrás la disparidad de criterios en cuanto a su encuadre jurídico. En efecto, el principal problema que encontraba la incorporación de la regulación civil de los conjuntos inmobiliarios era la vigencia del principio *numerus clausus*, la cual determina que los derechos reales solo pueden crearse por ley. Antes de la reforma, ninguna de las figuras que hoy se tienen por conjuntos inmobiliarios, se ajustaba estrictamente a ninguno de los derechos reales conocidos (Molina Quiroga, 2015).

El art. 2074 CCCN establece las características o notas distintivas de los conjuntos inmobiliarios: a) el cerramiento; b) partes comunes y privativas; c) la indivisión forzosa entre ellas; d) el reglamento y la previsión de limitaciones y restricciones; e) el régimen disciplinario; f) las obligaciones de los propietarios; y g) la entidad con personería jurídica.

El Art. 2075 del CCCN establece el marco legal que rige al derecho real de conjuntos inmobiliarios en estos términos: “Todos los aspectos relativos a las zonas autorizadas, dimensiones, usos, cargas y demás elementos urbanísticos correspondientes a los conjuntos inmobiliarios, se rigen por las normas administrativas aplicables a cada jurisdicción. Todos los conjuntos inmobiliarios deben someterse a la normativa del derecho real de propiedad horizontal establecida en el título V de este libro con las modificaciones que establece el presente título, a los fines de conformar un derecho real de propiedad horizontal especial (...).”

Es interesante detenerse en las discusiones sobre la forma jurídica de organizar los conjuntos inmobiliarios en estrecha vinculación con el carácter inescindible atribuido entre las partes, cosas o sectores privativos y las comunes (art.2074 CCCN).

Con anterioridad a la reforma, a falta de un encuadre jurídico nacional las provincias legislaron en base al poder de policía urbanística (art.1970 CCCN). Las figuras comúnmente adoptadas fueron tres: propiedad horizontal, combinación de derechos reales y personales, o bien dominio sobre partes privativas más condominio sobre partes comunes adquiriendo muchas veces el carácter de condominio de indivisión forzosa (Mariani de Vidal y Abella, 2017)

La propiedad horizontal fue considerada el instituto más apropiado en tanto presentaba las siguientes ventajas: “inescindibilidad entre partes privativas y comunes, la existencia del administrador, el cobro por vía ejecutiva y el privilegio de la deuda de expensas, el régimen de las asambleas, la responsabilidad de los consorcistas por las deudas del consorcio y el cerramiento” (Mariani de Vidal y Abella, 2015: 2).

Se observa que las discusiones sobre la forma jurídica de organizar los clubes de campo, previas a la reforma, dejaban abierta la posibilidad de regular el fenómeno bajo una figura jurídica que dimensionara la relevancia del carácter público del trazado urbano, tal como la figura que contempla regímenes jurídicos diversos para las partes privativas, por un lado, y las partes comunes por el otro.

Es importante advertir, que la aparente clausura de esta disparidad de criterios a partir de la reforma, y del otorgamiento del estatus de propiedad horizontal a los conjuntos inmobiliarios, constituye una analogía forzada entre situaciones fácticas disímiles. Lo que sucede ahora, es que el régimen legal prevé que un lote urbano represente una “unión

inescindible” (art.2074) con las calles que lo atraviesan y circundan. Siendo así, dos bienes distintos, uno privado (el lote individual) y uno público (las calles) se someten a un régimen legal que los considera como complementos de un mismo derecho real: el derecho real de propiedad horizontal especial.

La analogía que establece el CCCN entre los conjuntos inmobiliarios y la propiedad horizontal *immuniza*¹⁵ al régimen legal de la problematización de las cuestiones urbano-ambientales susceptibles de comprometer al interés público.

Desde la perspectiva de categorías políticas podría decirse que, siguiendo la tradición weberiana, los atributos de estadidad que los Estados conquistan luego de la Paz de Westfalia implican lograr el monopolio de la violencia legítima con validez indisputada en un territorio delimitado y en el que se asienta su población (Iazzetta, 2012). Así, la consolidación y monopolio del gobierno sobre el territorio y la población, sumado al reconocimiento de terceros Estados soberanos constituyen sus principales rasgos, los que son recogidos, *inter alia*, en los artículos 4° al 13° de la Constitución Nacional. Sin embargo, la redacción del art. 2075 del CCCN abre la posibilidad de poner en entredicho tal monopolio al interior del territorio nacional por la vía de la adopción de normas internas a los conjuntos inmobiliarios que difieren de las que regulan el comportamiento de los habitantes fuera de las mismas. El cerramiento de los conjuntos implica extraer porciones del territorio nacional donde se garanticen el libre acceso, la libre circulación o el disfrute de lo público, que aparece apropiado y sometido a “lo común” entre una asociación de propietarios.

