

## **“NUEVAS MANIFESTACIONES DEL DERECHO DE PROPIEDAD: LOS CEMENTERIOS PRIVADOS”**

**PALABRAS CLAVES:** CEMENTERIO PRIVADO – DERECHOS PERSONALES – DERECHOS REALES – NÚMERUS CLAUSUS – PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL

**AUTORA:** REYNOSO, MARÍA FLORENCIA \*

**CORREO ELECTRÓNICO:** florrey92@hotmail.com

**RESUMEN:** Es la intención preponderante del presente artículo analizar una de las nuevas formas de manifestación del derecho de propiedad: los cementerios privados, determinando su naturaleza jurídica, estableciendo la relación existente entre el principio regulador en materia de derechos reales: “*numeros clausus*” y la aparición de estas nuevas formas de comercializar la propiedad inmobiliaria y analizando la problemática que surge al momento de determinar si su consagración legislativa autónoma es contraria al “espíritu” de nuestro Código en la afirmación del principio del número cerrado como pauta en materia de derechos reales.

### **INTRODUCCIÓN**

Como quienes nos apasionamos por el derecho sabemos, este no puede ser pensado como un conjunto de normas cerrado, rígido, o bien como un dogma; sino que debe ser apreciado como un sistema abierto y dinámico al cual le incumbe dar respuesta a los problemas que se plantean en la actualidad, en la praxis jurídica, donde aparecen constantemente nuevos desafíos como consecuencia de la existencia de numerosas figuras cuyo encuadramiento legal resulta complejo; y es aquí donde adquiere suma relevancia la labor de los jueces y doctrinarios, quienes se esfuerzan por encontrar no solo el sentido de las normas a través de su interpretación, sino también la solución a aquellos casos que no parecen estar regulados en nuestro ordenamiento jurídico, o a aquellos que cuentan con una regulación insuficiente en orden a la protección de los derechos de los individuos; como también la actividad de los legisladores, quienes deberían receptar en el ordenamiento jurídico aquellas figuras que surgen y se aplican sin contar con una plataforma normativa que las rijan y le otorgue seguridad jurídica a quienes contratan o de cualquier modo se hallan sometidos a ellas. Es por lo expuesto que creo conveniente expresar que cuando cambian las realidades, el derecho debe cambiar, con el objeto de regular las nuevas circunstancias que surgen producto de la evolución y si se quiere, complejización de la sociedad. *Y resulta que el proceso científico y tecnológico determinó la necesidad de pensar en distintas circunstancias y en distintos hechos que tal vez necesitaran la protección que da nuestro Código a los*

---

\* **MARÍA FLORENCIA REYNOSO:** Estudiante de quinto año de derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Ayudante alumna de la asignatura Derecho Privado V (Reales), Derecho Privado III (Contratos), Derecho Privado I, entre otras. Agradecimiento especial a la Ab. Esc. Lidia Lasagña, cuyas excelentes clases despertaron en mí el interés por ir más allá e investigar a cerca de estas cuestiones tan innovadoras como debatidas en los Derechos Reales.

*derechos reales y que, sin embargo, en virtud del numerus clausus... no sería posible incluirlos entre ellos*<sup>1</sup>.

Es, entonces, la intención preponderante del presente artículo analizar una de las nuevas formas de manifestación del derecho de propiedad, tal como se la denomina comúnmente en doctrina, sin perjuicio de existir otras expresiones alusivas, tales como “*Nuevas formas de dominio*”<sup>2</sup>, “*Nuevas formas de propiedad inmobiliaria*”<sup>3</sup>, “*Propiedades Especiales*”, “*Nuevas formas de propiedad*”<sup>4</sup>, entre otras.

Se trata de los cementerios privados, figura cuyo encasillamiento en el ordenamiento jurídico resulta muy dificultoso, dando lugar esto a los múltiples abusos y violaciones que se cometen a través de la utilización de ellos.

Me propongo determinar su naturaleza jurídica desde la óptica del derecho real, es decir, basándome en aquellos autores que los consideran como nuevas formas de derechos reales a la par de la multipropiedad o tiempo compartido, los clubes de campo, centros de compras, parques industriales y barrios privados; sin perjuicio de hacer referencia a las miradas opuestas, es decir, a quienes los consideran como derechos personales. Estableciendo la relación que existe entre el principio regulador en materia de derechos reales: *numeros clausus* y la aparición de estas nuevas formas de comercializar la propiedad inmobiliaria que han de llamarse “cementerios privados” y analizando la problemática que surge al momento de determinar si la consagración legislativa autónoma de estas nuevas manifestaciones es contraria al “espíritu” de nuestro Código en la afirmación del principio del número cerrado como pauta en materia de derechos reales, que se plantea desde el momento en que creemos posible encuadrar estas nuevas manifestaciones del derecho de propiedad dentro del campo de los derechos reales.

A los efectos del estudio que se propone, me referiré en lo consecuente al tema en cuestión como una de las nuevas manifestaciones del derecho de propiedad, tal como se enuncia en el título del presente artículo, sin inmiscuirme en el sentido terminológico de las demás expresiones empleadas en doctrina y utilizando como sinónimos términos como cementerios privados y cementerios parque.

## **HACIA UNA CONCEPTUALIZACIÓN DE LOS CEMENTERIOS PRIVADOS**

En lo que respecta a una conceptualización de esta figura objeto del presente artículo, vale destacar que a lo largo del tiempo y a través de la historia, la humanidad ha guardado un respeto sagrado por la memoria de sus muertos, resultando el sepulcro una preocupación del hombre desde el inicio mismo de su existencia. Ello me coloca frente a la necesidad de determinar una noción de cementerios, que a los efectos de no

---

<sup>1</sup> SMAYEVSKY, MIRIAM; CORNA PABLO; MARÍA VÁZQUEZ Y GABRIELA; ALTERINI, JORGE HORACIO: “*Derechos reales: objeto de los derechos reales*” ; Revista del Notariado 865, 01/01/2004, 119; Cita Online: AR/DOC/6360/2011

<sup>2</sup> HIGHTON, ELENA I., LUIS ÁLVAREZ JULIÁ; SUSANA LAMNOIS; SANDRA M. WOERZBA Y MARCELO DE HOZ: “*Nuevas formas de dominio. Clubes de campo. Cementerios y Cementerios privados. Tiempo compartido o Multipropiedad*”. Ed. Ad – Hoc. Buenos Aires, 1993.

<sup>3</sup> PAPAÑO, RICARDO J; CLAUDIO M. KIPER; GREGORIO A. DILLON y JORGE R. CAUSSE: “*Derechos reales*”. Ed. Depalma. Buenos Aires, 1990.

<sup>4</sup> Expresiones utilizadas en el Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio de 1998.

extenderme demasiado en este acápite, inicialmente tomare del diccionario de la real academia española que los define como *terrenos, generalmente cercados, destinados a enterrar cadáveres*.<sup>5</sup> Son, entonces, lugares destinados al entierro de restos mortales, considerados en su origen "asilos de muerte".

En cuanto a su origen etimológico, podría decirse que los cementerios reconocen dos variantes, del latín "*cinisterium*": "*cinos*", dulce; "*tenor*", mansión; y del griego "*Koimenterion*", donde "*koimao*" significa lugar de descanso, dormitorio. Esta palabra fue introducida por los cristianos que no utilizaban la denominación clásica "*necrópolis*" ("ciudad de los muertos") porque creían que en ellos los difuntos descansan esperando el momento de la resurrección y del juicio universal.

De aquí puede deducirse la íntima vinculación originaria que muestran los cementerios con la religión, lo que se debe a que en sus orígenes los cementerios se encontraban anexos a conventos de la Iglesia Católica; siendo administrados por las comunidades religiosas, constituían primitivos lugares de reunión de los cristianos, quienes comenzaron a construir sus capillas en ellos. "*Todos los pueblos, decía el maestro Félix Frías, civilizados o salvajes, confiaron la custodia de las tumbas a la religión. Ella velaba sobre las generaciones extinguidas, como vela una madre cerca de sus hijos dormidos; ella los protegía contra el olvido, y los cubría con un piadoso respeto. Sentada en frente del porvenir, invocaba la esperanza cerca de las ruinas del hombre; y el sepulcro era una especie de santuario, en el fondo del cual la fe descubría un gran misterio de la vida*"<sup>6</sup> Así, históricamente la iglesia surge o aparece como una dependencia del cementerio. Aquél es la resultante de un fenómeno "natural", de cumplimiento inexorable: la muerte; siendo su aparición inevitable en toda sociedad humana<sup>7</sup>. Por mucho tiempo, continuando con ese estado de cosas, las tumbas estuvieron bajo la custodia de la religión, hasta que se produjeron procesos de transición de la esfera religiosa a la civil, a la estructura secular o laica. "*La secularización de los cementerios ha despojado a éstos y a los sarcófagos allí instalados, de su carácter religioso...*"<sup>8</sup>

En nuestro país los cementerios estuvieron a cargo de la Iglesia hasta 1821, ya que posteriormente fueron secularizándose, quedando así bajo la custodia y el poder de la autoridad civil, correspondiendo, desde entonces, su administración y el ejercicio de la policía mortuoria, a las municipalidades, dependiendo dicha calidad de su carácter de dependencia del dominio público. Y es como nos dice un gran autor, "*Si antes pudo dudarse respecto de los caracteres de la teoría de las concesiones de sepultura, hoy parece indudable que es en el cuadro de la teoría del dominio público y de las ocupaciones del dominio público donde hay que construirla*"<sup>9</sup>

Por lo visto hasta el momento, se puede decir que el régimen jurídico de los cementerios públicos es entonces, esencialmente, de derecho administrativo (publicístico). Tal es lo que ocurre tratándose del cementerio, en sí mismo, considerado como bien dominical, y de las relaciones entre el concedente (Estado) y el concesionario

---

<sup>5</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA [en línea] [fecha de consulta: 1 septiembre 2014]. Disponible en: <<http://lema.rae.es/drae/?val=cementerio>>

<sup>6</sup> FELIZ FRIAS: "*El liberalismo revolucionario y el matrimonio civil*", página 33, Buenos Aires, 1867

<sup>7</sup> FERNÁNDEZ DE VELASCO: "*Naturaleza jurídica de cementerios y sepulturas*", página 91.

<sup>8</sup> LAFAILLE: "*Tratado de los Derechos Reales*", tomo 2º, n° 1016, página 161, Buenos Aires, 1944

<sup>9</sup> ANDRÉ DE LAUBADÉRE: "*Les concessions dans les cimetières*", en "*Revue du droit public et de la science politique en France et ... l'étranger*", pagina 624, Paris, 1936.

(titular de la sepultura). Pero resulta conveniente, luego de analizar de manera concisa el origen etimológico y algunos antecedentes de los cementerios en general, dar una noción de los cementerios privados que constituyen el objeto de estudio de esta presentación.

