

## Derecho a sobreelevar\*

*Leandro Posteraro Sánchez*

*María Celeste Yacopino*

El tema de la sobreelevación en el régimen de propiedad horizontal, nos obliga a analizar brevemente algunas normas vinculadas a la adquisición del derecho de dominio del Código Civil y en la propiedad horizontal.

El principio de accesión en el derecho común y en la propiedad horizontal:

Sabemos que una de las formas de adquirir el dominio de inmuebles es la accesión. En el régimen 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 él 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.

En cuanto al edificio en su totalidad, el principio de accesión tiene aplicación al nacimiento de la P.H., cuando el propietario del terreno construye el edificio, que es de su propiedad. Luego de sometido a la P.H., y de que se realicen las sucesivas enajenaciones de las unidades, es el propietario de cada unidad quien tiene el derecho sobre la misma y los bienes comunes que le acceden. El propietario del terreno, entonces, es el conjunto de copropietarios de las distintas unidades, y sólo puede hacerse dueño de una unidad quien

---

\* El presente estudio obtuvo el primer premio otorgado por el jurado en el XV Encuentro Nacional del Notariado Novel, realizado en Tandil, entre el 1 y el 3 de mayo de 2003.

la adquiere por un título y modo hábil (compraventa, donación, prescripción, etc.), pero nunca por accesión.

Sin embargo, con respecto a las nuevas edificaciones en la P.H. rigen también las normas de la accesión, por las cuales el principio general es que todo aquello que acrece a la cosa común 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 determinan en el contrato de construcción (realizar las obras según lo establecido en dicho contrato, lugar donde se va a efectuar, porcentajes que tendrán las obras nuevas, plazo para la obra, superficies, revocabilidad o irrevocabilidad de la concesión, contraprestación a cargo del concesionario, etc.).

Es decir, que para que lo edificado en un inmueble sometido a P.H. pertenezca a una persona en particular y no al conjunto de copropietarios, es necesario ser titular del derecho sobre lo edificado, y esto se logra adquiriendo primero el derecho de sobreelevar.

### CONCEPTO

También llamado derecho de sobreedificar o derecho de vuelo en la legislación comparada, podríamos definirlo como la "facultad de construir una o más plantas en el espacio aéreo de un inmueble sometido al régimen de propiedad horizontal y adquirir el dominio de lo edificado".

### EL ESPACIO AÉREO COMO ELEMENTO COMÚN DEL EDIFICIO

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 C.C.: "... 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". La conclusión es que no puede existir un terreno sin su espacio aéreo. Esto también ocurre en el sistema de P.H., en el cual el espacio aéreo del edificio pertenece al conjunto de propietarios de las diferentes unidades. 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 es un elemento 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 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 para elevar la edificación, es reservado por nuestra ley, en principio, como un derecho comunal, del cual puede disponerse solamente por acuerdo unánime de los copropietarios. No puede concebirse como separado del derecho al espacio aéreo.

Además, podríamos decir que el espacio aéreo podría considerarse "cosa" desde el punto de vista de su valoración económica ya que, por ejemplo, si puede pagarse una suma de dinero por la cesión del derecho a sobreelevar o por el alquiler del espacio aéreo para ubicar carteles publicitarios, es obvio que el mismo tiene un valor económico. Si bien se le reconoce el carácter de cosa al espacio aéreo, se trata, en el régimen de la P.H., de una cosa que no es autónoma del edificio sobre el que se encuentra; y por ende no puede ser objeto de un derecho real de dominio.

### PRINCIPIO GENERAL: PROHIBICIÓN DE SOBREEVELAR

Régimen legal: el art. 7º 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 (...) 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 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 P.H. se reservó la facultad, como veremos más adelante.

### NATURALEZA JURÍDICA

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.

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, de no materializarse 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 podemos 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.

En otros países, como por ejemplo España, se lo considera un derecho real sobre cosa ajena, por el cual su titular adquiere la facultad de elevar una o varias plantas, adquiriendo una vez ejercitado la propiedad de lo construido. Esto ocurre porque en dicho país y otros, como México y Puerto Rico, existe el derecho de superficie, y un sistema de número abierto de derechos reales. 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".

Sin embargo, a pesar de considerarse un derecho personal, tanto el Registro de la Propiedad Inmueble de Capital Federal como el de la provincia de Buenos Aires, aceptan su inscripción (DTR. 4/1984 Pcia. Bs. As.; orden de

servicio 66/83 de Cap. Fed.), a pesar de lo dispuesto en el art. 2º de la ley 17.801; esto es así porque se considera a este especial derecho como un derecho personal con relevancia real.

