

I JORNADA NOTARIAL DE MENDOZA

“EL DERECHO DE SOBREELEVAR” (*)

TEMA 2.

Coordinadora: Escribana María Laura Lembo

CATEGORIA: TRABAJOS DE PROFESIONALES

AUTORES:

Not Leandro N POSTERARO SANCHEZ.

Not. Sebastian BERMUDEZ

Tel: (02323)440392. Mail: escribaniaposteraro@gmail.com

(*) El Presente trabajo obtuvo el Primer Premio Cat. Trabajos de Profesionales en la I
Jornada Notarial de Mendoza. 2019

Sumario:

I. Introducción. II. El principio de accesión en el derecho de dominio y en la propiedad horizontal. III. Concepto. IV. Ventajas del Derecho. V. El espacio aéreo y subterráneo como elementos comunes del inmueble sometido a Propiedad Horizontal. VI. Principio General: prohibición de sobreelevar y subedificar. VII. Naturaleza Jurídica: Derecho argentino. Derecho comparado. VIII. Ámbito de aplicación. IX. Titularidad del Derecho. X. Modos de adquirir el Derecho. XI. Contenido del Derecho. XII. Ejercicio. XIII. Adquisición de lo edificado. XIV. Extinción del Derecho. XV. Tratamiento Registral. XVI. Cláusulas recomendables para la sobreelevación y subedificación. XVII. Conclusiones.
Ponencias

I. INTRODUCCION:

El Derecho de Sobreelevación y Subedificación, según el espacio donde se lleven a cabo las nuevas edificaciones, se encuentra en conexión con los más clásicos problemas del Derecho Civil, en especial con los que derivan de la importante y amplia temática de los derechos reales.

Con una concepción más referida al carácter de derecho real en legislaciones comparadas, que al de derecho personal que rige aún en nuestro país, esta figura ha tenido un interesante aumento en su aplicación, aunque no tanto en el desarrollo normativo.

Así en nuestro país, su mención en algunos pocos párrafos de la ley 13512 y en escasas disposiciones locales registrales, generó un estudio todavía insuficiente, en especial en el ámbito notarial.

El Nuevo Código Civil y Comercial continúa en la senda de la incompleta regulación de este importante derecho; habiéndose perdido, al menos por el momento, la posibilidad de su inclusión como un nuevo derecho real, tal como ocurrió con su “pariente cercano”, el del Derecho de Superficie.

Este reconocimiento de nuestro nuevo ordenamiento al derecho de superficie, no ya sólo en el ámbito forestal como era su acotada existencia anterior al Nuevo Código, sino también ahora en el referido a las construcciones, genera una expectativa de un posible futuro de derecho real para el Derecho de Sobreelevar.

Sin embargo, la limitación temporaria impuesta al Derecho de Superficie podría no colmar todas las expectativas puestas en el mismo, en especial para aquellas personas que buscan la adquisición de lo edificado en el espacio aéreo o subterráneo sin limitación en el tiempo.

En el ámbito de la Propiedad Horizontal la respuesta a dichas expectativas creemos que sólo puede continuar dándose por intermedio del Derecho de Sobreelevación y Subedificación, que otorga a su titular la facultad de hacer propio lo edificado, y de manera perpetua, lo cual no ocurre con el Derecho de Superficie.

Todo ello nos convoca a un necesario tratamiento, a los efectos de determinar con claridad todas sus implicancias en el ámbito de la labor profesional.

En la búsqueda de dar respuestas, será objeto de análisis de este trabajo la concepción del derecho de dominio y fundamentalmente teniendo en cuenta la nueva noción jurídica del inmueble, y la extensión en sentido tridimensional del mismo; así como las distintas implicancias del derecho de accesión, y su diferente tratamiento en el dominio clásico y la propiedad horizontal.

Observaremos también el tratamiento de la figura en el derecho comparado del cual podría nutrirse nuestro ordenamiento.

Adentrándonos en su utilización en la labor profesional diaria es importante el estudio de los distintos modos de adquisición del Derecho, los negocios respecto del mismo, las formas instrumentales, el contenido, en especial referencia a los derechos y obligaciones del titular y de los propietarios del inmueble general sometido a Propiedad Horizontal.

Será tratado con detenimiento el ejercicio del derecho, sus limitaciones, duración y extinción, con los efectos que genera la misma según cada causal.

El estudio nos llevará a pensar seriamente su inclusión en el, cada vez más amplio, listado de los derechos reales de nuestra legislación.

II. EL PRINCIPIO DE ACCESION EN EL DERECHO DE DOMINIO Y EN LA PROPIEDAD HORIZONTAL:

Una de las formas de adquirir el dominio de inmuebles es la accesión. En el régimen del derecho de Dominio del Código Civil y Comercial, éste se extiende no sólo en la superficie determinada del inmueble sino también en el subsuelo y en el espacio aéreo del mismo (art. 1945 del Código Civil y Comercial). Por lo cual, como principio general, toda edificación que se realice en ellos accede al inmueble y pasa a formar parte del dominio que tiene el propietario sobre el mismo.

Esta concepción romana de "*superficie solo cedit*"¹ ha ido reconociendo excepciones en nuestro ordenamiento, así por ejemplo al permitirse ya en la ley 13512 la edificación en el espacio aéreo del inmueble por parte de quien tuviere la titularidad, autorización o cesión del derecho de sobreelevar (conforme art. 7 de dicha norma.)

¹ "Principio jurídico en virtud del cual todo lo edificado o construido cede a favor del suelo sobre el que se edifica. Así pues, el que edifica o planta en terreno ajeno, lo hace suyo el propietario de él. FERNANDEZ DE LEON, Diccionario de derecho romano, p 546.

Y a partir de la entrada en vigencia del Nuevo Código Civil y Comercial, al incluirse el nuevo derecho real de superficie, conforme arts. 2114 al 2128, es un claro avance en la materia.

Este principio no se aplica de la misma manera en el Régimen de Propiedad Horizontal, ya que en éste el terreno pertenece, en principio,² al conjunto de propietarios de las diferentes unidades, y el propietario de cada unidad es un sujeto individual titular del derecho de propiedad que se transmite exclusivamente con relación a su unidad, aunque inescindible de su coparticipación en los sectores comunes y por ende, en todo lo que acceda a los mismos.

En cuanto al edificio en su totalidad, el principio de accesión tiene aplicación al nacimiento de la P.H., cuando el propietario del terreno construye el mismo, que es de su propiedad. Luego de sometido a la P.H., y de que se realicen las sucesivas enajenaciones de las unidades, es el propietario de cada unidad quien tiene el derecho sobre la misma y la coparticipación respecto de las cosas comunes que le acceden. El propietario del terreno, entonces, pasa a ser el conjunto de propietarios de las distintas unidades, y sólo puede hacerse dueño de una unidad quien la adquiere por un título y modo hábil (compraventa, donación, prescripción, etc.), pero nunca por accesión.

Sin embargo, con respecto a las nuevas edificaciones en la P.H. rigen, en principio, las normas de la accesión, pero ya respecto del conjunto de propietarios de las cosas comunes, por las cuales todo aquello que acrece a la cosa común (espacios aéreos y subterráneos) pertenece a los copropietarios de la cosa común, salvo la renuncia expresa a este derecho sobre esta nueva construcción (art. 2052 y 2053 del Cod. Civ. y Com, art 7, ley 13.512, 1ra. Parte) que se realiza en forma condicional al cumplimiento por parte del concesionario de las obligaciones que se determinan en el contrato de construcción (realizar las obras según lo establecido en dicho contrato, lugar donde se va a efectuar, porcentajes que tendrán las obras nuevas, plazo para la obra, superficies, revocabilidad o irrevocabilidad de la concesión, contraprestación a cargo del concesionario, etc.).

Es decir, que para que lo edificado en un inmueble sometido a P.H. pertenezca a una persona distinta al conjunto de copropietarios, es necesario que ésta sea titular del

² Decimos “en principio” ya que conforme Nuevo Código Civil y Comercial respecto de la Propiedad Horizontal especial de los Conjuntos Inmobiliarios se podrá establecer que el terreno donde tienen sus límites de superficies privativas las distintas UF podrá ser considerado superficie privativa de cada unidad funcional.

derecho sobre lo edificado, y esto se logra adquiriendo el Derecho de Sobreelevar o Subedificar.

