

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

Toda la argumentación de la mayoría, fundada en el desfavor con que Vélez Sársfield observa las comunidades, tratando de desalentarlas, que conduce a sostener que no es armónica con este lineamiento del Código, la cotitularidad de partes indivisas que están en comunidad con partes propias como sostiene Planiol - Ripert(16)(146), la respuesta afirmativa no se funda en el efecto declarativo de la partición, sino en la idea de unificación de la propiedad.

Pero esta argumentación no resiste el claro pensamiento del Codificador: "sólo podrá tener el carácter de propio desde su origen el inmueble, si la adquisición de partes restantes se abona con dinero propio de la titular primitiva de partes indivisas, si ello se justifica en la escritura adquisitiva de las restantes porciones, porque entonces se cumple con el requisito que exige el Codificador en el art. 1246, Cód. Civil".

De lo contrario, insistimos, el inmueble en parte propia coexistirá con la parte ganancial.

## VII. CONCLUSIÓN

El bien que aporta un cónyuge a la sociedad conyugal en porciones indivisas de su propiedad y del que posteriormente, durante la existencia de la sociedad matrimonial, adquiere las restantes partes indivisas, con dinero que aporta la sociedad conyugal o el otro cónyuge, no adquiere el carácter de propio, sino que, por aplicación de la doctrina dualista, le corresponde el carácter de propio de él y ganancial de la sociedad conyugal o del otro cónyuge.

En las mismas condiciones, el bien reunirá el carácter de exclusivamente propio, si el dinero empleado en la adquisición de las restantes porciones indivisas es de la exclusiva propiedad del primitivo titular y en la escritura se cumple el requisito del art. 1246, Cód. Civil, dejando constancia de esa circunstancia.

## *LAS FACULTADES INDELEGABLES DEL ESTADO Y LOS CEMENTERIOS PRIVADOS(\*) (147)*

MARCELO DANIEL PAZ

## SUMARIO

Introducción. 1. Culto a los muertos. 2. Cementerios públicos. 3. Cementerios privados. 4. Régimen en la provincia de Buenos Aires. Relación entre el usuario y el sepulcro. Conclusiones. 5. Régimen en la provincia de Mendoza. Relación entre el usuario y el sepulcro. Conclusiones finales. Bibliografía. Legislación consultada.

## INTRODUCCIÓN

El culto a los muertos ha constituido siempre una constante en la historia de la humanidad. La razón de tal veneración subyace en los misterios del alma, y ya sea que pretendamos encontrarla en el miedo a la muerte o en la justificación de la vida, lo cierto es que, a través de la historia, el hombre ha guardado siempre un respeto sagrado por la memoria de sus muertos.

Sin embargo, el derecho, una vez desvinculado de la religión, no se ha ocupado del tema, ya sea por considerarlo sagrado, ya porque entendió que excedía del ámbito de la regulación legal.

Sabido es que nuestro ordenamiento legal ha omitido reglar mediante normas de derecho común todo cuanto guarda particular relación con el régimen jurídico de los sepulcros. Ante este vacío legislativo, doctrina y jurisprudencia debaten en punto a determinar su naturaleza jurídica, prescriptibilidad, relaciones entre cotitulares, vinculación con el Estado que tiene el poder de policía mortuoria, etcétera.

La reciente entronización de los cementerios privados encarados con fines de lucro viene a recrear el tema. Se trate de un cementerio público o privado, el titular de uno de los sepulcros que lo conforman tiene un señorío sobre una cosa inmueble. Se ha polemizado sobre las características de la relación sepulcro y su titular. Para algunos, ésta es de tipo real, para otros permanece en el terreno de las relaciones personales.

El análisis del tema que motiva el presente estudio no puede focalizarse exclusivamente en el plano jurídico, toda vez que la orfandad normativa al respecto hace imprescindible tener bien en claro la valoración que sobre este aspecto tiene la sociedad, para que las leyes que sobre la materia se dicten contemplen y reflejen no sólo el encuadre jurídico más apropiado, sino que además se enmarquen en el aspecto axiológico, que es, en definitiva, su razón última.

Por ello, el objetivo final de este trabajo es colaborar en la búsqueda del tipo legal adecuado. A tal fin, he tomado para el análisis dos provincias que legislan sobre el tema "cementerios privados" de muy diferente modo: Buenos Aires y Mendoza. Del estudio y comparación de esas normativas será posible concluir en el régimen Jurídico que, a mi juicio, más se amolde a la figura.

### **1. CULTO A LOS MUERTOS**

Desde sus orígenes, todas las comunidades humanas se preocuparon de la protección de sus muertos.

El pueblo egipcio trataba con idolatría a sus muertos. Las pirámides de Keops, Kefrén y Micerino no son sólo maravillas arquitectónicas que han perdurado desde el tiempo de los tiempos, sino que configuran un exponente máximo de valoración social respecto de los difuntos, quienes pasaban a convertirse en dioses de dioses, dioses - hogareños y, en definitiva, en guardianes de toda la cultura y desarrollo de esa civilización.

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

Toda la cultura de Grecia, con su mitología, su Olimpo, tendía a la emulación de los Apolos, las Palas Ateneas, los Perseos y tantos otros.

En la Roma imperial, sus gobernantes y reyes se hallaban sometidos al designio mágico de los augures y de los "césares" premuertos. La peor de las penas a padecer por un deudor era la manus iniectio, consistente en la muerte del ejecutado y la venta de sus restos en la plaza pública(1)(148).

En lo atinente a la naturaleza jurídica de los lugares destinados a conservar restos o cadáveres, los romanos los consideraron res religiosas, comprendidos dentro del género de las res divini juris, con lo cual quedaban sustraídos del comercio a semejanza de las res sacrae. Asimismo, se entendía que los derechos concedidos a particulares sobre tales lugares no eran negociables.

Con el tránsito al cristianismo, si bien muchas de estas ideas fueron variando, ya que el derecho de Justiniano se fue adaptando, los cementerios mantuvieron el carácter de cosas fuera del comercio, en tanto estaban imbuidas de un espíritu religioso(2)(149).

La voz "cementerio" reconoce dos orígenes etimológicos. Del griego Koimenterion, donde Koimao significa lugar de descanso. Del latín cinisterium, cinos: dulce; tenor: mansión.

Entre el cementerio y la religión existe una vinculación íntima. Los primitivos lugares de reunión de los cristianos fueron los cementerios y, tal como ocurrió también en otras religiones, los cristianos comenzaron a construir sus capillas en los cementerios.

Históricamente - dice Fernández de Velasco(3)(150) -, el cementerio es anterior a la iglesia o, dicho a la inversa, la iglesia surge o aparece como una dependencia del cementerio. Tal prelación del cementerio con relación a la iglesia es fácilmente comprensible: aquél es la resultante de un fenómeno natural de cumplimiento inexorable: la muerte, lo que significa que la aparición del cementerio era inevitable en toda sociedad humana. En cambio, la iglesia es el resultado de una manifestación del espíritu, que puede o no producirse y cuya expresión puede no haberse concretado en forma simultánea con la formación o aparición del grupo social, sino con el transcurso del tiempo. Ello explica que la iglesia, como manifestación humana, haya surgido después que los cementerios.

