

Desarrollos Inmobiliarios bajo el Régimen de Prehorizontalidad y el Seguro Obligatorio previsto en el art. 2071 del Código Civil y Comercial

Por María Fernanda López[1]

Introducción [\[arriba\]](#)

En nuestro derecho, suele suceder que la entrada en vigencia de una nueva legislación genere inquietudes y desconcierto acerca de su alcance, contenido y aplicación, y lo estipulado en el Libro Cuarto, Título V, Capítulo 10 -régimen de prehorizontalidad- del Código Civil y Comercial de la Nación, no constituye una excepción, máxime si tenemos en consideración que en tan solo tres artículos, viene a derogar las previsiones contenidas en el cuerpo de una ley especial, esto es la ley 19.724 de Prehorizontalidad.

En efecto, tal y como había sido ya reconocido en la ley 19.724, el nuevo código de fondo en vigencia admite expresamente el instituto de la Prehorizontalidad, derogando la publicidad registral contenida en ley especial anteriormente referida, y estableciendo en su lugar, la obligatoriedad en la contratación de un seguro en cabeza del titular del dominio sobre el cual se proyecte la comercialización de unidades a construirse, en favor de sus adquirentes.

Ahora bien, conforme el acentuado sesgo tuitivo al consumidor que prevalece en las previsiones del Código Civil y Comercial, -y de la cual no escapa la norma en análisis- en lo que aquí nos importa, el Código innova al establecer una exigencia adicional al titular del inmueble sobre el cual se proyecte la comercialización de unidades aún no edificadas, y que luego serán objeto de sometimiento al régimen de propiedad horizontal.

En tal sentido, atendiendo a la enorme incertidumbre generada en el ámbito empresarial respecto de su aplicación a los emprendimientos en desarrollo o proyectados, el propósito del presente trabajo consiste en ahondar en el señalado seguro obligatorio previsto y que hoy importa una norma contenida en nuestro derecho positivo vigente.

Esta novedad entonces, es disparadora de diferentes interrogantes tales como ¿Qué tipo de seguro impone el Código? ¿De qué manera se hará exigible la presente previsión? ¿Quién será el destinatario final que asumirá los mayores costos?, en definitiva ¿Qué consecuencias jurídicas y económicas podría traer aparejado su implementación?, y finalmente, el mayor de los interrogantes ¿alcanzará la norma, el objetivo que ha tenido en miras el legislador?

En ese orden de ideas, y a fin de llevar adelante el análisis propuesto, se estudiarán las características del seguro previsto, su alcance, la regulación existente, la posibilidad de ejecución, entre otros interrogantes, con el objeto de discernir si la norma incorporada en el Código Civil y Comercial consiste en una herramienta útil y eficaz para la protección de los compradores de unidades funcionales en edificación, y a su vez, si la misma resulta razonable y de efectivo cumplimiento dentro del contexto y las contingencias propias de nuestra economía, tráfico comercial, y mercado de compañías aseguradoras locales.

En definitiva, el objetivo será determinar si la incorporación de este nuevo standard del derecho positivo vigente es de cumplimiento posible por parte de los diferentes protagonistas del sistema.

Capítulo I: Análisis del Régimen de Prehorizontalidad [\[arriba\]](#)

1.1. La ley 19.724 de Prehorizontalidad:

La ley 19.724 llamada de Prehorizontalidad -hoy derogada- tuvo como principal objetivo legislar sobre la laguna jurídica existente en el Código de Vélez, respecto al estado previo a la constitución de la Propiedad Horizontal, a fin de brindar protección a los adquirentes de futuras unidades comercializadas durante la etapa de ejecución de obras, para luego ser afectadas el régimen de la ley 13.512.[2]

En el sistema por ella previsto, la afectación a prehorizontalidad y la posterior inscripción de los boletos de compraventa tendían a impedir que el propietario del inmueble frustrase los derechos en expectativa de los adquirentes, ya sea enajenado o gravando la propiedad.

En resumen, en el régimen contenido en la ley 19.724, su finalidad tuitiva se alcanzaba mediante la publicidad de la afectación del inmueble, y posterior inscripción de los distintos boletos de compraventa celebrados, a efectos de su oponibilidad a terceros de los derechos crediticios de los adquirentes de futuras unidades.

Sin perjuicio de ello, no podemos dejar de reparar que la ley de prehorizontalidad -por sus características propias- resultó prácticamente de nulo cumplimiento, siendo éste el motivo principal que motivó la actual reforma.

