

CONSORCIO DE CONDOMINIOS

Su encuadramiento jurídico



Luis Alberto Cornú Labat

I. INTRODUCCION

El mercado inmobiliario muestra desde hace varios años la aparición de un sistema de colocación de unidades en propiedad horizontal conocido con el nombre de "consorcios al costo".

Esta forma de adquisición de unidades a construir, para ser sometidas al régimen de la Ley 13.512, se ha desarrollado sin contar con una base legal regulatoria específica.

Es uno de los tantos casos en que la dinámica del tráfico moderno de bienes y servicios supera los moldes clásicos de contratación y, apoyándose en el principio de autonomía de la voluntad, va conformando nuevas figuras que adquieren una cierta tipicidad social.

La repetición de algunas características comunes dentro de ese tipo de contrataciones es lo que permite intentar, a partir de un análisis comparativo, su sistematización desde el punto de vista jurídico.

II. CONCEPTO

La literatura encontrada sobre el tema pretende conceptualizar la figura involucrando en ella una serie de sujetos y elementos que aparecen habitualmente a lo largo de lo que podríamos denominar la etapa preparatoria o previa a su constitución.

Laje, describe el proceso de la siguiente manera: "El dueño de un inmueble, una empresa constructora, un director de o-

bra y un denominado "promotor" en forma simultánea o sucesiva, acuerdan que el primero venderá la finca por un precio determinado, con el fin de que mediante la intervención de la empresa y del director de obra precitados, se levante en ella un edificio y se la incorpore al régimen de la propiedad horizontal. El "promotor", valiéndose de la propaganda y de otros medios a su alcance, busca a los interesados en adquirir las unidades que integrarán el futuro edificio y cuando los encuentra en número suficiente, suscribe con cada uno de ellos un contrato, basado en un texto uniforme, donde figuran las cláusulas básicas de la operación".¹

A partir de allí queda organizado el llamado "Consortio al costo", denominación que proviene de adoptar la designación que corresponde al ente surgido de la ley 13.512 y adicionarle una nota de contenido económico referida al sistema de construcción que usualmente se emplea en esta clase de operaciones.

Da Silva Pereira explica en términos parecidos esta compleja manera de operar, refiriéndose particularmente al mercado inmobiliario brasileño.²

En mi opinión esta forma de caracterizar la figura que intentamos analizar tiene la virtud de describir el proceso más común a través del cual se originan estos consorcios de facto. Pero peca de limitada al excluir del concepto otras formas posibles de constitución, y peca de exce-

sivamente amplia al abarcar en una misma figura sujetos cuya actuación no es esencial y relaciones jurídicas que pueden ser consideradas de manera autónoma.

Pienso que, con mayor rigor jurídico, podemos intentar conceptualizar la figura partiendo de los elementos esenciales y que mayor proyección adquieren en el tiempo, los que aparecerán así separados de los actos preparatorios que pueden diferir según los casos y que importan generalmente relaciones jurídicas encuadrables dentro de algunos de los contratos típicos.

En este orden de ideas podemos intentar definirlo como el conjunto de condóminos de un inmueble que, a instancia de un promotor, asume en forma organizada la obligación recíproca e irrevocable de construir, mediante el aporte del capital necesario para tal fin, un edificio o un conjunto de edificios en el inmueble objeto del condominio, el que una vez terminado será sometido al régimen de propiedad horizontal disolviéndose el condominio mediante la adjudicación de las unidades resultantes.

Presentando así el concepto nos inclinamos por adoptar como denominación la de "Consortio de Condominios" por entender que es la que mejor refleja la realidad jurídica del instituto. Esta denominación es la empleada por Gatti y Alterini.³

La definición intentada tiene la ventaja de caracterizar la figura en torno a los sujetos típicos y esenciales de la contratación:

el promotor y los condóminos del inmueble.

Ellos son los que mayor preocupación han dado a la doctrina y a la jurisprudencia ya que las relaciones jurídicas que los vinculan constituyen verdaderos contratos atípicos e innominados.