Son **cementerios privados** los inmuebles de particulares afectados a la inhumación de restos humanos construidos según normas dictadas por las autoridades locales. Se trata de cementerios modelos que han surgido en forma de parques y jardines, que constituyen extensas praderas cercadas a las que suele denominarse camposanto. Allí, en un entorno de paz y tranquilidad, rodeado de jardines con abundante vegetación, terrenos cubiertos de árboles y flores y paisajes naturales, descansan restos humanos, cuyas memorias hablan en cada lápida de mármol.

Su surgimiento se debe, entre otras causas, *al desmesurado crecimiento de las principales concentraciones urbanas del país que, entre múltiples problemas, ha generado un desarrollo de sus cementerios públicos de tal magnitud que mantenerlos en las condiciones de higiene y salubridad requeribles demanda ingentes erogaciones que cada vez más difícilmente pueden atender los respectivos municipios, cuyas conocidas penurias financieras les impiden rodear aquellos servicios de un marco de respeto y dignidad que, en memoria de los difuntos, desean sus deudos.*<sup>10</sup> Así, aparecieron entonces como una alternativa ante la insuficiencia de espacios en los cementerios o camposantos públicos existentes que se encontraban saturados por el aumento de la población y la consecuente demanda que se incrementaba con el pasar de los años, los que a su vez no reconocían, en su mayoría, posibilidades ciertas de ampliación. Vale destacar la influencia del desinterés estatal en la creación de otros espacios semejantes. Pero atendiendo a las características de los mismos, como así también a los servicios que ofrecían, se puede afirmar que su surgimiento además obedece a otras causas como son el requerimiento de ciertos estratos sociales de contar con un espacio donde descansen los restos mortales de sus difuntos en un marco de respeto y armonía, con un ambiente diferente de lo que existía hasta el momento, con enterratorios que cubran sus expectativas en cuanto a calidad de servicio, exclusividad del lugar, entre otras.

Y fue así como se abrieron las puertas a la iniciativa privada, permitiendo que empresas particulares ofrezcan, a cambio de un precio cierto, espacios ubicados en predios de su propiedad, perpetuamente destinados a sepulturas, habilitados por la autoridad competente y acondicionados a tales fines; viéndose facultadas estas entidades, personas o sociedades, previa parquización e instalación de los servicios necesarios, a comercializar el derecho a las parcelas con destino a la inhumación de restos mortales de personas que han pactado en vida su destino, o por quienes lo hayan hecho sus deudos y a prestar servicios de conservación y mantenimiento permanentes del lugar, contra el pago periódico de otras retribuciones dinerarias. Esto dio por resultado que grandes empresarios iniciaran la tarea de construir estos espacios, se plantearan nuevas expectativas y emprendieran su trabajo posicionándose frente a una idea tan innovadora como desconocida considerando el rubro al que hace referencia, y sobre todo lo delicado y personal que resultaba ser el servicio que se proponían prestar.

---

<sup>10</sup> WEXLER, CARLOS ISMAEL: *"Incongruencias del dominio horizontal con los cementerios privados"*, "Revista del Notariado 830", 463, 1992.

## **LA PROBLEMÁTICA EN TORNO SU ENCUADRAMIENTO LEGAL**

Así comenzaron a existir los cementerios privados, encarados con fines de lucro, los que, con el correr de los años, han ido adquiriendo cada vez más importancia económica y social sin haber encontrado hasta ahora un lugar apropiado en el contexto jurídico y dando lugar, su reciente entronización, al planteamiento ciertas problemáticas relativas a la necesidad de lograr una caracterización de los mismos, con el objeto de brindar seguridad jurídica a las partes sujetas a estas nuevas manifestaciones del derecho de propiedad.

Surge, por lo expuesto, la necesidad de irrumpirse en el tema, cumpliendo el derecho en este sentido, un rol principal que, quizás por su desvinculación de la religión, no se ha ocupado de establecer los alcances de esta figura, ya sea por considerarlo sagrado, ya porque entendió que excedía del ámbito de la regulación legal. Lo cierto es que, independientemente de las razones que tuvo en miras para abstenerse de regular estas situaciones, la cuestión relativa al derecho de inhumación y custodia de los despojos mortales constituye un tema que genera inconvenientes e inquietudes, particularmente ante la necesidad de sentar bases ciertas para su esclarecimiento, que ofrezcan seguridad para el empresario, pero principalmente para los usuarios y la comunidad en general, frente a los abusos que puedan provenir de estas nuevas formas de manifestación del derecho de propiedad.

Al no haber, entonces, una regulación específica de esta nueva figura se hace muy dificultoso su encasillamiento. Este vacío legislativo ha llevado a la doctrina como a la jurisprudencia a entrarse en el tema, que por no estar legislado, cae dentro de las previsiones del Art. 15 del Código Civil, no pudiendo escapar de la competencia de los jueces, principalmente cuando aparezcan situaciones conflictivas que motiven la intervención de los tribunales de justicia y despierten el interés de los estudiosos de la materia civil y administrativa involucrada. Esto quiere decir que, ante la ausencia de una normativa que regule y prevea los derechos que surgen para quienes contraten bajo estas modalidades o condiciones, los jueces son quienes deben fallar evitando los abusos que pueden derivar de ellas. Sin embargo, se va haciendo necesario reglar su funcionamiento e integrarlo dentro de una normativa general, tarea que en nuestro país se fue desarrollando a través de las ordenanzas municipales y la jurisprudencia que fue originándose por situaciones particulares no previstas en las primeras, que debieron interpretarse por normas generales, en materia de derecho público y privado.

### **CLASE DE DERECHO QUE OTORGAN A LOS USUARIOS: ¿LOS CEMENTERIOS PRIVADOS COMO DERECHO PERSONAL O COMO DERECHOS REALES?**

El tema de los cementerios privados dio origen a problemáticas a cerca de la naturaleza jurídica del derecho del titular de la sepultura, es decir, de la persona que adquiere parcelas en estos lugares, el usuario. La problemática y polémica principal ronda a cerca de las características de la relación sepulcro (como cosa) y su titular. Lo cierto es que se trate de un cementerio público o privado, el titular de uno de los sepulcros que lo conforman, tiene un señorío sobre esa cosa inmueble, un cierto derecho de usar de ella. Pero, la amplitud de sus derechos, la posibilidad de transmitirlos a terceros, de perderlos por su no uso, de responder con su valor frente a sus acreedores, aparece como objeto de análisis desde hace bastante tiempo y aquí adquiere suma

relevancia analizar la naturaleza jurídica de los derechos que otorgan a los usuarios para, como vengo sosteniendo, darles seguridad jurídica con respecto al objeto de su contratación y a sus derechos que se encuentran comprometidos.

En doctrina las opiniones respecto del derecho al sepulcro, a las unidades (parcelas) que conforman un cementerio privado, se encuentran divididas, sosteniendo algunos autores que sería correcto hablar de derecho real - enmarcándolo como derecho de dominio o concesión de uso, entre otras posibles figuras donde podría encuadrarse - y otros considerando que pertenece al terreno de las relaciones personales - ubicándolo como locación, arrendamiento, entre otras alternativas - . Ambas categorías difieren en cuanto a su esencia, objeto inmediato, número de elementos, mediatez o inmediatez, régimen legal, nacimiento, oponibilidad, publicidad, carácter permanente, duración, ius persequendi, ius preferendi, muerte del titular, pérdida de la cosa, renuncia, competencia y ley aplicable, etc. Sin embargo, me avocare a las discrepancias que considero principales a los efectos del pretendido análisis.

Creo conveniente citar la excelente nota al Art. 497 de nuestro Código Civil, en donde Vélez Sarsfield consigna la definición de Ortolan, en la cual se establece que *"Derecho personal es aquel en que una persona es individualmente sujeto pasivo del derecho. Derecho real es aquel en que ninguna persona es individualmente sujeto pasivo del derecho. O en términos más sencillos, un derecho personal es aquel que da la facultad de obligar individualmente a una persona a una prestación cualquiera, a dar, suministrar, o hacer o no hacer alguna cosa. Un derecho real es aquel que da la facultad de sacar de una cosa cualquiera un beneficio mayor o menor."* A su vez vale destacar la nota al título IV del Libro III donde se hace referencia a la opinión de Demolombe en cuanto a la naturaleza del derecho real, quien nos dice que *"Derecho real es el que crea entre las personas y las cosas una relación directa e inmediata, de tal manera que no se encuentran en ella sino dos elementos, la persona, que es el sujeto activo del derecho, y la cosa, que es el objeto."*

De las definiciones citadas se extraen algunas de las diferencias fundamentales que se pueden apreciar entre los derechos personales y los derechos reales, tales como:

- En lo que hace referencia al número de elementos, en los derechos reales encontramos dos (sujeto y objeto), mientras que en los derechos personales aparecen tres (sujeto activo, sujeto pasivo y prestación)
- El objeto de los derechos reales son las cosas ciertas, individualmente determinadas, en el comercio y actualmente existentes, pudiendo recaer el mismo sobre toda la cosa o una parte determinada de la misma; consisten entonces en el ejercicio directo de una potestad sobre la cosa, a diferencia de los derechos personales cuyo objeto es la prestación a cargo de la persona del deudor, ya que se refieren a una facultad que el acreedor ejerce sobre la conducta de otro sujeto determinado.
- En los derechos reales la relación con la cosa se da de manera inmediata y directa, esto quiere decir que el sujeto portador del derecho no necesita de ningún intermediario para gozar de los beneficios de la cosa. En el caso de los derechos personales la cuestión varía ya que el derecho otorga al sujeto la facultad de exigirle a su deudor el cumplimiento de la obligación, es decir una conducta, un hecho; por lo cual se establece que aquí no existe una relación inmediata ni mucho menos directa, sino que

el cumplimiento de la prestación va a depender de la conducta que despliegue otra persona determinada, interponiéndose este hecho entre el acreedor y la cosa.

- Los derechos personales son relativos, esto quiere decir que obligan a personas determinadas, sean muchas o una sola, son oponibles en consecuencia únicamente al sujeto deudor (único obligado); los derechos reales en cambio son absolutos, es decir, deben ser respetados y son oponibles a todos, la sociedad en su totalidad tiene un deber jurídico de respeto por estos derechos reales.

- Al ser los derechos reales absolutos y derivar de los mismos una obligación pasiva universal, resulta importante su publicidad a los fines de que quienes deban respetarlos – la totalidad de la sociedad – los conozcan; de allí surge la necesidad de la publicidad de los derechos reales para que puedan ser oponibles erga homines; requisito que no deben cumplir los derechos personales, los que, como vimos, no gozan de esta oponibilidad.

- Los derechos personales no otorgan acciones reipersecutorias, derecho de preferencia (ius preferendi), ni mucho menos derecho de perseguir la cosa en manos de quien se encuentre (ius persecuendi), salvo excepciones legales; los derechos reales otorgan acciones reipersecutorias y derecho de preferencia

- Los derechos personales no tienen formalidades sacramentales para su constitución; en el caso de los derechos reales se exigen formalidades esenciales para su constitución y oponibilidad.

