

El derecho de sobreelevar*

Leandro N. Posteraro Sánchez

I. INTRODUCCIÓN

El constante crecimiento de la vida urbana, en detrimento de la rural, ha ocasionado, entre muchos otros, el problema habitacional, que redundando en la escasez y el aumento sostenido del precio del suelo urbano. Así las grandes urbes ven nacer edificios cada vez más altos con un complicado crecimiento del sistema de servicios de infraestructura para abastecer los mismos.

Así como los profesionales relacionados con la construcción han debido adaptarse y dar respuesta adecuada a esta nueva realidad; los profesionales del derecho, entre ellos, los notarios, no podemos estar ajenos a esta necesaria adaptación, para crear nuevos moldes jurídicos donde los profesionales de la construcción puedan incorporar sus capacidades creadoras.

Así como bien expresa DIEZ PASTOR: “corresponde a los juristas encontrar nuevos cau-

* El presente trabajo obtuvo el primer premio en la categoría “Trabajos individuales”, en la 37 Jornada Notarial Bonaerense, desarrollada en la ciudad de Junín, entre el 2 y 5 de noviembre de 2011.

Congresos y Jornadas

ces por los que puedan discurrir las nuevas formas económicas con disciplina y sin ahogo”¹.

Así es como la sobreelevación y la subedificación surgen como respuestas del derecho a los nuevos fenómenos urbanísticos mencionados, con el objetivo de dar un encauce jurídico al imprescindible mayor aprovechamiento del suelo mediante la utilización de espacios aéreos y subterráneos edificables sobre o bajo los inmuebles.

El derecho de sobreedificación 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 nuevo derecho real en legislaciones comparadas, que al de derecho personal que rige 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 13.512 y en escasas disposiciones locales registrales, ha generado un estudio todavía insuficiente, en especial en el ámbito notarial. Ello 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, fundamentalmente teniendo en cuenta la nueva noción jurídica del inmueble, y la extensión en sentido vertical 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, la duración y la extinción, con los efectos que genera la misma según cada causal.

En todos los casos observaremos las escasas normativas de fondo y locales que rigen la materia, así como sus posibles ampliaciones y reformas. Todo

¹ DIEZ PASTOR, José Luis. “En torno a la definición formal de los derechos reales”, Anales de la Academia Matritense del Notariado. Tomo XIV. Madrid, año 1965.

ello a los efectos de lograr una utilización armónica y con base sustentable de esta interesante figura que cada día tiene un mayor e importante desarrollo en la vida moderna.

Así comenzaremos por el análisis de algunas normas vinculadas a la adquisición del derecho de dominio del Código Civil y en la propiedad horizontal:

II. EL PRINCIPIO DE ACCESIÓN 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, éste se extiende no sólo en la superficie determinada del inmueble sino también en el subsuelo y en el espacio aéreo del mismo (art. 2518 del Código Civil). Por lo cual, toda edificación que se realice en ellos accede al inmueble y pasa a formar parte del dominio que tiene el propietario sobre el mismo. Esto es lo que se denomina principio de accesión, según el art. 2571: "Se adquiere el dominio por accesión, cuando alguna cosa mueble o inmueble acreciere a otra por adherencia natural o artificial".

Este principio no se aplica de la misma manera en el régimen de propiedad horizontal, ya que en éste, el terreno pertenece 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 PH, cuando el propietario del terreno construye el edificio, que es de su propiedad. Luego de sometido a la PH, y de que se realicen las sucesivas enajenaciones de las unidades, es el propietario de cada unidad quien tiene el derecho sobre las mismas 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 PH, 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. 7º, ley 13.512, 1ra. parte) que se realiza en forma condicional al cumplimiento por parte del concesionario de las obligaciones que se determi-

Congresos y Jornadas

nan 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 PH pertenezca a una persona distinta al conjunto de copropietarios, será necesario que ésta sea titular del derecho sobre lo edificado, y esto se logra adquiriendo el derecho de sobreelevar.

III. CONCEPTO

Cuestión terminológica

Estimamos necesario efectuar algunas aclaraciones respecto de las cuestiones de terminología del derecho en cuestión.

En la mayoría de los ordenamientos locales, y en especial en los registrales y en la doctrina nacional se hace mención a la figura como "derecho de sobreelevar" o "cláusulas de sobreelevación". Pareciera que la terminología elegida no abarca todos los supuestos en los cuales puede edificarse respecto a espacios comunes de un inmueble sometido a propiedad horizontal. Así la palabra "sobreelevar" pareciera hacer mención solamente a la facultad de construcción en el espacio aéreo, omitiendo en consecuencia aquella realizada en el espacio subterráneo.

Por ello creemos necesario aclarar que el concepto de "derecho de sobreelevar" abarca no sólo la posibilidad de construir en el espacio aéreo de un inmueble sometido a propiedad horizontal sino también por debajo del mismo. En consecuencia, en el presente trabajo, al referirnos al término "sobreelevar", haremos mención a la facultad de construir no sólo en el espacio aéreo sino también por debajo del inmueble general sometido a PH.

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 faculta 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 el dominio de lo edificado.

IV. VENTAJAS DEL DERECHO

- Dentro de los factores positivos del mismo podríamos citar:
- Hace innecesaria la ocupación de nuevas parcelas.

- Aprovechamiento integral de las instalaciones domésticas ya en uso, con un considerable ahorro que supone la nueva construcción de las mismas; lo cual es sustituido por ampliaciones de las ya existentes.

- 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 AÉREO Y SUBTERRÁNEO COMO ELEMENTOS COMUNES DEL INMUEBLE SOMETIDO A PROPIEDAD HORIZONTAL

Para VÉLEZ SANSFIELD, el espacio aéreo es de suma importancia en el ejercicio del dominio sobre inmuebles. Es así que estableció en el art. 2518 del CC: "... el propietario es dueño exclusivo del espacio aéreo; puede extender en él sus construcciones ... y puede demandar la demolición de las obras del vecino que a cualquier altura avancen sobre ese espacio". También se refiere al espacio subterráneo al expresar en dicho artículo que "La propiedad del suelo se extiende a toda su profundidad y al espacio aéreo sobre el suelo en líneas perpendiculares". La conclusión es que no puede existir un terreno sin su espacio aéreo ni el subterráneo. Esto también ocurre en el sistema de PH, 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 o "vuelo", como se lo denomina en el derecho comparado (España, Puerto Rico, México) y el derecho de sobreelevar, no son una misma cosa.

El espacio aéreo y el subterráneo son elementos del edificio 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 el subterráneo) y otros no (art. 3º, ley 13.512: "Los derechos de cada propietario sobre los bienes comunes son inseparables del dominio, uso y goce de su respectivo departamento o piso"). De manera que un propietario no puede ceder su derecho a usar las cosas comunes, si no es en ocasión de transferencia, gravamen o embargo de su unidad. El derecho de sobreelevar, como derecho a utilizar el espacio aéreo o subterráneo para

Congresos y Jornadas

efectuar la edificación, es reservado por nuestra ley, en principio, como un derecho comunal, del cual puede disponerse solamente por acuerdo unánime de los copropietarios.

VI. PRINCIPIO GENERAL: PROHIBICIÓN DE SOBREDIFICAR Y SUBEDIFICAR

Régimen legal: el art. 7° de la ley 13.512, establece que: “El propietario del último piso no puede elevar nuevos pisos o realizar construcciones sin el consentimiento de los propietarios de los otros departamentos o pisos; al de la planta baja o subsuelo le está prohibido hacer obras que perjudiquen la solidez de la casa, como excavaciones, sótanos, etc. Toda obra nueva que afecte el inmueble común no puede realizarse sin la autorización de todos los propietarios”.

De manera que el principio general establecido por la ley es la prohibición de sobreedificar para el propietario del último piso, y de subedificar para el de la planta baja o subsuelo; y obviamente también para cualquier otro, si bien se autoriza esta posibilidad cuando hay unanimidad de los propietarios de todas las unidades, o cuando quien sometió el inmueble a PH se reservó la facultad, como veremos más adelante.