Los demás sujetos que suelen contemplarse al analizar el tema no revisten, a mi entender, ninguna trascendencia para la configuración del instituto.

Su intervención en las etapas previas a la constitución del acuerdo, en el acto constitutivo, o con posterioridad al mismo, no es imprescindible y puede ser regulada a través de las disposiciones que reglamentan la compraventa, la locación de obra o la locación de servicios.

Una breve referencia a cada uno de ellos confirmará la conclusión.

A. Propietario vendedor del inmueble: Ocurre generalmente que el inmueble sobre el cual se va a construir pertenece a un tercero ajeno al grupo de futuros condóminos entre los cuales se concertará el compromiso de construcción.

En estos casos la vinculación jurídica entre el propietario vendedor y los adquirentes en condominio se efectúa por intermedio del promotor, quien suele operar de diversas maneras.

Puede ser que el promotor actúe en base a una autorización de venta de partes indivisas, condicionada a la formación del grupo adquirente en determinado plazo.

Puede ser también que el promotor compre por boleto transferible o en comisión, y antes de la escrituración transfiera el boleto a los futuros condóminos quienes escriturarán directamente a su nombre.

Puede ser, por último, que el promotor obre en virtud de un convenio concertado con el propietario vendedor, con una empresa constructora y/o con el profesional encargado del proyecto.

Sin embargo, cualquiera sea el "modus operandi" la relación jurídica emergente se regulará

por las disposiciones del contrato de compraventa y el propietario vendedor quedará, desde el momento en que otorga la escritura traslativa de dominio, desvinculado totalmente de la contratación. Salvo el caso posible en que permanezca como integrante del condominio en cuyo caso su status jurídico será el que surja del convenio con sus condóminos y no el que emanaba de su carácter de propietario vendedor.

A esta misma conclusión arribó el Dr. Albisetti al fundar su voto como integrante de la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil el 21 de julio de 1969, en autos "Grinberg de Kraves, Martha c/Basch, Máximo".⁴

Sostuvo en esa oportunidad que quien contrató con el propietario de un terreno la compraventa de una parte indivisa del mismo, simultáneamente concertó con una firma especializada la promoción de la construcción de un edificio y, posteriormente, en cumplimiento de lo estipulado, convino con una empresa constructora la realización de la obra, no puede pretender que el vendedor del inmueble le escriture el departamento que en definitiva le correspondió y si sólo la cuota parte del terreno adquirido.

Es de advertir, por último, que puede ocurrir que el compromiso de construcción y la organización del consorcio se acuerde entre personas que ya integran un condominio.

Esta posibilidad demuestra que la actuación de un propietario vendedor no es imprescindible ni siquiera en la etapa preparatoria.

B. Proyectista y Director de Obra: Comúnmente la promoción para la formación de un consorcio se efectúa en base a un proyecto de obra ya elaborado.

Esto presupone la intervención, en la etapa preparatoria, de un profesional arquitecto o ingeniero autor del proyecto quien generalmente se asegura, además, la dirección de la futura obra.

Su vinculación jurídica se logra también, habitualmente, a través del promotor que le recomienda la confección del proyecto en base al cual se efectuará, luego, la contratación de los integrantes del condominio.

Así, por intermedio del promotor, el profesional termina concertando con el grupo de condóminos un típico contrato de proyecto y dirección de obra que se registrará por las normas específicas de la locación de obra o de la locación de servicios, según sea el caso.

Si bien es usual que el profesional intervenga ya desde la etapa preparatoria, nada obsta a que su actuación se convenga una vez concertado y organizado el compromiso de construcción.

C. Empresa Constructora: Es también una realidad que, en muchos casos, el promotor actúa comprometiendo de manera previa la realización de la obra con una empresa constructora determinada. Se acuerdan entre ellos todos los detalles y, en el momento en que se constituye el condominio, se firma el contrato de obra con los condóminos.

La intervención de la empresa constructora no es tampoco imprescindible ya que, en muchos casos, la obra se realiza por el sistema de contratos separados que excluye la presencia de una empresa única.