### ÁMBITO DE APLICACIÓN: SÓLO EN LA PROPIEDAD HORIZONTAL

El derecho de sobreelevar se aplica sólo al ámbito de la P.H., ya que si lo aplicáramos al dominio del derecho común estaríamos frente al derecho real de superficie, definido por el proyecto de Código Civil Unificado 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...". En la P.H., cuando se ejerce el derecho de sobreelevar, se está edificando sobre un inmueble total o parcialmente ajeno, según si el que construye es un tercero extraño al conjunto de copropietarios o si es uno de los copropietarios, pero por lo regulado en el artículo 7º de la ley no está prohibido como en el artículo 2614 del Código Civil para el dominio sobre un inmueble no sometido a P.H.

### 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 P.H., 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 P.H. y por eso es sólo él quien puede reservárselo. 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 lo es el espacio aéreo. Debemos aclarar que los titulares del derecho son los copropietarios y no el consorcio.

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 o cualquier propietario de alguna unidad; ya que si bien el art. 7º de la ley 13.512 expresa la necesidad de autorización para el propietario del último piso, 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 P.H. 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.

### FORMAS DE ADQUIRIR EL DERECHO DE SOBREELEVAR

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

#### **Diferencia entre reserva y cesión del derecho**

Primero debemos aclarar que la reserva del derecho sólo pueden realizarla el o los propietarios del edificio general al someterlo al régimen de P.H., es decir al otorgar el reglamento de copropiedad, para sí mismo/s, ya que sólo el titular de un derecho puede reservárselo para sí. 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 no hay reserva del mismo sino cesión, porque el derecho no queda en cabeza de su titular originario. Luego de afectado el edificio al régimen de P.H., si bien la ley 13.512 dice que es necesario el "consentimiento de los propietarios de los otros departamentos", entendemos que el mismo se trata de una verdadera cesión del derecho que cada propietario tiene sobre el espacio aéreo, que como dijimos es una parte común. Es decir que entendemos que se llama cesión al acto jurídico por el cual tanto el titular del edificio general (al someterlo a P.H.), como los copropietarios de las unidades por unanimidad, otorgan la autorización de edificar, y por ende le están transmitiendo el derecho de sobreelevar del cual eran titulares, a otra persona, sea al propietario del último piso, al de una o varias unidades funcionales, o a un tercero. Los copropietarios al otorgar lo que algunos autores llaman "autorización" en realidad ceden la parte que a cada uno le corresponde sobre el espacio aéreo, lo que implica la promesa de renunciar a ejercer el derecho de accesión que les correspondería sobre la obra nueva.

Luego, ese cesionario del derecho podrá volver a cederlo total o parcialmente, siempre que no se le hubiere prohibido.

Entonces tendremos distintos momentos y modos para poder ser titular del derecho a sobreelevar.

### **a) Actos entre vivos:**

#### *I) Reserva del derecho:*

1) *Al momento de otorgar el reglamento de copropiedad y administración:* reserva para el/los titulares de dominio del edificio general: como dijimos, éste es el único caso de reserva posible. Si en el reglamento se expresa que la reserva es para un tercero o para el propietario de una unidad en particular, ya no estamos hablando de reserva sino de cesión lisa y llana del derecho.

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 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?: esto es así ya que 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 del edificio porque el propietario del inmueble general se lo reservó, no se le podrá oponer ningún derecho a sobreelevar.

Es decir, el momento indicado para reservarse el derecho es al otorgar el reglamento de copropiedad y administración.

#### *II) Cesión del derecho:*

1) *Al momento de otorgar el reglamento de copropiedad y administración:* Puede tener distintas hipótesis:

a) Cesión del propietario del edificio para una o más unidades.

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.

Es decir que el/los propietarios del edificio, al someterlo a P.H. pueden reservarse el derecho de sobreelevar y esta reserva pueden efectuarla sólo hasta antes de transmitir la primera unidad. 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.

En los casos de cesión del derecho posterior al otorgamiento del reglamento de copropiedad estimamos que es menester, como en toda cesión de derechos creditorios, la notificación al tercero o terceros cedidos (art. 1459 C.C.) es decir a los titulares de dominio de todas las unidades del edificio. Además, porque si bien se autoriza la inscripción registral de la cesión del derecho de sobreelevar, la misma no es obligatoria. Esta notificación con- vendrá realizarla insertando una cláusula de transcripción obligatoria en los títulos de propiedad.