Por ello, si bien la igualdad jurídica se garantiza fuera de los conjuntos inmobiliarios, la misma se ve amenazada al interior de éstos a través de una cesión de la capacidad regulatoria ahora prevista en el CCCN. Para los propietarios de conjuntos inmobiliarios existe, por lo menos, un doble estándar en relación con la igualdad formal, una válida para todos los habitantes del suelo argentino y otra que puede ser adoptada para los conjuntos inmobiliarios y que tiene la facultad de abstraer porciones del territorio nacional de la igualdad formal.

Sin embargo, la producción de ciudad a través de la figura de los conjuntos inmobiliarios no puede ser analizada de manera aislada sino teniendo en cuenta que la consolidación del Estado implica también la consolidación de un régimen que procura garantizar tanto igualdades como libertades, entre ellas, la de circulación. En el plano urbanístico, ello atañe a la potestad de las ciudades para continuar la trama urbana y extender servicios y bienes públicos en

¹⁵ El concepto de *immunización* se toma de Roberto Espósito. Se puede consultar en: “Bíos. Biopolítica y filosofía”. Editorial Amorrortu. 2011.

condiciones de igualdad y libertad de acceso. Pero como se menciona anteriormente, la posibilidad de cerramiento sumada a la potestad de regulación al interior de los conjuntos hace que las problemáticas urbanas ligadas a producción de servicios y bienes públicos, entre otras, y las políticas públicas implementadas para su resolución también encuentren un límite para su ingreso. Aquellas problemáticas urbanas con las que lidian las autoridades locales también quedan por fuera, así como el involucramiento de los propietarios de los conjuntos en su resolución. Por fuera de los conjuntos inmobiliarios lo público es común a todos, pero, aun formando parte del territorio nacional, aquello que le es común a los propietarios de conjuntos inmobiliarios no le es común a los no propietarios.

Puede observarse que si bien la doctrina civil reconoce que existen problemas individuales y urbanísticos que traen aparejados este tipo de emprendimientos (Cossari, 2015, 12), al mismo tiempo presenta una semejanza entre la propiedad horizontal clásica y los conjuntos inmobiliarios, nominando al fenómeno como propiedad horizontal “tumbada”. Cossari menciona: “(...) Los autores españoles han hablado expresivamente, en estos casos, de la propiedad horizontal tumbada, según la cual, en estos supuestos, es como si hubiéramos acostado el edificio convirtiendo las escaleras y ascensores en caminos; las terrazas y patios de luces en zonas verdes y de esparcimiento; los pisos en parcelas”. Posteriormente se agrega: “(...) La naturaleza jurídica de estos complejos inmobiliarios es substancialmente idéntica a la de la propiedad horizontal ordinaria” (Cossari, 2015, 22).

En similar sentido puede observarse que el derecho de propiedad horizontal es calificado de “especial” (art. 2075). Dicha especialidad del régimen es atribuida precisamente a la consideración de las vías de circulación, acceso y comunicación como partes comunes, entre otros aspectos. Con esta operación puede afirmarse también que se analogan realidades urbanas disímiles. Se destaca que el nuevo derecho de propiedad horizontal es especial porque, “a) diferencia del régimen de la propiedad horizontal común: a) el nuevo Código dispone que las unidades privativas pueden hallarse construidas o en proceso de construcción (art. 2077); b) porque se determina que solo “son necesariamente comunes las partes y lugares del terreno destinadas a vías de circulación, acceso y comunicación, áreas específicas destinadas al desarrollo de actividades deportivas, recreativas y sociales” (art.2076); y c) y porque se da cabida al derecho de admisión al regular la “transmisión de unidades” en el art. 2085” (Mariani de Vidal y Abella, 2015, 4).

Otra cuestión que puede observarse en el tratamiento del nuevo régimen legal es un argumento que se presenta a la hora de justificar la facultad de cerramiento perimetral. El Art.

2079 CCCN, denominado “Localización y límites perimetrales”, establece que: “La localización de los conjuntos inmobiliarios depende de lo que dispongan las normas provinciales y municipales aplicables. Los límites perimetrales de los conjuntos inmobiliarios y el control de acceso pueden materializarse mediante cerramientos en la forma en que las reglamentación locales, provinciales o municipales establecen, en función de aspectos urbanísticos o de seguridad”.

Sin dejar de mencionar que las jurisdicciones locales son las que tienen potestad de regular la localización y límites de los conjuntos inmobiliarios, se avanza nuevamente brindando justificaciones que establecen analogías entre situaciones diversas: por ejemplo, se establece una concordancia entre el art. 2079 (citado), con el art. 1944 CCCN. Este último regula el derecho de excluir a extraños y encerrar su inmueble con muros (...) que corresponde al derecho real de dominio clásico (esto es, el derecho individual y privado). Siendo así, se establece *per se* que la facultad de colocar una tapia en un lote “individual” sería igualmente predicable respecto del cerramiento “colectivo”.