- Los derechos personales se pierden por prescripción liberatoria, son dinámicos; los derechos reales se adquieren por prescripción adquisitiva, son estáticos

- Los derechos personales pueden ser ilimitados, siempre y cuando no contravengan la moral, las buenas costumbres y las leyes, rige en ellos el principio de la autonomía de la voluntad como consecuencia del cual su creación queda sometida a la creatividad y a los intereses de las partes contratantes; en los derechos reales rige el orden público, es por esto que solamente pueden ser creados por ley, rigiendo además el principio del “numerus clausus” que indica que los derechos reales se ven acotados a un número reducido, es decir a los que se menciona en el Art. 2503 del Código Civil.

En cuanto a las ventajas y desventajas que otorgarían al usuario una y otra categoría, luego de analizar las diferencias anteriormente expuestas, se puede afirmar que resultaría más conveniente adquirir un derecho real sobre los cementerios privados, ya que el mismo ofrece a los particulares una mayor garantía considerando sus caracteres, por cuanto al recaer directamente sobre la cosa en cuestión establece entre el usuario y la parcela una relación directa e inmediata, oponible erga omnes (por su carácter de absoluto), lo que significará que su derecho sobre la parcela sea respetado por la totalidad de la sociedad que deberá abstenerse de realizar actos que le impidan al sujeto portador del derecho hacer uso del mismo. Al tratarse, como se viene mencionando, de derechos reales absolutos que generan en la sociedad una obligación pasiva universal consistente en el deber de respeto; para que esta circunstancia se torne exigible es necesario que aquellos sujetos sobre los cuales recae, es decir que tienen relación con la persona titular del derecho, tengan conocimiento del derecho en cuestión y aquí es donde surge la necesidad de que los derechos reales sean publicitados a los

finde de que puedan gozar de los beneficios que otorga para el titular del derecho ser portador de un derecho real; a diferencia de los derechos personales, en donde si bien no existe la necesidad de darles publicidad, no otorgan a sus titulares las ventajas respectivas que si otorgan los derechos reales. A su vez, gracias a su publicidad registral podríamos también obtener seguridad jurídica, debido a que la publicidad que otorga la registración del derecho real constituye un elemento más de confiabilidad para el sistema.

Se trata buscar un encuadramiento acorde con la naturaleza especialísima del sepulcro y el derecho que se pretende tutelar, que proteja a las personas que contratan sin contar con la seguridad jurídica que proporciona el poseer un marco normativo que rija y regule la adquisición de derechos como así también las facultades y deberes de las partes contratantes.

Es conveniente sostener que en las conclusiones de la Comisión N° 5 de derechos reales, de las XXII JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL, se sostuvo por mayoría que *el cementerio privado debe estructurarse como derecho real privatístico sin perjuicio de las restricciones y límites de naturaleza administrativa en función de su particular afectación.*

Lo expuesto parece convencernos a cerca de la respuesta sobre que tipo o clase de derechos otorgan los cementerios privados a los usuarios, sin embargo, la cuestión se torna más engorrosa si consideramos que incluso si quisiéramos encuadrarlos de esta manera tropezaríamos con el inconveniente que plantea el números clausus o cerrado de los derechos reales debido a que, en caso de no poder regularse por ninguno de los derechos reales mencionados en el Art. 2.503 del Código Civil – que contiene la enumeración de estos derechos que han sido creados por el legislador – nos encontraríamos ante la imposibilidad de crear nuevos y en consecuencia el marco regulatorio de los derechos que surgen de la adquisición de parcelas en cementerios privados seguiría sin poder clasificarse como de derecho real.

Considerando el hecho de que, en materia de derechos personales, el principio es la libertad de contratación, que nos libra de estar ajustados al números clausus regente en los derechos reales, aparece la alternativa de encuadrar estos derechos dentro del marco regulatorio de los derechos personales, cuyas ventajas y desventajas expondré a continuación. A su vez, de la apreciación de los cementerios privados surge que no se trata solamente de adquirir un lugar físico, una parcela, sino también una serie de servicios adicionales, que van a variar dependiendo del empresario pero que generalmente hacen referencia a la inhumación, capillas, misas, servicio de sepelio, estacionamiento, espacios verdes, crematorio, seguridad etc. Aquí es donde se puede comenzar a hablar de obligaciones o derechos personales.

### **ENCUADRE LEGAL COMO DERECHO PERSONAL:**

Resulta importante entonces analizar las diversas figuras en las cuales podrían caber los derechos en cuestión. Al efecto, luego de dar algunas precisiones, mencionaré algunas figuras contractuales, ya sean típicas o atípicas, que estimo se aproximan a la caracterización de los derechos que emergen de los cementerios privados para sus usuarios. Pero, antes que nada, se debe tener en cuenta que lo que caracteriza a los derechos personales es que estarán dados por los contratos o acuerdos que el titular del

cementerio, es decir el empresario, celebre con los que serán titulares de los respectivos sepulcros; esto quiere decir que la cuestión dependerá de la pura y exclusiva autonomía de la voluntad de las partes, quienes podrán ponerse de acuerdo con el objeto de reglar sus derechos.

En lo que respecta a los servicios adicionales, mencionados anteriormente, podría sostenerse que por tratarse de prestaciones que el usuario tiene derecho a exigir y que por lo tanto generan en el empresario titular del cementerio privado la obligación de cumplimiento, podría tratarse de derechos personales. Sin embargo la cuestión difiere si nos referimos al encuadramiento del derecho que surge del espacio físico o parcela del cementerio privado a favor del usuario. En este caso podría ocurrir que el propietario del cementerio otorgue al usuario un derecho personal, pero ello no resulta aconsejable, entre otras causas, por la poca confiabilidad del derecho en cuestión.

Se entiende que la constitución de derechos personales tropieza con innumerables inconvenientes que parecían estar garantizados en el encuadramiento legal como derecho real, tales como, la ausencia de publicidad registral debido a que los derechos personales tienen una publicidad relativa, lo que quiere decir que en principio solo son conocidos por quienes suscriben los respectivos documentos y quienes están fehacientemente notificados, a diferencia de los derechos reales en los que la publicidad resulta ser obligatoria a los efectos de su oponibilidad a terceros. Esta falta de oponibilidad de los derechos personales se traduce en una gran inseguridad para quienes contratan; sin perjuicio de otros inconvenientes que presentan como determinar el régimen que resultaría aplicable a las partes de uso común, entre otros.

### **FIGURAS EN LAS CUALES PODRÍA ENCUADRARSE:**

Al posicionarnos en la postura que sostiene que de las parcelas o cementerios privados surgen para su titular derechos personales, vamos a introducirnos en las diversas figuras dentro de las cuales podrían llegar a encuadrarse estos derechos. Se trata, como se viene sosteniendo en el desarrollo del tema, de una cuestión difícil de dilucidar, veamos ahora las posibles figuras que podrían aplicarse.

#### **1) CONTRATO DE LOCACIÓN:**

*“Habrá locación, nos dice el Art 1493 del Código Civil, cuando dos partes se obliguen recíprocamente, la una a conceder el uso o goce de una cosa, o a ejecutar una obra, o prestar un servicio; y la otra a pagar por este uso, goce, obra o servicio un precio determinado en dinero...”* Y continúa diciendo *“...El que paga el precio, se llama en este código "locatario", "arrendatario" o "inquilino", y el que lo recibe "locador" o "arrendador". El precio se llama también "arrendamiento" o alquiler”*.<sup>11</sup>

Como nos expresa la doctora Mariani de Vidal *“... para Vélez la locación es un derecho personal...”*<sup>12</sup> por el hecho de que *“...el locatario no tiene facultades que pueda ejercer en forma inmediata sobre la cosa, sino que en esa relación se interpone el locador...”*<sup>13</sup>. Y cita a su vez la nota de Vélez Sarsfield al Art. 1498 del Código Civil,

<sup>11</sup> Código Civil Argentino 2010, compilado por Victor P. de Zavalía, Título VI, Art. 1493.

<sup>12</sup> MARINA MARIANI DE VIDAL, “DERECHOS REALES”, Tomo 1, 7a edición. Ed. Zavalía.

<sup>13</sup> MARINA MARIANI DE VIDAL, “DERECHOS REALES”, Tomo 1, 7a edición. Ed. Zavalía.

en donde menciona que *"El usufructuario... (comparando el derecho real de usufructo, el más parecido a la locación, con ésta) tiene por sí el derecho de gozar de la cosa, y el arrendatario tiene derecho de hacer ejecutar por el propietario su obligación personal de hacerlo gozar". El Codificador ve en la ley la fuente de la obligación de respetar el contrato de locación celebrado por el anterior propietario.*<sup>14</sup>

De lo expuesto puede sostenerse que los contratos de locación tienen por finalidad el uso de una cosa ajena y quizá sea esta una de las pocas características que podamos rescatar a los fines de encuadrar los derechos que surgen de los cementerios privados como un contrato de locación, debido a que presentan serios inconvenientes.

En primer lugar, se debe considerar el hecho de que los sepulcros se conceden por largo tiempo o a perpetuidad. Es muy común observar que las empresas titulares de cementerios privados ofrezcan espacios dentro de sus inmuebles asegurando a los usuarios la característica de que estos servicios se adquieren para ser utilizados a término indefinido. Este carácter tipificante de las contrataciones efectuadas en cementerios privados no se ve reflejado en la regulación de la locación, en razón de que esta última posee un término de duración máximo de 10 años, resultando ser a mi criterio el inconveniente principal con el que tropieza este encuadramiento, ya que según lo establece Vélez Sarsfield en el Código Civil, no puede superar este plazo y, en caso de hacerse por un tiempo mayor, valdrá solamente por el tiempo indicado.<sup>15</sup>

Otra de las características que ofrecen los empresarios propietarios de cementerios privados, es la posibilidad de utilización por cualquier persona que designe el titular de las parcelas, (siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos que no trate por no constituir objeto de la exposición).

Si continuamos haciendo una analogía con el régimen de la locación, advertiremos que según el Art. 1.496 de nuestro Código Civil *"los derechos y obligaciones que nacen del contrato de locación, pasan a los herederos del locador y del locatario"*<sup>16</sup>. Aquí subyace otra de las diferencias: ya no se trataría de transferir el derecho en cabeza del titular de las parcelas – que, si nos posicionamos en este régimen, sería equiparado a un locador – a cualquier persona por él elegida, sino sólo, dentro de sus familiares directos, a sus herederos. Se puede apreciar claramente que, si aplicáramos este régimen, permitiríamos y por que no, convalidaríamos una importante limitación a la transmisión de los derechos que surgen de la adquisición de una parcela en un cementerio privado, restringiendo las facultades de los usuarios y desnaturalizando la figura y características de estos espacios.