Por mucho tiempo, las tumbas quedaron y estuvieron bajo la custodia de la religión. Como ejemplo de ello encontramos la legislación española, que confió a la autoridad eclesiástica la organización de los cementerios en terrenos inmediatos a las iglesias parroquiales. Las leyes de Indias y las Partidas atribuyeron el enterramiento de los cadáveres a las iglesias y monasterios, reservándose el Estado el poder de policía(4).(151)

Posteriormente los cementerios fueron secularizándose, quedando así bajo la custodia y el poder de la autoridad civil.

En nuestro país, este traspaso se produjo a partir del 13 de diciembre de 1821, en que se pusieron bajo el control de la Superintendencia de la Policía.

En tal fecha, el Poder Ejecutivo de las Provincias del Río de la Plata dictó un decreto que ordenaba la construcción de los cementerios al Oeste de la

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

ciudad de Buenos Aires: uno en el Hospicio de Misioneros Franciscanos, llamándolo Miserere, cuya habilitación se suspendió por falta de dinero. Con fecha 1° de julio de 1822, por decreto emanado del gobernador Martín Rodríguez y refrendado por su ministro de Gobierno, don Bernardino Rivadavia, se dispuso que el edificio llamado de la Recoleta y los muebles existentes quedaban destinados a cementerio público. El cementerio de la Recoleta quedó inaugurado el 18 de noviembre de 1822.

La secularización de los cementerios despoja a éstos y a los sarcófagos allí instalados, de su carácter religioso, fundamento principal y originario para que se los tuviera fuera del comercio, nos dice Lafaille(5)(152).

Fue el Estado el que por medio de leyes y ordenanzas municipales reguló la organización de estos lugares.

## **2. CEMENTERIOS PÚBLICOS**

No existen normas específicas referidas a los cementerios en nuestro Código Civil, debido a que era de reciente data el proceso de secularización y, principalmente, por cuanto Vélez Sársfield pudo entender que su régimen correspondía al derecho público.

De todos modos, es evidente que para el legislador están comprendidos entre los bienes públicos como "obra pública construida para utilidad o comodidad común" (art. 2340, inc. 7°) que "el Estado o los estados han puesto bajo el dominio de las municipalidades" (art. 2344).

Existe, absolutamente reconocido por el derecho positivo público provincial argentino, la jurisprudencia y la doctrina, un dominio público municipal. Si bien, de acuerdo con el sistema del Código Civil, no está explícita la clasificación de los bienes municipales como "públicos" o "privados", tales bienes, como los de la Nación o los de las provincias, admiten idéntica clasificación(6)(153).

El mencionado "carácter público o privado" de los "bienes municipales" está regido por idénticos principios a los que regulan el dominio público y el dominio privado de la Nación o de las provincias. Todo ello supeditado a lo dispuesto por las respectivas constituciones de las provincias y las correspondientes leyes orgánicas, ya que el régimen municipal tiene en el derecho público patrio una clara e indubitable sustancialidad autárquica por delegación.

En la enumeración de los bienes del dominio público dada por el art. 2340 del Cód. Civil, encontramos dos categorías: una primera (incs. 1° al 6°) que se refiere a los bienes declarados públicos por la sola voluntad del legislador; una segunda (inc. 7°) que, además de la declaración publicística por voluntad del legislador, exige para su existencia o creación la voluntad de la administración pública.

Al aludir a la primera categoría de esos bienes, el legislador se limita a mencionarlos simplemente; pero, al contemplar la segunda categoría, el legislador habla de cualesquiera otras obras públicas construidas para utilidad o comodidad común.

Los bienes de la primera categoría son constitutivos del "dominio público

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

natural", y los de la segunda forman el "dominio público artificial".

La Corte Suprema de Justicia ha interpretado "que las cosas públicas aludidas en el inc. 7°, art. 2340 del Cód. Civil son creaciones artificiales de los estados o comunas por oposición a las que se originan en accidentes naturales" y corresponde al derecho administrativo establecer las normas de su origen y consagración(7)(154).

También acepta que ese dominio público accidental o artificial nace por la afectación, o sea por el destino del bien a un objetivo de utilidad común.

Cabe señalar que para que la cosa sea pública jurídicamente por su destino, es necesario, además de la manifestación del poder público, lo siguiente: primero, que el bien se halle actualmente en el patrimonio del Estado, de las provincias y de los municipios, según la jurisdicción territorial; segundo, que la cosa haya sido colocada en un estado exterior aparente para ser viable al servicio.

Hay que analizar en nuestra organización jurídico - política qué autoridad es competente para afectar las cosas al dominio público. Nos referiremos al dominio público artificial.

La Nación establece cuáles son los bienes públicos, ya que tiene la facultad delegada de dictar los códigos sustantivos del país, entre ellos el Código Civil. Por consiguiente, establecer qué cosas revisten carácter dominial y cuáles carácter privado implica una cuestión civil, no una cuestión administrativa. Pero, una vez establecido, el dominio público constituye una institución de derecho administrativo, regida únicamente por esta rama del derecho.

Si nos referimos a qué autoridad compete la afectación de las cosas públicas artificiales, diremos que esa afectación impone la "creación" del respectivo bien público (calle, plaza, cementerio, etc.) y esa facultad es, en principio, local o provincial. Corresponde a la soberanía reservada de las provincias (arts. 104, 105, 5 y 106 de la Constitución Nacional).

En conclusión, ubicamos el "cementerio" como bien público, integrante del dominio público del municipio y regido por los principios y normas del derecho administrativo municipal(8)(155).

Existen dos razones fundamentales para que los cementerios sean considerados bienes públicos: 1°) Por su fin, que es el culto a los muertos. El culto es una exteriorización pública de un sentimiento religioso o moral. 2°) Por su régimen, pues cuando el ejercicio de un derecho afecta la seguridad pública o la higiene pública, es evidente que su régimen debe ser público.

La condición jurídica de públicos que tienen los cementerios ha sido declarada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación: "El derecho a la sepultura reconoce su origen en una concesión otorgada por la municipalidad de la capital a un particular, actuando la primera como administradora de un bien del dominio público, calidad ésta que indudablemente revisten los cementerios, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 2340, inc 7° y 2344 del Cód Civil".

En el derecho positivo patrio la condición de integrante del dominio público municipal le viene de las respectivas constituciones locales y/o de las leyes

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

orgánicas municipales que han dictado las provincias en cumplimiento de la Constitución federal.

Todas las lucubraciones existentes respecto de la naturaleza jurídica de los sepulcros se dirigen a aquellos ubicados en cementerios estatales, permitiendo, al aparecer los cementerios privados, sentar las bases conceptuales de esta moderna figura.

### **3. CEMENTERIOS PRIVADOS**

En los últimos años, en nuestro país aparecen los llamados cementerios privados, despertándose el interés de los estudiosos del derecho civil y del derecho administrativo para tratar de buscar el encuadre jurídico - legal de esta nueva forma de dominio, en virtud de la ausencia de normas al respecto y la dificultad de adaptación a los tipos ya existentes en el Código de Vélez Sársfield.