VII. NATURALEZA JURÍDICA

1. Derecho argentino

La doctrina mayoritaria nacional expresa que se encuentra dentro de los derechos personales y no dentro de los derechos reales. 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), mientras no se termine la obra correspondiente a la ampliación del edificio y se modifique el reglamento de copropiedad y administración.

Además, en nuestro derecho no hay otros derechos reales que los establecidos por el Código Civil y en las leyes especiales (conforme a los arts. 2502, 2503 y ccs. del Código Civil).

Asimismo, se considera 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, si no se materializase hará imposible el nacimiento del derecho real (no existiría el *ius in rem*). Un derecho real supone necesariamente la existencia actual de la cosa

a la cual se aplica, ya que la cosa es el objeto directo e inmediato y no puede haber un derecho sin objeto; mientras que el derecho personal, no teniendo en realidad por objeto sino el cumplimiento de un hecho prometido por la persona obligada (en este caso el hecho de construir por el titular del derecho de sobreelevar y el hecho de permitir esa construcción por parte de los copropietarios), no exige necesariamente la existencia actual de la cosa a la cual ese hecho deba aplicarse (hasta tanto no esté finalizada la construcción no podremos hablar de derecho real alguno sobre lo edificado).

Se trata de un derecho personal porque el titular del mismo tiene la facultad de que se le entregue lo que él edificó en un edificio que no es de su propiedad, sino de todos los copropietarios; ya que dicha construcción, por el principio de accesión pertenece a todos ellos. Entonces, este derecho le otorga la potestad de reclamar la renuncia de ese derecho de accesión que tienen los copropietarios sobre la obra nueva, y así adquirir lo construido sin oposición de los mismos.

2. Derecho comparado

No es el derecho de sobreelevar una institución de larga tradición en el derecho comparado. Sin embargo podemos citar casos en los que ha ido adquiriendo una creciente importancia en la fijación de normativas que regulan la misma.

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.

Así por ejemplo, en 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: cuenta con una referencia al derecho de sobreelevar ya en el Código Civil de 1865, así en su art. 564 establecía que el propietario del último piso de un edificio, no podía elevar nuevas plantas sin el consenso de los demás

Congresos y Jornadas

propietarios; aclarando que dicho consentimiento solamente era necesario si el ejercicio del derecho pudiera derivar en daño al inmueble general.

Luego el decreto-ley del 15 de enero de 1934 (ley a partir de enero de 1935) introduce regulación más completa y detallada, conservando el derecho, el propietario del último piso de un edificio en propiedad horizontal, y otorgando el derecho, a los demás propietarios de percibir una indemnización por el ejercicio.

Actualmente el art. 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, si 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.

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 III². 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 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.

² El mismo está dedicado a *Ameliorations, additions de locaux privés et exercice du droit de surélévation*.

- 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.

Portugal: regulado por el art. 1526 del Código Civil del año 1966. Impone al derecho todas las limitaciones fijadas por la propiedad horizontal que rige en dicho país. Lo establece como un derecho real limitado, sometido mientras dura la etapa de construcción a las reglas del derecho de superficie; pero una vez finalizada la misma lo edificado deberá integrarse al régimen de propiedad horizontal.

VIII. ÁMBITO DE APLICACIÓN: SÓLO EN LA PROPIEDAD HORIZONTAL

El derecho de sobreelevar se aplica sólo al ámbito de la PH, ya que si lo aplicáramos al derecho real de dominio nos encontraríamos frente al derecho real de superficie, aún no admitido en nuestro ordenamiento, y que es definido por el proyecto de Código Civil Unificado del año 1998 como: "... el derecho real de construir o forestar sobre inmueble ajeno y hacer propio lo incorporado, o de adquirir una construcción o forestación ya existente separada de la propiedad de su emplazamiento, por un plazo determinado que no exceda de cincuenta (50) años...".

Asimismo, el art. 2025 del mencionado Proyecto establece: "Emplazamiento y proyección. La construcción puede emplazarse en el suelo, con proyección en, el espacio aéreo o en el subsuelo, o sobre construcciones ya existentes *aun dentro del régimen de propiedad horizontal*"³.

En la PH, cuando se ejerce el derecho de sobreelevar, se está edificando sobre un inmueble total o parcialmente ajeno, según si el titular es un tercero extraño al conjunto de copropietarios o si es uno de los copropietarios, respectivamente; pero por lo regulado en el art. 7° de la ley no está prohibido como en el art. 2614 del Código Civil para el dominio sobre un inmueble no sometido a PH.

Diferencias con el derecho de superficie

Aunque en el Proyecto de Código Unificado se había incluido al derecho de sobreelevar en el futuro derecho de superficie, la principal diferencia que estriba entre ambos es que este último es temporal, mientras que el primero es permanente.

³ Lo resaltado pertenece al autor.

Congresos y Jornadas

Así 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 a dicho régimen.

IX. TITULARIDAD DEL DERECHO

La pregunta es: ¿a quién pertenece el derecho de sobreelevar? En principio, y siempre partiendo de la idea de que el derecho de sobreelevar se aplica sólo al ámbito de la PH, es decir, cuando ya se otorgó el correspondiente reglamento de copropiedad y administración, el derecho pertenece al propietario del edificio general que lo somete a PH 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 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).

La otra pregunta a dilucidar es ¿quiénes pueden ser titulares del derecho?: entendemos que 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; ya que si bien el art. 7° de la ley 13.512 expresa la necesidad de autorización para el propietario del último piso para construir en el espacio aéreo y para el de la planta baja o subsuelo, para realizarlo debajo del mismo, no prohíbe que también se autorice al propietario de otra unidad.

b) El propietario originario del edificio general que se haya reservado el derecho, sea o no titular en la actualidad de alguna unidad.

c) A terceros "extraños", es decir a personas que no sean propietarios de ninguna unidad.

d) El conjunto de propietarios: como dijimos, el derecho de sobreelevar, si no hubo reserva por parte del propietario originario al someter el inmueble a PH o luego antes de transferir las unidades, pertenece al conjunto 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.

X. FORMAS DE ADQUIRIR EL DERECHO

Como todo derecho personal puede adquirirse y transmitirse por actos entre vivos y *mortis causa*.

Cuando se trata de 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 copropiedad y administración; 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.

Reserva

La reserva del derecho sólo pueden realizarla el o los propietarios del inmueble general al someterlo al régimen de PH, es decir al otorgar el reglamento de copropiedad, 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 a la ley 13.512.

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

Luego de afectado el edificio al régimen de PH, si bien la ley 13.512 establece que es necesario el consentimiento de los propietarios de los otros departamentos o pisos, entendemos que el mismo se trata de una verdadera cesión del derecho que a cada propietario le corresponde respecto al espacio aéreo y subterráneo como partes comunes de la propiedad horizontal.

Esta reserva puede darse en distintos momentos:

1) Al momento de otorgarse el reglamento de copropiedad y administración

Así ocurre cuando a través de una cláusula inserta en el reglamento de copropiedad y administración se reserva el derecho el/los titulares de dominio del edificio 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.

Mientras no se haya transmitido ninguna unidad el/los titulares de dominio

Congresos y Jornadas

del edificio podrán hacer reserva del derecho de sobreelevar, debiendo en este caso, si ya se ha otorgado el reglamento de copropiedad, modificar el mismo.

¿Por qué entendemos que se debe reformar el reglamento?

Es porque el mismo forma parte del título de propiedad de cada unidad funcional, y tiene el carácter de un verdadero contrato de adhesión. Por lo cual, si quien adquiere una unidad no conoce que la misma carece de su parte correspondiente sobre el espacio aéreo o subterráneo del edificio porque el propietario del inmueble general se lo reservó, no se le podrá oponer ningún derecho de sobreelevar.

Es decir, el momento indicado para reservarse el derecho es al otorgar el reglamento de copropiedad y administración, y si el titular decide efectuar una reserva posterior, deberá modificar el mismo, siempre y cuando no hubiese transmitido ninguna unidad funcional.