Por último, vale mencionar otra de las desventajas que acarrearía el hecho de adoptar a la locación como régimen aplicable que consiste en el hecho de que la propiedad inmueble, según nuestra legislación, no pueda dividirse en parcelas tan pequeñas como se requiere para estos fines, donde las parcelas poseen un metro de ancho como mínimo y dos metros y medio de largo aproximadamente. Al respecto, resulta procedente citar el Art. 2.326 del Código Civil que, luego de caracterizar a las cosas divisibles como aquellas que pueden ser divididas en

---

<sup>14</sup> MARINA MARIANI DE VIDAL, *"DERECHOS REALES"*, Tomo 1, 7a edición. Ed. Zavalía.

<sup>15</sup> Según surge del Art. 1.505 del Código Civil Argentino que expresa que *"El contrato de locación no puede hacerse por mayor tiempo que el de diez años. El que se hiciera por mayor tiempo quedará concluido a los diez años"*

<sup>16</sup> Código Civil Argentino 2010, compilado por Victor P. de Zavalía, Libro III, Título VI, Art. 1.496.

porciones reales sin ser destruidas enteramente, expresa que “...No podrán dividirse las cosas cuando ello convierta en antieconómico su uso y aprovechamiento. Las autoridades locales podrán reglamentar, en materia de inmuebles, la superficie mínima de la unidad económica”<sup>17</sup>. En este caso, resulta evidente que estas diminutas parcelas no satisficerían el requisito en cuestión por la simple razón de que, nos dice el maestro Néstor Jorge Musto “si no hay división, no hay una cosa sino una parcialidad, de modo que al menos teóricamente no se podría dar en locación una parte de la cosa”<sup>18</sup>.

## **2) CONTRATO DE COMODATO:**

Luego de proceder a descartar el encuadramiento como locación por las razones expuestas, corresponde analizar las compatibilidades con el régimen jurídico del comodato.

El Art. 2.225 del Código Civil nos dice que “Habrà comodato o préstamo de uso, cuando una de las partes entregue a la otra gratuitamente alguna cosa no fungible, mueble o raíz, con facultad de usarla”<sup>19</sup> De la caracterización de este tipo de contrato puede advertirse que no podrían encuadrarse en el los derechos que surgen de la adquisición de parcelas en cementerios privados. Ya he señalado en las páginas principales de este artículo que estos camposantos surgieron por las inversiones de grandes empresarios que se dieron a la tarea de incursionar en la prestación de un servicio que hasta el momento dependía del Estado municipal, el que no garantizaba a la sociedad espacios suficientes para el depósito de los restos mortales de sus difuntos y mucho menos, ofrecía alternativas en cuanto a comodidades, servicios adicionales, y lo que respecta a un marco de exclusividad que, ciertos sectores de la sociedad demandaban para la memoria de sus familiares. Así, surgen los cementerios privados, caracterizados por sus fines de lucro que, con el correr de los años, han ido incorporando nuevos servicios y prestaciones de la más amplia gama con el objeto de atender a todas las cuestiones que giran en torno a la muerte, irrumpiendo en el mercado a través del incremento de sus ganancias bajo la misiva de ofrecer a la sociedad un marco de paisajes naturales donde prive la paz y el respeto por la memoria de sus difuntos, que según una opinión crítica, podría decirse, convierten a la muerte en un objeto de comercio, en profesión y en empresa comercial.

Como conclusión sostengo que en razón de que la instalación de un cementerio privado no solo esta orientada con fines de lucro, sino también requiere una importante inversión y la puesta en marcha de equipos de trabajo orientados y capacitados en la prestación de estos servicios, razón por la cual es difícil, por no decir imposible, que se recurra a esta figura contractual que es esencialmente gratuita.

## **3) CONTRATO DE SOCIEDAD:**

En lo que respecta a las sociedades comerciales debemos remitirnos a la Ley 19.550 que, en su artículo primero, proporciona un concepto de las mismas, diciendo que “Habrà sociedad comercial cuando dos o más personas en forma organizada, conforme a uno de los tipos previstos en esta Ley, se obliguen a realizar aportes para

---

<sup>17</sup> Código Civil Argentino 2010, compilado por Victor P. de Zavalía, Libro III, Título I, Art. 2.326.

<sup>18</sup> NESTOR JORGE MUSTO: “DERECHOS REALES”, Tomo 1, pág. 742. Ed. Astrea, Bs. As. 2000.

<sup>19</sup> Código Civil Argentino 2010, compilado por Victor P. de Zavalía, Libro II, Secc.3ra., Título XVII, Art. 2.326.

*aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas.*”<sup>20</sup>

Resulta importante aclarar, antes de avanzar en este análisis, la distinción existente entre las personas titulares de los cementerios privados y los usuarios que adquieren parcelas dentro del mismo. En el primer caso, me refiero a los empresarios, quienes acondicionan un predio - a través de la parquización, instalación de servicios necesarios, etc. - para que cumpla con las características pertinentes a los efectos de constituirse como cementerio privado y ofrecer los servicios alusivos. En este caso se trata de una persona o sociedad cuya actividad consiste en la comercialización de derechos a las parcelas que componen su inmueble afectado al régimen de cementerio privado, con destino a la inhumación de los restos mortales de las personas que, generalmente en vida, han pactado su destino o el de sus familiares, a través del pago de un precio o cuotas mensuales. En este caso no caben dudas que, la mayoría de los cementerios privados se encuentran en manos de sociedades comerciales, debido a que de esta forma resulta más factible y viable para los empresarios poder soportar los altísimos costos e inversiones en que deben incurrir para montar tales emprendimientos y ofrecer servicios semejantes. Pero el objeto de investigación al que pretendo evocarme en el presente artículo se refiere, como vengo sosteniendo, a los derechos de los usuarios, quienes contratan y adquieren parcelas en cementerios privados. En este último caso, difícilmente podría darse el caso en el que el o los propietarios del cementerio resulten ser socios de cada uno de los titulares de las parcelas que los componen, a los efectos de obligarse estos usuarios a realizar aportes económicos para destinarlos a la actividad, “...*participando de los beneficios y soportando las pérdidas*”<sup>21</sup>. Esto resulta absurdo debido a que quienes adquieren parcelas lo hacen con la finalidad de depositar allí los restos mortales de sus parientes fallecidos, sin posibilidad de que persigan fines de lucro con su accionar y mucho menos que tengan en mira formar una sociedad con los titulares de los cementerios.

#### **4) CONTRATO DE COMPRAVENTA:**

Según surge del Art. 1.323 del Código Civil “*Habrá compra y venta cuando una de las partes se obligue a transferir a la otra la propiedad de una cosa, y ésta se obligue a recibirla y a pagar por ella un precio cierto en dinero*”<sup>22</sup>. A simple vista pareciera no haber ningún inconveniente con esta caracterización, sin embargo si retomamos lo dicho anteriormente en el acápite que hacía referencia a la locación, podemos apreciar que en el contrato de compraventa también se daría la imposibilidad que plantea el Art. 2.326 del Código Civil al expresar que “...*No podrán dividirse las cosas cuando ello convierta en antieconómico su uso y aprovechamiento...*”<sup>23</sup>. Como ya se dijo, las parcelas de las cuales devendrán derechos para el usuario, cuya naturaleza se intenta dilucidar, constituyen unidades pequeñas en comparación con las superficies que pueden ser objeto de este tipo de contratos que se estudian – contrato de locación y contrato de compraventa – debido a que rondan las medidas de un metro de ancho por dos metros y medio de largo, aproximadamente.

---

<sup>20</sup> Ley de Sociedades Comercial, N° 19.550, Art. 1.

<sup>21</sup> Ley de Sociedades Comercial, N° 19.550, Art. 1.

<sup>22</sup> Código Civil Argentino 2010, compilado por Victor P. de Zavalía, Libro II, Secc. 3ra., Título III, Art. 1.323.

<sup>23</sup> Código Civil Argentino 2010, compilado por Victor P. de Zavalía, Libro III, Título I, Art. 2.326.

Por lo expuesto conviene descartar la posibilidad de encuadrar estos derechos como un contrato de compra venta, ya que si bien la persona los adquiere a perpetuidad, pudiendo transferirlos a quién desee y constituyéndose, en muchos casos, propietario de las unidades, el hecho de no contar estas parcelas con los requisitos mínimos para ser objeto de este tipo de contratos, las excluye completamente de este régimen, en razón del límite de la unidad económica, a lo que se suma la ausencia de individualidad de los espacios, además de las restricciones y límites impuestos por el uso común de los espacios que constituyen los parques que componen el cementerio privado o camposanto.

## **5) CONTRATO INNOMINADO:**

La diferenciación entre contratos nominados e innominados surge del Código Civil, el cual en su Art. 1.143 expresa que *“Los contratos son nominados o innominados, según que la ley los designa o no, bajo una denominación especial”*.<sup>24</sup>

Resulta importante aclarar que, a pesar de ser usados como sinónimos, tanto los términos innominado y atípico por un lado, como las expresiones nominado y típico, no significan exactamente lo mismo aunque su distinción sea mínima.

Para dilucidar los significados de los conceptos expresados debemos tener en cuenta que, al hacer referencia a los contratos nominados e innominados, resulta conveniente preguntarnos si el ordenamiento jurídico les ha proporcionado una denominación especial a los efectos de caracterizarlos o, por el contrario, carecen de la misma; de este interrogante surge el concepto de cada uno de ellos que se expresa en el código civil. Cuando de contratos típicos o atípicos se trata, debemos indagar a cerca de si se encuentran legislados y regulados en el ordenamiento jurídico vigente, lo que implica que cuentan con una legislación expresa en lo que refiere a sus formalidades, contenidos, efectos, exigencias normativas, etc. Esta tipicidad, que emerge de la regulación propia de un tipo contractual, significa que éste posee una caracterización o estructura singular, definida y particularizada en el cuerpo normativo. Los contratos innominados, en cambio, no gozan de este marco regulatorio ya que no se encuentran reglados en el Código Civil; lo que ocurre es que al no estar reglamentados expresamente en la legislación, los contratos atípicos resultan ser innominados debido a que el legislador no se ha encargado de definirlos y caracterizarlos bajo una denominación, dejando ello al ámbito de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes. La existencia de estos contratos atípicos o innominados deviene de los principios generales rectores en materia contractual, es decir, de la libertad de contratación y autonomía de la voluntad de las partes contratantes, lo que les da a las mismas la posibilidad de ponerse de acuerdo a cerca de la forma en la que van a reglar sus derechos, pudiendo incluso convenir contratos que escapen a los tipos previstos en el Código Civil. Aquí no rige el principio del número cerrado que se aprecia en el ámbito de los derechos reales, sino que, en virtud del principio enunciado en el Art. 1.137 del Código Civil, queda reservada a las partes la creación de acuerdos que contengan declaraciones de voluntad común, destinadas a reglar sus derechos.

