

COMITÉ EDITOR:

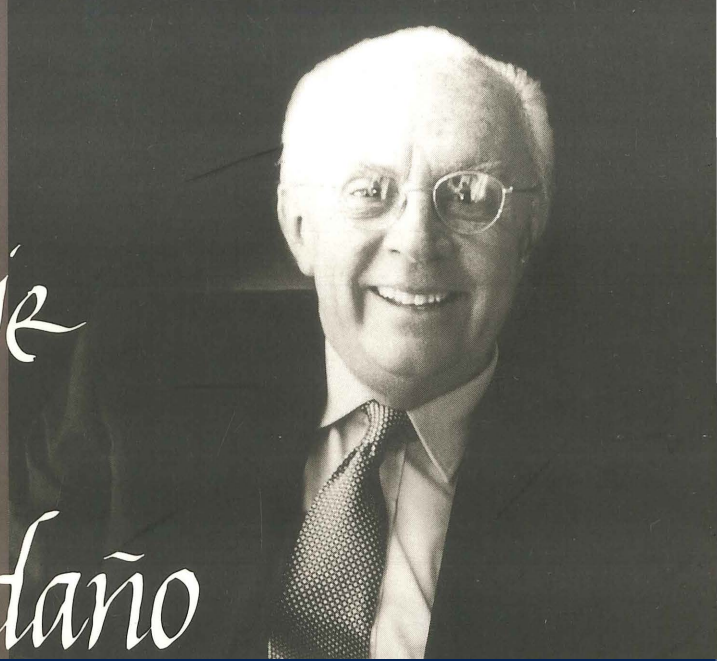
Javier de Belaunde López de Romaña

Alfredo Bullard González

Luis Pizarro Aranguren

Carlos Alberto Soto Coaguila

Homenaje a Jorge Avendaño



Capítulo 36



Pontificia Universidad Católica del Perú
FONDO EDITORIAL 2004

Homenajea Jorge Avendaño
Tomo I

Comité Editor: Javier de Belaúnde López de Romaña
Alfredo Bullard González
Luis Pizarro Aranguren
Carlos Alberto Soto Coaguila

Diseño de carátula: Iván Larco

Copyright © 2004 por Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica
del Perú. Plaza Francia 1164, Lima
Telefax: 330-7405. Teléfonos: 330-7410, 330-7411
Correo electrónico: feditor@pucp.edu.pe

Obra Completa:
ISBN: 9972-42-645-9
Depósito legal: 1501052004-5274

Tomo II: 9972-42-647-5

Primera edición: junio de 2004

Derechos reservados, prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Fenómenos vinculados con la contractualización de la propiedad

Ricardo Luis Lorenzetti

ESTE TRABAJO ESTÁ DEDICADO al profesor Jorge Avendaño, quien ha enaltecido la doctrina jurídica peruana con sus investigaciones en el área de Derecho Privado y especialmente en los Derechos Reales. Asimismo, ha sido uno de los pilares en la construcción de las relaciones de hermandad jurídica entre peruanos y argentinos.

El propósito de este artículo es examinar algunas de las modalidades actuales en la comercialización de bienes inmuebles.

Tradicionalmente, ello estuvo estrechamente vinculado con la transmisión de la propiedad que un particular hacía a otro y, consecuentemente, fue regulado por los derechos reales. En la actualidad, existen grandes proyectos inmobiliarios, que asumen formas muy variadas: clubes de campo, condominios, cementerios privados, etc., en los cuales hay una empresa que, previamente, los ha desarrollado para luego transmitirlos. De modo que hay, *ab initio*, un vínculo entre una empresa y un particular o una sociedad que puede dar lugar a una relación de consumo, en el primer caso, o a un vínculo comercial o civil, que rompe la seguridad que existía, anteriormente, en materia de fuentes regulatorias.

Ese vínculo es además instrumento de modo complejo: no es, normalmente, una compra-venta, sino una multiplicidad de contratos: fideicomisos, participación en sociedades, garantías, etc. Por ello, la transmisión dominial, relacionada con la compra-venta, es solo una parte del negocio.

En algunos casos, intervienen normas constitucionales, porque la reunión de grandes grupos afecta derechos fundamentales, como el caso de la discriminación o de los sepulcros.

Nuestro propósito es revelar la pluralidad de fuentes, de disciplinas, de derechos personales y reales, y de tipos contractuales, todos conjugados en un negocio. La interpretación de estos fenómenos requiere de un esfuerzo hermenéutico considerable.

Veremos algunos de estos temas.

1. La contractualización de la propiedad

Se asiste a un fenómeno de contractualización de la propiedad derivada de la separación entre explotación y titularidad. Ello ocurre porque hay muchos bienes en los que resulta económicamente importante la explotación y el uso de los mismos, subalternizándose la titularidad dominial. El problema no es la relación de inmediatez entre un sujeto y el bien, ni tampoco es relevante la intromisión de terceros o la protección *erga omnes*.