III. CONCEPTO:

También llamado derecho de sobreedificación y subedificación o derecho de vuelo en la legislación comparada, podríamos definirlo entonces como ***aquel derecho por el cual se facultad a su titular la construcción de una o más plantas en el espacio aéreo o subterráneo de un inmueble sometido al régimen de propiedad horizontal y adquirir lo edificado integrándolo al régimen de propiedad horizontal.***

IV. VENTAJAS DEL DERECHO:

- Hace innecesaria la ocupación de nuevas parcelas.
- Aprovechamiento de servicios públicos ya existentes, tales como calles, electricidad, gas, agua, cloacas, alumbrado, etc.
- Economía de recursos para los estados municipales, ya que no tienen que hacer desembolso para dotar de servicios públicos a los nuevos adquirentes de las unidades originadas en la sobreelevación.
- Evita la disgregación de la población a barrios excesivamente alejados de las zonas de comercio, escuelas, hospitales, y organismos oficiales.
- Mantiene una mayor seguridad, tanto en las personas como en las cosas, haciendo más fácil la vigilancia.

V. EL ESPACIO AEREO Y SUBTERRANEO COMO ELEMENTOS COMUNES DEL INMUEBLE SOMETIDO A PROPIEDAD HORIZONTAL.

El nuevo ordenamiento civil y comercial continúa en el camino de Velez Sarfield, al determinar en su art. 1945.- *Extensión. El dominio de una cosa comprende los objetos que forman un todo con ella o son sus accesorios.*

El dominio de una cosa inmueble se extiende al subsuelo y al espacio aéreo, en la medida en que su aprovechamiento sea posible, excepto lo dispuesto por normas especiales.

Todas las construcciones, siembras o plantaciones existentes en un inmueble pertenecen a su dueño, excepto lo dispuesto respecto de los derechos de propiedad horizontal y superficie.

Se presume que las construcciones, siembras o plantaciones las hizo el dueño del inmueble, si no se prueba lo contrario.”

Esto también ocurre en el sistema de P.H., en el cual los espacios aéreo y subterráneo del edificio pertenecen al conjunto de propietarios de las diferentes unidades, salvo estipulación en contrario.

El espacio aéreo y el subterráneo son elementos del inmueble sometido a PH. y por ende de propiedad comunal, como lo son las escaleras, los vestíbulos, las áreas de estacionamiento, etc.; algunos susceptibles de reserva para uso particular (como por ejemplo el espacio aéreo y subterráneo) y otros no.

El derecho de sobreelevar, como derecho a utilizar el espacio aéreo o subterráneo para efectuar la edificación, es reservado por nuestra ley, en principio, como un derecho comunal, es decir de la totalidad de propietarios de la PH., del cual puede disponerse solamente por acuerdo unánime de los copropietarios (conf. Art 2052 del CCCN.)

VI: PRINCIPIO GENERAL: Prohibición de Sobreelevar y Subedificar en beneficio propio:

El Nuevo Código Civil y Comercial continúa con la prohibición al establecer la necesidad de unanimidad para toda obra nueva que importe elevar nuevos pisos o realizar excavaciones, o que grave o modifique la estructura del inmueble, debe contarse con la unanimidad.

A contrario sensu, aquel propietario (o tercero ajeno al consorcio) que no cuente con la autorización unánime, no podrá realizar obra alguna, aunque sea en beneficio de todos.

El art. 2052 determina: *“Mejora u obra nueva que requiere unanimidad. Si la mejora u obra nueva, realizada por un propietario o por el consorcio sobre cosas y partes comunes, aun cuando no importe elevar nuevos pisos o hacer excavaciones, gravita o modifica la estructura del inmueble de una manera sustancial, debe realizarse con el acuerdo unánime de los propietarios.*

También requiere unanimidad la mejora u obra nueva sobre cosas y partes comunes en interés particular que sólo beneficia a un propietario.”

Dentro del análisis del art. consideramos de vital importancia para el Derecho de Sobreelevación o Subedificación desglosar los casos de obras nuevas o mejoras que requieren la unanimidad, a llevarse a cabo en partes comunes, como lo son el espacio aéreo y el subterráneo:

- Mejoras que gravitan o modifican estructura del inmueble: por ejemplo, cambios de fachadas; cambios de destino de lugares de ingreso al edificio, cambio de destino de solares o patios, etc. Las mismas consideramos no deben ser incluidas en el estudio referido al Derecho de Sobreelevación o Subedificación por no importar construcciones de nuevas plantas.
- Elevación de nuevo pisos: se desprende con claridad del primer párrafo del art. que será necesaria la unanimidad de los propietarios para autorizar la construcción de los mismos en el espacio aéreo. Obviamente es el típico caso de sobreelevación.
- Construcción de nuevos pisos por debajo del edificio: al mencionarse la necesidad de unanimidad para realizar excavaciones, si las mismas son a efectos de construcción de nuevos pisos en el espacio subterráneo haremos referencia entonces al derecho de subedificación; el cual obviamente genera una modificación de la estructura del edificio.

De manera que el principio general establecido por la ley es la prohibición de sobreelevar o subedificar para cualquier propietario, incluso para el consorcio; si bien se autoriza esta posibilidad cuando hay unanimidad de los propietarios de todas las unidades, o cuando quien sometió el inmueble a P.H. se reservó la facultad, como veremos más adelante.

VII. NATURALEZA JURIDICA:

VII. 1. Derecho Argentino:

La doctrina mayoritaria nacional ha expresado que se encuentra dentro de los derechos personales y no de los derechos reales. Así el espacio aéreo podría ser considerado como una cosa por ser susceptible de apreciación económica, pero no como una cosa autónoma que puede ser objeto de derecho de propiedad en forma independiente del inmueble al cual accede (edificio general). Asimismo, se ha considerado un derecho personal, ya que al concederse la facultad de construir o sobreedificar la cosa -unidad a construir- no existe como tal, sino que lo único que existe es la facultad de construir, la cual, de no materializarse hará imposible el nacimiento del derecho real, (no existiría el ius in rem).

Asimismo, debemos partir del principio general que en nuestro derecho no hay otros derechos reales que los establecidos por el Código Civil y Comercial y en las leyes especiales. (conf. Arts. 1884, 1887 y ccs). Por ende, al Derecho de Sobreelevar no lo podemos considerar **en la actualidad**³ como un derecho real, sino meramente personal conforme nuestra legislación.

VII. 2 Derecho Comparado:

España: denominado como derecho de sobreedificación y subedificación, se lo considera un derecho real sobre cosa ajena de carácter limitado, por el cual su titular adquiere la facultad de elevar una o varias plantas, adquiriendo una vez ejercitado la propiedad de lo construido. La ley 1 del año 1973 de la compilación de Derecho Civil Foral de Navarra en su ley 427, se indica como principio general: “Se presume que lo unido inseparablemente al suelo accede a la propiedad de éste, pero puede existir un derecho real sobre lo edificado o plantado en suelo ajeno, como derechos de superficie, de sobreedificación o subedificación, de propiedad horizontal y de plantación”.

Asimismo, la ley 435 de la mencionada compilación establece el siguiente concepto del derecho de sobreelevar o sobreedificar: “Los derechos reales de sobreedificación y subedificación conceden a su titular la facultad de construir una o más plantas sobre un edificio o por debajo de éste, respectivamente, en un edificio ya existente o que se construyere con posterioridad”.

Italia:

Actualmente el artículo 1127 del Código Civil de 1942 regula la figura, bajo el nombre de *Costruzione sopra l'ultimo piano dell'edificio*, fijando interesantes pautas:

- a) El derecho corresponde al propietario del último piso, salvo pacto en contrario. Es decir que la ley concede el derecho dicho propietario (a contrario de lo que ocurre en la legislación argentina), permitiendo a los propietarios pactar lo contrario.
- b) Los demás propietarios tienen facultad de oponerse a la construcción, sin con ello se perjudica el aspecto del edificio o se disminuye el aire o luz de los pisos inferiores.
- c) Las condiciones de estabilidad del edificio deben posibilitar la construcción.

³ El resaltado nos pertenece.

- d) El titular del derecho debe indemnizar a los demás propietarios con una cantidad igual al valor actual del área que debe ocupar la nueva construcción, dividida por el número de pisos, incluido el que se va a edificar, y descontado el importe correspondiente del porcentual que al mismo le corresponda.

Francia: la regulación específica data de la ley del 10 de julio de 1965, en especial en su capítulo III ⁴. Por la misma se incluyó la sobreedificación y subedificación entre los derechos accesorios a las partes comunes; y también para el caso de considerarse como elemento privado de alguna unidad, si así se hubiere formalizado en el título.