Su nacimiento obedeció a distintas causas, entre las cuales podemos enumerar: la superpoblación de los cementerios públicos, la imposibilidad de ampliación de los ya existentes, la falta de recursos estatales para la creación de otros, la preferencia de ciertos estratos sociales de contar con enterratorios que satisfagan sus expectativas en cuanto a la calidad del servicio, exclusividad del lugar y otras razones de orden sociológico(10)(156).

Los propietarios de dichos lugares conceden a terceros derechos sobre determinados espacios físicos, con el fin de que puedan utilizarlos para la inhumación de cadáveres, previo pago de un precio en dinero(11)(157).

Para arribar al concepto de cementerio privado, Kiper utiliza el sistema de la exclusión, considerando como tales aquellos que no pertenezcan al dominio público del Estado (nacional, provincial, o municipal). Se trata, pues, de inmuebles que son de propiedad de los particulares e, incluso, puede ser su titular el Estado, siempre y cuando se encuentren bajo su dominio privado (art. 2342, incisos 1° y 3°). Como el dominio privado del Estado está sometido, en general, a las reglas del derecho privado, los inmuebles que lo componen le pertenecen al Estado al mismo título y en las mismas condiciones que los pertenecientes a los particulares(12)(158). De modo que la calificación de público o privado del cementerio no depende sólo de los sujetos que pueden ser sus titulares, sino fundamentalmente de la naturaleza de las normas que fijen su régimen.

Las caracterizaciones precedentes acerca de los cementerios públicos y los cementerios privados servirán de base para analizar comparativamente los regímenes de la provincia de Buenos Aires y de la provincia de Mendoza.

### **4. RÉGIMEN EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES**

En el territorio bonaerense no fueron admitidos cementerios privados hasta el dictado de la ordenanza general 173, del 8/5/73, que en realidad no alcanzó a tener vigencia por falta de publicación y la necesaria como

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

paralela modificación de la ley orgánica de las municipalidades.

La ley 8357, sancionada el 19/12/74, al modificar esa norma orgánica optó por la prohibición expresa, al impedir el otorgamiento de permisos, autorizaciones o concesiones que posibilitaran la instalación de necrópolis privadas.

Finalmente, por la ley 9094, del 26/6/78, se sustituye el inc. 5 del artículo 28 del decreto - ley 6769/58 (régimen orgánico de las municipalidades bonaerenses), estableciendo que compete al departamento deliberativo municipal determinar: "5) Cementerios públicos, y autorizar el establecimiento de cementerios privados, siempre que éstos sean admitidos expresamente por las respectivas normas de zonificación y por los planes de regularización urbana, conforme con la que determine la reglamentación general que al efecto se dicte".

En consecuencia es dictada la ordenanza general 221, del 30/6/78, que constituye la reglamentación vigente sobre el tema. Sus disposiciones prevén los siguientes recaudos para el establecimiento de cementerios privados:

1. Titularidad: el peticionante de la autorización municipal debe acreditar la titularidad dominial del inmueble.
2. Carácter: necrópolis parqueada o cementerio parque.
3. Recaudos urbanísticos: zonificación apta, superficies mínimas y máximas, adecuación a códigos de edificación, vías de circulación y espacios para estacionamientos equivalentes al 10 por ciento del área total.
4. Infraestructura: dependencias administrativas, mortuorias, del culto, de uso público, sanitarias.
5. Policía mortuoria: fiscalización municipal de las inhumaciones, exhumaciones, reducciones, movimiento de cadáveres, restos o cenizas.
6. Utilización irrestricta: ausencia de restricciones religiosas, raciales, políticas, sociales o de carácter discriminatorio y libre acceso del público en general.

El cementerio privado implica la prestación de un servicio público por autorización o concesión estatal, quedando su prestación al permanente ejercicio del poder de policía (13)(159).

Estos cementerios privados se rigen fundamentalmente por las normas del derecho privado, y pueden ser objeto de derechos en favor de otras personas distintas de aquellas a quienes pertenece el cementerio, de lo que resulta la posibilidad de utilizar una parte del inmueble, que recibe comúnmente el nombre de sepulcro o sepultura.

Se hace necesario entonces dilucidar la naturaleza jurídica de la relación usuario - sepultura. Se plantea la opción del derecho al sepulcro como de carácter personal o real.

### **RELACIÓN ENTRE EL USUARIO Y EL SEPULCRO**

#### **a) Constitución de derechos personales**

El titular del dominio del cementerio puede otorgar, por medio de los contratos que celebre con otras personas, derechos de carácter personal,

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

es decir, que no creen una relación directa e inmediata entre el beneficiario y la cosa, y que carezca de la oponibilidad erga omnes y de los atributos del ius praeferendi y del ius persecuendi, por ser éstas características de los derechos reales.

Analizaremos las figuras contractuales tipificadas por nuestro Código Civil a las que podría acudir.

*1) Locación*

Este contrato presenta algunas particularidades que le impiden adaptarse al derecho concedido al titular de una sepultura.

Es práctica usual en este tipo de concesiones hacerlas a perpetuidad o por un plazo de duración sumamente largo que suele fijarse en 99 años. Ello en virtud de la finalidad de la sepultura, que consiste en poder conservar allí los restos de personas muertas, supuestamente durante un largo término. Ahora bien, el contrato de locación tiene establecido un plazo máximo de duración de 10 años (art. 1505).

Puede acontecer, además, que el locatario deba emprender la construcción de la sepultura o del sepulcro, en cuyo caso él no sería dueño de lo construido, ya que conforme al art. 2518 la propiedad del suelo se extiende a su profundidad y al espacio aéreo que sobre él se encuentra<sup>(14)</sup>(160), y por no ser el dueño, tampoco podría disponer a su voluntad de tales construcciones.

Entre otras desventajas, señala Kiper que los embargos e hipotecas que puedan afectar al dueño del cementerio en el caso, locador - se trasladarían a lo edificado sobre o por debajo del terreno por su carácter accesorio (art. 2328), que debe seguir la suerte de lo principal.

*2) Comodato*

El contrato de comodato o préstamo de uso, que solo transfiere al comodatario el uso de la cosa, tampoco parece ajustarse al derecho de utilización de un espacio destinado a la inhumación de cadáveres dentro de un cementerio, ya que, si bien no tiene el límite de la temporalidad, es siempre "precario", sujeto a la voluntad del comodante y, además, gratuito por esencia (art. 2255), lo que no es usual en este tipo de vinculaciones jurídicas.

*3) Sociedad*

Este contrato debe ser desechado, ya que no se aprecia ni la affectio societatis ni los aportes de los socios, y menos aún la finalidad de obtener alguna utilidad apreciable en dinero, que son características de la figura.

En la sociedad hay aportes que constituyen el capital social y que se destinan a la explotación en común, es decir, en beneficio o interés de todos los socios. El derecho del particular sobre la sepultura, por el contrario, se vincula con la posibilidad de usar y gozar de una cosa, de acuerdo con su destino y en beneficio propio.

## **REVISTA DEL NOTARIADO**

### **Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

#### **4) Contrato innominado**

Dentro de los derechos personales sólo podría dar respuesta y satisfacción a los intereses comprometidos un contrato atípico.

Tal contrato, opina Kiper, tendría por objeto permitir a otra persona la utilización de una parcela de tierra dentro del cementerio, especialmente para la inhumación de cadáveres, y accesoriamente la posibilidad de usar otros servicios que preste el titular del cementerio, y durante el tiempo convenido.