Pero, en caso de efectuarse la contratación de la obra por empresa, antes o después de la constitución del condominio, la relación jurídica vinculante es típicamente una locación de obra.

No escapa a nadie que en los últimos años, este que nos ocupa, ha sido un sistema de contratación al cual han recurrido no pocas empresas constructoras como forma de defenderse frente al galopante proceso inflacionario.

Así ha habido casos en que la propia empresa constructora actuó en el triple carácter de promotor, propietario vendedor y empresa constructora.

De tal manera, obtuvo un primer margen de utilidad con la

venta del inmueble y simultáneamente aseguró la financiación de la obra a través de los adquirentes y la adecuación permanente del beneficio de empresa, convenido porcentualmente sobre el costo de construcción.

Sin embargo, la circunstancia de que en una misma persona puedan haberse reunido distintos roles no modifica en nada el esquema de contratación, en el que, como ha sido demostrado, nos quedan como únicos elementos jurídicamente novedosos la actuación del promotor y la actuación del grupo de condóminos.

III. INSTRUMENTACION

Los distintos casos que han podido ser analizados permiten apreciar una manera similar de operar para llegar a la formalización de la contratación definitiva.

Esta apreciación autoriza a distinguir, desde el punto de vista instrumental, la etapa preparatoria y el momento de constitución.

A. Etapa Preparatoria: La etapa preparatoria se caracteriza por la concertación de una serie de contratos bilaterales cuyo centro coordinador lo ocupa el promotor.

Con los sujetos accidentales del proceso, si es que los hubiera, la vinculación se concreta por intermedio de contratos típicos cuyo análisis no presenta dificultades importantes por lo que no merecen ser considerados.

La relación más compleja y delicada es la que el promotor va concertando con los interesados en integrar el futuro consorcio.

Las formas que en la práctica asumen esos compromisos son variadas.

Sin embargo, siempre el objeto es el mismo: boleto de compraventa de parte indivisa de un inmueble unido a la obligación inescindible de construir, compromisos ambos condicionados a que en un período de tiempo determinado se hayan consegui-

do tantos interesados como unidades se proyectaron.

Estos instrumentos, que suelen denominarse "*Propuestas para la integración de consorcio*", o más simplemente "*boletos convenio*", incluyen dentro de la obligación de construir todas las modalidades que van a permitir el cumplimiento de esa obligación: descripción de la obra proyectada y de la unidad que se adjudicará al adquirente, organización del grupo de condóminos particularmente en lo atinente a la formación de la voluntad y a la representación, obligación de aportar para contribuir a la construcción en proporción a su participación porcentual en el futuro condominio, plazo estimado, compromiso de pactar la indivisión forzosa del inmueble, forma de disolver el condominio.

El llamado "*boleto-convenio*" relaciona al promotor con el adquirente. Pero, por cuanto contiene estipulaciones a favor de terceros y aceptación de similares estipulaciones contenidas en los demás boletos, en el momento en que se cumple la condición a que está sujeto produce automáticamente un efecto vinculatorio entre todos los adquirentes.

Si la condición no se cumple el compromiso quedará resuelto, debiendo el promotor devolver lo que el virtud del mismo hubiera recibido del adquirente.

B. Constitución Definitiva: Una vez obtenido el número de adquirentes prefijado se procederá a la constitución definitiva del "*Consortio de condóminos*".

Ella se formaliza generalmente a través de tres instrumentos:

1°) La escritura traslativa de dominio por la cual los adquirentes reciben en condominio la parte indivisa del inmueble proporcional al porcentual que se ha estimado para la unidad que se le adjudicará. Simultáneamente todos los condóminos pactan la indivisión forzosa del condominio, la que se mantendrá hasta tanto se haya cumplido el fin previsto.

Demás está aclarar que esta escritura no será necesaria toda

vez que el condominio fuera preexistente, en cuyo caso los condóminos deberán igualmente otorgar el pacto de indivisión forzosa.

2°) El convenio general de construcción por el cual todos los condóminos acuerdan el compromiso recíproco de construir.