2 Cesión del derecho

Se trata del contrato de sobreelevar por el cual la unanimidad de los titulares de las unidades transfieren el mismo 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. El mismo, al igual que la reserva, puede tener distintos momentos:

1) Al momento de otorgar el reglamento de copropiedad y administración: 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 copropiedad y administración: 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 copropiedad y administración 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. 1184, inc. 1° del Código Civil: "... los contratos que tuvieren por objeto la transmisión de bienes inmuebles ... o alguna obligación o

gravamen sobre los mismos...”, inc. 10: “... todos los actos que sean accesorios de contratos redactados en escritura pública”. Así 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.

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 copropiedad y administración, 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. Estimamos que en caso de constar inhibición, el notario deberá abstenerse de autorizar el acto pues existe un verdadero acto de disposición, no sólo del derecho de sobreelevar que tiene contenido económico -que es un bien en el sentido amplio-, y del cual es cotitular el inhibido, sino también sobre la unidad de la cual es propietario exclusivo, ya que la misma, por las razones que se explican a continuación, podría sufrir un detrimento en su valor. Esta imposibilidad de ceder, obviamente quedará subsanada si quien ha inhibido al copropietario presta su conformidad al efecto, procediendo a levantar la inhibición al sólo efecto de la escritura de cesión.

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 art. 1277 del Código Civil, deberá contarse con el asentimiento conyugal.

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 disminuirá 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 Capital Federal).

Congresos y Jornadas

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.

a) Actos postescriturarios

Estimamos que es menester la registración de toda cesión de derecho de sobreelevar.

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 cartular⁴, más allá de la recomendación de inscripción de la cesión, a pesar de las dificultades que pueda tener la misma en los registros respectivos, como ocurre en la provincia de Buenos Aires, cuando no se trate de la primera transmisión⁵.

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. Sin embargo la publicidad cartular no suplanta la necesaria inscripción registral para oponibilidad a terceros que no hayan sido partes en la cesión, ya que sabemos que toda publicidad cartular podría ser totalmente desvirtuada ante la expedición de ulteriores testimonios.

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.

3. Concesión de derechos de sobreelevar sucesivos

Es totalmente factible que el o los titulares del derecho concedan el mismo de manera sucesiva a distintas personas.

⁴ Para los notarios de la Provincia de Buenos Aires podría configurar uno de los deberes notariales, según lo estipulado en el inciso 9 del art. 35 de la ley 9020, que establece: "Asentar en los títulos de dominio o en otros documentos que los interesados les exhibiera, nota de los actos autorizados ante él, que tengan relación con aquellos".

⁵ Ver respecto de la misma el Punto XVII del presente trabajo.

Así puede concederse a una persona física o jurídica el derecho de edificar sobre o debajo de un inmueble en un volumen determinado; para ceder a continuación a otro sujeto, la misma posibilidad a ejercitar sobre o bajo las edificaciones del ejercicio del anterior derecho, y así sucesivamente.

Lo que debemos resaltar es que los distintos derechos de sobreelevar deben constituirse con anterioridad al ejercicio del primero de ellos, pues, caso contrario, se habría producido ya la integración de las nuevas unidades construidas al régimen de propiedad horizontal, siendo entonces en este caso necesaria la conformidad del titular de ese derecho para volver a cederse uno nuevo.

XI. CONTENIDO DEL DERECHO

Dentro de este punto, 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.

1 Derechos del titular

a) Derecho a realizar la edificación

Sería 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) Gravámenes

Hipoteca: el derecho real de hipoteca puede recaer solamente sobre bienes inmuebles, especial y expresamente determinados (arts. 3108, 3109 y ccs. del Código Civil).

En consecuencia, no podrá constituirse hipoteca sobre el derecho de sobreelevar.

Distinto es el caso en que ya se hubiere ejercido el derecho, mediante la edificación y la adquisición de lo construido, ya que en recién en dicho momento la hipoteca se podrá constituir sobre el inmueble y no sobre el derecho personal, el cual, como veremos más adelante, ya se habrá extinguido respecto de la unidad adquirida.

Congresos y Jornadas

Usufructo: en cambio no se observa inconveniente en la constitución de un usufructo sobre el derecho de sobreelevar. Así esta posibilidad es otorgada por el art. 2838 del Código Civil, al establecer que “El usufructo puede ser establecido sobre toda especie de bienes, muebles o inmuebles, corporales o incorporeales, que pueden ser vendidos o donados, y todos los que pueden ser dejados por disposiciones de última voluntad”.

c) Derecho a intervenir en las asambleas de copropietarios del edificio en propiedad horizontal

El titular del derecho de sobreelevar puede verse afectado por las decisiones que los titulares del edificio sometido a propiedad horizontal adopten respecto del mismo.

Así por ejemplo los mismos podrían decidir modificaciones edilicias, que aunque no se realizaran en el espacio aéreo o subterráneo en el cual construirá el titular de la sobreelevación, podrían de todas formas llegar a perjudicar la futura construcción. En especial esto puede ocurrir durante esta primera fase de la vida del derecho, es decir mientras aún no ha comenzado el titular con las construcciones, o incluso durante la misma.

Un medio idóneo para evitar estas actuaciones sería el de posibilitar la intervención del titular del derecho de sobreelevar en las asambleas de copropietarios.

Es por ello que se recomienda estipular al constituirse el derecho que el titular del mismo tenga 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 únicos efectos un porcentaje que se determine con precisión.

Así, en caso de que la reserva del derecho de sobreelevar se instrumente en el mismo reglamento de copropiedad y administración, este instrumento deberá contener la estipulación mencionada.

En cambio si el derecho ha sido cedido por instrumento posterior por los copropietarios a favor de uno de ellos o de un tercero, deberá efectuarse también la correspondiente modificación de reglamento de copropiedad y administración, de manera de permitir al titular del derecho de sobreelevar esa participación en las asambleas.

2. Obligaciones del titular

a) Pago de la contraprestación

Como observáramos, el derecho puede ser adquirido por distintos modos. Dentro de los actos entre vivos (reserva o cesión) puede ser a título gratuito u oneroso. Los más comunes serán por reserva efectuada por el titular del

inmueble general, al someterlo a PH; y la cesión que éste, o el conjunto de copropietarios efectúe a favor de otro copropietario o de un tercero.

En general, quien se reserva el derecho no deberá abonar suma alguna por el mismo; salvo estipulación en contrario en el reglamento de copropiedad y administración.

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

En la Introducción de este trabajo observamos que los constantes aumentos del valor del suelo urbano han generado también que tanto espacios aéreos como subterráneos edificados adquieran cada vez mayor valor comercial.

Es por ello que las cesiones del derecho, en la mayoría de los casos será por una contraprestación.

Esta última, 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 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.

Esta obligación será transmisible a quienes resulten titulares del derecho, sea por actos entre vivos o *mortis causa*.

Se recomienda, la constitución de un seguro de caución a favor de los acreedores de las contraprestaciones pactadas, para poder hacerlo efectivo en caso de incumplimiento.

b) Cumplir los plazos concedidos para edificar

Como veremos en el punto XII del presente trabajo, una de las cláusulas recomendables a introducir en los instrumentos que contengan reserva o cesión del derecho de sobreelevar es la fijación de un plazo determinado para el comienzo y la finalización de las obras.

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

¿Qué ocurre si no se fija un plazo?

La no fijación del plazo para edificar no significa que el derecho es perpetuo e imprescriptible, sino que estará sometido a las reglas generales del Código Civil.

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

Serán todos aquellos que naturalmente van a tener correlación con los derechos y obligaciones del titular del derecho. 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

Esta sería 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 general, 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.

1. Ejercicio y su duración

a. 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.

b. Momento del ejercicio

En este punto lo importante 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.

Más adelante veremos los requisitos instrumentales y registrales que serán necesarios para la adquisición definitiva de lo edificado

2. Límites al ejercicio

a. Estabilidad del edificio

Tratándose de un derecho a ser ejercicio sobre o bajo un inmueble sometido a la ley 13.512, una limitación importante será la limitación del ejercicio del mismo a los efectos de evitar obras que puedan perjudicar la estabilidad del edificio-base. Así los propietarios del mismo podrán impedir la concreción de obras que signifiquen dicho peligro. Por lo cual, en ningún caso se permitirá el ejercicio del derecho, si del mismo resultare una seria amenaza para la estabilidad del edificio-base.