En todos estos vínculos advertimos:

- La existencia de un derecho real; de un contrato, que es título para adquirirlo; y de una situación contractual, constituida por una serie de vínculos negociales que regulan la relación comunitaria.
- La situación contractual puede, por un lado, ser de naturaleza asociativa: un grupo de personas se reúne para adquirir partes de un inmueble, organiza su vida en común y designa un administrador. Por otro lado, puede ser de cambio: una empresa vende y administra los bienes, establece un reglamento, y prerredacta los contratos que se firman. La utilización de una figura asociativa, como una cooperativa o una asociación, para encubrir lo que en realidad es una causa de cambio, es susceptible de desmontaje por la vía de la simulación por falsedad de la causa, o la inoponibilidad.
- El diseño contractual prerredactado produce un desgajamiento de las facultades del propietario, que pasan a la administradora: esta es la que protege los vínculos respecto de terceros y establece reglamentos de uso, sin ser propietaria. El consumidor resulta un titular invalido, a quien poco le sirve la invocación del derecho real.
- Surgen relaciones de consumo entre una empresa organizadora y el proyecto inmobiliario, y los usuarios y consumidores.

Nuestro siguiente enfoque estará basado en el análisis de la relación intersubjetiva, típicamente contractual que se conecta con la comunidad de derechos reales. Por otra parte, en muchos casos, la protección contractual será más útil y urgente que la suministrada por el derecho real, ya que muchos adquirentes se instalan y disfrutan de la cosa, con la expectativa de que la regularización dominial se produzca, y sin que ello se concrete definitivamente.

Podemos invocar como ejemplos el consorcio de propietarios en edificios de propiedad horizontal, el sistema de tiempo compartido, el de los cementerios privados y los clubes de campo, entre otros.

2. Clubes de campo

La descripción de los clubes de campo es bien conocida.¹ Se trata de un complejo inmobiliario en el que hay una propiedad dividida en lotes, con espacios comunes destinados a actividades deportivas, culturales y de esparcimiento que son vendidas en forma conjunta al adquirente.

En este punto, es necesario hacer algunas precisiones:

- Existe una propiedad inmobiliaria que se subdivide en lotes.² Estos crean espacios sometidos a la propiedad individual y otros, a la propiedad común o de la empresa administradora o de terceros. También, puede darse un caso de propiedades separadas: una que se subdivide en lotes para vender y en espacios comunes³
- La propiedad común puede ser destinada a fines muy diversos: lo habitual es la actividad deportiva y de esparcimiento, pero hay algunas con escuelas, iglesias, clínicas privadas, helipuertos, lo que constituye en pequeñas ciudades o feudos.

¹Cf. FARINA. *Contratos comerciales modernos*. Astrea, 1993, p. 669.

² Al respecto se ha indicado que debe estar en la zona suburbana, lo que no es un requisito esencial. MARIANI DE VIDAL, *Op. cit.*, p. 47. El artículo 64 de la ley de suelo establece que es un área territorial de extensión limitada, que no conforme un núcleo urbano; que esté localizada en área no urbana, que una parte se encuentre equipada para actividades deportivas, sociales, culturales, que el resto se encuentre acondicionado para la vivienda de uso transitorio, y que el área de vivienda y el de esparcimiento estén indisolublemente unidas. Véase su tratamiento en HIGHTON-ALVAREZ JULIA-LAMBOIS, *Nuevas formas de dominio*. Buenos Aires: Ad hoc, 1987, p. 38.

³ Es el caso de los clubes que tienen anexos inmuebles que se subdividen. Los propietarios tienen derechos de uso sobre el club. Cf. HIGHTON y otros. *Op. cit.*, p. 46.

- La propiedad común está regulada por un reglamento de utilización.
- La propiedad individual puede estar sometida a normas que obliguen a construir con un estilo determinado.
- Puede haber partes sometidas a la propiedad de terceros que presten servicios en ellas.
- Hay contratos de servicios diversos entre los prestadores (la administradora o terceros), y los dueños individuales o la entidad que los representa.
- Hay bienes intangibles que constituyen el comienzo: un estilo de vida particular, una determinada práctica religiosa.

Sin perjuicio de esta variedad que permite la autonomía privada, existen regulaciones que proponen una determinada modalidad. La provincia de Buenos Aires, a través del decreto 9404/86 se inclina a la coexistencia de un derecho de propiedad sobre los lotes individuales y una participación societaria en la sociedad dueña de los espacios comunes y prestadora de servicios.⁴ Para que el derecho de propiedad permita las áreas de esparcimiento, se le imponen servidumbres como restricciones al dominio.

La subsunción de este supuesto de hecho en el derecho vigente es problemática, ya que no hay un derecho real que lo contemple acabadamente, ni es posible pensar en uno atípico atento al sistema de *numerus clausus* existente. El derecho de dominio representa acabadamente la relación entre el titular y la cosa, pero no capta los servicios, los bienes intangibles, los espacios comunes, etc. Puede adicionarse el condominio sobre los espacios comunes,⁵ con la dificultad de que es necesario establecer una indivisión eterna, lo que se enfrenta con el obstáculo del artículo 2692 del CC y la vocación precaria del estado de indivisión. También, se ha visto la constitución de dominio y servidumbres.⁶ La propiedad horizontal puede ser utilizada, porque soluciona los problemas de la indivisión forzosa, la circulación interna del country, etc. Las dificultades se suscitan en punto a la etapa inicial, en la que un sujeto compra un lote, y no estaría ade-

⁴ Lo cual ha planteado el problema de adquirentes que son dueños de su parte y no socios, que se niegan a pagar las expensas.