La ley francesa contempla tres supuestos para este Derecho:

- Ejercicio del derecho para construir de locales comunes: debe existir como mínimo el acuerdo de 3/ 4 partes de los propietarios de las unidades para construir locales que serán incorporados como elementos comunes.
- Ejercicio del derecho para crear unidades privativas: la decisión debe adoptarse por unanimidad de los propietarios de todas las unidades.
- Enajenación del Derecho: se requiere solamente el acuerdo de la doble mayoría, es decir que sea tomado por la mayoría de los propietarios que representen las 3/ 4 partes del total de los votos.

VIII. ÁMBITO DE APLICACION:

La normativa actual (arts 2052 y 2053 del Cod. Civ. y Com) determina que el Derecho de Sobreelevación se aplica sólo al ámbito de la P.H.

Por lo tanto, el ejercicio del Derecho de Sobreelevación o Subedificación va a suponer, o bien modificar la PH. ya existente o bien la necesidad de someter el inmueble a dicho régimen para así poder reservarse o ceder el mismo.

VIII.1 Diferencias con el Derecho de Superficie:

La principal es que el Derecho de Superficie es temporal, mientras que el Derecho de Sobreelevar genera para su titular la adquisición de lo edificado en forma permanente, pasando a integrar oportunamente el régimen de Propiedad Horizontal.

En el primer caso el titular del derecho tendrá la propiedad superficiaria limitada en el tiempo (máximo de 70 años para construcciones) y luego de vencido el plazo estipulado lo edificado pasa a titularidad del propietario del inmueble.

⁴ El mismo está dedicado a “*Ameliorations, additions de locaux privatifs et exercise du droit de surélévation*”

En cambio, el titular del Derecho de Sobreelevar va a adquirir lo edificado sin limitación temporal, a contrario de lo que ocurre en el Derecho de Superficie; y se va a regir por las disposiciones de la Propiedad Horizontal existentes que ya regía respecto de las unidades anteriores, incorporándose las mismas a dicho régimen; con propiedad privativa de los departamentos construidos y participación, mediante la cuota correspondiente, en todos los elementos comunes del edificio.

Si bien el art. 2116 permite constituir Derecho de Superficie respecto de un inmueble sometido a PH, lo construido en el espacio aéreo o subterráneo del mismo no generará una adquisición en forma permanente de lo edificado en ejercicio del derecho.

IX. TITULARIDAD DEL DERECHO

En principio, el derecho pertenece al propietario del edificio general que lo somete a P.H. y por eso es sólo él quien puede reservárselo; siempre que aún no haya transmitido ninguna Unidad Funcional.

Una vez transferidas las distintas unidades, el derecho pasa a pertenecer a todos los propietarios de las mismas, que son copropietarios de las partes comunes del edificio, como son el espacio aéreo y subterráneo.

Debemos aclarar que los titulares del derecho son todos los propietarios de las distintas unidades (copropietarios de los espacios comunes) y no el consorcio, esto es así ya que el Derecho de Sobreelevar pertenece en coproporción a cada uno de ellos como cotitulares de un espacio común (aéreo o subterráneo); pero no al consorcio como persona jurídica. Más allá que podría cederse el mismo a su favor si así lo instrumentan la totalidad de los integrantes bajo las formalidades que luego veremos.

¿Quiénes pueden ser titulares del derecho?:

Cualquier persona, física o jurídica capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones.

Entonces podrían ser:

- a) El propietario del último piso, de la planta baja o subsuelo, o cualquier propietario de alguna unidad, como una facultad accesoria a la misma.**
- b) El propietario originario del edificio general que se haya reservado el derecho, sea o no titular en la actualidad de alguna unidad.**
- c) Terceros “extraños”, es decir a personas que no sean propietarios de ninguna unidad.**

d) La totalidad de propietarios: como dijimos, el derecho de sobreelevar, si no hubo reserva por parte del propietario originario al someter el inmueble a P.H. o luego antes de transferir las unidades, pertenece a la totalidad de propietarios. Es decir, que en este caso no se necesita conformidad alguna para ser titular de ese derecho, pero sí se requerirá para iniciar las construcciones en el espacio aéreo o subterráneo (conf. Arts 2052 y 2053).

e) Consorcio de propietarios: podría existir reserva o cesión del derecho a favor del mismo en su carácter de persona jurídica⁵, con lo cual se deberán cumplir las formalidades para su adquisición que veremos a continuación.

X. MODOS DE ADQUIRIR EL DERECHO:

-Actos entre vivos: el mismo se constituye bajo la forma contractual, pudiendo surgir de una Reserva efectuada por el titular del inmueble general al otorgar el Reglamento de Propiedad Horizontal; o de un contrato posterior (denominado generalmente “contrato de sobreelevación”) suscripto entre la totalidad de los propietarios de las unidades y quien vaya a adquirir el Derecho, sea otro titular o un tercero.

Sea en uno y otro caso, toda transmisión sucesiva de las unidades significará un contrato de adhesión para los futuros adquirentes, no existiendo posibilidad alguna de negativa o cambio de las cláusulas por parte de los mismos, debiéndose someter en consecuencia a la Reserva o Cesión del Derecho ya suscriptas.

X. 1. Reserva:

Sólo pueden realizarla el o los propietarios del inmueble general al someterlo al régimen de P.H., es decir al otorgar el Reglamento PH., para sí mismo/s. Así también, en caso de condominio, la reserva puede otorgarse, solamente a favor de alguno de los copropietarios del inmueble general al someterlo al régimen.

Si en el reglamento se expresa que se reserva el derecho para un tercero determinado, o para quien resulte ser titular de una o más unidades determinadas, en este caso ya no habrá reserva del mismo, sino una verdadera Cesión, porque el derecho ya no quedará en cabeza de su titular originario.

Luego de afectado el edificio al régimen de P.H., si bien el art. 2052 establece que es necesaria la autorización por la unanimidad de los propietarios de los otros

⁵ Conf. Art 2044 se establece la persona jurídica consorcio constituida por el conjunto de propietarios de las UF.

departamentos o pisos, entendemos que la misma se trata de una verdadera cesión del derecho que cada propietario le corresponde por respecto al espacio aéreo y subterráneo como partes comunes de la Propiedad Horizontal.

La Reserva puede darse en distintos momentos: 1) Al momento de otorgarse el Reglamento de Propiedad Horizontal: Para el/los titulares de dominio del inmueble general: como dijimos, éste es el único caso de reserva posible. 2) Luego de otorgado el reglamento y antes de la transmisión de alguna unidad: el/los titulares de dominio del inmueble afectado a PH. podrán hacer reserva del derecho de sobreelevar, debiendo en este caso, si ya se ha otorgado el reglamento de copropiedad, modificar el mismo.

X.2 Cesión del derecho:

Se trata del Contrato de Sobreelevar por el cual, la unanimidad de los titulares de las unidades lo transfieren a favor de otra persona, sea o no propietario de alguna unidad.

Se rige por las reglas del contrato de Cesión de Derechos o Créditos del Código Civil y Comercial. El mismo, al igual que la Reserva puede tener distintos momentos:

1) Al momento de otorgar el Reglamento de Propiedad Horizontal:

Puede tener distintas hipótesis:

- a) Cesión del propietario del edificio a favor de quien resulte titular de determinada unidad.
- b) Cesión del propietario del edificio para uno o más terceros determinados o a determinarse.

2) Con posterioridad al otorgamiento del Reglamento de Propiedad Horizontal: Mediante la cesión de la unanimidad de los propietarios hacia una unidad determinada (sin determinación de persona en especial) o propietario de una unidad determinada o hacia un tercero “extraño”, es decir quien no es propietario de unidad alguna.

Luego de otorgado el Reglamento de Propiedad Horizontal y de transmitidas las unidades, sólo podrá ser titular de ese derecho éste o un tercero mediante la cesión del mismo con conformidad de todos los propietarios de las unidades.

Requisitos:

1) Forma: Escritura pública, otorgada por unanimidad de los copropietarios.

Por aplicación del art. 1017 inc c del Código Civil y Comercial: “Deben ser otorgados por escritura pública...c. todos los actos que sean accesorios de otros contratos otorgados en escritura pública”.

Así pues, no basta con una autorización de sobreelevar otorgada por todos los copropietarios en una asamblea del consorcio, ya que la misma es un instrumento privado, y no cumple el requisito del art. 1017 inciso c).