Para Lorenzetti, este contrato estaría conformado por elementos de la venta, de la locación de cosas y de la locación de servicios. De la primera toma en cuenta la vocación de adquirir para sí la cosa, a perpetuidad; de la segunda el uso y goce; de la tercera, la prestación de servicios complementarios(15)(161).

Se trataría de un contrato de adhesión, consensual, no formal, bilateral, oneroso, transmisible por actos entre vivos o de última voluntad.

De todas formas, esta figura no da entera satisfacción a los fines perseguidos, ya que subsisten los inconvenientes señalados al analizar el contrato de locación.

Así las mejoras y construcciones introducidas en el inmueble pertenecerán, por accesión, al dueño del cementerio. Las hipotecas o embargos que tengan por objeto el inmueble del titular del cementerio, podrán recaer también sobre la parte del mismo que fue objeto de la contratación, para permitirles a terceros la inhumación de cadáveres. Debe tenerse en cuenta que la hipoteca es indivisible, de modo que cada parte de la cosa hipotecada responde por el todo de la deuda (art. 3112).

#### **b) Constitución de derechos reales**

Si se opta por constituir un derecho real, el espectro de posibilidades es más rico, pero no deja de ofrecer inconvenientes.

La existencia de un numerus clausus, según el art. 2502 del Cód. Civil, constituye un obstáculo de relevancia. En razón de este principio, no pueden crearse otros derechos reales que no sean los autorizados por la legislación.

Además, se admite el carácter inmodificable de las disposiciones relativas a derechos reales, por ser normas de orden público que no pueden ser dejadas a un lado por las convenciones privadas (art. 21).

En virtud de ello se ha pretendido encuadrar este supuesto en algunas de las figuras ya existentes.

Deben descartarse ab initio, la hipoteca, la anticresis y la prenda, por ser derechos de garantía, y el último, en especial porque su objeto lo constituyen cosas muebles. Tampoco es aceptable la constitución de servidumbres sobre dichos espacios, ya que el Código sólo admite las servidumbres activas; por tanto se requiere inexorablemente la existencia de dos inmuebles vecinos, uno de los cuales debe ser el fundo dominante y otro el sirviente.

Examinaremos los restantes derechos reales:

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

*1) Dominio*

No es posible la transmisión de un derecho de dominio sobre el espacio destinado a servir de sepultura, separadamente del inmueble en que se asienta el cementerio, pues aquel espacio carecía de individualidad, de modo que no habría objeto cierto y determinado y, por ende, no estaría cubierto el principio de la especialidad en cuanto al objeto(16)(162).

Además, el derecho real de dominio, conforme al art. 2506, es un derecho absoluto que acuerda a su titular el ius utendi, ius fruendi et ius abutendi, incompatible con los fines del instituto, puesto que acuerda, entre otras facultades, a su titular el derecho a disponer materialmente de la cosa. De mediar esta posibilidad, el sistema podrá ser desnaturalizado.

*2) Condominio*

Este derecho real podría brindar un marco jurídico al derecho adquirido por el titular de una sepultura. El adquirente sería titular de todo el inmueble, pero su derecho estaría limitado por una parte indivisa, proporcional al valor del sepulcro.

En cuanto a sus facultades sobre la parte indivisa, el condómino puede enajenarla o gravarla con hipotecas (art. 2677 y 2678).

Sobre la parte común tiene el uso y goce de ella, sujeto a dos limitaciones:

a) el destino de la cosa, que en el caso deberá ser convenido por las partes, y b) el derecho igual de los restantes condóminos - los adquirentes de otras sepulturas -, consecuencia de lo dispuesto por el art. 2680 en tanto la realización de actos materiales requiere el consentimiento de todos los condóminos.

De optarse por el condominio, se daría lo que se conoce por "participación del uso", que consiste en una reglamentación de la facultad que a los condóminos atribuyen los arts. 2684 y 2712, de usar de la totalidad de la cosa común y de cada una de sus partes, respetando el destino de la cosa y el derecho igual de los restantes comuneros. Esta decisión, que debe ser adoptada por unanimidad (art. 2699), se concretaría en establecer que cada condómino debe usar de su propio sepulcro, respetando el derecho igual de los restantes sobre los otros sepulcros, y en regular la forma en que tal uso debe ejercerse.

Sin embargo, el derecho real de condominio presenta un obstáculo insalvable, pues al no estar prevista por la ley la indivisión forzosa, cualquiera de los condóminos podría solicitar en cualquier tiempo la división de la cosa (art. 2692).

La indivisión sólo puede ser pactada por el término máximo de 5 años (art. 2693).

Podría invocarse para sostener la indivisión el art. 2715, que permite suspender la división cuando fuese "nociva" por cualquier motivo, en cuyo caso debe ser demorada para que no haya perjuicio a los condóminos. Advierte Allende(17)(163) que el artículo citado contempla una situación distinta, proveniente de una situación excepcional y pasajera, como lo pone de relieve el vocablo "demorada". Nadie podría entender que la división se

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

encuentra demorada porque en el sepulcro haya cadáveres, ya que ese es su fin natural y permanente.

*3) Usufructo*

Este derecho real no se aviene a las necesidades de su titular. Si no se estipuló algún plazo de duración, el usufructo es vitalicio y se extingue con la muerte de su titular (arts. 2825, 2920 y 2921) y, en el caso de las personas jurídicas, su duración no puede exceder el término de 20 años (arts. 2828 y 2920).

Es de suponer que el adquirente del derecho sobre la sepultura lo hace no sólo con el fin de honrar a sus muertos, sino también con la intención de ser él inhumado en ese lugar al acontecer su muerte.

El titular de la sepultura tendría en vida el uso y goce de la cosa, pero estas facultades se extinguirían a su muerte, que es cuando en realidad necesita hacer uso de su derecho. Como afirma Elena Highton, "se daría un derecho a la sepultura mientras no se ejercita, y cuando resultara imperioso su ejercicio, el mismo se habría extinguido"(18)(164).

No obstante, existen algunas coincidencias, tales como la obligación del usufructuario de no alterar la sustancia de la cosa (art. 2807), de usarla y gozarla como lo haría el dueño de ella sin alterar su destino (art. 2878), y la de efectuar las reparaciones ordinarias de conservación, que son compatibles con el derecho adquirido por quien pretende servirse del sepulcro.

Sin embargo, el régimen legal del derecho real de usufructo no es el adecuado para encuadrar la relación entre el adquirente de un derecho sobre la sepultura y ésta, que viene a constituir su objeto.

*4) Uso*

El derecho real de uso consiste en la facultad de servirse de la cosa de otro, independientemente de la posesión de heredad alguna, con el cargo de conservar la sustancia de ella, o de tomar sobre los frutos de un fundo ajeno lo que sea preciso para satisfacer las necesidades del usuario y su familia (art. 2948).

Presenta características similares a las indicadas para el usufructo, aunque quizás más acordes con las necesidades del titular de una sepultura, pues el goce de la cosa se extiende a las necesidades personales del usuario y su familia.

El usuario puede arrendar el fundo (art. 2965), pero no ceder el derecho mismo (art. 1449).