Al respecto del posible encuadramiento, dentro de los contratos innominados, de los derechos emergentes de la adquisición de parcelas en cementerios privados, esta

---

<sup>24</sup> Código Civil Argentino 2010, compilado por Victor P. de Zavalía, Libro II, Secc. 3 ra., Título I, Art. 1.143.

forma podría resultar ser la figura más adecuada dentro de la esfera de los derechos personales, lo que no quiere decir que sea la mejor opción ya que, según mi criterio, aún es posible propugnar otras soluciones que den mayor seguridad jurídica a los adquirentes y los protejan frente a los posibles abusos derivados de la ausencia de una regulación específica en materia de cementerios parque.

En el caso de ubicarlos dentro de los contratos innominados encontramos una serie de ventajas que giran en torno a la particularización de los mismos. Estos otorgarían al usuario la posibilidad de negociar las condiciones de su contratación con los titulares de los cementerios privados, sin necesidad de verse limitados por las figuras o tipos contractuales que regula el Código Civil y de establecer las cláusulas que considere a los efectos de garantizar sus pretensiones y cumplir con los móviles que lo llevan a adquirir una parcela en un cementerio parque, como sería el hecho de poder depositar allí los restos mortales de sus difuntos sin, por ello, verse sometido a cláusulas abusivas y vejatorias de sus derechos. Sin embargo, resultaría muy dificultoso en la práctica que grandes empresarios titulares de cementerios privados se sentaran a negociar el contenido de los contratos con los posibles adquirentes de las parcelas o que constituyan nuevas modalidades contractuales con el objeto de aplicarlas a todos los futuros adquirentes de parcelas en los cementerios parques, en las cuales se vele por los derechos de los usuarios de estos servicios. Es más, lo que ocurre frecuentemente, según nos relata en su obra el doctor Musto, es que *“los titulares de cementerios privados estudian exhaustivamente las cláusulas y redactan un contrato tipo o formulario (contrato por adhesión), lo que involucra cierto riesgo para el adherente, pues, tratándose de la constitución de derechos personales, el promotor – haciendo aquí referencia a los titulares de cementerios privados – no da garantías de cumplimiento”*.<sup>25</sup> Aquí puede citarse también una de las situaciones que nos proporciona el mismo autor, al decir que *“como el verdadero negocio es la venta de parcelas, se registran casos en que, una vez concretadas las ventas, el promotor se retire del negocio, con lo cual los adquirentes debe afrontar los problemas del mantenimiento”*.<sup>26</sup> Vale decir que es muy común que, a través de estos contratos de adhesión a condiciones generales, se cometan grandes abusos a través de la inclusión en los mismos de cláusulas abusivas.

Además de los perjuicios que, posiblemente, devendrían del encuadramiento dentro de esta figura, se suma la desventaja de no poseer, estos contratos innominados, un respaldo en normas de aplicación supletoria.

Sin perjuicio de las desventajas que han sido señaladas, en caso de optar por encuadrar los derechos a los que vengo haciendo referencia dentro de esta figura podría, por ejemplo, tratarse de un contrato atípico que tenga elementos de la compra venta, de la cual tome la vocación de adquirir para sí la cosa, a perpetuidad ; de la locación de cosas, de la que tome el uso y goce de las parcelas de acuerdo a los fines establecidos y, por último de locación de servicios, tomando de esta la prestación de servicios complementarios, como ser aquellos que hacen referencia al estacionamiento, crematorios, capillas, salas velatorias, seguridad, autos fúnebres, alquiler de autos sintientes, entre otros.

## ENCUADRE LEGAL COMO DERECHO REAL

---

<sup>25</sup> NESTOR JORGE MUSTO: *“DERECHOS REALES”*, Tomo 1, pág. 695. Ed. Astrea, Bs. As., 2000.

<sup>26</sup> NESTOR JORGE MUSTO: *“DERECHOS REALES”*, Tomo 1, pág. 695. Ed. Astrea, Bs. As., 2000.

En cuanto a las ventajas producto de este encuadramiento, se menciona que, al recaer el derecho real sobre la cosa, se daría una relación entre ella y los particulares, directa e inmediata, oponible *erga omnes* por su carácter de derecho absoluto, esto quiere decir que resulta oponible frente a todos los integrantes de la comunidad, poseyendo eficacia contra cualquier persona ya que todos los miembros de la sociedad tienen el deber de respetar – deber de abstención - el derecho real que incumbe a su titular. Esto se va a traducir en una mayor seguridad jurídica para el usuario; al igual que otra de las ventajas, que hace referencia a la publicidad de los derechos reales, que se obtiene con su registración, dando confiabilidad y seguridad a la relación jurídica.

Pero no hay que perder de vista que, en el ámbito de los derechos reales, sus normas reguladoras son de orden público, y en consecuencia, ellas no pueden ser dejadas de lado por las convenciones privadas de los particulares, en razón de que el principio rector en materia de derechos reales es el del *numerus clausus*, consagrado en el Art. 2.502 del Código Civil.

Entonces, a los efectos de encuadrar a los cementerios privados como nuevas formas de adquisición de la propiedad, solo se lo va poder hacer dentro de los derechos reales ya existentes, tipificados y reconocidos por nuestro legislador en el Código Civil, en razón de que rige la prohibición de su creación extralegal, es decir, por la voluntad de las partes; no aplicándose, cuando a derechos reales hacemos referencia, el principio de la autonomía de la voluntad rector en materia contractual o de derechos personales, regulado en el Art. 1137 de nuestro Código Civil. Es por lo expuesto que, dentro de los derechos reales, ya sea sobre cosa propia - como el dominio, condominio, propiedad horizontal - o sobre cosa ajena – como el usufructo, uso, habitación, servidumbre - es donde se debe analizar su encuadramiento.

### **NUMEROS CLAUSUS EN LOS DERECHOS REALES Y EL CARÁCTER DE ORDEN PÚBLICO DE SUS NORMAS**

El derecho real "*es un derecho absoluto, de contenido patrimonial, cuyas normas sustancialmente de orden público, establecen entre una persona (sujeto activo) y una cosa (objeto) una relación inmediata, que previa publicidad obliga a la sociedad (sujeto pasivo) a abstenerse de realizar cualquier acto contrario al mismo (obligación negativa), naciendo para el caso de violación una acción real y que otorga a sus titulares las ventajas inherentes al iuspersequendi y al ius praeferendi.*"<sup>27</sup>

De la definición precedente, como de muchas otras, surge la exposición de los caracteres y elementos necesarios para la existencia del derecho real, entre los cuales podemos hacer referencia a la naturaleza jurídica de sus normas y al *numerus clausus* de los derechos reales. Se dice que las normas que regulan los derechos reales son sustancialmente de orden público, es decir, que están vinculadas al plexo de principios de orden superior, políticos, económicos, morales y algunas veces religiosos, a los cuales una sociedad considera estrechamente ligada la existencia y conservación de la organización social establecida<sup>28</sup> y que, por ello, no pueden ser dejadas de lado por las convenciones privadas - Art. 21 del Código Civil<sup>29</sup> "*Las convenciones particulares no*

<sup>27</sup> MOLINARIO, ALBERTO: "Derecho patrimonial y derecho real", pág. 43, ed. La Ley, Bs. As., 1965.

<sup>28</sup> SALVAT, Parte General, 1.1, pág. 148, n° 247, ed. 1950.

<sup>29</sup> ARÁUZ CASTEX, LLAMBÍAS "Derecho Civil, Parte General", t. I, págs. 169 y 173 y sigs., 1955.

*pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres.*”.-

Sin embargo, lo expuesto no significa que todas las normas relativas a los derechos reales sean de orden público, por ello se dice "sustancialmente" de orden público, esto quiere decir que aun en este campo existen ciertas reglas que revisten carácter meramente supletorio (por ejemplo, los arts. 2669, 2672, 2823, 2851, 2862, 2952, 3000, 3266, 3246, 3247, etc.). Pero la mayoría son de orden público, por lo tanto su aplicación no depende de la voluntad de los particulares y las convenciones privadas no pueden dejarlas de lado, tal como surge del Art. 2502 del Código Civil que reza "*los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley. Todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales, o modificase los que por este Código se reconocen, valdrá sólo como constitución de derechos personales, si como tal pudiese valer*". Entonces, si se constituyese un derecho real no tipificado por ley, es decir uno de los enumerados en el Art. 2503 del Código Civil, valdrá como derecho personal solo si se le pudiere dar ese carácter. En otras palabras: si lo acordado por las partes pudiera subsistir en calidad de derecho personal, como tal puede admitirse su validez. Haciendo aplicación de esta idea, la antigua Cámara Civil 1ª de la Capital resolvió que un contrato de enfiteusis suscrito en 1930 debía reputarse válido como arrendamiento y sujeto a las disposiciones relativas a este contrato.

En cuanto al principio del *numerus clausus*, sostenemos que crea una gran valla a la autonomía de la voluntad, pues los particulares no pueden crear otros derechos reales distintos a los establecidos en la ley, ni modificar, por pactos privados las normas que los rigen, porque las normas relativas a los derechos reales se imponen en tanto y en cuanto ellas mismas no dispongan lo contrario. Este número cerrado, al que hacemos referencia en materia de derechos reales, es cerrado desde el punto de vista del intérprete, pero no para el legislador, que puede crear cuantos derechos reales considere convenientes y dotarlos del correspondiente estatuto regulador que estime adecuado. Este carácter surge principalmente del Art. 2502 del Código Civil, que aprehende el principio del *numerus clausus* y en su nota donde Vélez da su fundamento diciendo que "*El Derecho romano no reconoce al lado de la propiedad, sino un pequeño número de derechos reales, especialmente determinados, y era por lo tanto privada la creación arbitraria de nuevos derechos reales...*" ... "*La multiplicidad de derechos reales sobre unos mismos bienes es una fuente fecunda de complicaciones y de pleitos, y puede perjudicar mucho a la explotación de esos bienes y la libre circulación de las propiedades, perpetuamente embarazadas,...*". Lo mismo también surge de la nota al Art. 2828, referido al usufructo, donde se expresa que "*...Los actos y contratos particulares no podrían derogar la disposición del artículo, porque la naturaleza de los derechos reales en general, y especialmente la del usufructo, está fijada en consideración al bien público y al de las instituciones políticas, y no depende de la voluntad de los particulares*".<sup>30</sup> Y es precisamente este uno de los puntos de divergencia con los derechos personales, en donde las normas que los rigen son sustancialmente supletorias, cuyo número y contenido queda librado a la voluntad de las partes, en virtud del principio del Art. 1197 del Código Civil. Las personas pueden constituir y transmitir derechos reales, lo que no pueden hacer es constituir o crear otros

---

<sup>30</sup> AUBRY y RAU, § 228, nota 4. DEMOLOMBE, t. 10, núm. 244. MARCADE, sobre el art. 617, núm. 4. En contra: PROUDHON, núm. 331. DURANTON, t. 4, núm. 663.

derechos reales que aquellos que la ley admite. Todo el régimen de los derechos reales interesa de manera directa e inmediata al orden público, como hemos expuesto precedentemente. Si las personas pudieran crear los derechos reales que convinieran a sus intereses circunstanciales, no tardaría en producirse el caos en el régimen de la propiedad, resultando tal sistema inadmisibles. Por ello está vedado no sólo crear derechos reales que la ley no admite, sino también modificar los que la ley reconoce.