Ocurrido ello, se deberán diferenciar distintos supuestos de adquisición del derecho:

- A título oneroso: si bien de ninguna manera podrá efectuarse aquella construcción que ponga en serio riesgo la estabilidad del edificio-base, con conocimiento del cedente, el titular del derecho que lo hubiere adquirido a título oneroso tendrá derecho a que se le restituya lo abonado más los daños y perjuicios generados. Ahora si la imposibilidad fue sobreviniente, la indemnización podrá consistir solamente en la devolución del precio abonado por el derecho.

- A título gratuito: si se da el caso de que con la nueva edificación se comprometa la estabilidad del edificio-base, significará la pérdida del derecho para su titular, sin derecho a indemnización alguna.

De todas formas, puede ocurrir que la edificación pueda llevarse a cabo, siempre que se efectuaran las obras de consolidación pertinentes; por lo cual será importante pactar que el titular derecho se hará cargo de las mismas, estando obligados los propietarios del edificio-base a permitir su concreción.

b. Limitaciones estéticas

El derecho italiano prohíbe sobreelevar un inmueble si con ello se desmerece el aspecto arquitectónico y decorativo del edificio, y así no se produzca un "daño estético"⁶.

Congresos y Jornadas

Es por ello que será de importancia establecer las limitaciones de la futura edificación y la fijación del estilo arquitectónico previsto (en general de igual característica del ya existente en el edificio-base).

Esto es simplemente la aplicación del art. 5º de la ley 13.512 al titular del derecho, quien luego será titular de dominio de la unidad funcional resultante de lo edificado, la que ingresará al sistema de la propiedad horizontal. Dicho artículo establece la prohibición de cambiar la forma exterior del frente o decorar las paredes o recuadros exteriores con tonalidades distintas a las del conjunto. Por lo cual estará sujeto a las mismas limitaciones que los propietarios de las unidades del edificio-base.

c. Innecesaridad de aprobación por asamblea

No creemos necesaria la aprobación del proyecto a edificar por parte de la asamblea de consorcistas.

Por ello estimábamos de suma utilidad la fijación de pautas claras y precisas para la futura edificación en el título por el cual se adquiriera el derecho, e incluso la existencia ya de un plano de obra, el cual formará parte del mismo.

De todas maneras, para los casos en que no existieran dichas especificaciones de la futura edificación, estimamos innecesaria la previa aprobación de la asamblea para la concreción de las obras.

En caso de superarse las limitaciones de cantidad de pisos, metros cuadrados fijados en el título por el cual se adquirió el derecho, los propietarios de las unidades del edificio-base tendrán la facultad de petitionar la suspensión e incluso la demolición de lo edificado en violación a lo acordado. Pero exigir la previa presentación del proyecto de sobreelevación o subedificación para su aprobación por la Asamblea puede significar una importante fuente de conflictos.

d. Servicios generales y espacios comunes

Cuando el derecho es ejercicio sobre o bajo un edificio-base en la mayoría de los casos el titular deberá efectuar modificaciones a servicios generales del inmueble como ser: tanques de agua, ascensores, desagües, antenas, etc. Por lo cual, la facultad de efectuar las modificaciones necesarias en los mismos está implícita en el derecho, salvo las prohibiciones expresas fijadas por las partes.

⁶ BRANCA, Giuseppe. *Observaciones a la Sentencia de la Corte de Casación de 24 de octubre de 1978.*

e. Disminución del aire y luz de los pisos inferiores

En muchos casos la misma se tornará inevitable por el ejercicio del derecho. Por lo cual las nuevas construcciones van a suponer en muchos casos un cercenamiento de la luz y aire de los pisos inferiores; siendo inherente esta disminución al propio ejercicio del derecho.

Entendiendo que los propietarios de los pisos "perjudicados" carecerán de acción contra el titular del derecho, siempre y cuando éste hubiere respetado las limitaciones fijadas en el título del mismo.

3. Efectos del ejercicio

a. 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 sectores de uso común para llevar a cabo las nuevas edificaciones.

b. Pago de los gastos del ejercicio del derecho

Parecería una verdad de Perogrullo que el titular del derecho que va adquirir la propiedad de lo construido deba abonar todos los gastos que ello implica.

Sin embargo, como observamos, 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.

De todas formas, creemos necesario aclarar que, ante el silencio del título por el cual se adquirió el derecho, será el titular del mismo quien deba asumir todos los gastos, ya que éste también pasará a ser copropietario de los sectores comunes, no sólo de los nuevos creados sino también de los ya existentes.

c. 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

Debemos partir de la concepción de que 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, generará 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 construida/s, 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 de sobreelevación, y no por el mero hecho de terminar la construcción. El acto jurídico no es traslativo de propiedad sino declarativo.

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 copropiedad y administración.

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 derecho⁷.

⁷ No ocurre en la unanimidad de los casos. Ver punto XIII. 2.

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 a título de reserva o contrato (cesión) de derecho de sobreelevar.

2 Requisitos para adquirir las unidades edificadas

2.1. Modificación del reglamento de copropiedad y administración

Los efectos observados en el punto anterior, van a tener como consecuencia, en la mayoría de los casos, la necesaria modificación del plano de propiedad horizontal y del reglamento de copropiedad y administración; 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.

De todas maneras, debemos 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 si sólo 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.

La creación de nuevas unidades siempre va a generar una modificación del reglamento de copropiedad y administración.

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 ley 13.512 provocará el necesario cumplimiento de requisitos instrumentales y registrales. Estos muchas veces pueden 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.

Congresos y Jornadas

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 mismos⁸, 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 menester 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.

Así este supuesto simplifica la instrumentación de la adquisición de la propiedad horizontal de lo edificado, mediante la modificación del reglamento de copropiedad y administración respectiva y la escritura de obra nueva, por lo cual *es el más recomendable*, ya que permite que una vez concluida la construcción, se haga efectiva la instrumentación de la modificación de reglamento de copropiedad y administración 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 predeterminados y, en su caso, si así se ha estipulado, variando los que hasta ese instante correspondían a las demás unidades.

Estimamos que lo más conveniente es la fijación no sólo de los porcentuales que tendrán las unidades a construir en virtud del derecho de sobreelevar sino también de las ya existentes al ocurrir la reserva o cesión; tanto durante la sobreelevación o subedificación como a su finalización (si fuese necesaria su modificación).

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 esté contenida la reserva en el mismo reglamento de copropiedad y administración, sea que se instrumente en una cesión posterior).

Así no será necesaria conformidad alguna de los titulares de las unidades ya existentes, ni de los acreedores hipotecarios ni embargantes; ya que también para estos terceros interesados la publicidad brindada por la inscripción del reglamento de copropiedad y administración, como así también de las cesiones del derecho de sobreelevar les hará oponible lo acordado en dichos instrumentos a todos ellos.

⁸ Según arts. 28, 29 y 30 de la DTR 14/2010 de la Provincia de Buenos Aires.

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 copropiedad y administración.

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 hubieran fijado los porcentuales a corresponder a las unidades originadas en el ejercicio del mismo; ni las variaciones a las ya existentes; pero que se hubieran 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 copropiedad y administración.

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 hubieran fijado los porcentuales sobre los elementos comunes a corresponder 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) Innecesidad 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 la ley 13.512, 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.

Congresos y Jornadas

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 será 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 reglamento⁹: "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".

2.2. Escritura de adquisición de las unidades por el titular del derecho

Otorgada la modificación del reglamento de copropiedad y administración 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, bajo el régimen de propiedad horizontal.

Con esta escritura se da por extinguido el derecho de sobreelevar por su ejercicio, naciendo respecto de lo edificado el derecho de propiedad horizontal, bajo cuyo 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, para registrar las mismas bajo dicho procedimiento.

Esta escritura deberá cumplir los siguientes requisitos:

a) Ser 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).