1.2. El Código Civil y Comercial de la Nación:

Ahora bien, con la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, se derogó la anterior ley 19.724, y en su reemplazo se legisló el instituto de la prehorizontalidad en los artículos 2070, 2071 y 2072, contenidos en el Libro Cuarto, Título V, Capítulo 10, a través de los cuales se modifica radicalmente el sistema de protección propuesto en el régimen anterior.

En tal sentido, el artículo 2070 dispone que:

“Contratos anteriores a la constitución de la propiedad horizontal. Los contratos sobre unidades funcionales celebrados antes de la constitución de la propiedad horizontal están incluidos en las disposiciones de este Capítulo.”

Por su parte, y en lo que aquí nos interesa, el artículo 2071, establece:

“Seguro obligatorio. Para poder celebrar contratos sobre unidades construidas o proyectadas bajo el régimen de propiedad horizontal, el titular del dominio del inmueble debe constituir un seguro a favor del adquirente, para el riesgo del fracaso de la operación de acuerdo a lo convenido por cualquier razón, y cuya cobertura comprenda el reintegro de las cuotas abonadas con más un interés retributivo o, en su caso, la liberación de todos los gravámenes que el adquirente no asume en el contrato preliminar.

El incumplimiento de la obligación impuesta en este artículo priva al titular del dominio de todo derecho contra el adquirente a menos que cumpla íntegramente con sus obligaciones, pero no priva al adquirente de sus derechos contra el enajenante.”

De la lectura del artículo transcrito precedentemente, se advierte de la novedad introducida por el legislador, por cuanto se elimina por completo la exigencia de registración y publicidad contenida en el anterior régimen, sustituyéndola por la imposición de un seguro obligatorio en cabeza del titular del dominio sobre el cual se proyecte la construcción de unidades futuras objeto de comercialización, en favor del adquirente.

En la exposición de motivos contenida en los fundamentos del proyecto del Código Civil y Comercial, y sin exponer mayores argumentaciones, se expresa que “el grado de cumplimiento de sus disposiciones es mínimo, pese a que la jurisprudencia se esforzó para que ese ordenamiento tuviera efectiva operatividad en la praxis, pero como subsiste su vigencia teórica, es ineludible superar la indefinición y proceder a su derogación y reemplazo por un régimen más elástico y que sea aceptado por la realidad negocial.”

Es decir, partiendo de admitir la escasa o nula aplicación de las imposiciones contenidas en el régimen anterior, nuestros legisladores definieron derogar aquel sistema por completo, y sustituirlo por un seguro en favor del adquirente, que garantice -ante un escenario de incumplimiento- las sumas abonadas con más un interés retributivo.

Amén de aquella declaración, no encontramos explicación suficiente a efectos de conocer cuál ha sido el motivo que terminó convenciendo a los legisladores a inclinarse por el instituto del seguro, y no por cualquier otra solución o alternativa.

Sin embargo, analizando la legislación española -que hace varios años ha incorporado la figura del seguro en favor de los adquirentes de unidades sobre plano, -el cual incluso ha sido fruto de recientes reformas-, podemos concluir que la norma contenida en el artículo 2071 encontraría su fuente en aquella legislación.

El interrogante que se nos plantea entonces, es si nuestro legislador ha reparado en analizar si la realidad económico social de aquel país -crisis económica financiera e inmobiliaria- se identifica con la realidad negocial de Argentina, ya sea tanto respecto al índice de incumplimientos por parte de los desarrolladores y fracasos de proyectos inmobiliarios, así como también de la capacidad económica-financiera de las compañías de seguro locales, a efectos de tornar eficaz este nuevo mecanismo.

En definitiva, y en relación a lo expuesto en el párrafo anterior, en el sistema actualmente previsto podemos encontrar algunas fisuras en relación a su implementación, que serán objeto de análisis en el Capítulo siguiente.

Capítulo II: Alcances del seguro obligatorio contenido en el art. 2071 del Código Civil y Comercial [\[arriba\]](#)

Tal como lo adelantáramos en el Capítulo anterior, la norma contenida en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación merece una serie de consideraciones tendientes a determinar su alcance e interpretación, así como también el nivel de eficacia en el plano de nuestra realidad jurídico-empresarial y el tráfico mercantil ordinario, escenarios que

indefectiblemente deberán ser analizados a efectos de anticipar si la novedosa incorporación al régimen de Prehorizontalidad deviene superadora del anterior sistema de publicidad registral.