2) Solicitud de certificados registrales (dominio e inhibición) para:

a) Corroborar que quien cede el derecho es el verdadero cotitular del mismo, con el título de propiedad correspondiente.

b) Conocer el estado jurídico de la unidad de la cual es titular quien cede el derecho, ya que, de existir acreedores hipotecarios o embargantes, se necesitará su conformidad, la que de no cumplirse en el acto de cesión deberá concretarse al momento de modificar el Reglamento de Propiedad Horizontal, a fin de darle el alta a las nuevas unidades.

c) Verificar que el cotitular de ese derecho no está inhibido para disponer de sus bienes.

3) Asentimiento conyugal: si la unidad que cede su futuro porcentual en la parte común que es el derecho sobre el espacio aéreo o subterráneo, encuadra en los supuestos del artículo 470 o del 456 del Código Civil y Comercial deberá contarse con el asentimiento conyugal.

4) Asentimiento convivencial: si la unidad que cede su futuro porcentual en la parte común que es el derecho sobre el espacio aéreo o subterráneo, encuadra en supuesto del artículo 522 del Código Civil y Comercial deberá contarse con el asentimiento del conviviente.

Razones:

a) El porcentual de la unidad en la generalidad de los casos va a disminuir una vez dada el alta de las nuevas unidades.

b) La unidad podría disminuir su valor comercial, ya que el edificio asimismo presentará una disminución de su valor por el aumento del número de sus habitantes, lo que genera también más gastos de conservación y por consiguiente un aumento de las expensas.

c) Así también la agregación de nuevos pisos acelerará la vetustez del edificio, aparejando en consecuencia la reducción del valor comercial de la unidad.

Es decir que estamos ante un acto de disposición sobre la unidad funcional, por lo cual se requerirá el asentimiento conyugal tanto si el bien es ganancial como si es propio, asiento de hogar conyugal y si viven en él hijos menores o incapaces.

4) Conformidad del acreedor hipotecario:

Por las razones citadas atiende a los intereses del acreedor hipotecario que éste sea notificado y pueda prestar su conformidad con la cesión, la cual de todas formas es requerida a los efectos registrales al momento de modificarse el reglamento de copropiedad (art. 116 del dec. 466/99 Cap. Fed.).

Si quien cede el derecho es su titular, que resultó serlo por una cesión del propietario originario o de los copropietarios, estimamos que los requisitos son los mismos debiéndose agregar el de la notificación a los deudores cedidos, es decir a los copropietarios.

Actos Post-escriturarios:

Es menester la registración de toda Cesión de Derecho de Sobreelevar, sin embargo, no todos los registros de la propiedad lo admiten.

Asimismo, se impone la colocación de nota marginal por parte del notario en los títulos de propiedad de las unidades funcionales cuyos titulares han cedido el Derecho de Sobreelevar, a los efectos de la debida publicidad cartular, más allá de la recomendación de inscripción de la Cesión, a pesar de las dificultades que pueda tener la misma en los registro respectivos, como ocurre en la provincia de Buenos Aires, cuando no se tratare de la primera transmisión.

Con la publicidad cartular tendremos otro medio de dar a conocer la existencia del Derecho de Sobreelevar a los futuros adquirentes y también a terceros interesados como acreedores hipotecarios, quienes de esta forma no podrían invocar el desconocimiento ante una falta de registración del Derecho.

b) Actos mortis causa:

Estimamos que dado el carácter patrimonial que tiene el Derecho de Sobreelevar, el mismo puede transmitirse mediante actos mortis causa; por lo cual pasaría a formar parte del acervo hereditario, pudiendo también ser objeto de legado.

XI. CONTENIDO DEL DERECHO.

Debemos diferenciar **dos fases importantes**: la primera sería la del derecho latente y va desde la reserva o adquisición del mismo hasta el inicio de las obras; y la segunda fase, que sería el ejercicio propiamente dicho del derecho, la cual inicia con las obras y todas las repercusiones que conllevan hasta la conversión del titular del derecho en propietario de lo edificado.

XI. 1 Derechos del Titular:

a) Derecho a realizar la edificación:

Será la *ratio* del derecho. Se trata del derecho de elevar nuevas construcciones en el espacio aéreo o construir en el subsuelo de un edificio total o parcialmente ajeno, convertirse en propietario de las unidades edificadas y adquirir asimismo la correspondiente participación en las cosas comunes del inmueble general en el que se ha ejercido el derecho.

Este derecho a edificar se encuentra dentro del conjunto de facultades de las que goza el titular del Derecho de Sobreelevar.

b) Derecho a intervenir en las Asambleas de copropietarios del edificio en Propiedad Horizontal:

Se recomienda estipular al adquirirse el Derecho (sea por reserva o cesión) que el titular del mismo tendrá facultad de intervenir en las reuniones de copropietarios del inmueble sometido a Propiedad Horizontal en las cuales se discuta o acuerden modificaciones edilicias, teniendo voz y voto, estimándose a estos solos efectos un porcentaje que se determine con precisión.

XI. 2. Obligaciones del Titular del Derecho de Sobreelevar:

a) Pago de la contraprestación:

En general, quien se reserva el derecho no deberá abonar suma alguna por el mismo; salvo estipulación en contrario en el Reglamento de Propiedad Horizontal.

Ahora cuando el Derecho es objeto de una cesión existe total libertad de las partes de pactar las contraprestaciones a las cuales el adquirente del mismo estará sujeto.

Es por ello que en los casos de cesión del Derecho, en la mayoría de los mismos será por una contraprestación.

Esta contraprestación a cuyo pago estará obligado el cesionario del Derecho puede consistir por ejemplo en:

- 1) Pago de precio cierto y determinado en dinero.
- 2) Pago de un precio a determinarse según el valor de m² de edificado.
- 3) Construcción y entrega de nuevas UF, (locales comerciales o viviendas) a favor de los propietarios de las UF (cedentes).
- 4) Construcción y entrega de ampliaciones en UF ya existentes.

- 5) Construcción y entrega de nuevas superficies comunes o ampliaciones de las mismas.

En síntesis, el establecimiento de la contraprestación a cuyo pago estará obligado el adquirente del Derecho de Sobreelevar queda sujeto a la libre voluntad de las partes contratantes en cada negocio.

b) Cumplir los plazos concedidos para edificar:

Este plazo será de suma importancia, ya que, en caso de incumplimiento, se extinguirá el derecho, salvo estipulación en contrario

XI. 3. Derechos y obligaciones de los propietarios del inmueble sometido a PH:

En principio, debido a la escasa regulación normativa y la consecuente necesaria fijación de reglas por la autonomía de la voluntad, serán las partes quienes fijen los derechos y obligaciones de los propietarios de las unidades ya existentes sometidas a Ph.

Así por ejemplo como **Derechos** se pueden citar:

- Exigir el pago de la contraprestación pactada, si el derecho se adquirió a título oneroso.
- Exigir el respeto de las cláusulas pactadas.

Obligaciones:

Respeto del Derecho de Sobreelevar y abstención de cualquier acto que pudiere significar una turbación al ejercicio del mismo.

XII. EJERCICIO DEL DERECHO:

Se incluye ya en la segunda fase del derecho, y es aquella por la cual el titular del mismo materializa la construcción (contenido básico del derecho), y finaliza con la adquisición del derecho real de propiedad horizontal de lo edificado.

Este ejercicio estará condicionado por el propio título por el cual se adquirió. Es así ya que la escasa normativa que regula esta figura torna esencial la voluntad de las partes, y las cláusulas por ellas pactadas determinarán el contenido del derecho y las reglas de su ejercicio.

Así las posibilidades serán casi infinitas. Desde la creación de un Derecho de Sobreelevar en un título constitutivo en el cual conste incluso el proyecto de edificación con los planos de obra y todos los detalles de las futuras construcciones, hasta la simple creación del

Derecho en la que exista una mera cláusula genera, figurando sólo el número de pisos o metros cuadrados a edificar, sin otras especificaciones.

Así las consecuencias en una y otra forma de constitución van a generar distintas limitaciones al ejercicio que a continuación nos referimos.

XII. 1. Ejercicio y su duración:

1. Fijación de plazo para construir:

La fijación del plazo no es obligatoria; sin embargo debemos considerar su inclusión de suma importancia, a los efectos de no mantener de manera indefinida la expectativa de la edificación y de permitir la prescripción del derecho por su no uso.

2. Momento del ejercicio:

Será determinar el ámbito temporal en el cual se entiende ejercitado el Derecho de Sobreelevar, lo cual tiene esencial relevancia, ya que será el momento del ejercicio el hecho que provocará la modificación jurídica transformando al titular del mismo en titular del derecho de dominio sobre lo edificado.