Una relativa excepción a la regla de que el contenido de los derechos reales está fijado en la ley, es el Art. 2952, según el cual el uso y el derecho de habitación son regidos por los titulares que los han constituido y en su defecto, por las disposiciones siguientes. Esto no quiere decir que las partes estén autorizadas a fijar cualquier contenido a los derechos de uso y habitación; la convención no podría nunca desvirtuar el concepto esencial de estos derechos reales fijado en el Art. 2948; lo que pueden hacer las partes es simplemente reglamentar con precisión los detalles no esenciales del derecho de uso y habitación.

Si bien en la nota al Art. 2502 nuestro Codificador, citando el derecho romano, afirma que no se reconocían al lado del derecho de propiedad, derecho real de dominio, sino un número pequeño de derechos reales especialmente determinados, establece luego la prohibición "arbitraria" de la creación de nuevos derechos reales. En esta última afirmación, radica la problemática planteada. Tal "arbitrariedad" la consideramos totalmente ajena frente a la "necesidad" de brindar a estas nuevas formas de manifestación del derecho de propiedad un marco regulatorio propio que pueda captar sus modalidades y particularidades, ante esta realidad social que reclama un estatuto jurídico propio.

Reconocemos la necesidad de regular estas nuevas relaciones comerciales, no para limitarlas, restringirlas, o ponerles trabas a su comercialización, sino para hacerlas más claras, transparentes y precisas, tanto para aquel que las comercializa como para los consumidores. La nueva problemática que se nos presenta es la de establecer si los derechos reales existentes son capaces de captar en su marco regulatorio la naturaleza jurídica y el dinamismo o la funcionalidad de estos nuevos derechos.<sup>31</sup>

## **FIGURAS EN LAS QUE PODRÍA ENCUADRARSE:**

### **1) DOMINIO**

La posibilidad de constitución de un derecho real de dominio sobre la sepultura encuentra ciertos inconvenientes insuperables, por lo que descartamos esta posibilidad. Entre las problemáticas frente a las cuales tropezamos a la hora de encasillar la figura en estudio dentro de este derecho real, podemos indicar el hecho de la pequeñez de las parcelas, ya mencionado en páginas anteriores, que impide, entre otras cosas, que el predio se pueda subdividir y, en consecuencia, pueda efectuarse la inscripción de las mismas en los registros de propiedad inmueble. Careciendo, las parcelas destinadas a sepultura, de individualidad catastral, a diferencia del inmueble en sí - el predio del cementerio en su totalidad - que la posee, no habría entonces posibilidad de constituir un dominio por parcelas por carecer estas de individualidad jurídica y, en consecuencia, el derecho real no podría tener un objeto determinado. Sin embargo, según el criterio del

---

<sup>31</sup> DE HOZ, MARCELO: "El *numerus clausus* en los derechos reales y las nuevas formas de manifestación del derecho de propiedad", Revista del Notariado 831, 1992.

doctor Jorge Musto, “*este inconveniente no lo consideramos insalvable ya que bastaría que, con ese sólo objeto, se autorizaran tales divisiones*”<sup>32</sup>. Para ello, estima, deberían resolverse las cuestiones referentes a lo que sucede con los espacios comunes existentes en los cementerios privados, tales como las vías de acceso a los mismos, y lo que respecta a los servicios comunes - estacionamientos, salas velatorias, capillas, crematorio, etc – que quedarían excluidos del derecho de dominio del titular de las parcelas. La solución que ofrece, en caso de que las vías de acceso pertenezcan al dominio del empresario o de las sociedades promotoras de los cementerios parque, es que se constituyan servidumbres perpetuas de paso y utilización de estas partes comunes, para así asegurar a los sujetos propietarios de las parcelas el uso de los servicios que ofrecen los cementerios privados.

Otro de los inconvenientes que presenta el encuadramiento bajo este derecho real de dominio es el que hace referencia a las facultades que surgen de esta regulación para el titular del derecho, que difieren bastante de las que posee el usuario que adquiere una parcela dentro del predio en cuestión. Debemos considerar que uno de los caracteres del dominio conforme al Art. 2.506 del Código Civil y su nota, es el de ser un derecho ABSOLUTO. Según el artículo citado “*el dominio es el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona*”<sup>33</sup>; expresándose en su nota el alcance que ha tenido este carácter. Lo cierto es que atribuye a su titular el *ius utendi* (*derecho a usar el bien*), *ius abutendi* (*derecho a disponer plenamente del bien*) e *ius fruendi* (*derecho a percibir los frutos de la cosa*). En los cementerios parque estas facultades no tienen lugar por las restricciones y límites que debe soportar el usuario que adquiere las parcelas, quien no podría disponer materialmente de la cosa para cualquier destino ni por ejemplo alquilar la cosa y mucho menos gozar de un dominio absoluto, pudiendo utilizarla de manera plena. Las facultades que posee respecto de la parcela se encuentran orientadas al fin del cementerio, sin extenderse demasiado ya que, en caso contrario, se desnaturalizaría el sistema.

## **2) CONDOMINIO**

Nuestro Código Civil enuncia, en su Art. 2.673, que “*El condominio es el derecho real de propiedad que pertenece a varias personas, por una parte indivisa sobre una cosa mueble o inmueble*”.<sup>34</sup>

En caso encuadrar al derecho que surge de la adquisición de parcelas en cementerios privados como un condominio, este tendría lugar entre el propietario original del cementerio y los usuarios adquirentes de las unidades o incluso entre los usuarios mismos, porque la figura en cuestión tiende a la partición de la cosa - inmueble en este caso -. Sin embargo, no hay que dejar de considerar al Art. 2.692 que establece que “*Cada copropietario está autorizado a pedir en cualquier tiempo la división de la cosa común, cuando no se encuentre sometida a una indivisión forzosa*”<sup>35</sup>. De acuerdo a lo expuesto, los condóminos, podrían siempre y en cualquier momento solicitar la división y consecuente partición del predio, desnaturalizando de este modo la figura de los cementerios privados, como así también el destino de los mismos. La única

---

<sup>32</sup> NESTOR JORGE MUSTO: “*DERECHOS REALES*”, Tomo 1, pág. 696. Ed. Astrea, Bs. As., 2000.

<sup>33</sup> Código Civil Argentino 2010, compilado por Victor P. de Zavalía, Libro III, Título VI, Art. 2.506.

<sup>34</sup> Código Civil Argentino 2010, compilado por Victor P. de Zavalía, Libro III, Título VIII, Art. 2.673.

<sup>35</sup> Código Civil Argentino 2010, compilado por Victor P. de Zavalía, Libro III, Título VIII, Art. 2.692.

excepción a la facultad de los condóminos que se admite en el articulado, consiste en la imposibilidad de pedir la división de la cosa común en caso de que la misma estuviere sometida a una indivisión forzosa. Pero de esta posible solución a los inconvenientes que surgen de este encuadramiento, devienen otras dificultades, tales como lo que concierne al plazo de indivisión, el que según el Art. 2715 no podrá establecerse por un término mayor a 5 años. Aquí encontramos otro impedimento para el encuadramiento de los cementerios privados dentro de esta figura. Sin embargo de una lectura completa del artículo en cuestión surgen algunas alternativas, así este nos dice que *“Habrá también indivisión forzosa, cuando la ley prohíbe la división de una cosa común, o cuando lo prohibiere una estipulación válida y temporal de los condóminos, o el acto de última voluntad también temporal que no exceda, en uno y en otro caso, el término de cinco años, o cuando la división fuere nociva por cualquier motivo, en cuyo caso debe ser demorada cuanto sea necesario para que no haya perjuicio a los condóminos”*<sup>36</sup>. Con respecto a la posibilidad de aplicación, por parte de los jueces, del concepto de indivisión forzosa por considerar nociva la división; no tendría lugar en este caso en razón de que la misma presupone una situación de indivisión temporaria y no perpetua como debería ser la que tenga lugar en este caso y que además no se podría plantear de ante mano. Resultaría ser el destino de la cosa el que podría llegar a condicionar la división pero no podría llevar a que la misma sea simplemente demorada como lo exige el ordenamiento de este derecho real de condominio.

Es muy importante remarcar también que el derecho real de condominio sólo da facultades a una parte indivisa, no así a una porción material, determinada y específica, como se pretende en esta figura en la que hablamos de parcelas. El condominio del cementerio sería sobre todo el inmueble, o sea, sobre todo el cementerio y no habría derecho exclusivo sobre una parcela sino sobre la totalidad de ellas en forma indivisa. Salvo que entre todos los condóminos se pusieran de acuerdo para hacer uso de determinadas porciones del inmueble cada uno, pero esto traería sobre todo problemas de administración ya que al ser muchos los condóminos resultaría muy dificultoso ponerse de acuerdo al respecto.

Como conclusión al respecto del encuadramiento dentro de este derecho real, debe decirse que tampoco resulta apropiada esta figura.

### **3) PROPIEDAD HORIZONTAL**

El Art. 1° de la ley 13.512, reza *“Los distintos pisos de un edificio o distintos departamentos de un mismo piso o departamentos de un edificio de una sola planta, que sean independientes y que tengan salida a la vía pública directamente o por un pasaje común podrán pertenecer a propietarios distintos, de acuerdo a las disposiciones de esta ley. Cada piso o departamento puede pertenecer en condominio a más de una persona”*.<sup>37</sup> De la sola enumeración de los requisitos para afectar un inmueble al régimen de la propiedad horizontal deriva la imposibilidad de asimilación con un cementerio por cuanto en el no existe la condición jurídicamente divisible. Sin embargo y a pesar de que este régimen sea una respuesta del legislador a un problema muy distinto del que aquí se registra, hasta que no se dicte una legislación específica puede

---

<sup>36</sup> Código Civil Argentino 2010, compilado por Victor P. de Zavalía, Libro III, Título VIII, Cap. II, Art. 2.715.

<sup>37</sup> Ley de propiedad horizontal N° 13.512, Art. 1°.

llegar a funcionar, más que en otras figuras, el hecho de adecuar estas nuevas formas de adquisición de la propiedad - cementerios privados - al régimen de la ley 13512. Ya que si bien la finalidad de esta ley presupone la existencia de un edificio y la posibilidad de dividirlo en sectores horizontales - de allí su nombre - por oposición al dominio común que se extiende verticalmente hacia el subsuelo y el espacio aéreo; las parcelas del cementerio implican, en principio, una división del terreno y la ley a su vez permite que el sometimiento al régimen de propiedad horizontal se realice sobre inmuebles de una sola planta, existiendo numerosos inmuebles de ese tipo afectados al sistema, tales como cocheras, etc. Lo importante y que no debe faltar es la posibilidad de que cada unidad tenga su autonomía funcional y entrada independiente, lo que se puede apreciar en el caso de los cementerios privados que constan de calles o pasillos adecuados para el ingreso a cada una de las parcelas y también a lugares comunes.