⁹ Ver al respecto Punto XII.3 del presente trabajo.

d) Acreditación de la inclusión de las nuevas unidades al régimen de la ley 13.512 (con la correspondiente modificación del reglamento).

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

3. ¿Los poderes especiales irrevocables son imprescindibles?

Es común encontrar la inserción de poderes especiales irrevocables en las reservas y cesiones del derecho de sobreelevar a favor de su titular.

Estos poderes se han convertido incluso en una práctica casi obligatoria para los notarios. En muchos casos se deben incorporar a las sucesivas transmisiones de las unidades como “tediosas” cláusulas de transcripción obligatoria.

El contenido de los mismos es variado aunque en la mayoría de los casos incluye dentro de las facultades más importantes, las relativas a:

- Efectuar todo tipo de trámites ante los entes estatales que permitan llevar a cabo la edificación.
- Retirar telas de planos de obra, de PH, efectuar modificaciones necesarias en los mismos.
- Tramitar suspensión del plano PH.
- Modificar reglamento de copropiedad y administración, incorporando y fijando superficies para nuevas unidades, cambio de superficies comunes y de porcentuales para las unidades ya existentes y las creadas.
- Otorgar escritura de obra nueva.
- Adquirir las unidades edificadas en virtud de la reserva o cesión del derecho.

Los poderes mencionados cuentan con los requisitos fijados por el art. 1977 del Código Civil:

a) Negocio base: se trata obviamente de la reserva o cesión del derecho de sobreelevar.

b) Limitado en el tiempo: en general son concedidos por el plazo necesario para finalizar la construcción y adquirir lo edificado; también puede serlo por el plazo establecido para el ejercicio del derecho, si así se ha estipulado.

c) En interés legítimo de los contratantes o de un tercero: es innegable que dichos poderes son establecidos en principio en interés del titular del derecho de sobreelevar, aunque según las innumerables variantes que tienen los negocios con objeto en la figura mencionada, también será de interés de los propietarios de las unidades ya existentes cuando como pago de contraprestación por la reserva o cesión vayan a recibir unidades o ampliaciones de sectores comunes por ejemplo.

Así estos poderes cumplen con los requisitos del art. 1977 del Código Civil, estimando incluso que sus efectos también abarcan los establecidos en el art. 1982 de dicho ordenamiento.

Congresos y Jornadas

Ahora bien, ¿qué ocurre si estos poderes no están insertos en una reserva o cesión del derecho de sobreelevar?

Consideramos que en nada afectará al titular del derecho que no se haya incorporado poder alguno, ya que el derecho de sobreelevar per se contiene todas las facultades necesarias para que su titular pueda llevar a cabo todo lo acordado: es decir utilizar el espacio aéreo o subterráneo (según el caso) para construir con las especificaciones y limitaciones pactadas, llevar a cabo las modificaciones a los planos de obra y PH correspondientes y al reglamento de copropiedad y administración, otorgar escrituras de obra nueva, y adquirir la propiedad horizontal de lo edificado; sin necesidad de intervención de otras personas, salvo pacto en contrario y los supuestos de variaciones en unidades ya existentes cuyos cambios no fueron predeterminados al constituirse el derecho¹⁰.

En consecuencia, si bien estimamos recomendable la inserción de los poderes especiales irrevocables mencionados, en especial teniendo en cuenta los “amplios criterios” de los distintos Registros de la Propiedad Inmueble; la misma no es para nada imprescindible, ya que se trata de una reiteración (innecesaria) de todas las facultades que por su propia naturaleza se encuentran contenidas en el derecho de sobreelevar.

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 el derecho de propiedad horizontal sobre las nuevas plantas en favor del titular, 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 por unanimidad de los copropietarios.

¹⁰ Ver al respecto el punto XIII .2 del presente trabajo.

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 de la destrucción parcial de más de dos terceras partes del valor (art. 12, ley 13.512). En estos dos casos, se extingue la PH y cualquiera de los copropietarios puede pedir la venta del terreno y de los materiales. Ya no habrá más PH sino un condominio ordinario sobre el terreno, y como el derecho de sobreelevar sólo se puede aplicar a la PH, ya no podrá ejercerse sobre el terreno. De lo contrario estaríamos hablando del derecho de superficie, todavía prohibido por nuestro Código. Si la destrucción fuese parcial y de menos de dos terceras partes del valor, si la mayoría resuelve la reconstrucción del edificio, el derecho a sobreelevar no se extinguiría.

d) Por vetustez del edificio

(Art. 16, ley 13.512). Es otra causal de extinción de la PH y por ende del derecho de sobreelevar, siempre y cuando la mayoría que represente más de la mitad del valor haya resuelto la demolición y venta del terreno y los materiales y no su reconstrucción, estimando en este caso que deberá nuevamente otorgarse ese derecho de sobreelevar por todos los copropietarios.

e) Por imperio de la ley

Cuando por una norma establecida por la autoridad de contralor se establezca la prohibición de edificar sobre el inmueble sometido a PH.

f) Por confusión

Cuando el titular del derecho de sobreelevar adquiere la totalidad de las unidades que conforman el edificio sometido a PH. Debemos aclarar sin embargo que éste no es un caso de desaparición de la PH por sí solo, sino que se debe otorgar la escritura de desafectación de PH, si es que así lo desea el propietario, y recién entonces 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 diez (10) años si no se lo utiliza (art. 4023 del CC), es decir si no se procedió a la construcción en ese plazo, salvo que se estipule un plazo mayor para la construcción.

Congresos y Jornadas

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.

Ahora en el caso de que el derecho de sobreelevar sea también una obligación de construir, como puede ser cuando el titular se lo ha reservado o adquirido con la obligación de edificar unidades a favor de los titulares de las ya existentes o de terceros, será necesaria la conformidad de ambas partes para la renuncia.

Respecto de la forma de toda renuncia, entendemos que se impone la escritura pública (art. 1184 inc 1 y 10 del CC) 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.

1. Efectos de la extinción

a. Adquisición de lo edificado¹¹

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 mismo¹². Se deberá instrumentar la necesaria modificación del reglamento de copropiedad y administración y escritura de adquisición de las unidades respectivas, según vimos en el punto XIII del presente.

¹¹ Ver respecto a este tema lo establecido en el punto XIII del presente trabajo.

¹² Conf. Conclusión C 5 del XV Congreso Nacional de Derecho Registral, Córdoba 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”.

b. Consolidación del dominio

Como efecto principal de algunas causas de extinción, como la renuncia, el cumplimiento de plazos sin ejercicio, la resolución, la 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.

Ello produce como consecuencia 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.

Subsistencia de gravámenes

- 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.

En el caso de la extinción por el ejercicio del derecho, mediante la edificación de las nuevas unidades correspondientes, si existiere una hipoteca que afecte al inmueble global, la misma entendemos se extenderá a las nuevas edificaciones realizadas, de acuerdo a lo establecido en el art. 3110 del Código Civil¹³.

- Afectantes del derecho. Si el derecho de sobreelevación 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 por las otras causas, la misma también afectará a las medidas cautelares que afectaban al derecho; quedando a salvo la acción de los acreedores por fraude.

XV. EL DERECHO DE SOBREELEVAR EN EL SOMETIMIENTO A LA LEY 13.512 PARA UNIDADES A CONSTRUIR

La necesaria expansión de los ejidos urbanos, así como el auge de los barrios privados y clubes de campo, han generado una utilización cada vez mayor de la ley 13.512 para instrumentar nuevas divisiones de la tierra.

¹³ Art. 3110 del Código Civil: La hipoteca de un inmueble se extiende a todos los accesorios mientras estén unidos al principal, a todas las mejoras sobrevinientes al inmueble, sean mejoras naturales, accidentales o artificiales, *aunque sean el hecho de un tercero...*

Congresos y Jornadas

Los ordenamientos locales muchas veces corren por detrás de la realidad, y se produce un “atraso” en las normativas que establecen las zonificaciones de cada distrito, provocando que parcelas muy cercanas a las zonas urbanas aún sean consideradas como rurales o, en el mejor de los casos, como complementarias pero cuya división bajo el sistema del parcelamiento por la respectiva ley de suelo requiere en muchos casos medidas mínimas elevadas para cada parcela a crearse. Esto torna en antieconómica la misma, o en caso de efectivizarse, en elevados valores para su adquisición.