Este es el instrumento más complejo y delicado por la multiplicidad de aspectos que debe regular.

Las normas que habitualmente contiene permiten clasificarlas de la siguiente manera:

a) *Cláusulas destinadas a precisar el objeto de la contratación:* descripción del proyecto, obligación irrevocable de construir la obra y una vez terminada subdividirla en propiedad horizontal, adjudicándose los condóminos las unidades resultantes en propiedad exclusiva.

b) *Cláusulas organizativas:* son las que establecen los órganos a través de los cuales se va a gobernar el consorcio de condóminos para obtener el logro del fin previsto. Estas disposiciones crean un cierto sistema jerárquico en cuya cabeza se encuentra la Asamblea de condóminos, en la que se concentra el mayor poder decisorio. En un segundo grado, y dotado también de algunas facultades decisorias, se encuentra el Consejo de Administración o Comisión de Apoderados, nombres éstos con que se los designa comúnmente. Este suele ser el órgano de representación a través del cual los integrantes del consorcio de condóminos se vinculan con los terceros, a cuyo efecto actúa en base a un poder irrevocable que aquellos le otorgan. Cumple funciones de administración por las que debe rendir cuentas ante la Asamblea. En algunos casos el convenio prevé un Administrador rentado, cargo que en esos casos acostumbra a reservarse para sí el promotor. La mayor o menor amplitud de funciones y facultades es variada y se le restan al Consejo de Administración, que llega algunas veces a quedar como simple órgano de contralor.

c) *Cláusulas destinadas a regular las obligaciones recíprocas*: en ellas se contempla la determinación de los aportes, forma de pago, sanciones por falta de pago, carácter de los porcentuales, venta de partes indivisas, etc..

Estas tres clases de cláusulas son las que invariablemente se encuentran en el instrumento que analizamos.

Accidentalmente pueden encontrarse otro tipo de disposiciones a través de las cuales se formaliza dentro del mismo convenio el contrato de proyecto y dirección de obra entre los condóminos y el profesional designado, el contrato de administración generalmente con el mismo promotor, o el contrato de obra con la empresa constructora.

La existencia de estas cláusulas depende de la existencia inicial de las respectivas contrataciones y del criterio técnico que se adopte para determinar la conveniencia de reunir en un solo cuerpo todas las obligaciones o hacerlo por instrumentos separados.

3º) El poder irrevocable a favor de quienes ejerzan la representación del consorcio de condóminos, otorgado en los términos de los arts. 1977 y 1982 del Código Civil. Este instrumento puede ser otorgado dentro de la misma escritura de compra, dentro del mismo convenio general si se formaliza por escritura pública o por acto separado.

IV. ALGUNOS PROBLEMAS JURIDICOS

Del análisis hasta aquí efectuado puede desprenderse con claridad que los problemas jurídicos más serios se plantean fundamentalmente con relación a la actuación de los dos sujetos esenciales que intervienen en esta contratación: el promotor y el consorcio de condóminos.

A. Con relación al Promotor:

Hemos visto a lo largo de la exposición que la tarea desempeñada por el promotor es polifacética.

La circunstancia de encontrarse en el centro de las varia-

das relaciones jurídicas y económicas que se desarrollan en la etapa previa a la constitución del consorcio de condóminos, lo muestra cumpliendo actos de corretaje, de mandato, de gestión de negocios, a los que alguna vez suma su calidad de profesional o industrial de la construcción, y aún de banquero financiero.

Da Silva Pereira, en el trabajo ya mencionado publicado en la Revista del Notariado, hace un exhaustivo estudio del tema a través del cual descarta la posibilidad de encuadrar al promotor en alguna de las figuras típicas que nos brinda la legislación por cuanto ninguna de ellas llega a abarcar totalmente su actividad.⁵

Su tesis, expuesta a manera de conclusión, es que el promotor constituye una empresa comercial inmobiliaria.

Deriva el carácter de empresa de la circunstancia de considerar que su actuación importa:

- a) Ejercicio de una actividad económica
- b) Profesionalidad
- c) Organización de los factores de la producción, bienes y servicios, y su coordinación para fines productivos.