La norma anterior que autoriza el derecho a cerramiento colectivo debe vincularse directamente con la norma prevista en el art. 2083 relativa al régimen de invitados y admisión de usuarios no propietarios, el cual establece: “El reglamento puede establecer la extensión del uso y goce de los espacios e instalaciones comunes a aquellas personas que integran el grupo familiar del propietario de la unidad funcional y prever un régimen de invitados y admisión de usuarios no propietarios de dichos bienes, con las características y bajo las condiciones que, a tal efecto, dicte el consorcio de propietarios. El uso de los bienes comunes del complejo por terceras personas puede ser pleno, parcial o limitado, temporario o permanente, es siempre personal y no susceptible de cesión ni transmisión total o parcial, permanente o transitoria, por actos entre vivos ni mortis causa. Los no propietarios quedan obligados al pago de las contribuciones y aranceles que a tal efecto determine la normativa interna del conjunto inmobiliario.”

Sobre el derecho de admisión la doctrina ha destacado su potencial carácter desigualitario al enfatizar que los criterios de admisión no pueden constituirse en verdaderas discriminaciones (Alterini,2015,6). Guardiola (2016,9) en similar sentido retoma lo afirmado en la XVII Jornada Notarial Cordobesa de 2013 la que concluyó afirmando “No resulta aceptable el derecho de admisión en los conjuntos inmobiliarios, ya que el mismo se encuentra en franca contradicción con el derecho vigente (art.1 Ley 23.592)”.

La tensión entre la autorización brindada a los conjuntos inmobiliarios de regular la admisión de invitados y usuarios, por un lado, y el principio de igualdad, por otro, se ha puesto en evidencia en la regulación local que sancionó la ciudad de Córdoba a fines de 2016 en tanto prohíbe que los guardias de barrios privados realicen requisas a taxis, remises, trabajadores y visitantes para evitar "toda práctica discriminatoria"¹⁶.

POTENCIALES CONFLICTOS Y PERSPECTIVAS DE JUDICIALIZACIÓN

Tematizar a los conjuntos inmobiliarios como espacios de "lo común" distrae la atención del rol del Estado a la hora de regular los límites de los derechos privados respecto a "lo público". La idea de "lo común", tal como se buscó argumentar en este trabajo, parece tender a operar como una exclusión solapada de "lo público", que merecería, asimismo, un examen de su constitucionalidad, en general, y caso por caso.

Los barrios cerrados y emprendimientos urbanos similares incitan conflictos urbano-ambientales desde el momento de su autorización administrativa. En principio, su instauración impone excepcionar el trazado urbano (y con ello a las razones de bien público que lo motivaron), en particular cuando restringen la libre circulación y el acceso a espacios verdes u otros recursos naturales, de terceros ajenos (estableciendo una distribución inequitativa del acceso a espacios y recursos públicos y al derecho a la libre circulación).

En términos justiciables, muchas de estas excepciones al régimen urbano y de servicios públicos podrían ser desigualitarias o violatorias del interés público, así como las restricciones de acceso al perímetro del conjunto inmobiliario pueden ser tenidas como una violación a los derechos constitucionales de libre circulación y a la igualdad en el goce del ambiente y del espacio urbano. Se trata, en fin, de desarrollos de lo urbano que inevitablemente (no sólo

¹⁶ La Ordenanza 12648 aprobada por el Concejo Deliberante de la ciudad de Córdoba en diciembre de 2016, modifica la Ordenanza 8606 referida a "Urbanizaciones Residenciales Especiales". El texto establece: Art. 1º.- Incorporase el Artículo 6 bis en la Ordenanza N°8606 y sus Modificatorias "Urbanizaciones Residenciales Especiales", el que queda redactado de la siguiente manera: "Art. 6º bis.- El ente jurídico que represente a la urbanización debe asegurar en los procedimientos que se dispongan para el control de acceso, permanencia y egreso de vehículos y conductores afectados al Servicio Público de Autos de Alquiler con Chofer, trabajadores, invitados y terceros no propietarios al barrio: a) la exclusión de toda práctica discriminatoria; b) la no obligación por parte de los mismos de realizar la apertura del baúl del vehículo y de bolsos, carteras y efectos personales salvo que medie denuncia de un vecino e intervención policial y, c) la libre circulación peatonal y vehicular interna, una vez que hayan ingresado. El incumplimiento de las disposiciones del presente Artículo será sancionado con multa igual a la establecida por el Artículo 209 quater de la Ordenanza N°12468 y sus Modificatorias "Código de Convivencia Ciudadana de la ciudad de Córdoba" o de la que la sustituya en el futuro".

circunstancialmente) ponen en tensión los derechos individuales y colectivos de ciudadanos, con los derechos individuales a “lo común” de los propietarios.