Este derecho real ha sido la figura adoptada por algunos de los cementerios existentes en la provincia de Buenos Aires, pero con la extraña particularidad de que se otorga un derecho a perpetuidad o por un largo plazo. Como ello no se adecua a lo dispuesto por el Código Civil, se estipula en el contrato que la empresa propietaria renuncia expresamente a los términos del art. 1449, y se permite a los adquirentes transferir en forma gratuita u onerosa sus derechos sobre las sepulturas, previa conformidad

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

de la propietaria, en cuyo caso se cancela el derecho del cedente y simultáneamente se constituye un nuevo derecho en favor del cesionario. Se establece también en el contrato que, en caso de fallecimiento del titular, la propietaria renuncia a lo dispuesto por el art. 2920 y que otorgará un nuevo derecho a los herederos del causante.

Tales renunciaciones son totalmente ineficaces porque las normas sobre la extinción del derecho real de uso son de orden público y, por tanto, irrenunciables por las partes.

Advierte Scotti que si el nudo propietario cumple con lo estipulado, reconociendo un nuevo derecho real a los herederos o subadquirentes, en la práctica se conseguirá suplir la voluntad legal.

El art. 2502 dice claramente que cuando se modifican las normas que rigen los derechos reales reconocidos, las cláusulas valdrán como constitución de derechos personales, "si como tal pudiese valer". En el caso que nos ocupa, al estar prohibida la cesión del derecho de uso (art. 1449), la cláusula ni siquiera puede tener validez como derecho de carácter personal (art. 953), por lo que los subadquirentes del derecho a la sepultura transmitido por un usuario no tendrán ninguna acción para reclamar el cumplimiento de lo pactado.

*5) Habitación*

Como este derecho real se refiere a una casa y a la necesidad de que habiten en ella el titular y su familia (arts. 2848 y 2963), tampoco su constitución es viable como medio para otorgar derechos sobre una sepultura.

*6) Propiedad horizontal*

Hay autores(19)(165) que piensan que el derecho de propiedad horizontal es el que mejor se ajusta a las necesidades de los adquirentes de sepulturas dentro de cementerios privados, ya que aquéllas constituyen las partes exclusivas y el resto del inmueble, las partes comunes.

Esta figura ha sido adoptada por un cementerio privado de la provincia de Buenos Aires y criticada por Scotti con apoyo en el texto del art. 1° de la ley 13512. Afirma que no se da aquí el edificio que constituya la construcción divisible jurídicamente, ni menos aún pisos o departamentos, sin que la existencia de nichos o bóvedas pueda asimilarse a tales conceptos(20)(166).

Sin embargo, Kiper opina que si bien el mencionado artículo alude a pisos o departamentos, lo que parecería indicar que el único destino posible es el de vivienda, la doctrina admite en forma casi unánime que el inmueble puede tener otros destinos bien diversos, en tanto se cumplan los requisitos legales, ante la ausencia de norma que prohíba esa afectación o determine que las unidades solamente podrán ser destinadas a vivienda.

Los requisitos exigidos por la ley, en lo que respecta a las unidades exclusivas o privativas - en el caso, la sepultura -, consisten en la llamada "independencia funcional", es decir, que cada unidad sea autónoma y se

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

baste a sí misma para satisfacer el fin al cual va a ser destinada, y que tengan "salida a la vía pública", ya sea directamente o por un pasaje común. Establecido el destino en el reglamento de copropiedad y administración, en tanto la construcción del sepulcro o sepultura posibilite la satisfacción del destino fijado, el obstáculo es inexistente. Para Kiper, no parece difícil imaginar la construcción de un camino que sirva de salida común a la vía pública a los distintos titulares de esta especie de unidades. En cuanto a las cosas comunes, menciona especialmente el terreno y todas aquellas que sean de uso común o indispensables para mantener la seguridad del cementerio, conforme lo determina el art. 2° de la ley de propiedad horizontal cuya enumeración no es taxativa.

Además, a los efectos de la ley 13512, se encuentra derogado el art. 2693, que sólo autoriza a pactar la indivisión por el término de 5 años y, por consiguiente, desaparece el peligro de que alguno de los integrantes del sistema solicite la partición.

Este sistema legal prevé también la designación de un administrador (art. 9°, incisos a y b de la ley 13512), así como la especificación en el reglamento sobre la forma y proporción de la contribución de los titulares al pago de las expensas comunes.

Esta postura fervorosamente defendida por Claudio Kiper ha sido blanco de agudas críticas por parte de autores como Lorenzetti, quien advierte, conforme al art. 2° de la ley 13512, que cada propietario es copropietario del terreno y cosas de uso común, y esto no sucede en el régimen de cementerios privados.

Pero, sin lugar a dudas, el punto más álgido a resolver dentro de este encuadre jurídico es el sistema de administración. Es cierto que la ley de propiedad horizontal prevé la designación de un administrador, pero éste no es más que el representante o mandatario legal del consorcio.

Se establece, además, un sistema de asambleas, como organismo supremo a través del cual se exterioriza la voluntad común. La asamblea es el órgano deliberativo de la comunidad, que se constituye por la reunión de los copropietarios en número suficiente para alcanzar el quórum correspondiente.

Ahora bien, ¿cuál sería la posibilidad de aplicación de este sistema de administración en un cementerio privado? ¿Es voluntad de quien adquiere una parcela el ser miembro de un consorcio? ¿Materialmente es posible convocar a una asamblea a los miles de titulares de sepulcros existentes en un cementerio?

Indudablemente, las razones que llevaron al legislador a dictar el régimen de propiedad horizontal - el acceso a la vivienda en los grandes centros urbanos -, nada tienen que ver con la situación que se presenta respecto de los cementerios privados.

Agregan Kemelmajer de Carlucci y Puerta de Chacón: "la pretendida comunidad sobre los espacios comunes no es tal; nadie se cree copropietario de los caminos de acceso, ni de las dependencias administrativas, sanitarias del culto, etc. Es la entidad promotora o administradora la que toma todas las decisiones y la que debe quedar

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

obligada a prestar o garantizar los servicios accesorios como son el horario de apertura y cierre, la limpieza, la prestación de algunos servicios religiosos, etcétera"(21)(167),

Las críticas expuestas confirman lo difícil que resulta a la doctrina encuadrar el régimen de cementerios privados en las disposiciones de la ley de propiedad horizontal sin objeciones.

Considero que esta ley, si bien presenta algunas características aisladas que podrían llegar a aplicarse por analogía a los cementerios privados, no es susceptible de aplicación en conjunto, como un todo orgánico.

Es necesario puntualizar aquí que el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial, en el proyectado art. 2617, establece: "En los clubes de campo, parques industriales, centros de compra, cementerios privados u organizaciones similares, que se sometan al régimen de la propiedad horizontal, sólo serán necesariamente comunes las partes del terreno destinadas a vías de acceso y comunicación e instalaciones de uso compartido, con sus accesiones.

El reglamento de copropiedad podrá establecer limitaciones edilicias o de otra índole".

Valgan las críticas y reservas apuntadas en párrafos anteriores.

## **CONCLUSIONES**

En definitiva, es posible afirmar que, en el régimen jurídico actual, los cementerios privados no encuadran típicamente en ninguno de los derechos reales permitidos.