Requisitos de la cesión realizada por todos los copropietarios:

1) Forma: Escritura pública, otorgada por unanimidad de los copropietarios. Por aplicación del art. 1184, inc. 1º 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". 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.

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, va a 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 porcentage en la parte común que es el derecho sobre el espacio aéreo, es de carácter ganancial, lógicamente se requiere el asentimiento conyugal prescripto por el art. 1277 del Código Civil. Tratándose de una unidad de carácter propio, si la misma es sede del hogar conyugal y viven allí hijos menores o incapaces, estimamos exigible el asentimiento, ya que al ceder esta facultad se produce una disminución del valor de la unidad por distintas razones:

a) El porcentual de la unidad 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 Cap. Fed.).

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

**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.

### CLÁUSULAS RECOMENDABLES PARA LA SOBREELEVACIÓN

Al reservarse o cederse un derecho a sobreelevar es menester aclarar distintos puntos relativos a la construcción de las nuevas unidades, de las partes comunes y a la forma en que se adquirirá el dominio de las primeras por parte del titular del derecho. Por lo cual, a título de ejemplo podemos citar algunas estipulaciones convenientes a insertar al hacerse reserva o cesión del derecho:

- Concreta reserva o cesión del derecho de sobreelevar.
- Determinación de que el titular del derecho es quien tomará a su cargo todos los gastos de construcción y los daños que pudieren ocasionarse con la misma.
- Renuncia expresa de la titularidad de las obras nuevas por parte de los copropietarios.

- Otorgamiento de los poderes necesarios, de carácter irrevocable y por plazo determinado, para proceder a realizar todos los trámites administrativos y registrales necesarios para la construcción, como los de modificación del plano de P.H. y del reglamento de copropiedad y administración.

- Establecer la superficie a edificar y las consecuencias en caso de sobrepasar la misma.

- Características de la edificación: tipo de materiales, fachada, etc.

- Proporción que deberá soportar el titular del derecho en el pago de impuestos y expensas del edificio.

- Plazo determinado para realizar las obras y consecuencias por su incumplimiento. Posibilidad de prórroga del mismo o no.

- Posibilidad o prohibición de ceder el derecho de sobreelevar.

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

DIFERENCIA ENTRE CESIÓN DEL DERECHO DE SOBREELEVAR Y VENTA DE UNIDADES A CONSTRUIR O EN CONSTRUCCIÓN (decreto 2489/63 de la Pcia. de Bs. As.):

No debemos confundir la cesión de un derecho a 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; ya que la existencia de un derecho a sobreelevar no necesariamente requiere que estén delimitadas cuántas unidades se autoriza a construir ni las superficies ni porcentuales de las mismas.

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 P.H. pero sin terminar su construcción, es decir que pueden existir en casos en que no hay un derecho a sobreelevar.

Obviamente que si existe el derecho de sobreelevar habrá unidades a construir o en construcción. Partiendo de la existencia de un edificio sometido a P.H. ya construido y de la existencia de un derecho a 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, de la modificación del plano de P.H. y de 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 Pcia de Bs. As., 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 está habitada.

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.

### 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. 7° 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. 5° de la referida ley de P.H. 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. 7° 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. 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; y por tanto los propietarios del edificio tienen

derecho a exigir la demolición. 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 tratare 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 determinada (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).

En el derecho comparado podemos citar la regulación que efectúa el Código Civil italiano en su art. 1127 cuando dispone que el propietario del último piso puede elevar nuevos pisos salvo que su título se lo impida. La sobreelevación no es admitida si las condiciones de los cimientos del edificio no la permiten, o si perjudica el aspecto arquitectónico del mismo. En estos casos, el edificante debe pagar una indemnización a los propietarios del edificio. Nótese que la norma no establece específicamente la demolición de lo construido salvo los casos de peligro en la solidez o afectación a la estética del edificio; de otra manera dispone el pago indemnizatorio para mantener la obra. Determina, a contrario de lo que dispone la norma de nuestra ley de P.H., el principio de que se otorga permiso para efectuar sobreelevaciones al propietario del último piso mientras su título no lo prohíba expresamente.

### ADQUISICIÓN DEL DOMINIO 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, lo edificado en virtud del ejercicio de un derecho de sobreelevar pertenecería al conjunto de copropietarios quienes, al existir ese derecho de sobreelevar -sea porque hubo una reserva o una cesión del mismo-, son *deudores* de la renuncia a invocar la accesión para hacer suyo lo edificado, siendo acreedor de dicha obligación el titular del derecho de sobreedificación.