XII.2. Límites al Ejercicio:

Será de importancia establecer limitaciones al mismo, en especial respecto de: Estabilidad del edificio, Limitaciones estéticas, innecesaridad de aprobación por Asamblea, utilización de los servicios generales y espacios comunes, Disminución del aire y luz de los pisos inferiores.

XII. 4. Efectos del Ejercicio:

1. Utilización de espacios comunes:

Sería casi imposible llevar adelante las construcciones sobre o debajo un edificio sin utilizar los sectores de uso común del mismo; incluso en algunas ocasiones sobre sectores privativos.

Por lo cual los propietarios de las distintas unidades del edificio-base estarán obligados a tolerar dicha utilización, así como la adaptación que se deba efectuar en las partes comunes a fin de la utilización de las nuevas unidades edificadas. Así la titularidad de un Derecho de Sobreelevación o Subedificación contiene necesariamente la facultad complementaria de utilizar y modificar de sectores de uso común.

2. Pago de los gastos del ejercicio del Derecho:

En muchos casos dichas construcciones tornan necesarias las ampliaciones y modificaciones de sectores comunes, sobre las cuales los propietarios de las demás unidades adquirirán su correspondiente participación.

Por lo cual estimamos conveniente determinar si el titular del Derecho de Sobreelevar será quien deba soportar también la totalidad de dichos gastos, o si, por el contrario, los propietarios de las demás unidades debieran contribuir a los mismos.

3. Resarcimiento de daños y perjuicios:

Las obras para la construcción de las nuevas unidades pueden originar que el titular del Derecho incurra en responsabilidad por daños y perjuicios, siendo aplicables las reglas fijadas por el Derecho Civil.

XIII. ADQUISICIÓN DE LO EDIFICADO

No basta con finalizar la construcción para ser propietario de lo edificado mediante una Reserva o Cesión del Derecho de Sobreelevar. Volviendo a la primera parte de este trabajo, por el principio de accesión, la regla general es que lo edificado en virtud del ejercicio de un derecho de sobreelevar pertenecería (si no hubiere reserva o cesión del derecho) al conjunto de copropietarios en la Propiedad Horizontal.

Así en sus comienzos el Derecho de Sobreelevar tiene verdadera vocación de derecho real, va a generar un cambio en la Propiedad Horizontal ya existente.

Cuando hay una Reserva o Cesión del Derecho, los propietarios de las unidades, (sujetos pasivos del mismo) serán deudores de la obligación de transmisión de lo edificado a favor del titular del mismo, renunciando así a invocar la accesión para hacer suyo lo edificado, siendo acreedor de dicha obligación el titular del Derecho de Sobreelevar.

Así el ejercicio del derecho, en su última fase, comprende la adquisición de la propiedad privativa sobre la/s unidad/es construidas, como asimismo de la coparticipación en las partes comunes del régimen.

Debemos aclarar que la adquisición del dominio de las nuevas unidades a nombre de quien era titular del Derecho de Sobreelevar se efectúa a título de contrato o reserva de sobreelevación, y no por el mero hecho de terminar la construcción. El acto jurídico no es traslativo de propiedad sino declarativo.

XIII. 1 Efectos:

En consecuencia, el ejercicio del Derecho de Sobreelevar, en su **última etapa o fase** producirá los siguientes **efectos**:

a) Integración de las nuevas unidades edificadas al régimen de Propiedad Horizontal existente respecto del inmueble general o edificio-base, mediante la Modificación del Reglamento de Propiedad Horizontal.

b) Atribución de porcentuales de participación respecto de las partes comunes del inmueble ya existente y de aquellas nuevas creadas, a favor de cada una de las unidades funcionales construidas.

c) Modificaciones en los porcentuales de participación respecto al inmueble general correspondiente a las unidades ya existentes. Sin embargo este punto trascendente puede no ser necesario según las cláusulas insertas en el título por el cual se adquirió el Derecho.⁶

d) Adquisición de participación en las partes comunes creadas como consecuencia del ejercicio del Derecho, por los titulares de las unidades ya existentes.

e) Adquisición de las nuevas unidades a favor de quien había sido titular del Derecho y título de Reserva o Contrato (cesión) de Derecho de Sobreelevar.

XIII.2 Requisitos para adquirir lo edificado:

XIII. 2.1. Modificación del Reglamento de Propiedad Horizontal:

Los efectos observados en el punto anterior, van a tener como consecuencia, la necesaria modificación del Plano de Propiedad Horizontal y del Reglamento de Propiedad Horizontal; para que las nuevas unidades funcionales construidas o las modificaciones incorporadas a las ya existentes, se integren al régimen de propiedad horizontal, y que el titular del derecho pase también a ser propietario de su parte privativa y copartícipe en las partes comunes.

Debemos de todas maneras hacer una distinción de suma importancia, ya que el tratamiento instrumental y registral será diferente si con el ejercicio del derecho se crean nuevas unidades o sí solo se modifican las ya existentes; agregando solamente superficies cubiertas o semicubiertas a las mismas; y si la creación de las nuevas unidades genera o no un cambio en los porcentuales de coparticipación de las ya existentes respecto a las partes comunes del inmueble general.

⁶ No ocurre en la unanimidad de los casos. Ver punto XIII. 2

La creación de nuevas unidades siempre va a generar una Modificación del Reglamento de Propiedad Horizontal.

XIII.2.1.1 Atribución de porcentuales:

La fijación de los porcentuales que corresponderá a las nuevas unidades respecto de los elementos comunes de la Propiedad Horizontal tendrá una vital incidencia sobre todo el régimen. La sola modificación de los porcentuales atribuidos a las unidades ya existentes al someterse el inmueble general a la PH. provocará el necesario cumplimiento de requisitos instrumentales y registrales que muchas veces puedan generar la imposibilidad fáctica o jurídica de la necesaria modificación del Reglamento, provocando que el titular del Derecho de Sobreelevar no pueda adquirir la propiedad sobre las nuevas unidades ni su coparticipación sobre las partes comunes.

Así por ejemplo sería necesaria la conformidad de cada titular de unidad funcional que sufra una modificación en su porcentual sobre las partes comunes; ya que se está modificando su derecho real de propiedad horizontal.

Incluso si esa unidad está afectada por derecho real de hipoteca o por medidas cautelares se hará necesaria la conformidad de los titulares de los mismos.

Por lo cual, estimamos imprescindible una completa y correcta redacción de los instrumentos en los cuales exista una Reserva o Cesión del Derecho de Sobreelevar, ya que de la misma pueden evitarse los inconvenientes citados; según los supuestos que vemos a continuación:

Supuestos:

a) Porcentuales establecidos en el mismo título de Reserva o adquisición del Derecho:

Será conveniente establecer en la misma Reserva o Cesión del Derecho los porcentuales que les corresponderán a las unidades funcionales a crearse con el ejercicio del mismo, y los que tendrán las ya existentes. Lo ideal entonces es determinar de antemano los porcentuales que las unidades tendrán, antes y después del ejercicio del derecho.

Así este supuesto simplifica la instrumentación de la adquisición de la propiedad horizontal de lo edificado, mediante la Modificación del Reglamento de Propiedad Horizontal respectiva y la escritura de obra nueva.

Por lo cual **este supuesto es el más recomendable**, ya que permite que una vez concluida la construcción, se haga efectiva la instrumentación de la Modificación de

Reglamento de Propiedad Horizontal por el titular del Derecho de Sobreelevar, sin necesidad de conformidad de los propietarios de las unidades ya existentes; fijando en la misma los porcentuales ya predeterminados.

De esta forma todo adquirente de esas unidades funcionales ya existentes conocerá al momento de adquirirlas los porcentuales asignados y a serle asignados sobre las partes comunes, pues integrarán su título de adquisición del derecho real (sea que estuviese contenida la reserva en el mismo Reglamento de Propiedad Horizontal, o sea que se instrumente en una cesión posterior).

Otra opción interesante dentro de este supuesto es la fijación de un porcentual general que le corresponderá a la totalidad de lo que se edificará en ejercicio del Derecho, teniendo el titular del mismo la libertad de fijar el correspondiente a cada nueva unidad al otorgar la Modificación de Reglamento de Propiedad Horizontal.