⁵ CNCIV SALA A. JA.1989-IV-202.

⁶ Examen detallado puede verse en la obra de HIGHTON y otros, p. 59.

cuadramente contemplado en la ley que prevé inmuebles edificados.⁷

En virtud de ello, la doctrina propone su regulación como derecho real autónomo.⁸

En el ámbito contractual, la cuestión es muy interesante y debemos hacer varias distinciones. En primer lugar, debemos separar distintas etapas temporales:

- Periodo de aprobación administrativa, en el que hay una relación entre la empresa y el Estado referida a la aprobación del proyecto inmobiliario⁹ teniendo en cuenta las normas urbanísticas, de suelos, aguas, provisión de servicios públicos, ambientales. En esta etapa, pueden plantearse conflictos regidos por el Derecho Administrativo y otros con terceros que se opongan a la instalación sobre la base de la protección de bienes de incidencia colectiva.¹⁰
- Periodo precontractual, en el que se hace una oferta al público indeterminado. En esta etapa, resulta de aplicación la ley 24240 en lo referente a la obligatoriedad de la oferta realizada a través de medios publicitarios y dirigida a consumidores indeterminados y los deberes de información que son esenciales en este periodo. Asi-

⁷ Por ello, se recurre a la ley de prehorizontalidad. Cf MARIANI DE VIDAL, *Op. cit.*, p. 52. El proyecto de la Comisión del decreto 685/95 dice: Artículo 2029. Conjuntos inmobiliarios. Los clubes de campo, parques industriales, barrios o cementerios privados, centros de compras, 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, solo 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 mandatario 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. El proyecto de unificación de 1987, dispuso que los clubes de campo se pueden someter a la propiedad horizontal, siendo necesariamente comunes las vías de acceso y comunicación e instalaciones de uso compartido, y que el reglamento de copropiedad puede establecer otros límites (artículo 2617).

⁸ MARIANI DE VIDAL, *Op. cit.*, p. 54.

⁹ Un tratamiento de este tema puede verse en HIGHTON, Elena; ALVAREZ Julia, Luis; LAMBOIS, Susana. *Nuevas formas de dominio*, Buenos Aires: Ad Hoc, 1987, p. 43.

¹⁰ Por ejemplo, la oposición basada en cuestiones ambientales, o culturales o urbanísticas que opongan las entidades representativas de derechos colectivos o particulares afectados.

mismo, resultará de aplicación analógica la ley de prehorizontalidad en cuanto al tipo de información que debe contener la oferta.

- Periodo contractual que se establece entre sujetos diversos y con relación a contratos diferentes.

Los sujetos son los siguientes:

- El o los propietarios adquirentes de los lotes individuales.
- La entidad que los representa: puede haber un grupo de propietarios con un reglamento de funcionamiento; puede haber una sociedad anónima o cooperativa, que es la titular del loteo y el adquirente compra acciones del mismo, por lo que se transforma en socio.
- La entidad que realiza el emprendimiento.
- Puede darse el caso que la entidad que realiza el emprendimiento constituya una sociedad a la que se vayan integrando los adquirentes, lo que produce una confusión de intereses.¹¹
- Puede haber otras personas físicas o jurídicas que presten servicios o vendan cosas dentro del club y en forma estable.

Los contratos son los siguientes:

- Contrato de compra-venta del lote: mediante este contrato se promete la transmisión del dominio de un lote contra el pago de un precio. El objeto puede ser el lote, o el lote más la vivienda ya construida, o a construir. El objeto puede ser limitado por un reglamento interno que establezca condiciones particulares, como la obligación de construir, o la de hacerlo según un estilo. El contrato así perfilado sirve de título para la adquisición del dominio. Si hubiera un conflicto con relación a este tema exclusivamente, como por ejemplo la escrituración, no hace falta recurrir a ninguna otra aproximación ni figura análoga: se aplican las reglas de la compra-venta o de la venta de lotes por mensualidades (ley 14005).
- Contrato de sociedad: el adquirente se transforma en socio de una sociedad civil o comercial, que es propietaria de las partes comu-

¹¹ No debe olvidarse la separabilidad de las causas asociativa y de cambio señaladas en el punto anterior. De lo contrario, pueden plantearse problemas serios: Cf. CNCIV SALA A. JA.1989-Iv.202.

nes.¹² Se aplican las reglas de la sociedad para solucionar los problemas, con las dificultades que veremos más adelante.

- Contrato de locación: puede ser que el propietario o la sociedad que lo representa suscriba contratos con un club o una sociedad comercial, titular de un inmueble donde se realizan actividades deportivas. Puede instrumentarse también a través de la afiliación a un club titular del establecimiento.¹³
- Contrato de servicios: el propietario puede tener contratos de servicios con quienes ofrecen actividades deportivas, de esparcimiento, culturales, etc.

Las modalidades pueden ser muy diversas y el entramado contractual muy complejo.