Es así que la ley 13.512 se ha convertido en una herramienta que ha posibilitado la división de parcelas en zonas cercanas a los actuales ejidos urbanos, obteniendo unidades de menores superficies que las requeridas por la ley de suelo vigente; así también se ha transformado en una herramienta importante para la creación de barrios cerrados y clubes de campo bajo el sistema de dicha norma.

En los mencionados casos, la ley 13.512 se materializa en el sometimiento de los inmuebles bajo el sistema de unidades funcionales a construir, siempre que se cumpla con los requisitos de las normativas locales que lo permiten, como ocurre en la Provincia de Buenos Aires con el decreto 2489/63, con la posibilidad del art. 6º incisos a) y b).

Jurídicamente son llamados unidades funcionales a construir, sin embargo los adquirentes de las mismas las denominan simplemente como sus “lotes”.

Sabemos que en la propiedad horizontal el terreno es cosa común, y es así que cada propietario de unidad funcional es a su vez copropietario del terreno¹⁴.

Lo que ocurre es que esta circunstancia es desconocida por la mayoría de la población y muy difícil de entender para aquellos adquirentes de unidades a construir, que creen que tienen, respecto de “su lote” (unidad funcional a construir), total libertad para realizar las construcciones que estimen convenientes.

Es por ello que en la mayoría de los casos las edificaciones que cada propietario de UF a construir efectúa no coinciden con la superficie cubierta que consta en el respectivo plano de PH y en el reglamento de copropiedad y administración, superándola ampliamente en la generalidad, ya que en muchas oportunidades las mismas son mínimas al solo efecto de permitir la división en propiedad horizontal.

¹⁴ Conf. art. 2 ley 13.512.

1. ¿Decreto 947/04 = derecho de sobreelevar concedido por la autoridad estatal?

En la Provincia de Buenos Aires, el decreto 947/04, en lo que se refiere a barrios cerrados y clubes de campo, incluso en la actualidad habiéndose extendido su utilización a todo régimen de PH, según últimas disposiciones; ha venido a establecer una solución práctica para estos casos. Esto permite que lo edificado en cada unidad funcional (a construir o en construcción en base al decreto 2489/63) en extralimitación al plano PH y reglamento de copropiedad y administración originales no requiera de modificación de los mismos para dar de alta a las nuevas obras, y mucho menos conformidad alguna de los propietarios de las demás unidades funcionales; basta con la reforma del plano de obra de la unidad funcional modificada, el nuevo estado parcelario confeccionado en base a la misma y la escritura de obra nueva.

Este decreto ha venido a instaurar un "derecho de sobreelevar administrativo", concediéndoselo al titular de cada unidad que lleve a cabo construcciones dentro de los límites de la misma, aunque sobrepase las superficies cubierta y semicubierta fijadas en el plano PH originario y el consecuente reglamento, siempre que cumpla con el procedimiento administrativo e instrumental fijado en el decreto.

No dudamos de la importancia de esta solución práctica encontrada; aunque entendemos que no se trata de una solución jurídica, ya que de todas formas será de esencial importancia la reserva por parte del titular de dominio que somete un inmueble a la ley 13.512 bajo el sistema de unidades funcionales a construir, y la posterior cesión del derecho de sobreelevar a favor de quien resulte adquirente de unidades funcionales (simultáneamente y de manera inescindible con la transmisión del derecho de propiedad horizontal) para que dichos casos cuenten con una solución jurídica.

De lo contrario, todo aquello que cada propietario construyera en su unidad funcional excediendo las superficies cubiertas fijadas en el plano de PH y reglamento de copropiedad respectivo, sería de copropiedad de todos los titulares de la propiedad horizontal (ya que están edificadas sobre una cosa común como es el terreno).

De lege ferenda

En consecuencia, entendemos que es menester la modificación del art. 2º de la ley 13.512 a los efectos de permitir la libre elección en la determinación del terreno como parte privativa de cada unidad funcional, dentro de los límites de las mismas fijados en el plano respectivo.

2. Diferencia entre cesión del derecho y la venta de unidades funcionales a construir o en construcción

No debemos confundir la cesión de un derecho de sobreelevar con la transmisión de derechos sobre unidades en construcción o a construir, como se permite en el ámbito de la provincia de Buenos Aires.

La existencia de un derecho de sobreelevar no necesariamente requiere que estén delimitadas cuántas unidades se autoriza a construir ni las superficies ni los porcentuales de las mismas; si bien es lo más recomendable al instrumentar una reserva o cesión del derecho.

Generalmente, existe la reserva o autorización para sobreelevar hasta determinada altura y con unos requisitos de carácter general, pero no se especifican las características de lo que se va a edificar. Las unidades a construir o en construcción pueden existir aun en el caso de un inmueble sometido a PH pero sin terminar su construcción, es decir que pueden existir en los casos en que no hay un derecho de sobreelevar.

Obviamente que si existe el derecho de sobreelevar habrá futuras unidades a construir o en construcción, pero no es obligatorio que ya estén configuradas al instrumentarse una reserva o cesión del mismo.

Si partimos de la existencia de un edificio sometido a PH ya construido y de la existencia de un derecho de sobreelevar, para que tales unidades en construcción o a construir puedan ser objeto de transmisión, constitución, modificación o extinción de derechos reales es menester la existencia de un plano de obra al respecto, la modificación del plano de PH y la modificación del reglamento de copropiedad y administración.

Asimismo deben cumplir las unidades en construcción o a construir con los requisitos del decreto 2489/63 de la Provincia de Buenos Aires, art. 6º, inciso a): Tener independencia en su edificación; es decir que la construcción de una no dependa de la otra. b) En el caso de no tener independencia en la edificación (es decir los casos de edificios de varias plantas o pisos en los cuales las unidades tienen entrada común) es necesario que el edificio en construcción tenga concluidos los servicios y partes comunes necesarios e indispensables para el buen funcionamiento y habitabilidad del mismo. Estas condiciones deben ser corroboradas por una constancia de hecho de un profesional (agrimensor o ingeniero civil) que indique si la unidad de dominio exclusivo está "a construir", "en construcción" o construida.

Distinto es el tratamiento para los inmuebles de la Capital Federal. En este caso, con relación a las unidades en construcción o por construir sólo se permite trabar medidas precautorias, pero no se permite transmitir ni constituir derechos reales hasta tanto no estén habilitadas. La habilitación se realizará

mediante la modificación del reglamento otorgado por todos los propietarios de las unidades ya existentes o por quien tenga poder al respecto otorgado por los mismos. De manera que en Capital Federal no se podrán transmitir derechos sobre las unidades en construcción o a construir originadas en el derecho de sobreelevar.

3. La cesión del derecho de sobreelevar en permuta de unidades funcionales a construir

Se trata del supuesto en el cual el titular de un inmueble sometido a la ley 13.512 o la totalidad de los propietarios de las unidades (si ya hubo transmisión de ellas) existan o no unidades ya construidas, ceden el derecho de sobreelevar a favor de una persona (sea o no propietaria de alguna unidad), obligándose ésta como contraprestación a la entrega de unidades funcionales a construir.

Así como existe la figura de la permuta de lote por unidades funcionales a construir, un poco “pasada de moda” debido al auge de los fideicomisos; la instrumentación de una cesión del derecho de sobreelevar recibiendo los cedentes unidades construidas al finalizarse la edificación es totalmente factible, e incluso recomendable cuando los titulares de un inmueble sometido a PH aprovechando el valor económico del espacio aéreo o subterráneo de un edificio construido, a construirse o en construcción, logran así adquirir nuevas unidades sin necesidad de desembolso económico personal alguno.

Es importante recordar siempre que debe tratarse de un inmueble ya sometido a la ley 13.512, único ámbito en el cual existe en nuestro ordenamiento el derecho de sobreelevar.