El Régimen de Propiedad Horizontal que se aplica a los emprendimientos de conjuntos inmobiliarios no parece dar cuenta de esta posibilidad de conflictos *per se*. Como regulación específica, tiende a resguardar una serie de privilegios privados bajo la aparente asunción de que ellos no interfieren *prima facie* con el interés público o el ejercicio de derechos individuales de terceros.

Ello, sin duda, es acertado mientras la urbanización se estructura verticalmente como edificio, e incluso cuando se desarrolla horizontalmente dentro de una misma manzana. Pero cuando la urbanización “se tumba”, como pretende la doctrina, la regimentación de privilegios de lo común sin consideración del interés público o general resulta, al menos, una actitud cuestionable del legislador.

Los principios generales del nuevo CCCN en materia de cuestiones ambientales y urbanas (título preliminar) podrían verse en tensión con el régimen de los conjuntos inmobiliarios (título VI del Libro IV). Sería un error interpretativo el aplicar el principio de “especificidad” para resolver una posible incompatibilidad normativa. El principio interpretativo prioritario a considerar debe ser el de “jerarquía”, ya que tanto los principios generales del nuevo CCCN como el régimen específico de conjuntos inmobiliarios, no pueden dejar de leerse a la luz de los estándares constitucionales de igualdad formal y de oportunidades (arts. 16, 75 inc. 22), del trato equitativo y digno debido a los usuarios del espacio urbano (art. 42), de los derechos incidencia colectiva a un ambiente sano y equilibrado (arts. 41 y 43), y del derecho constitucional al libre tránsito por el territorio (art. 14).

REFERENCIAS

Alterini, Jorge H., Simplificación en la prehorizontalidad y complejidades en los conjuntos inmobiliarios, Sup. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Bs. As. 27/06/2016, 1 – La Ley 2016-D, 751. 5

Cossari, Nelson, en Alterini, Jorge y Alterini Ignacio, “Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético”, Tomo IX –X, 2015, Ed La Ley, Thomsom Reuters, 2015.

Culaciati Martin, en Lorenzetti, Ricardo Luis (dir.) Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo IX, coordinadores Miguel Federico De Lorenzo y Pablo Lorenzetti, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015.

Duguit, León, Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón”, Segunda edición corregida y aumentada, Francisco Beltrán, Librería española y extranjera, Madrid, 1920.

Espósito, Roberto, Bíos. Biopolítica y filosofía, Editorial Amorrortu, Buenos Aires, 2011.

Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, disponible en: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>

Guardiola, Juan José. los conjuntos inmobiliarios en el código civil y comercial. La Ley 04/08/2016, 1; La Ley 2016-D, 1123.

Harvey, David, Breve historia del neoliberalismo. (A. Varela Mateas, trad.) Madrid: Akay, 2005.

Harvey, David, Ciudades rebeldes. Del derecho de la ciudad a la revolución urbana. Traducción de Juanmari Madariaga. Editorial Akal, Madrid, 2013.

Iazzetta, Osvaldo, Capacidades estatales y crisis global. Apuntes para América Latina, en Antonio Aranibar Arze y Federico Vázquez Calero (Coords.), Crisis global y democracia en América Latina. Cuaderno de Prospectiva Política 2, PNUD, OEA, Siglo Veintiuno editores, 2012. Disponible en: <http://papep-undp.org/sites/default/files/Cuaderno%20.%20Crisis%20global%20y%20democracia%20en%20Am%C3%A9rica%20Latina.pdf>

Mariani de Vidal, Marina y Abella, Adriana N., Conjuntos inmobiliarios en el Código Civil y Comercial con especial referencia a los preexistentes, La Ley, 2015-B, 869.

Mariani de Vidal, Marina y Abella, Adriana N., Los conjuntos inmobiliarios y la deuda por expensas comunes. otra vez el problema de la vía procesal para su cobro en los preexistentes, La Ley 22/03/2017

Mattei, Ugo, Benni Comuni. Un manifesto. Editorial Laterza, Roma, 2011.

Molina Quiroga, Eduardo. Nuevos derechos reales en el Código Civil y Comercial: Conjuntos inmobiliarios y cementerios privados. Revista Infojus, Buenos Aires, 29/04/2015, Id Saij: DACF150341.

Puerta de Chacón, Alicia y Negroni, María Laura, Adecuación de los conjuntos inmobiliarios preexistentes. Normas operativas del Código Civil y Comercial”, La Ley 2016-C, 724.

Trabalho enviado em 29 de janeiro de 2018

Aceito em 13 de março de 2018