Lo importante es examinar el efecto de conjunto que se logra, el que siempre debe estar sometido a las siguientes reglas:

- Son contratos conexos: tanto la interpretación como la integración no puede ser aislada, porque tampoco lo es el club. La conexión surge de una finalidad supracontractual como lo tratamos en el capítulo segundo, correspondiente a las redes.
- El emprendimiento es un todo inescindible y el entramado contractual debe procurar la obtención del fin: la vivienda en las condiciones de vida prometida y el uso de espacios comunes.
- Se produce una combinación de derechos reales que tienen los propietarios con un vínculo asociativo que generalmente toma la forma de una sociedad, de modo tal que no se puede ser dueño de un lote sin ser accionista o socio.¹⁴ La propiedad del lote está unida al derecho de uso y goce de los espacios comunes.
- No existen contratos conexos si se da la libertad de comprar un lote sin asociarse a la sociedad o asociación administradora o dueña de partes comunes.¹⁵

¹² Este es el modelo del decreto 9404/86 de la Pcia de Buenos Aires, que dispone que una entidad jurídica independiente a la que se incorporen los propietarios de cada parcela, será la propietaria de las áreas recreativas y responsable de la prestación de los servicios generales.

¹³ CNCIV SALA D. Broggi, Carlos c. *Club Atletico Bco Pcia de Bs.As.*, LL. Reseña de fallos, 1986-E-p. 708.

¹⁴ HIGHTON, Elena; ALVAREZ JULIA, Luis; LAMBOIS, Susana. *Op. cit.*, 1987, p. 73.

¹⁵ CS. Mapuche Country Club Asoc.Civil c. Lopez de Marsetti, Hebe, LL.1991-A-293. En este caso, la asociación dio de baja a la demandada por falta de pago. La

Sobre la base de estas reglas, se debe realizar un control de contenido de la normatividad contractual. En virtud de ello, pueden ser declaradas ineficaces cláusulas que establezcan ingresos o egresos demasiado limitados,¹⁶ o que limiten la libertad de elección interna,¹⁷ así como las que contraríen el orden público.¹⁸

La doctrina se ha concentrado también en los aspectos societarios.¹⁹ La costumbre muestra que la mayoría de los emprendimientos se hacen mediante la constitución de un régimen de propiedad horizontal, y una sociedad que es propietaria o simplemente administradora de los espacios comunes, integrada por los adquirentes de las parcelas. En otros casos, la sociedad es dueña de la totalidad de las partes, lo que es sumamente riesgoso, ya que el adquirente no tiene sino un derecho personal (una acción), y no un derecho real sobre el bien que adquiere.

La constitución de la sociedad es problemática. En el derecho argentino, es, normalmente, una asociación civil bajo la forma de sociedad anónima. Esto trae los siguientes inconvenientes: a) es una sociedad comercial por la sola adopción de esta forma típica, pero su objeto no es la distribución de beneficios dinerarios, sino la producción de servicios que se transforman en beneficios para los asociados;²⁰ b) si

demanda fue rechazada en primera instancia porque se había dado de baja a la asociada; la Cámara revocó la sentencia porque siendo un club de campo un todo inescindible, la demandada no podía permanecer en el lugar sin pagar las contribuciones societarias. La Corte revocó la sentencia de Cámara al indicar que en este caso específico, se permitía la propiedad de un fundo sin obligación de ingreso a la sociedad. No se daba entonces la conexión requerida.

¹⁶ Véase en HIGHTON y otros.

¹⁷ Hemos tratado este tema en LORENZETTI, Ricardo Luis. *La libertad de elección*. LL y *Nuevas Fronteras del abuso de derecho* (situaciones jurídicas lesivas de libertades-tutela del mercado y amparo), LL. 17.10.95.

¹⁸ Puede haber una multiplicidad de normas aplicables derivadas del orden público. Por ejemplo, en la obra *Comunidades de vecinos y administración de fincas urbanas y complejos residenciales*, compilación legislativa dirigida por Carlos Lasarte Álvarez y Manuel Feliz. Madrid: Tecnos 4.^{ta} ed., 1997, se advierten regulaciones de orden público referidas a la comisión de los administradores, la instalación de antenas de televisión, la construcción y uso de piscinas e instalaciones deportivas, ascensores, pararrayos, etc.

¹⁹ Cf. ACQUARONE, María. *Los clubes de campo. Utilización de la sociedad anónima para su utilización*; CASSINI, Analía. *Los clubes de campo. Su regulación desde el punto de vista del derecho societario y la legislación provincial*; LUTHY, Wilfran. *Soluciones de derechos reales. Clubes de campo. Tiempo compartido. Parque industrial y cementerio privado*; DASSO, Ariel. *Conformación asociativa del club de campo*. Todos estos trabajos fueron publicados en *Negocios Parasocietarios*, dirigido por Fabier Dubois. Buenos Aires: Ad Hoc, 1994.

²⁰ Cf. STRATTA, Alicia, *Las asociaciones bajo forma de sociedad*, LL.1980-D-1037.

se disuelve y es una asociación, sus bienes van a una entidad de bien público, lo cual es gravísimo en el caso de las partes comunes de los clubes; c) si hubiera insolvencia y quiebra, los propietarios, serían meros acreedores quirografarios; d) la relación entre la sociedad y los adquirentes puede ser muy conflictiva, debido a que no hay un mecanismo para que se los pueda obligar a ser socios. En el caso en que lo sean, puede haber serias discordancias sobre el nivel de gastos aceptables.