Entonces, una vez concluidas las obras es necesaria la modificación del reglamento de copropiedad y administración para darle el alta a las nuevas unidades funcionales construidas, e incorporarlas así al régimen de propiedad horizontal y que el constructor pase a ser su titular dominial. Esta modificación generará un cambio en los porcentuales de dominio, y de pago de gastos comunes (puede también tener como consecuencia un cambio en el porcentual de valuación sobre el total del edificio aunque esto no necesariamente ocurrirá) de las unidades ya existentes, por lo cual se necesitan los siguientes requisitos para la modificación:

a) Plano de obra de la modificación aprobado por la municipalidad o autoridad de contralor correspondiente.

b) Plano de P.H. modificado incluyendo las nuevas unidades.

c) Instrumentarse por escritura pública (art. 1184, incs. 1 y 10).

d) Otorgada por unanimidad de los propietarios de las unidades ya existentes, ya que todas van a sufrir un cambio en sus porcentuales de dominio. Esto es así según la DTR 32/1993 Pcia. Bs. As.: "... art. 2º: Será también motivo de calificación dentro de la mayoría legal (dos terceras partes o más) la comparecencia de los titulares de las unidades funcionales que se modifican como así también de aquellos que sufrieren variaciones en la proporción del derecho de copropiedad, en las cosas comunes". Y la orden de servicio 66 del 10-8-83, Cap. Fed.: "... 1º.- 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 las normas del art. 16, inc. d, ley 17.801".

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.

e) Solicitud de certificados registrales por todas las unidades ya existentes y de inhibiciones por los titulares dominiales de las mismas (arts. 23 y 25, ley 17.801, orden de servicio 66 del 10-8-83, Cap. Fed., art. 1º, inc. d).

f) Consentimiento o conformidad del acreedor hipotecario en los casos en que algunas unidades estén afectadas a ese derecho real.

g) Conformidad del acreedor embargante (o del juez en su defecto) de alguna unidad ya existente, ya que en este caso habrá una disminución real de su valor y un perjuicio para el mismo.

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 o de contrato de construcción, y no por el mero hecho de terminar la construcción. El acto jurídico no es traslativo de propiedad sino declarativo.

### EXTINCIÓN DEL DERECHO A SOBREELEVAR

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 desaparece y surge en favor del titular el derecho de propiedad sobre las nuevas plantas, siempre y cuando se den de alta las mismas con la modificación del reglamento y su inscripción registral.

**b) Por el transcurso del plazo fijado para el ejercicio sin que la edificación se haya realizado:** una vez transcurrido el plazo establecido para edificar, si es que se fijó el mismo, caducará el derecho, salvo ampliación del mismo por unanimidad de los copropietarios.

**c) Por destrucción de la cosa:** si el edificio general se destruye, obviamente no se podrá ejercer el derecho pues no habrá cosa sobre la cual ejercerlo. Nos referimos al caso de la destrucción total o de la destrucción parcial de más de dos terceras partes del valor (art. 12, ley 13.512). En estos dos casos se extingue la P.H. y cualquiera de los copropietarios puede pedir la venta del terreno y de los materiales; ya no habrá más P.H. sino un condominio ordinario sobre el terreno, y como el derecho a sobreelevar sólo se puede aplicar a la P.H., ya no podrá ejercerse sobre el terreno. De lo contrario estaríamos hablando del derecho de superficie, todavía prohibido por nuestro Código. 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 P.H. y por ende del derecho de sobreelevar. Siempre y cuando la mayoría que represente más de la mitad del valor haya resuelto la demoli-

ción 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 establece la prohibición de edificar sobre el inmueble sometido a P.H.

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

**g) Por prescripción:** como derecho personal prescribe a los diez (10) años si no se lo utiliza, es decir si no se procedió a la construcción en ese plazo, salvo que se estipulare un plazo mayor para la construcción.

### TRATAMIENTO REGISTRAL

Partiendo de la idea de que el derecho de sobreelevar es un derecho personal y no real, el mismo carecería de vocación registral. Pero las evidentes connotaciones reales y económicas le han abierto las puertas de los registros inmobiliarios. Esto ocurre ya que 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 P.H. Algunas normativas a tener en cuenta al respecto son:

**a) Ley 17.801:** según el art. 2º son registrables los siguientes documentos: a) Los que constituyen, transmiten, modifican o extinguen derechos reales sobre inmuebles. b) Las medidas cautelares y sus levantamientos. c) Los demás establecidos por las leyes. En ninguno de estos tres supuestos se encuadra el derecho de sobreelevar. Han sido disposiciones registrales y decretos reglamentarios los que han permitido su inscripción; debiendo aclarar que la misma *no es obligatoria*.