En consecuencia, en los casos mencionados bastará la comparecencia del titular del Derecho de Sobreelevar para otorgar la Modificación del Reglamento y la Transmisión de lo edificado a favor del titular del mismo, salvo estipulación en contrario.

b) Porcentuales no establecidos en el título de adquisición del Derecho, pero con reglas de determinación:

Tanto en la Reserva como en la Cesión del Derecho puede que no se hubieren fijado los porcentuales a corresponderle a las unidades originadas en el ejercicio del mismo; ni las variaciones a las ya existentes; pero que se hubieren fijado las pautas para la determinación. Así en estos casos habrá que atenerse, estrictamente a las reglas prefijadas.

Por lo cual la inclusión en dichos instrumentos de pautas claras y precisas para esta determinación significará una simplificación de la futura Modificación del Reglamento de Propiedad Horizontal.

En consecuencia, en los casos mencionados bastará la comparecencia del titular del Derecho de Sobreelevar para otorgar la Modificación del Reglamento, salvo estipulación en contrario.

c) Porcentuales no fijados para las nuevas unidades:

Si no se hubieren fijado los porcentuales sobre los elementos comunes a corresponderle a dichas unidades, ni tampoco el procedimiento para determinarlas, **se requerirá el**

consentimiento de todos los propietarios de las unidades funcionales, y en caso de falta de acuerdo podrá recurrirse a la vía judicial.

d) Innecesaridad de modificación de porcentuales ya existentes:

Aquí estamos ante el caso de la titularidad del Derecho de Sobreelevar a favor de titulares de unidades ya existentes, con el objeto de efectuar construcciones accesorias a las mismas (sea en el espacio aéreo o subterráneo), por lo cual no habrá modificaciones en los respectivos a las demás unidades.

Esto ocurre en la mayoría de los casos de pequeños PH, barrios cerrados, clubes de campo sometidos a PH., familiares. En todos ellos los titulares de las mismas efectúan muchas veces obras ampliatorias de las ya existentes y sobrepasando los límites de superficies cubiertas y semicubiertas fijadas en los Reglamentos de Copropiedad, incluso creando nuevos polígonos.

Así será conveniente que cada titular de las unidades lo sea también del Derecho de Sobreelevar respecto de las mismas, y así evitar la necesidad de conformidad de los propietarios de las demás unidades para incorporar lo construido al régimen de PH efectuando la correspondiente Modificación del Reglamento si fuere necesaria.

Si de las construcciones se generan nuevas unidades a incorporar, originadas en unidades ya existentes, la solución práctica es prorratear entre las unidades creadas el porcentual sobre el inmueble general que le correspondía a la unidad originaria, y así las demás no sufrirán cambio alguno.

En este tema, compartimos lo establecido en la orden de servicio 66 del 10-8-83 del Registro de la Propiedad Inmueble de Capital Federal que establece, aunque no lo hacemos respecto a la necesidad de contar con el poder especial irrevocable para modificar el reglamento⁷:

“La unanimidad en la modificación del reglamento puede surgir de la reserva hecha por el constructor o por el propietario del edificio al otorgar el reglamento de copropiedad, o de la autorización posterior por todos los propietarios, otorgando el poder especial irrevocable para modificar el reglamento.”

XII.2.1. Escritura de Adquisición de lo edificado por el titular del Derecho:

⁷ Ver al respecto Punto XII.3 del presente trabajo.

Otorgada la Modificación del Reglamento de Propiedad Horizontal según lo estudiado en el punto anterior, será menester el otorgamiento de la escritura por la cual se instrumente la Adquisición a favor del titular del Derecho de Sobreelevar de las unidades construidas en virtud del mismo.

Con esta escritura se da por extinguido al Derecho de Sobreelevar por su ejercicio, naciendo respecto de lo edificado el Derecho de Propiedad Horizontal, cuyo bajo régimen serán adquiridas las nuevas unidades por el titular del primero.

Se recomienda otorgar la Escritura de Adquisición de las nuevas unidades de forma simultánea con la Modificación del Reglamento.

Esta escritura deberá cumplir los siguientes requisitos:

- a) Otorgada por el titular del Derecho de Sobreelevar, sin necesidad de comparecencia de los titulares de las otras unidades ni del Administrador, salvo pacto en contrario.
- b) Mención clara y concreta del título antecedente por el cual le corresponde el Derecho (reserva o cesión).
- c) Determinación del título de la adquisición de las unidades edificadas (por Reserva o Contrato de Sobreelevar).
- d) Acreditación de la inclusión de las nuevas unidades al régimen de la PH. (con la correspondiente Modificación de Reglamento).

Esta escritura deberá tener su ingreso al Registro de la Propiedad Inmueble para su inscripción dentro de los plazos legales.

XIV. EXTINCIÓN DEL DERECHO

En cuanto a su extinción, puede tener lugar por varias causas:

a) Por su ejercicio:

Una vez ejercido el derecho, es decir, terminada la construcción, éste se extingue y surge en favor del titular el derecho de propiedad horizontal sobre las nuevas plantas, siempre y cuando se incorporen las mismas con la modificación del reglamento y su inscripción registral y se instrumente la transmisión de las unidades a su favor.

b) Por el transcurso del plazo fijado para el ejercicio sin que la edificación se haya realizado: una vez transcurrido el plazo establecido para edificar, si es que se fijó el

mismo, caducará el derecho, salvo ampliación del mismo por unanimidad de los copropietarios.

c) Por destrucción de la cosa:

Si el edificio general se destruye, obviamente no se podrá ejercer el derecho pues no habrá cosa sobre la cual ejercerlo. Nos referimos al caso de la destrucción total o grave deterioro del edificio (conf. Art 2055) y si la Asamblea de copropietarios ha decidido su demolición y posterior venta del terreno.

En estos dos casos se extingue la P.H. y cualquiera de los copropietarios puede pedir la venta del terreno y de los materiales; ya no habrá más P.H. sino un condominio ordinario sobre el terreno, y como el Derecho de Sobreelevar sólo se puede aplicar a la P.H., ya no podrá ejercerse sobre el terreno. De lo contrario estaríamos hablando del derecho de superficie, todavía prohibido por nuestro Código.

Consideramos que de todas formas el titular del derecho de sobreelevar tendrá facultad de reclamar un resarcimiento económico por la imposibilidad de ejercer el mismo.

Inclusive podría convenirse entre partes darle una solución similar al art. 2122 que al referirse a la destrucción de la propiedad superficiaria establece que la misma no se extingue por la destrucción de lo construido si se reconstruye en un plazo de 6 años.

d) Por imperio de la ley:

Cuando por una norma establecida por la autoridad de contralor se establece la prohibición de edificar sobre el inmueble sometido a P.H.

e) Por confusión:

Cuando el titular del Derecho de Sobreelevar adquiere la totalidad de las unidades que conforman el edificio sometido a P.H. Debemos aclarar sin embargo que este no es un caso por sí solo de desaparición de la P.H., sino que se debe otorgar la escritura de desafectación de P.H., si es que así lo desea el propietario, y recién ahí carecerá de todo valor real que exista un derecho de sobreelevar para su propietario, ya que obviamente no lo necesita.

Por ello, quien resulte titular de todas las unidades, y no instrumente la desafectación del Régimen de PH podrá ceder a terceros el Derecho de Sobreelevar con el cumplimiento de los requisitos vistos en este trabajo.

g) Por prescripción:

Como derecho personal prescribe a los cinco años si no se lo utiliza (art 2060 del CC), es decir si no se procedió a la construcción en ese plazo, salvo que se estipulare un plazo mayor para la construcción.

h) Por renuncia:

Se tratará, en principio, de un negocio jurídico unilateral por el cual el titular del derecho lo extingue, no exigiéndose otros requisitos que la existencia de pleno poder de disposición en el renunciante.

Respecto de la forma de toda renuncia, entendemos que se impone la escritura pública (art 1017 inciso c del C C y C) y su posterior registración, estimando necesaria la solicitud de certificado de anotaciones personales por el titular del derecho.

i) Por Resolución:

No existe ningún obstáculo para que en el título por el cual se reserva o cede el Derecho pueda pactarse que el incumplimiento de determinadas obligaciones originen la extinción del derecho.

XIV. 1. Efectos de la Extinción:

1. Adquisición de lo edificado⁸:

El principal efecto “deseado” por el titular del Derecho de Sobreelevar es adquirir lo edificado. Así cuando el mismo se extingue por su ejercicio, este efecto será el más importante para su titular, integrándose las nuevas unidades al régimen de Propiedad Horizontal ya existente, y adquiriendo las mismas bajo dicho derecho real.