La solución que se ha encontrado para evitar algunos de estos inconvenientes es configurar la relación jurídica fundamentalmente como un régimen de propiedad horizontal, de modo que se otorgue reales al adquirente y se constituya una asociación bajo la forma de sociedad anónima para la administración de las partes comunes. En el caso de que esta sociedad fuera propietaria, lo sería en virtud de un fideicomiso, que es un mecanismo que permitiría sortear el riesgo de la disolución o la quiebra.

3. La protección contra la discriminación

Los emprendimientos que tratamos crean situaciones regulatorias generales. Esta característica hace que no solo resulten obligados por las obligaciones contractuales, sino por otras que protegen otros bienes jurídicos. De ello se desprende que, como todo organizador de una red, existe un deber de trato igualitario. Este deber significa que todos los integrantes tienen una posición jurídica por pertenecer a la red, de la que emana un plexo de derechos y deberes. Algunos de ellos con base en el contrato y otros, en normas extracontractuales. Uno de los aspectos es la aplicación de la ley antidiscriminatoria, de modo que ninguno de los sujetos que está ubicado en los clubes de campo puede recibir un trato diferente por razón de su raza, creencias políticas o religiosas. Este problema es particularmente importante en clubes que tienen una determinada mayoría religiosa o racial, por lo que resulta aplicable plenamente la protección inhibitoria y resarcitoria prevista en la ley antidiscriminatoria.²¹

Otro de los aspectos es la situación de las personas con capacidades diferentes, tanto en clubes de campo como en otras urbanizaciones. Muchos de ellos requieren reformas arquitectónicas para poder disfrutar en igualdad de condiciones, que deben ser soportadas por

²¹ Ampliamos en *Las normas fundamentales de Derecho Privado*.

los demás, con un costo adicional. Como suelen ser minorías, las comunidades terminan siendo construidas conforme al criterio de la minoría.

Algunas legislaciones han contemplado este problema,²² que en nuestro derecho tendría una vía de solución por la ley 23592 de prohibición de trato discriminatorio y 22.431 de protección de la incapacidad.

4. La venta de parcelas en cementerios privados

4.1. Costumbre negocial y orden público

Los denominados cementerios privados han irrumpido en la realidad socioeconómica con mucha fuerza, por lo que merece la atención del Derecho. Para nuestros fines, podemos aislar los siguientes elementos configurativos del supuesto de hecho a tipificar.

- Generalmente, hay una empresa organizadora que ofrece la «venta de una parcela» a quienes deseen adquirirla para sí o para terceros.
- La costumbre es que se va pagando una cuota en forma anticipada y que, luego de producido el fallecimiento del beneficiario, surge el derecho a ocupar la parcela.
- La expectativa del adquirente es obtener un lugar de descanso para sus muertos y contar con servicios de inhumación, conservación de instalaciones, espacios verdes, vigilancia, aseo, etc.²³
- Los servicios son onerosos, porque se establecen unas expensas y un sujeto obligado al pago.
- Es una relación jurídica de larga duración que requiere asegurar la seriedad de la empresa para que pueda dar los servicios en un lapso prolongado.²⁴

²² Por ejemplo, España: la ley 3/90 que modifica el artículo 16 de la ley 49/160, modifica la ley de propiedad horizontal para establecer que los acuerdos para aprobar la supresión de barreras arquitectónicas que dificulten el acceso y la movilidad de las personas con minusvalía, bastará el voto de las tres quintas partes de los propietarios que representen los 3/5 de las cuotas de participación, y no la unanimidad.

²³ Cf. MARIANI DE VIDAL, Marina. *Curso de Derechos Reales*. Buenos Aires: Zavalia, 1997, tomo 2, p. 57.

²⁴ El sujeto que organiza la actividad debería estar controlado por la autoridad

- El vínculo canaliza el deseo del titular a no ser turbado, por lo que debe asegurársele un derecho real.
- Es una relación onerosa de larga duración, por lo que la empresa tenderá a asegurarse el pago de las expensas, solicitando garantes.
- Es una actividad que involucra a grupos de consumidores y usuarios.

El inicio de la relación jurídica importa la celebración de un contrato que, luego es un título para un derecho real. Ambos presentan caracteres atípicos. La adjudicación de un derecho real tiende a la protección del adquirente y usuario, ya que de otra manera tendría un derecho absolutamente inestable. La continuación del vínculo presenta también un aspecto contractual, donde deben incluirse las prestaciones onerosas y durables de servicios.

Al contrario de los cementerios públicos,²⁵ estamos frente a una relación jurídica privada. Este proceso genera un primer aspecto problemático, relativo a qué cantidad de residuo publicístico conserva la regulación: indudablemente debe tenerse en cuenta el régimen administrativo municipal, provincial²⁶, los reglamentos de salud pública, y el ordenamiento imperativo sobre la propiedad.

4.2. El derecho de sepultura

Este tema ha sido tratado con profundidad en el campo de los Derechos Reales. Se ha discutido su naturaleza jurídica²⁷ y se ha encontrado similitud con el uso²⁸ o con la propiedad horizontal.²⁹

publica en lo referente a su solvencia. Así se hace con otras actividades que administran el ahorro semipúblico y es relevante a los fines de cubrir riesgos económicos futuros.