**b) DTR. 4/1984 Pcia. Bs. As.:** "Artículo 1º: Será inscribible en el folio real, y dentro del rubro destinado a la descripción del inmueble, la existencia de 'unidades a construir' o 'derecho de construir' o 'sobreelevar' o como le hubiere denominado el fundador o sus sucesores al momento de expresar la manifestación de voluntad afectatoria del dominio al régimen de la ley 13.512. Artículo 2º: El caso indicado en el artículo anterior no excluye la posibilidad de complementarse si el fundador o sus sucesores así lo dispusieren,

mediante la afectación del espacio aéreo al régimen de la ley 19.724 para las 'unidades a construir' y por ende, efectuar el registro de afectaciones y promesas de venta conforme regulan las normas de tales figuras... Artículo 3º: Las relaciones jurídicas derivadas del comercio de unidades a construir o del derecho de construir o sobreelevar no serán objeto de inscripción hasta la configuración jurídica definitiva de la cosa inmueble conforme artículo 6º del decreto 2489/63...".

Como la DTR lo indica (dice "será inscribible" y no "deberá inscribirse"), es facultad y no obligación de quien somete un inmueble al régimen de P.H. inscribir la existencia del derecho de sobreelevar. Ahora bien, con respecto al artículo 3º de la citada normativa, para poder ser objeto del comercio o del derecho a construir o sobreelevar, las unidades a construir deben reunir la "configuración jurídica de la cosa inmueble" según lo dispuesto en el artículo 6º del decreto 2489/63. Remitiéndonos a dicho decreto se podrán transferir, constituir, modificar o extinguir derechos reales sobre las unidades en construcción o a construir objetos del ejercicio de un derecho a sobreelevar, si las mismas tienen independencia constructiva, o si, no teniéndola, forman parte de un edificio que tenga concluidos los servicios y partes comunes necesarias para habitar la unidad. En este caso, para transferir dichas unidades en construcción o a construir, se aplica el criterio de venta de cosa futura, permitido por el artículo 1327 del C.C.

**c) DTR. 32/1993 Pcia. Bs. As.:** "Artículo 1º: La calificación de escrituras de modificación de reglamento de copropiedad y administración, en cuanto a las mayorías necesarias se limitará a las que establece la ley o el reglamento; no pudiendo en este supuesto, ser inferior al tope legal (dos tercios, artículo 9º de la ley 13.512). Artículo 2º: Será también motivo de calificación dentro de la mayoría legal (dos terceras partes o más) la comparecencia de los titulares de las unidades funcionales que se modifican, así como también de aquellos que sufrieren variaciones en la proporción del derecho de copropiedad, en las cosas comunes...". 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 en virtud del ejercicio de un derecho de sobreelevar. Por lo cual, al originar dicha modificación un cambio en las proporciones del derecho de copropiedad sobre las cosas comunes del edificio, será necesaria la comparecencia de los titulares de todas las unidades ya existentes o que los mismos ya hubiesen autorizado al otorgamiento de la escritura de modificación del reglamento mediante el respectivo poder. Volvemos a reiterar en este tema que estimamos que no es suficiente que se haya autorizado a edificar y a otorgar luego la modificación del reglamento por una asamblea de copropietarios, aunque haya unanimidad en la decisión.

**d) Orden de servicio 66/1993, Registro de la Propiedad de Capital Federal:** en principio dicha orden de servicio expresa que no es necesaria la inscripción del derecho a sobreelevar. 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 tratase 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 artículo 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)".

**e) Decreto 466/99 para los inmuebles de la Ciudad de Bs. As.:** 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.

### PONENCIAS

1) El derecho a sobreelevar es un derecho personal, por el cual se faculta a su titular a construir una o más plantas en el espacio aéreo de un inmueble sometido al régimen de propiedad horizontal y adquirir el dominio sobre lo edificado.

2) El derecho de sobreelevar pertenece al propietario originario del edificio hasta que realiza la primera transmisión de dominio de una unidad. Luego, el titular del derecho es el conjunto de copropietarios de las unidades.

3) El espacio aéreo o vuelo del edificio es una parte común del régimen de P.H.