Esta adquisición es a título de contrato de Derecho de Sobreelevar y no por un contrato posterior a la reserva o cesión del mismo. ⁹, debiéndose instrumentar la necesaria Modificación del Reglamento de Propiedad Horizontal y escritura de Adquisición de las unidades respectivas, según vimos en el punto XIII del presente.

2. Consolidación del dominio:

⁸ Ver respecto a este tema lo establecido en el punto XIII del presente trabajo.

⁹ Conf Conclusión C 5 del XV Congreso Nacional de Derecho Registral Cordoba 2009, “El acto por el cual se transfieren las unidades al titular del derecho de sobreedificar no constituye un contrato, debiéndose entender solamente como el cumplimiento de una obligación asumida en el contrato preexistente (reglamento, cesión). La denominación adecuada para dicho acto jurídico es Adquisición del Dominio por Derecho de Sobreelevar”

Como efecto principal de algunas causas de extinción, como son la renuncia, cumplimiento de plazos sin ejercicio, resolución, prescripción y el mutuo acuerdo, se da que la propiedad del edificio-base queda liberada de las limitaciones impuestas por el Derecho de Sobreelevar, liberando también a los propietarios de las unidades de toda limitación a su derecho.

Así produce como consecuencia el dejar sin virtualidad la excepción que el Derecho de Sobreelevar suponía al principio de *accesión superficie solo cedit*, en el sentido de que las edificaciones realizadas sobre o debajo del inmueble general o del edificio-base no iban a pertenecer al conjunto de copropietarios; y por contrario sensu, a partir de la extinción toda edificación que se efectúe en dichos lugares será de propiedad de los mismos.

3. Subsistencia de gravámenes:

a) Constituidos sobre el inmueble general:

La extinción del Derecho de Sobreelevar no afecta a los gravámenes constituidos sobre el inmueble general, y mucho menos sobre las unidades ya existentes.

b) Afectantes del Derecho:

Si el Derecho de Sobreelevar se extingue por la edificación de las nuevas unidades, aquellas medidas cautelares que afectaban al mismo deben extenderse a las nuevas unidades surgidas.

Ahora para los otros supuestos de extinción, la misma también afectará a las medidas cautelares que afectaban al Derecho; quedando a salvo la acción de los acreedores por fraude.

XV. TRATAMIENTO REGISTRAL

Partimos de la idea que el Derecho de Sobreelevar en nuestro ordenamiento es un derecho personal y no real, por lo cual el mismo carecería (en principio) de vocación registral. Sin embargo, no podemos negar su vocación de derecho real, por su necesaria oponibilidad hacia terceros, la cual torna necesario su ingreso a los registros inmobiliarios. Así en las Conclusiones del XV Congreso Nacional de Derecho Registral se ha considerado al mismo como un “derecho personal con trascendencia real”,

recomendándose su publicidad específica, es decir en forma independiente de la publicidad del Reglamento de Propiedad Horizontal y las modificaciones del mismo¹⁰.

Incluso nos adherimos a la necesidad de su publicidad tanto en la matrícula respectiva al inmueble general como en la relativa a cada unidad funcional.¹¹

Esta registración tendrá vital incidencia en su oponibilidad a terceros. Así futuros adquirentes no podrán oponer excepción alguna a la concreción de las construcciones basándose en el desconocimiento de la existencia del Derecho de Sobreelevar; en especial respecto de cesiones del mismo, ya que si existió una Reserva en el Reglamento de Propiedad Horizontal no podrán invocar desconocimiento ya que su título del derecho real de Propiedad Horizontal está también integrado por el mismo.

Por lo cual la registración vital es la relativa a las Cesiones del Derecho, ya que las Reservas contenidas en el Reglamento de Propiedad Horizontal tendrán su oponibilidad a terceros por la mera registración de la escritura de afectación a PH, más allá que el Registro de la Propiedad Inmueble publicite o no la Reserva.

En cambio, si nada se establece en el Reglamento y luego la unanimidad de los propietarios de las unidades ha cedido el Derecho de Sobreelevar esta circunstancia podría no ser conocida por terceros, quienes podrían ver perjudicados sus futuros derechos ante el desconocimiento, y no les sería oponible la misma (según artículo 2505 del Código Civil).

En un sentido amplio podríamos ubicar al Derecho de Sobreelevar en el rubro “modificación” del derecho real de Propiedad Horizontal, permitiendo así su ingreso al Registro conforme al artículo 2 de la ley 17801, o incluso como una Restricción.

Como bien expresan Ahumada y Moisset de Espanes “... *el derecho personal que surge de esa convención tiene vocación de derecho real, y es susceptible de generar un cambio en la situación de derecho real del inmueble, pues al concretarse provocará incluso una modificación del reglamento y de los porcentuales de valor y contribución de expensas; estas circunstancias pueden hacer necesario su reflejo registral, para que el mencionado derecho pueda hacerse valer contra terceros, en especial los nuevos adquirentes de las*

¹⁰ Conclusión C 1 del XV Congreso Nacional de Derecho Registral. Cordoba 2009

¹¹ Conforme Conclusión C 2 del Congreso Nacional de Derecho Registral. Cordoba 2009

unidades, que podrían sostener que la convención suscripta por su causante a título particular no les es oponible, por no tener publicidad adecuada”¹²

Por lo cual, **se propicia la registración no sólo de la Reserva sino también de todo negocio que tenga por objeto al Derecho de Sobreelevar, estén configuradas o no las unidades a construir o en construcción.**

XVI. CLÁUSULAS RECOMENDABLES PARA LA SOBREELEVACIÓN Y SUBEDIFICACIÓN.

Habiendo efectuado un tratamiento teórico-práctico de la figura en cuestión, estimamos conveniente la recomendación de algunas cláusulas a insertar en los instrumentos de Reserva y Cesión del Derecho de Sobreelevar.

Por lo cual, a título de ejemplo, podemos citar las siguientes estipulaciones:

- ✓ Concreta Reserva o Cesión del derecho.
- ✓ Titular del Derecho: determinación clara y precisa del mismo, se trate de persona determinada o determinable (por ej titular del inmueble general, futuro titular de determinada unidad o terceros)
- ✓ Derechos y obligaciones del titular del Derecho y de los propietarios de las unidades del inmueble sometido a PH.
- ✓ Gastos: determinación respecto que el titular del derecho es quien tomará a su cargo todos los gastos de construcción de las unidades, de las modificaciones de espacios comunes; y las reparaciones y daños que pudieren ocasionarse con la misma, salvo pacto en contrario.
- ✓ Renuncia expresa de la titularidad de las futuras unidades por parte de los copropietarios.
- ✓ Poderes: otorgamiento de los poderes necesarios, de carácter irrevocable y por plazo determinado para proceder a realizar todos los trámites administrativos, instrumentales y registrales necesarios para la construcción, como los de modificación del plano de P.H. y del Reglamento de Propiedad Horizontal, y la escritura de adquisición de las unidades edificadas.

¹² Ahumada-Moisset de Espanes. *Cartas Polémicas*. Citadas por dichos autores en el XV Congreso Nacional de Derecho Registral.

Se recomienda insertar cláusula por la cual sea necesaria la comparecencia del Administrador para la Modificación del Reglamento y la escritura de las unidades edificadas, con el fin de prestar la conformidad con el cumplimiento todas las limitaciones y restricciones impuestas en la Reserva o Cesión del Derecho.

- ✓ Superficies a edificar: establecer las superficies máximas a edificar, cantidad de pisos, etc. y las consecuencias en caso de sobrepasar las mismas.
- ✓ Características de la edificación: tipo de materiales, fachada, etc. (recomendación de acompañar los planos de obra respectivos si los hubiere). En caso de no existir planos de obra al momento de la Reserva o Cesión podría estipularse el otorgamiento de escritura complementaria al efecto de su incorporación
- ✓ Horarios: fijación de horarios de trabajo en las obras en construcción.
- ✓ Expensas: proporción que deberá soportar el titular del derecho en el pago de impuestos y expensas del edificio durante la edificación.
- ✓ Porcentuales: fijación de los porcentuales sobre partes comunes del inmueble general que corresponderán a las nuevas unidades a crearse y de las modificaciones que sufrirán los de las ya existentes. O en su defecto sistema de determinación claro y preciso de los porcentuales.
- ✓ Plazo: fijación del mismo para el inicio y la finalización de las obras y consecuencias por su incumplimiento. Posibilidad o no de prórroga.
- ✓ Posibilidad o prohibición de ceder el Derecho de Sobreelevar.
- ✓ Contraprestación: fijación clara y precisa de la contraprestación a la cual se obliga el titular del Derecho.
- ✓ Seguro de Caución: constitución de un seguro de caución a favor de los acreedores de las contraprestaciones pactadas (titulares de las unidades existentes), para poder hacerlas efectiva en caso de incumplimiento.
- ✓ Indemnización por no ejecución de obras o por ejecución parcial o defectuosa.