²⁵ Que pertenecen al dominio público del Estado conforme al artículo 2340 del Código Civil.

²⁶ Por ejemplo la ley 9094 de la Provincia de Buenos Aires.

²⁷ El problema que más ha preocupado a la doctrina ha sido el de discernir el tipo de derecho que asiste al usuario sobre el sepulcro. La existencia de un *númerus clausus* según el artículo 2502 del CC, constituye un obstáculo de relevancia para subsumir en él a las nuevas formas de la propiedad, al punto que la XI jornadas de Derecho Civil entendieron que no pueden encuadrarse en ninguno de los derechos reales permitidos. Además, se admite el carácter inmodificable de las disposiciones relativas a derechos reales (artículo 2502 CC), lo que expulsa la idea de atipicidad. En virtud de ello, se ha pretendido encuadrar este supuesto en algunas de las figuras ya existentes. Tanto el dominio como el condominio presentan obstáculos insalvables por la ausencia de individualidad y por la posibilidad, en el último caso de pedir la división. En esta

Indudablemente, en todos estos abordajes está presente la protección del adquirente, por lo que se establece un derecho sobre la cosa que prescindida de la conducta del otro contratante. Tanto el derecho

materia, puede consultarse: FLAH, Lily; SMAYEWSKY, Miriam. *Reformas al Código Civil*, dirigido por A. Alterini, Roberto; LÓPEZ CABANA, Abeledo. Buenos Aires: Perrot, 1994; HIGHTON, Elena; ALVAREZ, Julia, Luis, LAMBOIS, Susana. *Nuevas formas de dominio*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1987; BOTASSI, Alfredo. *Cementerios públicos y privados*, LL.1981-C.1056; DIAZ DE GUJJARRO, Enrique. *Los sepulcros como objeto de relaciones jurídicas de derecho privado*, JA.&.60-905. En obras generales Cf. MARIANI DE VIDAL, Marina. *Curso de Derechos Reales*. Buenos Aires: Zavalia. LORENZETTI, Ricardo. *Notas para el régimen jurídico de los cementerios privados*, LL.1991.E.1192. KIPER, Claudio. *Acerca de las posibilidades de constituir derechos reales sobre espacios destinados a sepulturas en los cementerios privado*, LL.1988.E.935.

²⁸ La búsqueda se ha orientado hacia los derechos reales sobre cosa ajena, de goce, que otorguen un derecho sobre la utilidad de la cosa. Algunas figuras enfrentan el obstáculo de su intransmisibilidad *mortis causa*, como el usufructo y el uso. El usufructo persigue fundamentalmente facilitar el uso al titular, de ahí su carácter vitalicio, lo que no se compadece con el sepulcro que viene a ser utilizado después de la muerte (artículo 2825 CC). El derecho real de uso es una figura de uso frecuente, pero contiene las mismas dificultades que el usufructo. Se la pretende sortear mediante un compromiso de otorgamiento de un nuevo derecho a los herederos. Asimismo, la empresa suele renunciar a la posibilidad de transferir (artículo 1449 CC). Ambas soluciones han sido objetadas en razón de constituir modificaciones que afectan el orden público (artículo 2502).

²⁹ Otros autores se han inclinado por el régimen de la propiedad horizontal (MARIANI DE VIDAL, *Op. cit.*, p. 60), atendiendo a la existencia de partes comunes y partes exclusivas. En el V encuentro de abogados civilistas, se recomendó como una suerte de solución heroica, ante la falta de normativas específicas y ante las situaciones de hecho, la aplicación analógica del régimen de la propiedad horizontal. El primer aspecto discutible es si el régimen de propiedad horizontal se refiere únicamente a departamentos o pisos con destino a vivienda o bien puede incluir también a los sepulcros. El legislador no se ha referido a ellos en este régimen, aunque ello no implica que lo haya prohibido; corresponde investigar entonces si hay una incompatibilidad excluyente. Es un régimen apto para regular lo atinente a las partes comunes, con administrador, con reglamento, que son instrumentos de gran utilidad en nuestro caso. Esto también acarrea sus obstáculos en tanto que cada propietario es copropietario sobre el terreno y cosas de uso común (artículo 2 ley 13512), cosa que no sucede en el régimen de cementerios privados. El problema reside fundamentalmente en determinar si es posible que el sepulcro sea equiparado a los distintos pisos de un edificio o distintos departamentos de un mismo piso o departamentos de un edificio de una sola planta, independientes y con salida a la vía pública directamente, que es el supuesto de hecho previsto en el artículo 1 de la ley 13.512. La divisibilidad de la cosa se enfrenta con el régimen de la unidad económica (artículo 2326 CC), por lo que debería darse una reglamentación al respecto. Asimismo, deben dictarse normas relativas a la distinta función que tienen los sepulcros. En estos casos habrá que propiciar también la aplicación del régimen de prehorizontalidad, y la adecuación de la técnica registral. En contra de esta opinión: SCOTTI, Edgardo. *Régimen jurídico de los cementerios privados*, LL.1987-A-814.

real de uso como el régimen de propiedad horizontal en forma analógica persiguen este propósito.