2.1. El tipo de seguro impuesto:

Si bien la norma impone la contratación de un seguro al titular dominial del inmueble, nos preguntamos ¿Qué tipo de cobertura es la exigida por ley?

En rigor de verdad, la misma no especifica el tipo de seguro que exige, sino que se limita a expresar que la cobertura deberá garantizar las sumas abonadas por el adquirente, con más un interés retributivo, frente al fracaso de la operación de acuerdo a lo convenido por cualquier razón.

Es por ello, que atento a la letra de la ley y al riesgo por ella descripto, interpretamos que la cobertura exigida debería tratarse de un seguro de características amplísimas que cubra el fracaso de la contratación por cualquier razón, todo lo cual nos lleva a concluir que se trataría de un seguro de caución. Ello es así, por cuanto aquél se define como un contrato de garantía otorgado por una compañía de seguros, a efectos de cubrir las pérdidas producidas por el incumplimiento de las obligaciones del tomador del seguro, frente al acreedor de esas obligaciones, quien es el asegurado.

En consonancia con lo expuesto precedentemente, y ante la incertidumbre generada por la entrada en vigencia de aquella nueva obligación, la Superintendencia de Seguros de la Nación dictó en fecha 11/10/2017 la resolución N° 40925-E/2017, mediante la cual declara en sus considerandos que “tal cobertura encuadra perfectamente dentro de la estructura técnica y jurídica de los seguro de caución”.

De esta manera, se aprobaron las condiciones contractuales de la cobertura global del “Seguro de Caución para Adquirentes de Unidades Construidas o Proyectadas Bajo el Régimen de Propiedad Horizontal” con carácter general y uniforme. Dichas condiciones, podrán ser utilizadas por entidades autorizadas por la Superintendencia de Seguros de la Nación a operar en el ramo caución, sin necesidad autorización particular o adhesión.

Debemos detenernos en este punto, a fin de señalar que si bien la Superintendencia entiende que el seguro previsto se trataría de un seguro de caución, lo cierto es que no existe en nuestro mercado compañías de seguro en ramo cauciones con estructuras suficientes a efectos de ofrecer coberturas sobre el enorme caudal de contratos de comercialización de unidades en construcción, y más aún costaría imaginar un escenario en donde se verifique un alto índice de fracaso por parte de los transmitentes.

Sin perjuicio de ello, y amén de coincidir en lo acertado de la resolución en cuanto define que la clase de seguro impuesto por el código de fondo se trataría de un seguro de caución, merece nuestra especial crítica el contenido inserto en las condiciones contractuales, que avanzan sobre la regulación de aspectos fundamentales no previstos, quedando en manos de un tercer jugador ajeno al negocio principal entre comprador y vendedor.

En definitiva, tal como lo analizaremos en oportunidad de tratar las innovaciones introducidas por la Superintendencia de Seguros -y conforme nos permita la extensión del presente

trabajo- puntualizaremos cómo la regulación contenida en las condiciones generales, al introducir cuestiones no previstas en el artículo 2071, desnaturalizan particularidades propias de la contratación privada.

2.2. Momento en el cual se torna exigible su contratación:

En relación al presente punto, la norma nada dice respecto al momento en el cual el titular dominial del inmueble debería contar con la contratación del seguro exigido.

Nos preguntamos entonces si la obligación de su contratación se tornaría exigible al momento de estructurar el negocio, o en oportunidad de solicitud de permisos de obra y demás autorizaciones municipales, o previo a la comercialización de las unidades futuras, o en su defecto, no existiría exigencia temporal expresa hasta tanto el vendedor se vea obligado a compeler al adquirente al cumplimiento de sus obligaciones -vgr. pago de cuota atrasada-.

En tal sentido, el artículo 2071 in fine expresa: “el incumplimiento de la obligación impuesta en este artículo priva al titular del dominio de todo derecho contra el adquirente a menos que cumpla íntegramente con sus obligaciones, pero no priva al adquirente de sus derechos contra el enajenante.”

De la lectura de la letra de la ley, pareciera indicarse que no existe momento específico en el cual el titular dominial del inmueble requiera acreditar el cumplimiento de tal circunstancia, a menos que pretenda exigir del adquirente el cumplimiento de alguna obligación a su cargo, oportunidad en la cual debería contratar el seguro de caución correspondiente.