#### **4) USUFRUCTO**

Según el artículo 2807 del Código Civil *“el usufructo es el derecho real de usar y gozar de una cosa, cuya propiedad pertenece a otro, con tal que no se altere su sustancia”*.<sup>38</sup> Es importante remarcar que el derecho de usufructo es vitalicio, ya que su máxima duración es la vida del usufructuario, lo que quiere decir que con su muerte se extingue la titularidad. Otra característica de este tipo de derecho real se encuentra regulada en el Art. 2870<sup>39</sup> que se refiere a la cesión que puede hacer el usufructuario del **ejercicio** del derecho – a título gratuito u oneroso - , que no es lo mismo que ceder el **derecho** – que resulta inaccesible -. Entonces sucedería que, aunque sea cedido el ejercicio del derecho, al morir el usufructuario –titular del mismo - cesaría el usufructo. Es por estos inconvenientes que de ninguna manera podrían encuadrarse los cementerios privados dentro de este derecho real, en razón de que el titular tendría el uso y goce de las parcelas adquiridas en vida para que, al morir, quizás cuando más necesite hacer uso de sus facultades, se extinguirían sus derechos por el carácter vitalicio que los caracteriza y en caso de haber cedido el ejercicio del derecho, ante la muerte de usufructuario, cesarían el usufructo y las facultades del cesionario.

Estas consideraciones llevan a excluir la posibilidad de configurar el derecho al sepulcro como un usufructo, por el hecho de que, como se menciono precedentemente, se trata de un derecho temporario, siendo el plazo máximo de duración el de la vida del usufructuario y resultando intransmisible tanto a los herederos, es decir mortis causa, como por acto entre vivos.

#### **5) USO**

En materia de sepulcro este instituto ha tenido gran predicamento, ya que es el que han adoptado la mayoría de los cementerios privados de la provincia de Buenos Aires Y adoptan en la actualidad incluso empresas prestadoras de estos servicios situadas en Córdoba, según pude apreciar luego de incursionar en la cuestión. Sin embargo, creo que la adopción del derecho real de uso para regir las relaciones de los

---

<sup>38</sup> Código Civil Argentino 2010, compilado por Victor P. de Zavalía, Libro III, Título X, Art. 2.807.

<sup>39</sup> Texto del Art. 2.870: *“El usufructuario puede dar en arriendo el usufructo, o ceder el ejercicio de su derecho a título oneroso o gratuito; pero permanece directamente responsable al propietario, lo mismo que el fiador, aun de los menoscabos que tengan los bienes por culpa o negligencia de la persona que le sustituye. Los contratos que celebre terminan al fin del usufructo”*.

particulares con el sepulcro y con el propietario del cementerio no se adecua al sistema pretendido. Algunos de los contratos que instrumentan las relaciones entre el titular del cementerio y el titular del sepulcro, hacen referencia a la constitución de un **derecho real de uso a perpetuidad**, lo que no se compeadece con las disposiciones legales que son de orden publico. Así, el particular que adquiere bajo este rótulo no podría pretender que el derecho se proyecte mas allá de su muerte, mientras que podría ejercer el derecho que ha adquirido en vida solo para inhumar los cadáveres de sus familiares, y al momento de necesitar hacer uso de este derecho, a la hora de su fallecimiento, se verá imposibilitado de cumplir su voluntad de descansar en el lugar que ha elegido en vida en razón de que su derecho se habrá extinguido.

Queda descartado por ser un derecho vitalicio, que se extingue por la muerte del usuario, y también por el hecho de que, el en caso de estos derechos reales de uso, no se permite la cesión de derechos como si se lo hace en los cementerios privados. Pero resulta importante también tener en cuenta que el derecho real de uso es un derecho constituido a favor de una persona y su familia con carácter alimentario.

El artículo 2.948 del Código Civil establece que *“El derecho de uso es un derecho real que consiste en la facultad de servirse de la cosa de otro, independiente de la posesión de heredad alguna, con el cargo de conservar la substancia de ella; o de tomar sobre los frutos de un fundo ajeno, lo que sea preciso para las necesidades del usuario y de su familia”*.<sup>40</sup> Los que no están de acuerdo en tomar a esta figura como derecho real de uso invocan, además de la característica de vitalicio mencionada precedentemente (y por eso no aceptan que se constituya como derecho real de uso a perpetuidad), al Art. 1449 que prohíbe su cesión (aunque los reglamentos internos de algunos cementerios privados dan esta posibilidad, lo cual debe considerarse nulo). Estas dos características invocadas - intransmisibilidad y temporalidad - no pueden dejarse de lado por el principio de la autonomía de la voluntad, porque en los derechos reales, como se dijo anteriormente, impera el numerus clausus.

Como forma de librarse de la nulidad de la cesión, estos cementerios en su reglamento interno establecen la posibilidad de que si el titular quiere ceder puede hacerlo, pero para ello la propietaria debe renunciar expresamente a los términos del Art. 1.449, el que expresa que *“Es prohibida la cesión de los derechos de uso y habitación, las esperanzas de sucesión, los montepíos, las pensiones militares o civiles, o las que resulten de reformas civiles o militares, con las sola excepción de aquella parte que por disposición de la ley, pueda ser embargada para satisfacer obligaciones”*<sup>41</sup>. Para ello deberá, entonces, ponerse de acuerdo con el titular cedente, cancelar el derecho de uso de éste y simultáneamente constituir un nuevo derecho de uso en favor del cesionario. Sin embargo, a pesar de esta solución que intentan aplicar los cementerios privados para salvar las exigencias de la ley y encuadrar a estas figuras dentro del derecho real de uso, los problemas persisten y se plantean principalmente por el hecho de que aquí juega un papel preponderante la confianza, en razón de que nada impedirá que, llegado el momento, la propietaria se niegue a lo pactado y el aludido acuerdo quede sin cumplimiento, frustrándose en consecuencia los derechos del cesionario. Otras soluciones que se aluden y aplican al respecto, consisten en el establecimiento de una cláusula en el contrato de que si muere el titular de las parcelas,

---

<sup>40</sup> Código Civil Argentino 2010, compilado por Victor P. de Zavalía, Libro III, Título XI, Art. 2.948.

<sup>41</sup> Código Civil Argentino 2010, compilado por Victor P. de Zavalía, Libro II, Secc. 3 ra., Título IV, Art. 1.449.

los empresario se comprometen a dar un nuevo derecho a los herederos del causante, renunciando al Art. 2.920 del Código Civil, donde se expresa que *“El usufructo se extingue por la muerte del usufructuario de cualquier manera que suceda...”*.<sup>42</sup> Igualmente la cuestión continúa tornándose insegura, porque al estar prohibida la cesión del derecho de uso por el Art. 1.449, aunque por una cláusula se pretenda renunciar a éste artículo, ella no tendría validez en razón de que en éste ámbito no rige plenamente la autonomía de la voluntad por ser de orden público sus normas. En consecuencia los sub adquirentes, no tendrían acción alguna para reclamar el cumplimiento de lo pactado, y verían sin dudas vulnerados sus derechos. Entonces pasa lo mismo que en el usufructo: puede el titular del derecho hacer uso del mismo y enterrar a sus seres queridos pero luego al momento de su muerte no podrá utilizar ese espacio, porque el derecho se habrá extinguido. De lo expuesto surge claramente la desnaturalización que se produce de la figura de los cementerios privados, como así también la ambición de los empresarios titulares de los mismos por encasillarlos dentro del ordenamiento que les resulte más conveniente a sus necesidades, dejando de lado muchas veces la protección al usuario, parte débil de la relación.

Al respecto, la doctora Highton de Nolasco, entre otros autores, sostienen que estas cláusulas son consideradas nulas por aplicación de los artículos 3004 y 2502 del Código Civil. El primero de ellos menciona que *“Cuando el derecho concedido no es más que una facultad personal al individuo, se extingue por la muerte de ese individuo...”*<sup>43</sup>, para luego aclarar que *“...Es prohibida toda estipulación en contrario”*.<sup>44</sup> El Art. 2.502 nos dice que Art. 2.502. *“Los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley. Todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales, o modificase los que por este Código se reconocen, valdrá sólo como constitución de derechos personales, si como tal pudiese valer”*.<sup>45</sup> Concluyendo entonces que, aquellas cláusulas en las que el propietario del cementerio renuncie al carácter temporal del derecho de uso que otorga a los usuarios, los pactos de indivisión o las cláusulas de no enajenar que pudiese establecer, si exceden los límites establecidos por ley, son consideradas nulas.

## **6) HABITACION**

En lo que respecta al derecho real de habitación, el Art. 2.948 nos dice que *“...Si – el derecho real de uso - se refiere a una casa, y a la utilidad de morar en ella, se llama en este Código, derecho de habitación”*.<sup>46</sup> El objeto sobre el que recae es una casa y el contenido al que hace referencia son las facultades del habitador y a su familia, de vivir en ella, morar. De aquí deviene la incompatibilidad absoluta de este derecho con la figura que nos ocupa. Ni el sepulcro es vivienda, ni esta destinado a ser habitada; no resulta posible, entonces, entender el derecho de habitación, tal como ha sido legislado por Vélez Sarsfield, para ser ejercido después de la muerte.

## **7) SERVIDUMBRE**

---

<sup>42</sup> Código Civil Argentino 2010, compilado por Victor P. de Zavalía, Libro III, Título X, Art. 2.920.

<sup>43</sup> Código Civil Argentino 2010, compilado por Victor P. de Zavalía, Libro III, Título XII, Art. 3.004.

<sup>44</sup> Código Civil Argentino 2010, compilado por Victor P. de Zavalía, Libro III, Título XII, Art. 3.004.

<sup>45</sup> Código Civil Argentino 2010, compilado por Victor P. de Zavalía, Libro III, Título IV, Art. 2.502.

<sup>46</sup> Código Civil Argentino 2010, compilado por Victor P. de Zavalía, Libro III, Título XI, Art. 2.948.

El Art. 2.970 nos dice que “*Servidumbre es el derecho real, perpetuo o temporario sobre un inmueble ajeno, en virtud del cual se puede usar de él, o ejercer ciertos derechos de disposición, o bien impedir que el propietario ejerza algunos de sus derechos de propiedad*”.<sup>47</sup> Si bien se trata de un derecho perpetuo o temporario sobre un inmueble ajeno, por medio del cual éste puede usarse, o pueden ejercerse ciertos derechos de disposición sobre el mismo, o impedir que el propietario ejerza algunos de sus derechos de propiedad; no puede aplicarse este encuadramiento a los cementerios privados debido a que no podría, el titular del derecho, transmitirse sus derechos sobre las parcelas; si se tratara incluso de una servidumbre personal, la misma acabaría con la muerte de la persona a cuya utilidad se ha establecido. Además se debe sumar el hecho de que no se podría enterrar a nadie porque la servidumbre solo es válida para permitir el acceso, por las características de la misma, nunca podría consistir en un hacer por parte del fundo sirviente y en el caso de las parcela, el fundo sirviente - propietario del cementerio - tendría que cumplir con una serie de servicios que, si lo encuadramos dentro de este derecho, no podrían tener lugar.