XVII. CONCLUSION:

El estudio de la figura objeto del presente trabajo nos permite vislumbrar que la misma continuará en franco crecimiento en el rubro inmobiliario, y por ende, en el quehacer profesional. La existencia del Derecho de Sobreelevar presupone la posibilidad fáctica de ampliación del inmueble sometido a la Propiedad Horizontal.

Ante la escasa normativa al respecto la autonomía de la voluntad, vía reserva reglamentaria o cesión del mismo cobra vital importancia. En ambos casos constituye un verdadero contrato de adhesión para los futuros adquirentes de unidades.

Si bien se trata en nuestro ordenamiento de un derecho de carácter personal, provoca una modificación en una parte sustancial del derecho de propiedad horizontal, lo cual denota su vocación registral, para ser oponible a terceros, siendo aún las normas de fondo y registrales insuficientes al respecto.

¿Hacia un futuro derecho real?:

Hemos observado que el Derecho de Sobreelevación guarda importantes similitudes con el Derecho de Superficie ya incorporado a nuestra legislación de fondo.

Se ha zanjado así la vieja discusión de la posibilidad de constituir un derecho real sobre el espacio aéreo o vuelo o en el subsuelo de un inmueble ajeno, incluso referente a aquellos bajo el régimen de propiedad horizontal.

Sin embargo, el punto distintivo entre ambos derechos es que el Derecho de Sobreelevación generará para su titular la adquisición en forma permanente de lo construido en su ejercicio, incorporándolo al régimen de propiedad horizontal, lo cual no ocurre para el superficiario.

Reconociendo el principio de *numerus clausus* de los derechos reales, la inclusión reciente del derecho de superficie en el ámbito de los mismos nos acerca cada vez más a poder analizar la importante figura de la sobreelevación en un futuro que pueda incluirlo como un derecho real.

Se ha discutido muchas veces si el espacio aéreo o vuelo o el subsuelo podrían ser considerados cosas a efectos de constitución de un derecho real sobre los mismos.

El reconocimiento dado al derecho real de superficie en su posibilidad de ser constituido para ejercerse en el espacio aéreo (o vuelo conf. Art 2114, 2115 y ccs del CCCN.) o en el subsuelo de un inmueble ajeno ha dado por tierra con toda la vieja discusión al respecto al determinar en su art. 2114: “*El derecho de superficie es un **derecho real** temporario, que se constituye sobre un inmueble ajeno, **que otorga a su titular la facultad de uso, goce y disposición material y jurídica del derecho de plantar, forestar o construir, o sobre lo plantado, forestado o construido en el terreno, el vuelo o el subsuelo**¹³, ...”*

¹³ El resaltado nos pertenece

El art. 2115 refuerza la posibilidad de constitución del derecho real de superficie en el espacio aéreo o subterráneo, *“El superficiario puede realizar construcciones, plantaciones o forestaciones sobre la rasante, vuelo y subsuelo del inmueble ajeno¹⁴, haciendo propio lo plantado, forestado o construido...”*

La inclusión del Derecho de Superficie como nuevo derecho real, conforme art. 2114 al 2128 del Nuevo Código Civil y Comercial, “pariente cercano” del Derecho de Sobreelevación constituye un avance de suma importancia para considerar seriamente una futura reforma legislativa que contemple al mismo como nuevo derecho real.

Si por derecho real entendemos aquel derecho privado que confiere a su titular un poder de inmediata dominación sobre una cosa, frente a todos, un derecho subjetivo que atribuye un poder o señorío directo sobre una cosa sin necesidad de un intermediario y que impone a todos (erga omnes) un deber de abstención, no cabría dudas que el Derecho de Sobreelevación podría ser en un futuro un derecho real, ya que presenta todos sus caracteres.

Este derecho otorga a su titular la facultad de uso, goce y disposición material y jurídica del derecho a construir en el espacio aéreo o subterráneo de un inmueble sometido a PH con los siguientes efectos: -Adquisición de la propiedad exclusiva de lo edificado en ejercicio del derecho y de forma perpetua. -Incorporación de lo construido al régimen de propiedad horizontal efectuándose las reformas pertinentes como luego veremos.

Hemos observado que en el derecho comparado moderno se lo considera como un derecho real sobre cosa ajena limitativo del derecho real de propiedad horizontal y que recae sobre un edificio ajeno.

A pesar de haberse dejado pasar la oportunidad de su inclusión en el Nuevo Código Civil y Comercial en el ámbito de los derechos reales, tal como ha ocurrido con el derecho de superficie, consideramos que es necesario continuar en el estudio pormenorizado de la figura a efectos de su posible incorporación a la “elite” conformada por los derechos reales.

¹⁴ El resaltado nos pertenece.

PONENCIAS.

1) El Derecho de Sobreelevar pertenece al propietario originario del inmueble general sometido a Propiedad Horizontal hasta que instrumenta la primera transmisión de una unidad. A partir de la misma, el titular del derecho es el conjunto de copropietarios de las unidades.

2) La forma prescripta para instrumentar una Reserva o Cesión del Derecho de Sobreelevar es la escritura pública conforme arts 1017 inciso c) y 1618 inciso c) del Código Civil y Comercial..

3) Se recomienda la inscripción registral de las reservas y cesiones del Derecho de Sobreelevar de manera independiente de las respectivas al Reglamento de Propiedad Horizontal y sus Modificaciones para darle oponibilidad a terceros.

Se propicia asimismo la registración de todo negocio que tenga por objeto al Derecho de Sobreelevar, estén configuradas o no las unidades a construir o en construcción.

4) El conjunto de los propietarios no requiere reserva del derecho para construir en espacios aéreos o subterráneos, ya que el mismo pertenece a éstos en virtud de su coparticipación en los elementos comunes del edificio (el espacio aéreo o subterráneo). Será necesaria la unanimidad para dar inicio a la construcción, modificar luego el Reglamento de Propiedad Horizontal y adjudicarse lo edificado.

5) La propiedad sobre las nuevas unidades funcionales no se adquiere por la mera finalización de las obras. Será necesario modificar el Reglamento de Propiedad Horizontal para incorporar las mismas a la Propiedad Horizontal y otorgar la escritura respectiva de adquisición. La propiedad horizontal sobre las nuevas unidades se adquiere a título de Reserva o Contrato de Sobreelevar.

6) De Lege Ferenda: Se propician las reformas legislativas necesarias con el objeto de otorgarle a la figura del Derecho de Sobreelevar una completa reglamentación y su posible incorporación al ordenamiento de fondo como un nuevo derecho real.

BIBLIOGRAFIA

SARUBO, Oscar; ABELLA, Adriana; NAVAS, Raúl (h); El Derecho de Sobreelevar en la propiedad horizontal. Curso de Derecho Notarial I. Dir. Ana Raquel Nuta; págs. 272-298.

GATTARI, Carlos N., Práctica Notarial 11; págs. 166-199.

VILLARO, Felipe P., Elementos de derecho registral inmobiliario. Fundación Editora Notarial. La Plata, 1980.

FONTBONA, Francisco, La sobreedificación de edificios de la propiedad horizontal. Revista del Notariado N° 701, págs. 1255-1308.

Sobreedificación en el régimen de la propiedad horizontal. Sesión pública del 6 de agosto de 2001, Academia Nacional del Notariado. Revista del Notariado N° 867, págs. 161-172.

RACCIATTI, Hernán, Propiedad por pisos o por departamentos.

VACCARELLI, Horacio, Problemática de la sobreedificación en propiedad horizontal.

REVISTA NOTARIAL N° 941, págs. 189-194.

Código Civil y Comercial Comentado Ed. Astrea.

Ley 13.512.

Ahumada-Moisset de Espanes. El Derecho de Sobreelevar. XV Congreso Nacional Derecho Registral.

YACOPINO, Maria Celeste-POSTERARO SANCHEZ, Leandro N. El Derecho de Sobreelevar. Encuentro del Notariado Novel Tandil 2003. Revista Notarial 944 Colegio de Escribanos Pcia. Bs As.

DOMENGE AMER, Bartolomé. "El derecho de sobreedificación y subedificación". Graficas Adalil P de Mallorca.