Con lo cual, para el supuesto en que el adquirente haya cumplimentado con todas y cada una de las obligaciones a su cargo, y en especial, con el pago de la totalidad de la unidad -o una porción considerable- y se encuentre con un incumplimiento del titular del dominio, -ya sea por falta de culminación de la obra, o por imposibilidad de escrituración- podríamos concluir que este último no contaría con la protección esperada por la modificación introducida.

Sin perjuicio de lo expuesto, recientemente mediante la Comunicación A 6250 del Banco Central de la República Argentina, se estableció entre las diversas condiciones para el otorgamiento de créditos para desarrollos inmobiliarios bajo la modalidad de contrato de fideicomiso, el cumplimiento de determinados requisitos entre los cuales se incluye la presentación de una póliza de seguro de caución, de conformidad con lo establecido en el artículo 2071 del Código Civil y Comercial.

Asimismo, Ricardo L. Lorenzetti -Presidente de la Comisión Elaboradora del nuevo código- sostiene que “la norma no indica la oportunidad en que debe constituirse el seguro, pero la finalidad de su imposición fuerza a concluir que debe ser anterior o contemporáneo a la firma del contrato de enajenación de la unidad.”[3]

Finalmente, no queda claro si se trataría de derechos renunciables o irrenunciables, por cuanto al no contener especificación alguna respecto al momento en el cual debería contratarse el seguro, las partes bien podrían prescindir del mismo contractualmente.

Tal circunstancia, mas allá del debate que merezca la posibilidad de su renuncia frente al criterio general del Código y la calidad de orden público de la ley de consumidor, lo cierto es que daría lugar a arduas discusiones ante los diferentes tribunales, quedando nuevamente al desamparo la posición contractual del adquirente, quien en definitiva ha sido objeto de protección de la norma en análisis, atento a la desproporción de fuerzas que existe entre las partes en cierto tipo de negocios.

2.2.1. Alcances del incumplimiento de su contratación:

Tal como hemos señalado en el párrafo anterior, ante el caso de incumplimiento por contratación del seguro de caución por parte del tomador, el código prevé como solución privar al titular del dominio de las acciones contra el adquirente, hasta tanto de íntegro cumplimiento a sus obligaciones.

Sin embargo, cabe poner de resalto que a quien priva la ley de las acciones contra el adquirente, es al titular del dominio del inmueble, con lo cual, la literalidad del código no es clara, por cuanto existirían infinidad de supuestos en donde el tomador no se identifica con la contraparte directa del adquirente. A modo de ejemplo, nos preguntamos si a un corredor inmobiliario, un desarrollador, empresa constructora, empresa comercializadora, entre otros, -y sobre las cuales no pesa la obligación de contratación de seguro- le cabría la privación del ejercicio de las acciones contra los adquirentes incumplidores.

Sobre tal punto, señala autorizada doctrina que “la norma se refiere al titular del dominio, pero debería mencionar también a otros partícipes, tales como el desarrollador, la empresa constructora, etcétera. No hay que olvidar que las normas que amparan a los consumidores extienden responsabilidad a todos los intervinientes.”[4]

A nuestro juicio, entendemos que la letra de la ley va a requerir de un esfuerzo doctrinario y un exhaustivo recorrido jurisprudencial a efectos de determinar la extensión y alcance de incumplimiento referido, anticipándonos que de la literalidad de la norma podría llegar a concluirse que la obligación recaería solo sobre el titular dominial, sin perjuicio de la extensión que pueda llegar pretenderse bajo el régimen de protección al consumidor.

2.3. *Absorción de mayores costos por contratación de póliza de caución:*

Sabido es que el costo de contratación de un seguro se basa en la capacidad económica financiera del tomador -en este caso, del titular del dominio del inmueble, y sin importar que aquél no se identifique con el empresario, desarrollador o principal inversor-, en relación a la magnitud del riesgo cubierto y a la posibilidad de incumplimiento del emprendimiento proyectado bajo la modalidad de propiedad horizontal.

En tal lógica, la compañía aseguradora deberá evaluar conjuntamente, el caudal de obligaciones que pesa en cabeza del tomador, la calidad de avales o cualquier otra forma de acreditación de solvencia que pueda acompañar, y el riesgo de fracaso del proyecto a asegurar.

En este punto, es en donde se podría advertir un incremento en el costo de la operatoria, por cuanto la emisión de la póliza de caución quedará condicionada a la posibilidad de acreditación de solvencia suficiente, lo que finalmente puede repercutir en el crédito

corriente del tomador, o en su caso, generar costos adicionales no previstos anteriormente para su obtención.