Incluso en las jurisdicciones en las cuales se permite someter a propiedad horizontal inmuebles con unidades funcionales a construir o en construcción (como ocurre en la Provincia de Buenos Aires con el decreto 2489/63), es una opción interesante que posibilita a aquellos titulares de las mismas que carezcan de fondos suficientes para llevar a cabo la edificación lograrla a través de la construcción por parte del cesionario, gracias al valor económico del derecho de sobreelevar.

Por ello es importante que en los reglamentos de copropiedad y administración por los cuales se somete un inmueble a la ley 13.512 con unidades funcionales a construir en virtud del decreto 2489/63 en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, el propietario efectúe la reserva (cesión *a stricto sensu*) del derecho de sobreelevar a favor de quien resulte titular de cada unidad funcional. Esto permitirá que cada propietario tenga la posibilidad de permutar el mismo por futuras unidades a construir, siempre en el espacio aéreo o subterráneo circunscripto a los límites de su unidad, según el plano de PH vigente.

XVI. CONSTRUCCIÓN REALIZADA SIN AUTORIZACIÓN

Para el caso de que se efectúen obras en el espacio aéreo sin la correspondiente autorización de todos los copropietarios, según prescribe el citado art. 7º de la ley 13.512 debemos analizar dos aspectos: por un lado, cuáles son las normas que regulan tales situaciones y, por otro lado, verificar fácticamente el tenor de la obra y la incidencia en el edificio.

En cuanto a la regulación normativa, el art. 5º de la referida ley de PH prohíbe a los propietarios realizar innovaciones o modificaciones que puedan afectar la seguridad del edificio o los servicios comunes, como también modificar la forma externa del frente del mismo.

En concordancia, el art. 7º prohíbe al propietario del último piso realizar construcciones que perjudiquen la solidez de la casa e impone la unanimidad para autorizar estas obras.

De aquí que toda obra realizada sin la debida autorización o en perjuicio de la solidez del edificio, sea pasible de ser demolida volviendo las cosas a su estado anterior.

1. Edificación de mala fe

En cuanto al derecho común, sería aplicable al caso la norma que el Código Civil establece en su art. 2589, que dispone que lo edificado de mala fe en terreno ajeno podrá ser demolido y vueltas las cosas a su estado primitivo, salvo que el propietario del terreno quisiera conservar la obra, debiendo en tal caso el mayor valor adquirido por el inmueble.

La obra realizada por quien carece de autorización, o, mejor expresado, por quien no es titular del derecho de sobreelevación en virtud de una reserva o cesión del mismo, es una obra realizada de mala fe, porque no se puede invocar el desconocimiento del derecho. Por tanto, los propietarios del edificio tienen derecho a exigir la demolición; o en caso de que quisieran conservar la obra, la misma será en copropiedad de todos los propietarios de las UF, en base a su porcentual de dominio; debiendo abonarle el valor a quien edificó.

Si quien edificó sin autorización fuere también propietario de alguna UF, podrá descontar el valor equivalente al dominio de lo edificado, según su porcentual de dominio sobre el inmueble general.

2. Edificación de buena fe

Por otro lado, el art. 2588 prevé el caso en el que quien edifica de buena fe tiene derecho a la indemnización correspondiente por parte del propietario del terreno que hace suya la obra. La buena fe de quien realiza una sobreelevación

en un edificio sin la correspondiente autorización no es un caso fácil de hallar, sin embargo podría resultar aplicable esta norma, cuando desde el punto de vista del dueño del terreno, es decir el conjunto de propietarios, existe -como lo describe el art. 2590- mala fe por haberse efectuado la obra a su ciencia y vista y sin oposición de ninguno de los propietarios.

Este art. 2590 ordena aplicar según lo dispuesto para el edificante de buena fe cuando haya habido mala fe del edificante y también del dueño del terreno.

Ahora bien, analizando cada caso en concreto, podemos decir que si se tratara de una obra que no afecta la solidez del edificio, que no modifica el aspecto arquitectónico exterior o interior, que no altera la funcionalidad de las partes comunes y que no produce gran desvalorización de las unidades, podría eximirse de la demolición. Si bien debe otorgarse prioridad al cumplimiento del art. 7º, esta norma debe adecuarse a las circunstancias del caso.

La mera violación de la unanimidad es en principio suficiente para ordenar la destrucción, pero este art. 7º no reviste carácter de orden público, ni está dotado de una inflexibilidad total que impida la valoración de los motivos que aconsejan el mantenimiento de la obra.

Se debe aplicar la norma en función del daño que produce cada conducta determinada¹⁵.

XVII. TRATAMIENTO REGISTRAL

Partimos de la idea de 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, 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 copropiedad y administración y las modificaciones del mismo¹⁶.

Incluso adherimos a la necesidad de su publicidad tanto en la matrícula respectiva al inmueble general como en la relativa a cada unidad funcional¹⁷.

¹⁵ Conforme autos "Consortio Juan B. Alberdi 320/6 c/Gavassa, Oscar y otro", Cámara Nacional Civil, Sala A, 27/5/1996, publicado en LL, 25/8/1997, fallo 39.740.

¹⁶ Conclusión C 1 del XV Congreso Nacional de Derecho Registral, Córdoba, 2009.

¹⁷ Conforme Conclusión C 2 del Congreso Nacional de Derecho Registral, Córdoba, 2009.

Congresos y Jornadas

Esto ocurre pues la publicidad de un derecho de sobreelevar puede incidir sobre la adquisición o enajenación de las unidades que forman parte de un inmueble sometido a PH; y también respecto de otros terceros interesados (acreedores hipotecantes, embargantes, etc).

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 sus cesiones, ya que si existió una reserva en el reglamento de copropiedad y administración no podrán invocar desconocimiento, porque su título del derecho real de propiedad horizontal está también integrado por el mismo.

Por lo antedicho, la registración vital es la relativa a las cesiones del derecho, ya que las reservas contenidas en el reglamento de copropiedad y administración tendrán su oponibilidad a terceros por la mera registración de la escritura de afectación a PH, más allá de 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 art. 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 art. 2º de la ley 17.801.

Como bien expresan AHUMADA y MOISSET DE ESPANÉS "... 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 unidades, que podrían sostener que la convención suscripta por su causante a título particular no les es oponible, por no tener publicidad adecuada"¹⁸.

En la Provincia de Buenos Aires, la DTR 14/2010 establece:

"Derecho a sobreelevar: Art. 37 - Será objeto de registración y dentro del rubro destinado a la descripción del inmueble, la sola mención de la reserva al

¹⁸ AHUMADA-Moisset de Espanés. *Cartas Polémicas*. Citadas por dichos autores en el XV Congreso Nacional de Derecho Registral.

derecho a sobreelevar, la que puede resultar del reglamento de copropiedad y administración o de escritura pública posterior otorgada por unanimidad de los consorcistas.

Art. 38 - Las relaciones jurídicas derivadas del comercio del derecho a sobreelevar, no serán objeto de inscripción hasta la configuración jurídica definitiva de la cosa inmueble, de acuerdo a la modificación del Reglamento correspondiente y previo cumplimiento del art. 6º, decreto N° 2489/1963”.

Como la DTR lo indica, “será objeto de registración” y no “deberá inscribirse”, con lo cual en principio se trata de una facultad y no obligación de quien somete un inmueble al régimen de PH o de quien adquiere un derecho de sobreelevar inscribir la reserva o cesión del mismo.

Prohibición de registración de negocios con objeto en el derecho de sobreelevar

No compartimos en cambio la imposibilidad de inscripción de los negocios cuyo objeto fuese el derecho de sobreelevar, hasta tanto no se hubieren configurado las unidades en base al decreto 2483/69 que establece la DTR 14/2010.

No observamos la lógica de dicha prohibición; ya que por un lado se permite la registración tanto de la reserva como de la primera cesión otorgada por unanimidad de los consorcistas (estén o no configuradas las unidades según el decreto 2483/69) y luego se prohíbe la registración de negocios posteriores que tengan por objeto el derecho de sobreelevar si no están configuradas las unidades funcionales a construir en virtud del decreto 2489/63.