Asimismo, se ha intentado proteger a las partes comunes, debido a esto se ha prohibido la división del inmueble, lo que se considera una indivisión forzosa.³⁰

Sin perjuicio de la aplicación analógica que pueda hacerse para solucionar algunos casos particulares, puede decirse que los cementerios privados no pueden encuadrarse en ninguno de los derechos reales permitidos, por lo que se hace necesaria su recepción legislativa.³¹

4.3. El contrato

En la relación jurídica que examinamos, hay una serie de aspectos que muestran la relación entre el titular y la cosa mediatizada por conductas (contrato), y otros en los cuales la relación es directa (derecho real) hay vínculos de colaboración contractual y de atribución real; es decir, que es una relación compleja real con componentes contractuales. Este es un claro ejemplo de contractualización de la propiedad.

Concentrándonos en nuestra materia advertimos también un problema de calificación.³² Aunque existe la ventaja de que no hay un

³⁰ Cf. MARIANI DE VIDAL, *Op. cit.*, p. 62.

³¹ Por ello, se ha sugerido una reforma legislativa que los incluya. *De lege ferenda* se ha propuesto el derecho real de superficie. La propiedad superficiaria es independiente de la ley del suelo, superándose así la dificultad que respecto de los lugares comunes encierra el régimen de propiedad horizontal. Asimismo es un derecho sobre cosa ajena, que también refleja la realidad de los cementerios. Como obstáculo se puede señalar la temporalidad que connota al derecho de superficie por ser sobre terreno ajeno, y la posibilidad de que se le imponga un plazo. También *de lege ferenda* se ha afirmado que debe legislarse sobre un derecho real de sepulcro, con tipicidad propia, que es sobre cosa ajena, perpetuo o temporario, inembargable, susceptible de prescripción breve. Esta posición recibió adhesión en las XI Jornadas Nacionales de derecho civil y en el 2do encuentro sobre cementerios privados de la Universidad Notarial Argentina, ambos de 1987. En el V encuentro de abogados civilistas, siguiendo una exhaustiva propuesta de los doctores Andorno y Chávarri, se sugiere un régimen análogo al de propiedad horizontal. En tanto hay que resolver un problema de atribución de bienes y dar garantía a los usuarios, es necesario conceder un derecho real, que por su tipicidad debe ser legislado.

³² La posibilidad de equiparar este vínculo a una locación, supondría que no tenga un plazo mayor a 10 años, lo que no es posible en este caso. La locación con renovaciones ulteriores fue también censurada por Vélez, quien advertía también

númerus clausus como en los derechos reales. De allí que puede decirse que hay un contrato atípico, que tiene elementos de la venta y de la locación de cosas y de servicios. De la primera toma en cuenta la vocación de adquirir para sí la cosa, a perpetuidad; de la segunda, el uso y goce; de la tercera, la prestación de servicios complementarios.

Este contrato atípico puede ser título del derecho real, pero además, constituye el entorno en el cual se desenvuelve y es condición de su supervivencia.³³

La finalidad económica perseguida por el oferente es la utilidad que deriva del precio por la venta del predio en forma de parcela y de la renta permanente que puede obtener por la prestación de servicios de administración y cuidado. Para el usuario es la posibilidad de usar,³⁴ generalmente a perpetuidad, para sí o para terceros.

El objeto del negocio es la transferencia del uso y goce de una cosa, contra el pago de un precio. La parcela resulta de una división ideal de un inmueble privado al que se le adjudica la finalidad de sepulcro,³⁵ con la previa aprobación estatal: de ahí su enajenabilidad y la licitud del objeto.

La causa fin subjetiva causalizada es la sepultura, es decir, conservar en la parcela los restos de alguien que ha fallecido. Debido a esto, surge un interés de afección cuya lesión da lugar al resarcimiento del daño moral.³⁶

sobre las dificultades para la enajenación posterior y la sucesión. El comodato que genera un derecho personal (artículo 2265 CC), es un contrato gratuito (artículo 2255 id.) y real (artículo 2256), caracteres ambos no compatibles con el supuesto de hecho en examen. La compra-venta es de objeto imposible por el límite de la unidad económica, la ausencia de individualidad y los límites impuestos por el uso común.

³³ Nadie contrataría un derecho real de sepulcro si no existieran compromisos de servicios, mantenimiento, etc, ni nadie los ofrecería si no hubiera expensas a cobrar.

³⁴ Este uso es pasivo, no se vincula con actos de administración ni de disposición de la cosa.

³⁵ El carácter bien privado puede definirse de un modo general mediante una negación: es todo aquel que no pertenece al dominio público del Estado. Positivamente, puede definirse con un alto grado de precisión diciendo que es aquel en que el propietario es privado, aunque pueda darse el caso excepcional de que se constituya en bienes privados del Estado (artículo 2342 CC). Los usuarios que son siempre particulares, cualquiera sea el titular de la propiedad.

³⁶ CNCIV, Sala F, DEPAOLINI, Jorge R. C. Municipalidad de Buenos Aires, LL, 3.4.98. En este caso se admitió el daño moral por un incumplimiento, al trasladarse sin autorización los restos de familiares, porque «no puede dejar de recordarse que el

El objeto incluye los siguientes servicios: sepultura, custodia, buena conservación, mantenimiento de espacios verdes u otros que integraron la promesa. Deben distinguirse los servicios de carácter público como es el de sepultura, prestados por particulares y, por lo tanto, sujetos al poder de policía mortuoria, de los privados sujetos a la regulación contractual: tipo de mantenimiento, costos, volumen del espacio verde, etc.