Por otro lado, y respecto de los desarrollos en proceso de ejecución al momento del dictado de la norma, tal circunstancia podría tornar en ruinoso el negocio, por cuanto se trata de un costo no contemplado, y sobre el cual deberá soportarse la totalidad del costo de aquella prima no prevista.

En definitiva, el cálculo del costo de la prima a pagar estará relacionada con múltiples factores dependientes de la persona del tomador, así como también con la envergadura del emprendimiento y valor de las unidades comercializadas, el cual indefectiblemente variará conforme la estructura financiera del tomador -quien recordemos, no siempre se identifica con el impulsor o principal inversor del negocio inmobiliario-, y por ende es posible que no cuente con estructura financiera suficiente.

Asimismo, cabe señalar que una vez determinado el valor de la prima por contratación de pólizas de caución, es una verdad de perogrullo que quien terminará absorbiendo aquellos mayores costos será en definitiva el destinatario final del negocio, esto es, el adquirente de unidades en construcción.

2.4. Novedades introducidas por la reglamentación de la Superintendencia de Seguros de la Nación:

Corresponde ahora el turno de analizar, tal y como ha sido anticipado en el apartado 1.1 del presente Capítulo, las particularidades contenidas en las condiciones contractuales de la cobertura global del “Seguro de Caución para Adquirentes de Unidades Construidas o Proyectadas Bajo el Régimen de Propiedad Horizontal”.

En primer lugar, cabe poner de resalto que dichas condiciones particulares surgen de lo dispuesto por la Superintendencia de Seguros, mas no emana del texto de la ley, ya sea manera expresa o tácita.

Vale decir, el código no legisla sobre la existencia de cuentas especiales, requisitos para la cesión de posición contractual, modo de cálculo de interés retributivo previsto, ejecución de póliza, entre otros aspectos, y es por ello que en el objetivo de los siguientes párrafos será discurrir sobre la conveniencia o no, de aquellas modificaciones.

2.4.1. Régimen de cuentas especiales:

El artículo 9 de las Condiciones establece la apertura de una Cuenta Especial por parte del tomador, mediante la cual el asegurado -adquirente- deberá depositar toda suma que otorgue en pago al tomador, en función del contrato con él suscripto, y que este último deberá mantener abierta en una entidad financiera particular.

De tal manera, la cobertura consistirá en el reintegro de los fondos efectivamente abonados por los asegurados en dichas cuentas en la medida que los mismos hayan sido integrados mediante depósito o transferencia bancaria.

Asimismo, se establece que la referida cuenta deberá estar separada de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al tomador, y solamente podrá disponerlas para la atención de la construcción de las unidades funcionales bajo el régimen de propiedad horizontal, lo cual llama poderosamente la atención que el dinero de la preventa quedaría afectado a una cuenta especial afectando su libre disponibilidad, atento a que aquella previsión no encuentra sustento jurídico alguno en nuestra legislación de fondo.

Por otro lado, también estipula que los asegurados tendrán el derecho de efectuar un control periódico del saldo existente en las cuentas especiales y del destino dado a los fondos extraídos de las mismas, circunstancia que merece el mismo comentario que el párrafo anterior.

Sin perjuicio de ello, cabe preguntarnos qué sucede con el resto de los participantes de las operaciones inmobiliarias que adquieren unidades en construcción por una contraprestación distinta al dinero, como ser el caso de las empresas contratistas, o proveedores de obra que ofrecen la provisión de su servicio al desarrollador, en canje por unidades futuras a construirse.

Idéntico interrogante se nos plantea respecto de los adquirentes por permutas.

Es evidente que el texto de la póliza ha avanzado más allá del texto de la ley, incorporando la previsión de cuentas especiales que no encuentran una razón de ser justificada, que atentan contra la libertad de contratación y que dejan afuera supuestos hartos repetidos en la realidad de los negocios inmobiliarios.

Es por ello, que podemos afirmar que conforme hemos analizado la legislación comparada del derecho español, -en donde también se encuentra previsto el régimen de cuentas especiales- probablemente aquella sea la fuente de dicha estipulación.

Sin embargo, resulta evidente que nuestra economía nacional dista de parecerse a la española, fundamentalmente en relación a la posibilidad de acceso a la financiación bancaria de prácticamente la totalidad del desarrollo. Por el contrario, en nuestra realidad imperante el acceso al crédito es reducido para grandes desarrolladores, y a elevadas tasas de financiación.