En este aspecto coincide la mayoría de la doctrina.

Propuestas de lege ferenda:

De lege ferenda se han propuesto dos soluciones a este tópico: el "derecho real de superficie" y el "derecho real de sepulcro" con tipicidad propia.

### **a) Derecho real de superficie**

Podríamos definir el derecho de superficie, siguiendo a Kemelmajer de Carlucci y a Puerta de Chacón, como el "derecho real de tener y mantener temporalmente en inmueble ajeno una edificación en propiedad separada obtenida mediante el ejercicio del derecho anejo de edificar o por medio de un acto adquisitivo de la edificación ya existente".

Esta definición contiene las dos manifestaciones del derecho de superficie: el denominado ius edificandi (derecho de edificar) y la propiedad superficiaria.

La ley alemana, citada por las autoras mencionadas, dispone que el derecho de superficie "es el derecho enajenable y heredable de tener una construcción sobre o bajo la superficie de la finca"

Como se ve, no se requiere para la configuración del derecho de superficie que se trate de una sobreelevación; puede referirse a una construcción subterránea.

Albadalejo señala: "Hasta ahora hemos visto que el derecho de superficie faculta para utilizar el suelo ajeno, pero cabe, asimismo, que se conceda

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

sobre una edificación ajena (derecho a construir sobre ella) o para debajo del suelo (derecho a construir en este sótano o en general locales bajo la superficie). Entonces, a pesar de la inexactitud terminológica, sigue siendo realmente un derecho de superficie"(22)(168),

Por diversas razones considero que esta figura puede adaptarse al tema que es objeto del presente trabajo:

Primero: la propiedad superficiaria es independiente de la ley del suelo. Se supera así la dificultad que respecto de los lugares comunes encierra el régimen de propiedad horizontal.

Segundo: es un derecho sobre cosa propia (sepulcro) construido en inmueble ajeno, que refleja la realidad de los cementerios.

Como obstáculos se han señalado la temporalidad que connota al derecho de superficie por ser sobre terreno ajeno, y la posibilidad de que se le imponga un plazo.

Estos obstáculos pueden ser obviados atendiendo a la naturaleza y fin de las sepulturas y admitiendo o autorizando, en consecuencia, la concesión a perpetuidad.

Podríamos enumerar, además, otras adecuaciones derivadas del destino de la sepultura, tales como:

- a) Si existen cotitulares, sus relaciones internas se rigen análogamente por el condominio con indivisión forzosa.
  - b) Son válidas las cláusulas testamentarias que prohíben la enajenación a terceros extraños a la familia.
  - c) No pueden ser objeto de hipoteca ni de contratos tales como el arrendamiento.
  - d) Son inembargables e inejecutables, salvo que la sepultura esté desocupada.
  - e) El titular cuenta con los remedios posesorios y petitorios para la defensa de su derecho real.
  - f) Debe instrumentarse un sistema para adecuar la técnica registral, dada la posibilidad de un elevadísimo número de titulares(23)(169),
- Recalcamos que el derecho real de superficie está contemplado en el nuevo artículo 2614 del Proyecto de Unificación.

**b) Derecho real de sepulcro**

Se ha propuesto también de lege ferenda la creación de un derecho real de sepulcro o sepultura, que contemple específicamente las particulares características de los cementerios privados(24)(170) y los fines morales, éticos y religiosos que los inspiran.

Su objeto debe ser la unidad o unidades construidas bajo tierra o sobre suelo con salida independiente a la vía pública, con destino a la inhumación de cadáveres, sin perjuicio de lo que dispongan las reglamentaciones municipales.

Tiene que ser un derecho real de disfrute de la cosa y la posibilidad de contar con determinados servicios.

Debe configurarse como una potestad sobre cosa propia, estableciéndose un régimen especial en cuanto a los sectores destinados al acceso,

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

espacios libres, construcciones para los servicios que brinde el cementerio, con un reglamento y administración similar a la regulación de la propiedad horizontal.

Las autoridades locales deben tener el control de policía, fiscalización sanitaria y registros de inhumaciones y exhumaciones.

La constitución, modificación y extinción de este derecho deberá inscribirse en los registros previstos por la ley 17801, con independencia del registro municipal, a fin de dar oponibilidad a terceros.

Debe establecerse, además, la forma y condiciones de transmisión entre vivos y mortis causa(25)(171).

## **5. RÉGIMEN EN LA PROVINCIA DE MENDOZA**

Al analizar el régimen de los cementerios privados en la provincia de Buenos Aires, hicimos alusión a la ley 9094 que sustituye un párrafo de un artículo del régimen orgánico de las municipalidades bonaerenses. A raíz de tal modificación se autoriza el establecimiento de cementerios privados y se prevén algunos recaudos, entre los cuales hallamos la necesidad de que el peticionante de la autorización municipal acredite la titularidad dominial del inmueble.

Este inmueble, una vez permitido el establecimiento del cementerio, permanece en poder de su titular, esto es, forma parte del dominio privado de los particulares.

En la provincia de Mendoza, la Ley Orgánica de Municipalidades 1079 no establece tal posibilidad.

Habíamos dicho ya, al abordar el tema de los cementerios públicos, que éstos son del dominio público municipal.

Siendo la finalidad de los mismos de manifiesta utilidad social, cumpliéndose a través de un servicio público (de inhumación y exhumación) que imperativamente debe proveer a su regulación el Estado, estando cubierta la actividad funeraria toda por las normas de policía mortuoria impuestas por el Estado que delega en modo exclusivo sus atribuciones y deberes en los municipios, no puede ser otra la solución(26)(172),

El art. 11 de la ley 1079 establece una enumeración meramente ejemplificativa en cuanto expresa: "Las municipalidades ejercen jurisdicción sobre todos los bienes de uso público municipal como ser plazas, calles, caminos, puentes, calzadas, paseos públicos y demás que invistan ese carácter. . .".

Lógico parece afirmar que el régimen de los cementerios quede comprendido en este artículo. Tal conclusión es convalidada por el art. 75, inc. 1 al incluir entre las atribuciones del Concejo Deliberante lo siguiente: "Corresponde al Concejo en cuanto «obras públicas»: 1° dictar para todo el Departamento, el Reglamento General de Edificación y ordenar la apertura, el ensanche y cierre de calles, la formación de plazas, parques y avenidas, construcción de mercados y mataderos públicos, cementerios y quemaderos de basura...".

Específicamente encontramos en Mendoza la ordenanza general 41/80

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

dictada por el director de Asuntos Municipales de la provincia. Dicha disposición autoriza a las comunas a habilitar cementerios parque en sus respectivas jurisdicciones, entendiéndose por tales aquellas necrópolis en las que las inhumaciones se realicen exclusivamente por debajo del nivel del terreno y tengan las características de parque o jardín.

Se estima que con la habilitación de esta nueva modalidad se permitirá la integración de la necrópolis con la ciudad, no interrumpiéndola ni dividiéndola, posibilitando el crecimiento de la misma a su alrededor.

Las modalidades para la realización de estos cementerios son las establecidas por la Ley de Obras Públicas 4416:

- a) contrato de obra pública;
- b) contrato de concesión de obra pública;
- c) administración;
- d) combinación de estos sistemas entre sí.