Afirma el carácter inmobiliario de la empresa por cuanto el objeto de su actividad es, a la postre, la comercialización de inmuebles.

Por último, sostiene la calidad comercial del promotor por entender que, pese a la limitación legal, no existe ninguna razón sustancial para eliminar a los inmuebles del ámbito del negocio jurídico mercantil desde el momento en que los inmuebles son susceptibles de circulación económica.

Perfilada así su naturaleza jurídica, el autor pasa a considerar cual es el régimen de responsabilidades aplicable al promotor.

Dice Da Silva Pereira: "él es quien promueve la constitución del condominio, armoniza los intereses, encamina a las personas y las cosas para la consecución del resultado, que viene a ser el edificio en su totalidad. Y, a falta de mejor caracteriza-

ción, ya que falta una calificación legal, entendemos aconsejable buscar un instituto que se le aproxima en sus funciones: el fundador o promotor de sociedades anónimas, que, tal como sucede en el edificio por departamentos, es el padre de la idea de su creación".

Después de establecer el paralelo existente entre ambas figuras, propugna aplicar de manera analógica las disposiciones atinentes al fundador de sociedades anónimas para regular las responsabilidades y deberes del promotor.

Algunos fallos de nuestros tribunales, considerando que el contrato de promoción es un contrato complejo y atípico, han admitido el paralelismo existente entre ambas figuras.⁶

En general la doctrina es coincidente en poner de relieve la necesidad de legislar sobre el tema de manera de asegurar la idoneidad y solvencia del promotor.

B. Con relación al Consorcio de Condóminos: Pasamos a ver ahora el principal problema que se plantea con relación al conjunto de condóminos vinculados por la obligación de construir: determinar la naturaleza jurídica de la figura que conforman.

Esta dificultad radica principalmente en la yuxtaposición de dos órdenes normativos distintos.

Sobre la base de un derecho real de condominio se entrecruzan entre los condóminos una gran cantidad de derechos y obligaciones personales contraindidos para posibilitar la consecución de un fin común.

Esto, como alguna vez ocurrió en nuestros Tribunales, puede llevar al intérprete a la tentación de recurrir en primera instancia a las normas que regulan el condominio para solucionar los conflictos planteados entre los condóminos consorcionistas.

A poco que se profundice en el tema fácil será advertir que dichas normas, concebidas para situaciones distintas, resultan totalmente insuficientes para regular este proceso que, desde el

punto de vista del derecho real, importa la transformación del condominio en propiedad horizontal.

Es que si atendemos a la verdadera intención de las partes, la constitución del derecho real de condominio aparece, en alguna medida, como un aspecto secundario dentro de la contratación global.

Es, en definitiva, un medio por el cual el adquirente obtiene seguridad jurídica, y respaldo económico para su inversión.

Así vista la cuestión, el centro de atención para el jurista debe forzosamente trasladarse a lo que bien podríamos llamar el acto constitutivo del consorcio de condóminos, a cuyo contenido hemos hecho ya referencia.

Ese contenido, en el cual se precisa el objeto, se estructura una organización y se establecen las obligaciones recíprocas, nos autoriza a clasificar el acto constitutivo como un contrato plurilateral de organización.

A partir de él, y en virtud de él, observamos que ese grupo de condóminos comienza a desenvolverse como un verdadero ente: delibera y forma su voluntad por mayorías, designa sus representantes, contrata con terceros adquiriendo derechos y contrayendo obligaciones, forma un fondo común que administra en función del fin común.

Esto nos lleva de la mano a considerar si existe la posibilidad de otorgarle un encuadramiento dentro de la actual normativa societaria.

El Dr. Fliess al pronunciar el voto que sirvió de fundamento al fallo de la Sala B de la Cámara Civil, dictado en autos "Comelli de Salemme, Elena c. Consorcio de Propietarios Solimar II" el 19 de diciembre de 1966, sostuvo la tesis de que existe una verdadera sociedad de hecho que reúne los elementos requeridos por el art. 1648 del Código Civil.⁷

Hay pluralidad de sujetos, hay un objeto preciso y hay aporte de capital.