Asimismo, es indudable que existiendo aún en nuestro mercado una gran porción de la economía a nivel informal, y reparando en la realidad inflacionaria y consecuente depreciación de la moneda, el mecanismo de las cuentas especiales que se encuentra previsto para otorgar seguridad jurídica a las compañías aseguradoras, posiblemente las sumas finalmente recibidas por los adquirentes para el caso de ejecución de póliza, no acompañen las sumas efectivamente por ellos desembolsadas.

2.4.2. Supuesto de cesión de posición contractual:

El supuesto de cesión de posición contractual, es un fenómeno que se reitera constantemente en el tráfico jurídico mercantil, y en especial, en el ámbito inmobiliario.

En tal sentido, tal extremo no escapó a las condiciones previstas por la Superintendencia de Seguros en el marco de contratos de comercialización de unidades futuras, que estableció:

“Artículo 18: Cesión de los Derechos de los Certificados Individuales. Los derechos emergentes de cada uno de los Certificados Individuales de la presente póliza no podrán ser cedidos o transferidos total o parcialmente, sin conformidad previa, expresa y fehaciente del Asegurador, bajo pena de caducidad.”

En virtud de lo transcrito precedentemente, la póliza modelo exige de forma previa, expresa y fehaciente la conformidad del asegurador a fin de que el adquirente pueda transferir a terceros su posición contractual.

Nuevamente, disposiciones ajenas a la contratación singular entre comprador y vendedor vienen a incorporar requisitos no previstos por el código, en cabeza del adquirente, todo lo cual llevará en ultima ratio a desnaturalizar su protección, y a cercenar el derecho a cobro de las sumas aseguradas.

2.4.3. Complejidad en la ejecución de una póliza de caución:

Conforme lo indica la práctica comercial, acaecido el incumplimiento objeto de cobertura de un seguro de caución, lo cierto es que el camino para alcanzar su ejecución resulta muchas veces tortuoso, principalmente por dos motivos, el primero, referido al cumplimiento de requisitos previos establecidos por póliza por parte del asegurado, y el segundo, la problemática habida en torno a la comprobación del siniestro.

Ello así, por cuanto el negocio subyacente de una compañía aseguradora consiste en la captación de pólizas -y su consecuente ingreso de primas- y la expectativa de que aquel riesgo asegurado no se verifique.

- Cargas del asegurado:

Dijimos entonces que advertíamos dos inconvenientes a la hora de hacer efectiva la garantía en cabeza de adquirente, y que el primero de ellos se encuentra relacionado con las cargas previstas por la aseguradora, a efectos de considerarse obligada al pago del siniestro.

Veamos.

El artículo 10 de las referidas condiciones, impone al adquirente asegurado la carga de dar aviso al asegurador de los actos u omisiones del tomador que puedan dar lugar a la afectación de la póliza dentro de un plazo de veinte días hábiles de ocurridos o conocidos por él, bajo pena de perder los derechos que le acuerdan dicha garantía, así como también le impone una obligación ajena al contrato privado consistente en obligarlo a adoptar todos los recaudos extrajudiciales o judiciales a su alcance contra el tomador a efectos de evitar la agravación del riesgo o provocar la configuración del siniestro.

Una vez más, observamos como entran a jugar en materia contractual entre particulares, cláusulas extrañas propias del régimen de seguros y la garantía que se procuran los operadores de seguro que anteriormente no formaban parte del contrato principal, y que en definitiva,

terminan por debilitar la pretendida protección que el código intenta brindarle a los adquirentes de unidades futuras.

Por otro lado, sumado a la primer barrera que deberá enfrentar el adquirente para hacerse del cobro de su seguro, nos encontramos con el segundo supuesto relativo a la problemática respecto a la determinación del siniestro.

- Comprobación del siniestro:

Llegado el caso que un adquirente asegurado pretenda la ejecución de su póliza, nos enfrentamos ante la dificultad de definir qué se entiende por “fracaso de la operación de acuerdo a lo convenido por cualquier razón”.

Ello nos lleva a preguntarnos, cuál es la entidad que debe reunir el incumplimiento a efectos de habilitar su ejecución.