El art. 3° de la ordenanza general dispone que estos cementerios parque serán habilitados únicamente en terrenos de propiedad de la comuna.

Se establece que las parcelas destinadas a sepulcros serán cedidas en concesiones a perpetuidad y que las tarifas deberán ser autorizadas por cada comuna.

En los últimos años se ha establecido en nuestra provincia una importante cantidad de cementerios parque.

Encontramos ejemplo de ello en el Departamento de Guaymallén, Las Heras, Luján y Maipú.

Se hace necesario establecer el régimen jurídico de estos enterratorios atendiendo a las normas citadas con anterioridad.

Siguiendo a Scotti, afirmamos que existe en Mendoza una categoría intermedia, en la que se entremezclan características de los cementerios públicos y de los privados.

Sabemos que el cementerio puede tener carácter público, como inmueble perteneciente al dominio público del Estado, y su titular será el municipio que lo ha creado. También puede haber cementerios privados, en el sentido de que el inmueble no pertenece al Estado, sino al dominio particular, y por ende su administración es también de carácter privado.

El punto intermedio corresponde a supuestos en que el dominio pertenece o pertenecerá al Estado y el cementerio ha sido creado por éste. Pero su construcción y administración han sido encuadradas como una concesión de servicio público en favor de particulares.

Estamos aquí frente a un cementerio público, pero de administración privada.

En Mendoza, cuando una municipalidad visualiza la necesidad de establecer un cementerio, llama a licitación pública para contratar la confección de proyectos, construcción y explotación del mismo, por el sistema de concesión de obra pública.

En el pliego de condiciones queda establecido que será condición previa para la firma del contrato que el adjudicatario proceda a la donación efectiva sin cargo, libre de gravámenes y contratos en favor de la comuna, del inmueble ofrecido para ejecutar la obra y explotarla. Dicho inmueble, así

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

como las mejoras, edificaciones y trabajos en general que sobre el mismo se ejecuten, son considerados garantía del contrato respectivo.

En cuanto al período de concesión, por lo general no supera los 30 años. Expirado el mismo, el cementerio debe ser entregado a la municipalidad en perfecto estado de uso y conservación.

Se establece el sistema de ventas de parcelas, servicio de inhumación y cobro por gastos de conservación como base del recupero de los capitales invertidos en la construcción de la obra.

Con respecto a las tarifas, las municipalidades se reservan la atribución de fijarlas y actualizarlas de ser necesario.

La concesión se extingue por diversas causales, entre las que podemos enumerar las siguientes:

- a) vencimiento del plazo por el que fue otorgada;
- b) incumplimiento de las obligaciones emergentes de la concesión;
- c) mutuo acuerdo;
- d) abandono, renuncia o expropiación;
- e) quiebra o cesación de pagos o concurso del concesionario.

La policía mortuoria pertenece siempre al Estado, y por tanto es propio del poder de policía local todo lo referido a inhumaciones, cremaciones, exhumaciones, etcétera.

En los párrafos precedentes se ha considerado la relación entre la municipalidad y el concesionario de la obra. Corresponde ahora analizar cuál es, en nuestro régimen provincial, la relación entre el usuario y la sepultura.

### **RELACIÓN ENTRE EL USUARIO Y EL SEPULCRO**

Se ha señalado que el cementerio constituye en nuestro derecho obra pública construida para utilidad común (art. 2340, inc. 7°) que el Estado o los estados han puesto bajo el dominio de las municipalidades (art. 2344, Cód. Civil).

Admitido que el cementerio es del dominio público municipal, la consecuencia de estar fuera del comercio jurídico de derecho privado es obligada(27)(173).

Tenemos que resolver entonces dos problemas: la relación entre el municipio y el particular, por una parte, y la de éste con la sepultura, por la otra.

El título en virtud del cual el particular adquiere el derecho respecto de la sepultura configura una concesión de uso de un bien del dominio público municipal.

Marienhoff dice que la duración de las concesiones de uso sobre dependencias dominiales puede ser temporaria o perpetua, y que aceptar uno u otro sistema no constituye una cuestión de principios jurídicos, sino de política y de criterio legislativo.

Aconseja adoptar, en materia de concesiones para sepultura, el sistema de la "perpetuidad", que es el que más se aviene con la finalidad a que responden(28)(174).

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

Esta figura es la adoptada por la mayoría de los cementerios - parque mendocinos, pero, como bien señala Adrogué, la calidad de concesionario apunta a la relación con el municipio, pero no con la cosa.

Existe entre la persona y la sepultura un derecho real de naturaleza administrativa, que, aunque nos confiere un poder inmediato sobre una cosa, es un poder limitado, especial, con un fin a llenar y sujeto a la tutela del Estado.

Si bien sobre bienes del dominio público no puede admitirse un derecho real de naturaleza civil, nada obsta, en cambio, a que se reconozcan derechos reales de sustancia administrativa.

El titular de una sepultura tiene sobre ella un derecho real, aunque de derecho administrativo, ya que la relación entre el titular de la concesión y el sepulcro se manifiesta en modo análogo al propio de los derechos sobre las cosas.

La tesis del derecho real administrativo resulta compatible con la doctrina de la Corte Suprema de la Nación que tiene dicho que las palabras "libertad" y "propiedad", comprensivas de toda la vida social y política son términos constitucionales y deben ser tomados en el sentido más amplio.

El vocablo "propiedad", cuando se lo emplea en los artículos 14 y 17 de la Constitución, o en otras disposiciones de ese estatuto, comprende todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad; por lo cual, los derechos emergentes de una concesión de uso sobre un bien público - derecho a una sepultura - o de las que reconozcan como causa una delegación de la autoridad del Estado en favor de particulares, se encuentran tan protegidos por las garantías constitucionales consagradas por los artículos 14 y 17 de la Constitución como pudiera estarlo el titular de un derecho real de dominio.

El derecho del titular de un sepulcro nace del comercio a que se prestan los bienes del dominio público, que pueden ser aprovechados por los administrados en virtud de un acto de concesión que genera en cabeza de éste un derecho real administrativo.

La atribución de derechos a los administrados resulta compatible con la naturaleza dominial del poder público, respecto de dichos bienes, en la que su esencial finalidad de servir a la inhumación constituye el marco de las prerrogativas del adquirente de tal situación jurídica real.

Admitida entonces la existencia de un derecho real administrativo, que desplaza la aplicación de las disposiciones del Código Civil, las que sólo pueden tener una vigencia extensiva por vía analógica, resta por definir de qué derecho real administrativo se trata.

En opinión del citado autor, que compartimos, se trata de un derecho de superficie. El art. 2614 del Código Civil, que prohíbe la constitución de este derecho, es una norma de derecho privado y no de derecho público. También pertenece al derecho privado el principio del numerus clausus establecido por el art. 2502.

Ya caracterizamos esta figura al estudiar las soluciones de lege ferenda en lo que respecta a cementerios privados en la provincia de Buenos Aires. Teniendo en cuenta las adecuaciones a la figura del cementerio allí

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

expuestas, réstanos recalcar que en el régimen de la provincia de Mendoza la solución encuentra una gran viabilidad en razón del carácter público que rige la figura.