## SU REGULACIÓN EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

En el proyecto de unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, se establece la creación de nuevos derechos reales, de acuerdo al Art. 1.887. Además de los ya existentes, se incorporan cinco nuevos, a saber: Propiedad comunitaria indígena; conjuntos inmobiliarios; tiempo compartido; **cementerios privados** y el derecho de superficie.

Se establece en el Art. 2.103 el concepto de Cementerios privados, expresándose que “*se consideran cementerios privados a los inmuebles de propiedad privada afectados a la inhumación de restos humanos*”<sup>48</sup>. Estipulando en el Art. 2.104 las condiciones para la afectación de inmuebles: “*el titular de dominio debe otorgar una escritura de afectación del inmueble a efectos de destinarlo a la finalidad de cementerio privado, que se inscribe en el Registro de la Propiedad Inmueble conjuntamente con el reglamento de administración y uso del cementerio. A partir de su habilitación por parte de la municipalidad local el cementerio no puede alterar su destino ni ser gravado con derechos reales de garantía*”<sup>49</sup>. Estableciendo lo que respecta al reglamento de administración y uso en el Art. 2.105, a los registros de inhumaciones y sepulturas en el Art. 2.106, las facultades del titular del derecho de sepultura en el Art. 2.107, lo relativo a la dirección y administración en el Art. 2.109, lo que hace referencia a la inembargabilidad en el Art. 2.110, al tipo de relación existente entre el propietario y el administrador del cementerio privado con los titulares de las parcelas - relación de consumo - en el Art. 2.111, al derecho real de sepultura en el Art. 2.112 y finalmente a las normas de policía en el Art. 2.113; regulando de manera expresa y completa esta nueva forma de adquisición de la propiedad inmobiliaria y otorgándose por primera vez a los particulares, la posibilidad de ser titulares de un derecho real sobre la parcela o sepulcro.

---

<sup>47</sup> Código Civil Argentino 2010, compilado por Victor P. de Zavalía, Libro III, Título XII, Art. 2.970.

<sup>48</sup> Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Art. 2.103, Argentina, 2012.

<sup>49</sup> Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Art. 2.104, Argentina, 2012.

Si este proyecto se convierte en ley se le dará a los cementerios privados un marco regulatorio, terminando con la inseguridad jurídica que deviene de la inexistencia de una regulación específica en materia de cementerios privados. Actualmente, según la regulación del Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial, se trataría de un derecho real sobre cosa parcialmente propia, contando con las ventajas que otorgan este encuadramiento – el derecho de persecución y preferencia -. Tratándose a su vez de un derecho real perpetuo, lo cual implicaría la perdurabilidad del mismo independientemente de su uso e inclusive la transmisión del derecho a los herederos.<sup>50</sup>

## CONCLUSIÓN

No puede perderse de vista que el particular que adquiere parcelas en un cementerio privado pretende, además de derechos respecto de la cosa, garantías suficientes para que los mismo sean oponibles a terceros, poseer un título que instrumente su derecho en escritura pública con la garantía de la prestación de servicio requeridos, entre otras cosas. Por ello entiendo que el derecho personal no resulta suficiente para satisfacer las expectativas del usuario, sino que la constitución de un derecho real podría darle una respuesta más apropiada a las pretensiones de los usuarios. Sin embargo aquí nos encontramos con otro inconveniente, que consiste en el encasillamiento del derecho que surge de la adquisición de parcelas en cementerios privados dentro de una de las figuras que se corresponden con el número cerrado de los derechos reales. Al respecto se analizaron en el desarrollo de esta exposición diversos encuadramientos dentro de los institutos conocidos, del régimen legal relativo a los sepulcros, pero ninguno de ellos se adecuó completamente al sistema que en la práctica se pretende.

Llego, de este modo, a la conclusión de que nos estamos ante una manifestación del derecho de propiedad que tiene sus particularidades y que resulta de suma complejidad intentar encasillarla en una figura en particular, ya sea dentro de los derechos personales, como dentro del ámbito de los derechos reales. Sin embargo, ninguno de los derechos reales existentes tiene la posibilidad de regular a través de sus normativas las complejas relaciones que emanan de estas nuevas formas de comercializar la propiedad y por ello entiendo que pretender encasillarlas de esa forma implicaría la transgresión del principio jurídico del *numerus clausus*, ya que adaptar las nuevas figuras a los moldes jurídicos existentes traería como consecuencia, indefectiblemente, la modificación del contenido de los mismos, y la consecuente violación de la disposición del Art. 2.502 del Código Civil que hace referencia al número cerrado de los derechos reales. Vale Recordar que el alcance de este principio consiste no solo en la prohibición de las partes de crear derechos reales que no se encuentren previstos en la enumeración que hace el Código Civil, sino también en la imposibilidad de modificarlos, desnaturalizándolos; tal como expresa el doctor Edmundo Gatti en su Tratado sobre los derechos reales: *“la incidencia del orden público en la organización de los derechos reales hace que a los particulares les esté vedado no sólo constituir otros derechos reales, sino también “modificarlos”, ya que ello implicaría la intención de constituir nuevos derechos reales, no admitidos por la*

---

<sup>50</sup> MARIANO PELLIZA PALMES; ROXANA CANFORA y RAQUEL MOYANO: *“Informe del Proyecto de Código Civil de la Sala de Derechos Reales y Derecho Registral del Colegio de Abogados de la Ciudad de Córdoba”*, 2012.

ley”.<sup>51</sup> “Las nuevas expresiones de la propiedad privada, especialmente las que presentan una estructura colectiva, no encuadran en los moldes clásicos del derecho tradicional de dominio; de ahí la alternativa de hierro: o desinterpretamos la realidad llevando estas formas plurales al terreno del condominio - al que concluimos desnaturalizándolo - o replanteamos la concepción del derecho de propiedad...”.<sup>52</sup> Tanto es así, que enmarcar estas nuevas figuras dentro de los moldes clásicos implicaría un doble riesgo: fáctico y jurídico. Fáctico por llegar a "desinterpretar la realidad" y jurídico por "desnaturalizar" el principio de tipicidad comprendido dentro de la conceptualización del *numerus clausus* en los derechos reales.

Resulta entonces conveniente la creación de un nuevo derecho real que contemple las particulares características de los cementerios, los intereses que se procuran tutelar, y la interrelación que debe existir con el poder público en cuanto depositario del ejercicio del control sanitario y mortuario. Es necesario que la constitución, modificación o extinción de los derechos, deban inscribirse en los registros previstos por la ley, para darles oponibilidad. De acuerdo a lo expuesto, insisto en la necesidad de creación de un nuevo derecho real de sepultura sobre cosa propia, que constituya las pautas y bases, tan necesarias, para su regulación. Y valoro enormemente los lineamientos establecidos en el Anteproyecto de Unificación de Los Códigos Civil y Comercial de la Nación, cuyo tratamiento de la cuestión resulta muy acertado.

Por lo expuesto y siguiendo en este análisis a la solución propuesta por la Dra. Highton de Nolasco, considero conveniente regularlo como derecho real autónomo, que goce de la posibilidad de ser inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble, estructurándolo como derecho real sobre cosa ajena o propia, tomando como base el régimen de la propiedad horizontal adaptándolo a la naturaleza y destino del objeto. Considero que la consagración legislativa autónoma de estas manifestaciones del derecho de propiedad como nuevos derechos reales es el camino más idóneo para enmarcar sus múltiples particularidades y que dicha creación legal es absolutamente respetuosa del principio del *numerus clausus* que impera en nuestro régimen jurídico, en contraposición con la pretensión de enmarcar estas nuevas figuras dentro del contenido de los derechos personales, que no le otorgan a los usuarios ni seguridad jurídica ni confiabilidad en el sistema y en los derechos reales ya tipificados, que provoca la desnaturalización de dicho principio o, lo que es peor la desinterpretación de la realidad social.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABREUT DE BERGHER, Liliana E. Espinosa de Benincasa, María Cristina, “*Régimen jurídico de los sepulcros en los cementerios públicos y privados*”, L.L., 1989-E, 973 - LLP 1990, 01/01/1989, 63.
- ALTERINI, Jorge, Revista del Notariado, N° 811, “*Nuevas Formas de Propiedad*”, p. 1644 y siguientes.
- ALVAREZ JULIÁ, Luis; HIGHTON, Elena; LAMBOIS, Susana,

<sup>51</sup> EDMUNDO GATTI: “*Tratado sobre los derechos reales*”, ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2000.

<sup>52</sup> EDMUNDO GATTI: “*Tratado sobre los derechos reales*”, ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2000.

*“Nuevas formas de dominio. Clubes de campo. Cementerios y cementerios privados. Tiempo compartido o multipropiedad”*, L.L.,1987-E, 1179

- BOTASSI, Alfredo, *"Cementerios públicos y privados"*, Rev. LA LEY, t. 1981-C, p. 1056.
- CARREGAL, Mario A. *“Las llamadas propiedades especiales en el proyecto de Código Civil Unificado (Con especial referencia a cementerios privados y tiempo compartido)”*, L.L, 2001-B, 1062
- DE HOZ, Marcelo, *“El numerus clausus en los derechos reales y las nuevas formas de manifestacion del derecho de propiedad”*, Revista del Notariado 831, 01/01/1992, 747.
- HIGHTON, Elena - ALVAREZ JULIA, Luis y LAMBOIS, Susana, *"La Multipropiedad en el Proyecto de Unificación Legislativa Civil y Comercial y en las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil"*, L.L., 1988-A.
- KIPER, CLAUDIO M., *“Acerca de la posibilidad de constituir derechos reales sobre espacios destinados a sepulturas en los cementerios privados”*, L.L., 1988-E, 929.
- LAJE, Eduardo J., *"Naturaleza jurídica de los sepulcros y sus problemas"*, Rev. LA LEY, t. 124.
- LORENZETTI, Ricardo L, *“Notas para el régimen jurídico de los cementerios privados”*, L. L. 1991-E, 1132
- MARINA MARIANI DE VIDAL, *“Derechos Reales”*, Tomo 1, 7a edición. Ed. Zavalía.
- NESTOR JORGE MUSTO, *“Derechos Reales”*, Tomo 1, Ed. Astrea, 2000.
- SCOTTI, Edgardo (h.), *"Régimen jurídico de los cementerios privados"*, Rev. LA LEY, t. 1987-A.
- SPISSO, RODOLFO R., *"Régimen de los cementerios y de los sepulcros"*, Rev. LA LEY, t. 1983-C.
- WEXLER, CARLOS ISMAEL, *“Incongruencias del dominio horizontal con los cementerios privados”*, Revista del Notariado 830, 01/01/1992.