Aquí el registrador ha confundido el derecho de sobreelevar con los negocios respecto de unidades a construir o en construcción; lo cual como hemos visto son aspectos diferentes¹⁹.

La registración de los negocios que tengan por objeto al derecho de sobreelevar tiene una relevancia debido al valor económico y las incidencias sobre la propiedad horizontal existente; por lo cual dicho derecho puede ser objeto de todo tipo de medidas en salvaguarda de los derechos de acreedores del titular del mismo.

Además el art. 38 de la DTR citada obliga al titular del derecho a sobreelevar o subedificar a configurar las unidades funcionales como a construir o en construcción para poder registrarse una cesión, aunque dicha obligación no estuviese estipulada en el título por el cual adquirió el derecho.

Entendemos que los propietarios de las unidades existentes como también los futuros adquirentes tienen derecho a conocer quién es el nuevo titular del derecho, a fin de tener la facultad de exigirle el cumplimiento de las obliga-

¹⁹ Ver al respecto Punto XV del presente trabajo.

Congresos y Jornadas

ciones pactadas; más allá de que no desconocemos que quien resulta nuevo cesionario del derecho deberá notificarlo a éstos para su oponibilidad (arts. 1459, 1460 y ccs. del Código Civil).

Por ello, 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.

1. Registración de la modificación de reglamento

La incorporación de las nuevas unidades edificadas en virtud de un derecho de sobreelevar provoca la necesaria modificación del reglamento de copropiedad y administración.

La escritura por la cual se instrumente la misma deberá ser inscripta en el Registro de la Propiedad Inmueble correspondiente.

En la Provincia de Buenos Aires, rige la materia la DTR 14/2010, que en su artículo 28: expresa: "... No se tomará razón de documentos que modifiquen el reglamento de copropiedad y administración, en lo referente a aspectos constitutivos de la propiedad horizontal, cuando los mismos no fueren otorgados por todos los integrantes del consorcio".

Esta DTR se aplica para la modificación del reglamento de copropiedad y administración que se hace necesaria a fin de darle el alta a las nuevas unidades edificadas e incorporarlas al régimen de PH, en virtud del ejercicio de un derecho de sobreelevar.

Debido a lo mencionado, al originar dicha modificación un cambio en los porcentuales del derecho de copropiedad sobre las cosas comunes del edificio en las unidades ya existentes, si no existiera una reserva o cesión del derecho de sobreelevar por la cual se hubiere prefijado los futuros porcentuales, sería necesaria la comparecencia de los titulares de todas las unidades existentes.

En consecuencia, cobra vital relevancia la inserción en la reserva o cesión del derecho de sobreelevar de cláusulas relativas a la fijación de los porcentuales de las futuras unidades y de las ya existentes, o un procedimiento claro a tal fin. De esta forma los titulares de las unidades existentes a la reserva o a la cesión ya habrán prestado su conformidad con la futura modificación del reglamento relativa a los porcentuales. Por lo cual ya no será necesaria la misma al momento de instrumentarse, y la adquisición de lo edificado por el titular del derecho de sobreelevar.

Orden de servicio 66/1993, Registro de la Propiedad de Capital Federal: se refiere más bien a la habilitación, adjudicación y transmisión de las nuevas unidades construidas por el ejercicio del derecho de sobreelevar. Establece lo siguiente: "1°.- Cuando se presenten a inscribir documentos en los cuales se

habiliten, transmitan o adjudiquen unidades funcionales del régimen de la ley 13.512, no incluidas como tales en el reglamento de copropiedad y administración, se observarán al calificar, las siguientes pautas:

a) Deberá resultar la modificación del reglamento, incluyéndolas.

b) Si quien solicitare la habilitación de las unidades no fuere el o los propietarios de las ya habilitadas, debe resultar también del documento, que se reservó el derecho, si se tratare del o los primitivos titulares del inmueble común, o que fue cedido si fuere un tercero.

c) Las nuevas unidades podrán habilitarse, transmitirse o adjudicarse en forma simultánea, conforme a las normas del art. 16, inc d) de la ley 17.801.

d) En todos los casos se deberá requerir certificación sobre la situación jurídica de los inmuebles de las personas (arts. 23 y 25, ley 17.801)".

Decreto 466/99 para los inmuebles de la Ciudad de Buenos Aires: complementa los requisitos anteriores, estableciendo la obligatoriedad de que los acreedores hipotecarios de las unidades funcionales presten su conformidad cuando se procede a modificar el reglamento de copropiedad y administración.

XVIII. CLÁUSULAS RECOMENDABLES PARA LA SOBREELEVACIÓN

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.

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 ejemplo 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 a 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

Congresos y Jornadas

de modificación del plano de PH y del reglamento de copropiedad y administración, y la escritura de adquisición de las unidades edificadas.

- Se recomienda insertar una 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 de todas las limitaciones y restricciones impuestas en la reserva o cesión del derecho.

- Superficies a edificar: establecer las superficies máximas a edificar 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 un 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 hacerlo efectivo en caso de incumplimiento.

- Indemnización por no ejecución de obras o por ejecución parcial o defectuosa.

XIX. CONCLUSIÓN

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 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 ca-

Los constituyen 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 registrales insuficientes al respecto.

Es menester, en consecuencia, continuar con el estudio de esta interesante figura y así generar las reformas legislativas necesarias para una acabada reglamentación de la misma.

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 propietarios de las unidades.

2) La forma prescripta para instrumentar una reserva o cesión del derecho de sobreelevar es la escritura pública.

3) Se recomienda la inscripción registral de las reservas y cesiones del derecho de sobreelevar, de manera independiente de las respectivas al reglamento de copropiedad 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 mencionados elementos comunes del inmueble general.

Será necesaria la unanimidad para dar inicio a la construcción, modificar luego el reglamento de copropiedad y administrarse 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 copropiedad y administración 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) La titularidad del derecho lleva implícitas todas las facultades necesarias para adquirir el dominio de lo edificado, sin necesidad del otorgamiento de poderes especiales.

Congresos y Jornadas

7) *De lege ferenda*: se propician las reformas legislativas necesarias con el objeto de otorgarle a la figura del derecho de sobreelevar una completa reglamentación, así como el dictado de disposiciones registrales a tal fin.

8) *De lege ferenda*: es menester la modificación del art. 2º de la ley 13.512 a los efectos de permitir la libre elección en la determinación del terreno como parte privativa de cada unidad funcional, dentro de los límites de las mismas fijados en el plano respectivo.

BIBLIOGRAFÍA

- AHUMADA-MOISSET DE ESPANÉS. "El Derecho de Sobreelevar", XV Congreso Nacional Derecho Registral.
- AHUMADA-MOISSET DE ESPANÉS. "Cartas Polémicas". Código Civil Argentino.
- Disposiciones Técnico-Registrales de la Provincia de Buenos Aires, Fundación Editora Notarial, La Plata, 2001.
- DOMENGE AMER, Bartolomé. *El derecho de sobreedificación y subedificación*, Graficas Adalid, P. de Mallorca.
- FONTBONA, Francisco, "La sobreedificación de edificios de la propiedad horizontal", Revista del Notariado N° 701, págs. 1255-1308.
- GATTARI, Carlos N. *Práctica Notarial*, T. 11, págs. 166-199. Ley 13.512.
- RACCIATTI, Hernán. *Propiedad por pisos o por departamentos*, Depalma.
- 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. "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.
- SUARES, Carlos María. "La sobreelevación en la propiedad horizontal", Revista Notarial N° 869, págs. 999-1033.
- VACCARELLI, Horacio. "Problemática de la sobreedificación en propiedad horizontal". REVISTA NOTARIAL N° 941, Colegio de Escribanos Provincia de Buenos Aires, págs. 189-194.
- VILLARO, Felipe P. *Elementos de derecho registral inmobiliario*, Fundación Editora Notarial, La Plata, 1980.
- YACOPINO, María Celeste-Posteraro Sánchez, Leandro N. "El Derecho de sobreelevar", Encuentro del Notariado Novel, Tandil 2003, REVISTA NOTARIAL N° 944, Colegio de Escribanos Provincia de Buenos Aires.