Las normas que se aplican son de Derecho Privado para el régimen de los sujetos (capacidad del sujeto propietario, de constitución, funcionamiento o disolución de la sociedad) a las relaciones entre el propietario y la cosa, entre el usuario y la cosa, y entre el propietario y el usuario, y a los servicios privados. En cambio, lo atinente al servicio está regulado por normas de Derecho Administrativo municipal y provincial.

Es un contrato atípico con una finalidad de cambio, de custodia y de cooperación con fines de previsión: persigue una circulación de bienes patrimoniales mediante la concesión del uso temporario, la custodia del sepulcro y los restos allí depositados, y se prometen servicios especiales y una captación del ahorro para obtenerlos.

Este contrato sirve de título para el derecho real de uso y puede solucionar el problema de su renovación al constituirse en título futuro. También, puede decirse que es celebrado por adhesión a condiciones generales, que es de duración, no formal, concensual, oneroso y bilateral.

El usuario debe pagar el precio y también las expensas que se pacten. Una de las modalidades que se ha expandido es el pago anticipado del precio. Puede resultar problemática, en una relación de larga duración, la existencia de inestabilidad económica, por lo que resulta aplicable la excesiva onerosidad sobreviniente en ambos aspectos.

El retardo o el incumplimiento absoluto de las expensas afecta a una obligación accesoria. Se ha señalado que, en virtud de tal accesoriidad, la falta de pago no lleva como sanción la pérdida del derecho de sepulcro. Como contrapartida, si no hay sanción alguna, se puede generalizar el incumplimiento entre los usuarios, lo que lle-

culto a los muertos es un hecho jurídicamente tutelado y que los parientes más próximos gozan del derecho subjetivo de custodiar sus restos y de perpetuar su memoria. Es evidente, entonces, que ese poder jurídico que tenía el actor sobre la disposición y destino de sus parientes fallecidos ha sido vulnerado produciéndole indudablemente una clara perturbación moral que debe ser resarcida».

va a la quiebra del sistema, porque no hay quién lo mantenga; de modo que resulta conveniente la adopción de garantías de pago.

Por analogía con el usufructo, rigen los deberes de no alterar la sustancia de la cosa (artículo 2807 CC), de usarla y gozarla sin alterar su destino (artículo 2878), de efectuar las reparaciones ordinarias de conservación (artículo 2881 y ss). Dentro de los derechos, se reconoce el de hacer mejoras que son a su cargo.

Puede ser un vínculo perpetuo o temporario. Este último conlleva al problema de la renovación. Si es un derecho personal es cesible y se reconoce la facultad de los usuarios a ceder sus derechos sobre las sepulturas, previa conformidad de la propietaria, lo que se produce en este caso es la extinción del derecho de uso a favor del cedente, constituyéndose un nuevo derecho a favor del cesionario. Lo mismo sucede en los casos de muerte, lo que compromete a las partes a otorgar un nuevo derecho de uso a favor de los herederos en un plazo contado a partir de la muerte del causante. Así redactada la cláusula es novatoria, puesto que produce la extinción del vínculo anterior por cambio de sujetos.

Lo que interesa fundamentalmente y ha preocupado a la doctrina es garantizar que después de la muerte del titular exista un derecho real que se pueda adjudicar a los herederos y que en el régimen actual no es fácil de lograr.

Se ha dicho que deben respetarse los estados posesorios o cuasiposorios de los que hubieren gozado las personas durante tantos años por aplicación de los principios de buena fe³⁷. De esto se sigue que la relación debe ser renovada, salvo causas graves que así lo impongan.

Actualmente, solo es posible complementar el derecho real del titular con la obligación de la empresa de contratar en el futuro a fin de dar un derecho real de uso. Puede instrumentarse este efecto a través de la oferta a plazo del contrato de prelación, o de la promesa.

Cabe preguntarse si es posible que el cementerio perjudique a terceros. Las molestias que puede ocasionar una actividad dan derecho a oposición por parte de terceros, cuando exceden la normal tolerancia, por lo que se debe contemporizar el uso regular de la propiedad y las exigencias de la producción (artículo 2618 CC). Corresponde se-

³⁷ MARIENHOFF, Miguel, *Dominio Publico. Concesiones temporarias de uso especial o privativo. Situación de los concesionarios al vencimiento de las mismas*. LL.1990.E. 881.

ñalar que en todas las comunidades hay cementerios y que la ley autoriza o impone construirlos, por lo que inevitablemente habrá cementerio, sea público o privado. De modo que se trata de una actividad lícita. Por lo tanto, si se analizan las molestias con un criterio objetivo como manda la doctrina, la instalación de un cementerio es algo que todos debemos soportar en la civilización moderna. En muchos casos, los cementerios no ocasionan molestias sino prestigio social, como sucede con el cementerio de la Recoleta en Capital Federal que está ubicado en pleno centro y en una de las zonas más aristocráticas que lleva su nombre.

En materia de salud pública, corresponde al Estado el controlar los posibles efectos contaminantes que pudieran derivarse del enterramiento.