Se discute si hay utilidad apreciable en dinero.

Se discute si hay participa-

ción en las ganancias y pérdidas.

Se discute si hay "affectio societatis".

El Dr. Fliess sostuvo que "el fin económico, utilidad o beneficio perseguido por el consorcio consisten en el ahorro de gastos . . ." "Se da entonces el rasgo esencial de la sociedad, porque un ahorro es una utilidad apreciable en dinero. Y también el "affectio societatis", porque aunque no sea muy notorio aquí ese espíritu de acción común o voluntad de colaboración activa, jurídicamente igualitaria e interesada, no deja de existir, máxime cuando ese afecto varía en su acentuación según el tipo y características de cada sociedad".

Debo reconocer que la posición del Dr. Fliess es atrayente y tiene el mérito de haber encarado la cuestión prescindiendo de las normas que regulan el condominio.

Su análisis apunta bien cuando se dirige a descubrir la naturaleza jurídica de las relaciones personales que vinculan a los condóminos y a partir de allí determinar las normas que regulan sus relaciones.

Sin embargo, la dificultad que encuentro para encuadrar la figura como sociedad está dada por la carencia de un patrimonio propio ya que los aportes que efectúan los condóminos constituyen fundamentalmente dineros que, en virtud del principio de acesión, se van incorporando automáticamente al patrimonio individual de los mismos condóminos.

Esta dificultad me lleva a descartar la tesis de la sociedad, sin que ello implique desechar de plano la aplicación de sus normas.

La evaluación de los distintos elementos que la conforman me lleva a concluir que estamos en presencia de una figura atípica cuyas características la asemejan a la sociedad civil.

En mérito a esa similitud cabe sostener la aplicación analógica de las disposiciones que gobiernan el derecho societario.

Este mismo criterio fue sostenido por la Sala E de la Cámara Civil.⁸

Al fundar su voto sostuvo el Dr. Mirás que este ente cuasi social "se asemeja a una sociedad, y si bien no lo es típicamente, los principios que la gobiernan permiten extraer las reglas de aplicación a las relaciones entre los adherentes, dado que la figura de que se trata no posee regulación normativa".

V. CONCLUSION

El funcionamiento del Consorcio de Condóminos plantea, desde el punto de vista jurídico, varios problemas más cuyo análisis escapa al objeto de este trabajo: incumplimientos en el pago de los aportes, legitimación para actuar frente a terceros, venta en remate judicial de partes indivisas.

Por ello, atendiendo a las ventajas de tipo económico que el sistema brinda, y sin que esto implique declararme partidario de un excesivo reglamentarismo legislativo, pienso que es necesario sancionar normas que regulen de manera específica las actividades del promotor y del consorcio de condóminos contemplando todos aquellos problemas que hoy resultan de difícil o imposible solución.

NOTAS

- 1 Laje, Eduardo Jorge. "La Prehorizontalidad y sus problemas" La Ley 143-908.
- 2 Da Silva Pereira, Caio Mario. "El Promotor o Incorporador" Revista del Notariado N° 680, pág. 195.
- 3 Gatti, Edmundo y Alterini, Jorge. "Prehorizontalidad" La Ley 146-932.
- 4 C.N.Civil, Sala D, 21-7-1969, autos "Grinberg de Kraves, Martha c/Basch, Máximo" El Derecho 35-739.
- 5 Da Silva Pereira, Caio Mario, op. cit.
- 6 C.N.Civil, Sala B, 19-12-1966, autos "Comelli de Salemme, Elena c/ Consorcio de Propietarios Solimar II", La Ley 125-590, El Derecho 21.509; C.N.Civil, Sala E, 29-3-1982, autos "Ganduglia, Héctor E. c/Epla Inmobiliaria" El Derecho 100-141.
- 7 C.N.Civil, Sala B, 19-12-1966, fallo citado en nota 6.
- 8 C.N.Civil, Sala E, 29-3-1982, fallo citado en nota 6.