El artículo 11 de las condiciones generales determina como incumplimiento a los siguientes supuestos: la paralización de las obras, demoras en el cronograma de ejecución del proyecto, falta de terminación de las unidades, existencia de una imposibilidad jurídica para disponer del bien o transferir la propiedad por parte del tomador, falta de entrega y/o escrituración de la vivienda en el plazo convenido, falta de obtención de la correspondiente habilitación de la autoridad de contralor, siempre que el asegurado no haya concedido prórroga al tomador.

Pero ello no alcanza para responder a nuestro interrogante, por cuanto una demora en el cronograma de pagos de obra puede resultar condicionada al cumplimiento de otras obligaciones diferentes, como así también podemos concluir que los retrasos pueden ser de diferentes entidades, y no es justo que cualquier retraso active el cobro del seguro.

Es evidente que en dicho marco, entraría en discusión la causal de incumplimiento invocada por el adquirente, originando un debate sobre incumplimiento atribuible a múltiples factores, como ser, proveedores, contratistas, caso fortuito o fuerza mayor, alteraciones en el proyecto original, nuevas exigencias por parte de entidades públicas, imposibilidad de acceso a redes, y servicios públicos, por ejemplo, circunstancias todas ellas que provocarían que la obra efectivamente se retrase, y no necesariamente por incumplimiento del tomador.

Asimismo, nos preguntamos cómo se determinaría el incumplimiento para el caso parcial o defectuoso.

En definitiva, es evidente que acaecido cualquiera de los supuestos precedentemente descriptos, ello dará lugar a un amplio y arduo debate, ya sea en cabeza del tomador, o de la aseguradora, respecto a si el tipo y la extensión del incumplimiento tornarían ejecutable o no, la póliza contratada.

2.4.4. Efectos respecto del cobro de la suma asegurada. Resolución del contrato:

El Código nada dice, pero debemos concluir sin hesitaciones que operada la ejecución de la póliza, el contrato suscripto por el adquirente se resolverá de pleno derecho, por cuanto

recuperadas las sumas abonadas con más su interés retributivo, resultaría abusivo y contrario a derecho que el adquirente mantenga su posición contractual.

Por lo tanto, operada la resolución contractual, cabe preguntarnos qué sucede con los derechos sobre la unidad futura resuelto, y quien resultará destinatario final de aquellos derechos.

El artículo 12 de las condiciones generales establece que los derechos que corresponden a los asegurados contra el tomador, en razón del siniestro cubierto por póliza, se transfieren al asegurador hasta el monto de la indemnización pagada por éste.

Es dable advertir las severas implicancias que podría llegar a generar la aplicación de la presente cláusula en un escenario en donde, abonado que fuera por la aseguradora las sumas adelantadas por el adquirente, ésta pretenda ejecutar los derechos y acciones que anteriormente correspondían a éste, como ser exigir la finalización y entrega de la unidad funcional futura, la cual quedará en cabeza de la compañía aseguradora por un precio sensiblemente menor al valor real de mercado a ese momento.

Asimismo, la circunstancia de que la compañía de seguros repita contra el tomador, acarrea un costo altísimo que nuevamente será absorbido por los desarrolladores, trasladándolos en futuras operaciones al resto de los adquirentes.

De esta manera, el sistema implementado por el nuevo código castiga al desarrollador quien asume el riesgo del negocio, y constituye motor de crecimiento, desalentando la iniciativa de tales actividades, o en su caso incrementando los costos finales de la operación.

Es indudable que a medida que nos detenemos a reflexionar respecto de la novedosa solución brindada por el Código Civil y Comercial, la infinidad de supuestos que podrían plantearse en el plano de la realidad resultan imposibles de imaginar.

Es por ello, que debido a la extensión del presente trabajo nos hemos limitado a una serie de interrogantes aquí planteados, quedando pendientes de análisis numerosas situaciones, como ser ¿Se encuentra prevista la opción para el comprador de efectuar el pago íntegro y posterior demanda por cumplimiento contractual? ¿O la existencia del seguro de caución repelería cualquier planteo de tal tipo?

Por otro lado, en el marco de un mismo emprendimiento ¿Podrían algunos asegurados optar por el cumplimiento del contrato, mientras que otros -acreditando el incumpliendo-, decidieran la ejecución de la caución, y de esta manera abstraerse del negocio?

Evidentemente, se plantearían escenarios confusos, en donde más allá de los intereses de cada una de las partes participantes del negocio inmobiliario, entraría en juego el interés de la propia compañía aseguradora.