**CONCLUSIONES FINALES**

**PLANO JURÍDICO**

*1) Provincia de Buenos Aires*

- \* Existen normas legales (ley 9094 y ordenanza general 221/78) que autorizan la instalación de cementerios privados.
- \* El servicio se presta en inmuebles pertenecientes al dominio privado de los particulares.
- \* La falta de regulación de la figura en el Cód. Civil no obsta a que pueda ser aceptada como causa generadora de derechos de naturaleza personal, pero evidentemente, resulta preferible otorgar a los interesados en acceder a este sistema la posibilidad de adquirir algún derecho real, por las mayores ventajas que otorga y la seguridad que se deriva de su publicidad registral.
- \* En la práctica, la relación entre adquirente y sepultura se ha resuelto constituyendo un derecho real de uso (con modificaciones a normas del Cód. Civil que resultan inaceptables), o adoptando el régimen de la ley de propiedad horizontal.  
Estas figuras fueron criticadas oportunamente.
- \* La mayoría de la doctrina considera que el sistema no puede encuadrarse en ninguno de los derechos reales permitidos por nuestro Cód. Civil. Opinión que comparto.
- \* De lege ferenda se han propuesto dos soluciones: por un lado la creación de un "derecho real de sepulcro" con tipicidad propia. Por el otro, la constitución de un "derecho real de superficie", con las características y adecuaciones ya expuestas.  
Solución esta última que considero adecuada al régimen de los cementerios privados.

*2) Provincia de Mendoza*

- \* No existen normas legales que permitan la instalación de cementerios privados como tales. La ordenanza general N° 41 de 1980 autoriza a las municipalidades de la provincia a habilitar "cementerios parque" en sus respectivas jurisdicciones.
- \* El servicio se presta en inmuebles que pasan a ser del dominio público municipal, previa donación sin cargo del peticionante de la autorización municipal.
- \* Se configura así una categoría intermedia que hemos dado en llamar: "cementerio público de administración privada".
- \* En la práctica se acude a los sistemas de concesión de obra pública y concesión de servicio público, previo llamado a licitación.
- \* La relación entre municipio y particular (adquirente de la sepultura)

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

configura una concesión de uso a perpetuidad de un bien del dominio público de la comuna.

\* La relación entre el particular y la cosa (sepultura) constituye un derecho real administrativo.

\* Se ha propuesto la creación de un derecho real administrativo de superficie. Figura que considero que es la que mejor cuadra en el sistema, ya sea por sus características como también por la inexistencia del obstáculo que representa el principio del numerus clausus del art. 2502 del Cód. Civil y la prohibición del art. 2614 de dicho cuerpo legal, normas válidas sólo para el derecho privado.

### **PLANO AXIOLÓGICO**

La regulación legal sobre el tema "cementeros" no puede ser ajena a la valoración social existente sobre este aspecto.

La adquisición de un sepulcro se realiza con fines de orden moral o religioso y como medio de honrar y respetar la memoria de los seres queridos, por lo que la cuestión patrimonial debe quedar relegada a un segundo plano.

El cementerio implica la prestación de un servicio público. La calificación de una actividad como servicio público importa sustraerla del campo de la actividad privada individual. En adelante, los particulares no podrán ejercerla sin concesión estatal.

Si la entidad estatal puede conceder a particulares la explotación de una actividad, es porque le pertenece como propia y configura un servicio público. Estas concesiones son siempre temporarias, de lo contrario el Estado estaría prácticamente enajenando sus funciones.

Tiene el irrenunciable deber de asegurar la debida inhumación de los restos de quienes integran un núcleo social. No puede dejar exclusivamente en manos de la actividad privada la toma de decisiones y el control sobre tan importante aspecto. Dada la importancia de estas actividades, el Estado debe someterlas a una regulación y a una fiscalización más intensas, determinando la forma en que deberán ser ejercidas, imponiendo condiciones técnicas y regulando las tarifas.

En la práctica, el sistema de cementeros privados se ha constituido en un negocio de grandes dimensiones, que si bien no configura una actividad ilícita, desde mi punto de vista raya con la inmoralidad. Estamos presenciando la segunda secularización de los cementeros. Primero, se separaron de la Iglesia; ahora, se pretende desvincularlos del Estado.

Es por estas razones que considero que el tema "cementeros" nunca debió salir del terreno del derecho público.

Quienes pretenden con tenacidad entregar los sepulcros a las especulaciones del mercado inmobiliario constituyen el más representativo símbolo de la traición inferida a la dignidad del ser humano.

<b>BIBLIOGRAFIA</b>
---------------------

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

- \* Abad Hernando, Jesús Luis, "La naturaleza jurídica de los sepulcros según el régimen municipal argentino", en Estudios de derecho administrativo, Mendoza, Ed. Ciudad Argentina.
- \* Abreut de Begher, Liliana y otro, "Régimen jurídico de los sepulcros en los cementerios públicos y privados", La Ley, 1989 - E - 973.
- \* Adrogué, Manuel, "Régimen jurídico de los sepulcros. Convenios sobre la utilización de los mismos", La Ley, 148 - 534.
- \* Allende, Guillermo, "Sepulcros: aspectos jurídicos fundamentales", La Ley, 124 - 821.
- \* Botassi, Alfredo, "Cementerios públicos y privados", La Ley, 1981 - C - 1056.
- \* Diez, Manuel María, Manual de derecho administrativo, 2, Ed. Plus Ultra.
- \* Highton, Elena; Alvarez Juliá, Luis y Lambois, Susana, Nuevas formas de dominio, Buenos Aires, Ed. Ad Hoc SRL, 1987.
- \* Kemelmajer de Carlucci, Aída y Puerta de Chacón, Alicia, Derecho real de superficie, Ed. Astrea, 1989.
- \* Kiper, Claudio M., "Acerca de la posibilidad de constituir derechos reales sobre espacios destinados a sepulturas en los cementerios privados", La Ley, 1988 - E - 929.
- \* Lorenzetti, Ricardo L., "Notas para el régimen jurídico de los cementerios privados", La Ley, 1991, t. E.
- \* Marienhoff, Miguel, Tratado de derecho administrativo, t. V, Ed. Abeledo - Perrot.
- \* Papaño, Kiper, Dillon, Causse, Derechos reales, t. 2, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1990.
- \* Scotti (h.), Edgardo, "Régimen jurídico de los cementerios privados", La Ley, 1987 - A - 811.
- \* Spisso, Rodolfo, "Régimen jurídico de los cementerios y de los sepulcros", La Ley, 1983 - C - 924.
- \* Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial, arts. 2614 y 2617.

**LEGISLACIÓN CONSULTADA**

- \* Ley Orgánica de Municipalidades de la Provincia de Mendoza N° 1079.
- \* Ordenanza general N° 41/80 y ordenanza general N° 71/80.
- \* Ordenanza N° 2139/86 y ordenanza N° 2756/89, Municipalidad de Guaymallén.
- \* Ordenanza N° 8/89, Municipalidad de Las Heras.
- \* Ordenanza N° 236/87, Municipalidad de Luján.
- \* Ordenanza N° 3065/92, Municipalidad de la Capital.

**TEMAS DE DERECHO PRIVADO**

*TEMAS DE DERECHO PRIVADO V(\*) (175) (Primera Parte)*