4) Sólo podemos hablar de reserva de sobreelevar cuando quien la efectúa es el propietario del edificio al someterlo a P.H. y para sí mismo. Si se manifiesta que se "autoriza" a otra persona a sobreedificar debemos referirnos a una "cesión del derecho", sea otorgada por el propietario originario del edificio o por la unanimidad de los propietarios de las unidades. A su vez, el derecho puede volver a cederse si no se prohibió su cesión.

5) El momento más indicado para reservarse el derecho es cuando se otorga el reglamento de copropiedad y administración, aunque puede existir reserva del mismo hasta la primera venta de unidades. Luego, ya debemos hablar de cesión del derecho y no de reserva del mismo.

6) Para el acto de cesión del derecho de sobreelevar se exige el asentimiento conyugal (art. 1277 C.C.) cuando se trata de unidades funcionales que revisten el carácter de gananciales o el carácter de propias, siendo sede del hogar conyugal y habitando hijos menores o incapaces, ya que se está disponiendo de un derecho que pertenece a la unidad.

7) La forma prescrita para el acto de reserva o cesión del derecho a sobreelevar es la escritura pública.

8) Es conveniente la inscripción registral de la existencia del derecho de sobreelevar para darle oponibilidad a terceros.

9) La cesión del derecho a sobreelevar debe ser notificada a todos los propietarios de las unidades funcionales.

10) El derecho a sobreelevar sólo es aplicable en el régimen de propiedad horizontal (art. 7º, ley 13.512), de lo contrario, si se aplicara en el derecho común de dominio, sería el derecho de superficie, todavía prohibido por nuestro código.

11) El derecho a sobreelevar puede adquirirse por actos entre vivos y *mortis causa*.

12) No es necesaria la reserva del derecho cuando quien va a construir es el conjunto de los propietarios, ya que el derecho pertenece a éstos como un derecho a una parte común del edificio (el espacio aéreo), pero sí es necesaria la conformidad de todos para comenzar con la construcción y modificar luego el reglamento de copropiedad y administración y adjudicarse lo edificado.

13) La propiedad sobre las nuevas unidades funcionales no se adquiere por la mera finalización de las obras. Siempre se necesita modificar el reglamento de P.H. para adquirir el dominio de las nuevas unidades funcionales edificadas mediante el uso del derecho de sobreelevar. El dominio se adquiere a título de contrato de sobreelevar.

14) El derecho a sobreelevar se extingue: por su ejercicio; por vencimiento del plazo; por destrucción de la cosa (edificio general); por vetustez del edificio; por imperio de la ley; o por cumplimiento de la condición resolutoria a la cual se subordinó.

15) Para el caso de edificación sin la correspondiente autorización de todos los propietarios, puede solicitarse la demolición de lo edificado (arts. 2588 y 2589 C.C.)

16) Se requiere conformidad del acreedor hipotecario y embargante (en los casos en que algunas unidades estén afectadas a estos gravámenes) para ceder el derecho de sobreelevar y para modificar el reglamento de copropiedad y administración, ya que las mismas sufren modificaciones en sus porcentajes de dominio, al procederse a dar el alta de las nuevas unidades edificadas mediante el uso del derecho a sobreelevar.

## BIBLIOGRAFIA

- SARUBO, Oscar; ABELLA, Adriana; NAVAS, Raúl (h); *El derecho a sobreelevar en la propiedad horizontal*. Curso de Derecho Notarial I. Dir. Ana Raquel Nuta; págs. 272-298.
- GATTARI, Carlos N., *Práctica Notarial 11*; págs. 166-199.
- VILLARO, Felipe P., *Elementos de derecho registral inmobiliario*. Fundación Editora Notarial. La Plata, 1980.
- Disposiciones Técnico-Registrales de la Provincia de Buenos Aires*, Fundación Editora Notarial. La Plata, 2001.
- FONTBONA, Francisco, *La sobreedificación de edificios de la propiedad horizontal*. Revista del Notariado N° 701, págs. 1255-1308.
- Sobreedificación en el régimen de la propiedad horizontal*. Sesión pública del 6 de agosto de 2001, Academia Nacional del Notariado. Revista del Notariado N° 867, págs. 161-172.
- SUARES, Carlos María, *La sobreelevación en la propiedad horizontal*. REVISTA NOTARIAL N° 869, págs. 999-1033.
- RACCIATTI, Hernán, *Propiedad por pisos o por departamentos*.
- VACCARELLI, Horacio, *Problemática de la sobreedificación en propiedad horizontal*. REVISTA NOTARIAL N° 941, págs. 189-194.
- Código Civil Argentino*.  
*Ley 13.512*.