Conclusión [\[arriba\]](#)

Al comienzo del presente trabajo anticipábamos que el instituto del seguro obligatorio introducido, consistía en un nuevo estándar del derecho positivo vigente y en función de ello, nos cuestionábamos si aquel estándar en su afán de otorgar protección a la parte débil de la

contratación, esto es, el adquirente, lo amparaba de manera suficiente, y si al mismo tiempo, importaba una norma susceptible de cumplimiento por parte de los diferentes operadores del mercado.

Asimismo, lo cierto es que la cuestión aquí abordada exige un mayor análisis, que excedería el marco del presente trabajo, quedando en consecuencia un gran abanico de interrogantes por estudiar, que la extensión del presente no ha permitido.

Sin perjuicio de ello, a nuestro juicio entendemos que la norma contenida en el nuevo Código Civil y Comercial tal y como se encuentra dispuesta, no resulta superadora del anterior régimen, por las razones que seguidamente pasaremos a exponer.

En primer lugar, consideramos que la aludida pauta resultará de difícil cumplimiento para la enorme mayoría de los desarrolladores que operan en nuestro mercado, por cuanto no cuentan con estructuras financieras y de acceso al crédito suficiente a fin de obtener el seguro de caución pretendido. Todo lo cual, finalmente se traduciría en un encarecimiento del valor final de la unidad comercializada.

En segundo lugar, y en relación al sujeto protegido por la norma cuestionada, la misma olvida considerar los distintos supuestos expuestos en el presente trabajo, que en definitiva terminarían por privar al consumidor de la pretendida protección, como ser la oportunidad de contratación del seguro, las cargas impuestas por pólizas, la actualización del valor desembolsado, los mayores costos, entre otros.

Asimismo, podría darse en supuesto en que algunos cumplieran con la obligación impuesta, mientras que no, y produciéndose de esta manera ciertas asimetrías en perjuicio de algunos. Dicho de otro modo, este nuevo esquema propuesto, debiera procurar tener un control exhaustivo de su cumplimiento, a fin de evitar un mercado marginal -entendiendo a éste como todo el sector de mercado que no cumple con la normativa dispuesta-.

Finalmente, hemos cuestionamos la capacidad de las compañías aseguradoras locales para hacer frente a esta nueva exigencia, y el rol que desempeñarán en la contratación privada de las partes, concluyendo que la regulación tal y como se encuentra dictada, apuntaría principalmente a la protección de los intereses de las aseguradoras, quienes a su vez seguramente encontrarán serias dificultades al momento de afrontar la demanda de contratación de pólizas de caución por parte de los desarrolladores.

Por lo expuesto, podemos concluir que el complejo de participantes no se encontraría en condiciones de afrontar exitosamente el sistema propuesto por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Por otro lado, no debemos olvidar que la actividad de construcción en Argentina - generalmente llevada a cabo bajo la figura de un contrato de fideicomiso- consiste en un sistema que ha venido atravesando de manera exitosa las distintas crisis económicas locales, y salvo en contadas excepciones, se han tenido que tomar soluciones extremas.

Concluyendo, y luego del análisis llevado a cabo en los párrafos precedentes, entendemos que se trata de una norma que lejos de armonizar los distintos intereses comprometidos, resulta insuficiente a efectos de cubrir al adquirente ante el fracaso de la operación.

Deviene necesario entonces por parte del legislador, realizar una adecuada ponderación de todos los elementos presentes en la actividad contemplada, a efectos de alcanzar una solución jurídico-económica eficaz para los adquirentes, y capaz de coexistir con las exigencias de seguridad y fluidez propias del tráfico mercantil inmobiliario local.

Notas [\[arriba\]](#)

[1] El presente trabajo obtuvo una mención especial en el VII Concurso de becas para la Maestría en Derecho Empresario de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral. La evaluación de los trabajos monográficos, tuvo por árbitros designados a los Dres. Sebastián Balbín, Ignacio E. Alterini y Emilio Moro.

[2] Cfr. Milton Hernán KEES, Seguro obligatorio para la venta unidades afectadas al régimen de Propiedad Horizontal, en https://dpicua.ntico.com/area_diario/doctrina-en-dos-paginas-diario-civil-y-obligaciones-nro-70-25-04-2016/, (disponible el 10-XII-2017).

[3] Ricardo Luis, LORENZETTI, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2015, Tomo IX, p. 567.

[4] Claudio Kiper, Tratado de Derechos Reales, Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2016, Tomo I, p. 696.